

LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO:

LA PREVARICACION URBANISTICA

M^a José Trenzado Asensio

TESI DOCTORAL UPF / ANY 2012

DIRECTOR DE LA TESI

Dr. D. Carlos Mir Puig

DEPARTAMENT DE DERECHO PENAL

A mi hermano Manolo

Agradecimientos

A mi madre, que descansa en paz, a mi padre, a mi marido y a mis hijos, a mi hermana, sobrinos, cuñados, suegros, y a mi Director de Tesis.

Resumen

El objeto de esta investigación pretende el análisis detallado de los tipos penales recogidos en el Título XVI “De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente” en concreto, y dentro del capítulo I De los delitos sobre la ordenación del territorio, el 320 del Código Penal dedicado a la Prevaricación Urbanística, así como el capítulo V de ese mismo Título dedicado a las disposiciones comunes, artículos 338, 339 y 340 del Código Penal.

El estudio se divide en cinco partes, en la primera se contempla el panorama urbanístico español, en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, tanto a nivel europeo, estatal, autonómico y ejecución municipal, sobre todo el cambio de la legislación urbanística como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97. La segunda parte viene referida al fenómeno de la corrupción, el espectro sobre el que se proyecta y la lucha de los gobiernos para combatirla a través de la transparencia. En tercer lugar, se realiza un examen de las infracciones urbanísticas, incluidas dentro de la disciplina urbanística (protección de la legalidad, restauración de la legalidad si procede e infracciones urbanísticas) como paso previo al estudio de las infracciones penales; principios informadores de ambos ordenamientos así como la responsabilidad disciplinaria. En cuarto lugar nos detenemos en el análisis detallado del delito de prevaricación urbanística y su examen jurisprudencial. Finalmente, en quinto y último lugar, se examinan las disposiciones comunes, y cuestiones procesales de considerable importancia práctica.

Resum

The purpose of this research aims detailed analysis of the criminal offenses listed in Title XVI "Crimes relating to land use and protection of heritage and the environment" in particular, and in chapter I of the crimes on the organization of territory, 320 of the Criminal Code dedicated to Urban prevarication and chapter V of the same title on the common provisions, articles 338, 339 and 340 of the Penal Code.

The study is divided into five parts, the first of which includes the Spanish urban landscape, in terms of spatial planning, urban development and housing, both at European, national, regional and local implementation, especially the change of zoning laws as following the judgment of the Constitutional Court 61/97. The second part is referred to the phenomenon of corruption, the spectrum on which projects and governments struggle to fight through transparency. Third, it provides a review of urban infractions, including within the planning discipline (legal protection, restoration of legality urban speeding if applicable) as a prelude to the study of criminal offenses; principles informing both orderings and disciplinary responsibility. Fourthly we focus on the detailed analysis of the crime of trespass urban and jurisprudential consideration. Finally, in the fifth and finally, examines common provisions and procedural issues of considerable practical importance.

Prólogo

La vigente ordenación de los estudios universitarios preceptúa que para obtener el grado superior de los mismos, el de Doctor, es precisa, la redacción, tras el seguimiento de los respectivos cursos lectivos, de una Tesis de carácter doctrinal y su posterior defensa ante el Tribunal debidamente constituido; dando cumplimiento a meritada obligación se ha redactado por la que suscribe la presente sobre el tema, bajo la dirección del Doctor, y Profesor de esta Universidad, D. Carlos Mir Puig, a quien desde este momento quiero expresar mi gratitud y reconocimiento por la atención y desvelos que para mi ha tenido.

El tema elegido lo ha sido condicionado por varios determinantes, por un lado, una realidad socioeconómica evidente en nuestro país como ha sido el auge del urbanismo y considerable desarrollo de la industria de la construcción urbana. Asimismo la situación ético política de nuestra sociedad en los últimos años. Finalmente las respuestas de los poderes públicos ante dichas realidades; sobresaliendo con singular énfasis, ante las demandas de la sociedad, las deparadas por el Derecho Penal.

La ordenación urbanística es tema propio del Derecho Administrativo, tanto en su ordenación como en su desarrollo, y fueron tales normas las que regularon desde antiguo el sector social y económico acotado, sin embargo, ante hechos producidos en nuestro país que demandaban adecuada respuesta del poder punitivo del Estado, se pudo apreciar especialmente por los Tribunales de Justicia, la parquedad de la regulación positiva sobre tales materiales lo que conllevó que junto a la inicial regulación administrativa hubieran de preverse adecuadas respuestas por parte del poder punitivo del Estado. Duplicidad de ámbitos que se abordan en la Tesis con la debida extensión, si bien ha de subrayarse con especial énfasis las últimas regulaciones jurídico-penales promulgadas, en especial, las tendentes a garantizar el bien hacer de los funcionarios, mediante la fijación del tipo de la prevaricación urbanística. Labor que se ha abordado desde la doble perspectiva que ofrece la bibliografía en el ámbito de la Doctrina y la realidad concreta de los singulares pronunciamientos de los Tribunales de Justicia, doble contemplación que permite una visión integral de la realidad vivida.

Índice

	Pág
Resumen.....	Vii
Prologo.....	Ix

CAPITULO I

EL URBANISMO EN LA SOCIEDAD MODERNA

<i>A. Marco Normativo Urbanístico: Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda: La distribución de competencias en relación a la normativa urbanística.....</i>	3
1. Influencia del Derecho Europeo en la Ordenación del Territorio y el Urbanismo.....	4
a) Consejo de Europa.....	4
b) Unión Europea.....	6
2. Protección de la Ordenación del Territorio y la lucha contra la delincuencia urbanística en la normativa europea.....	11
3. Nuestro País.....	15
a) Precedentes. Periodo preconstitucional.....	15
b) La Constitución española de 1978.....	17
c) La Competencia del Estado.....	23
d) Las Competencias de las Comunidades Autónomas.....	29
e) Las Competencias Municipales.....	31
<i>B. La Administración española ante el reto del Urbanismo.....</i>	32
1. Ordenación del Territorio.....	32
2. Urbanismo y Vivienda.....	34
a) Normas estatales que inciden en la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda.....	35
b) Actos ejecutivos de la Administración General del Estado.....	40
c) Normas Autonómicas.....	41
d) Administración Local.....	44

CAPITULO II

LA CORRUPCIÓN

<i>A. Ética y principios aplicados a la función pública.....</i>	45
<i>B. La corrupción como fenómeno de nuestro tiempo.....</i>	52
1. Sus causas.....	56
2. Sus ámbitos. La Administración.....	60
3. Incidencia de la corrupción en la Política y la Administración.....	63
4. Ámbito Penal.....	65
5. Modos de corrección, con especial referencia a la Administración.....	66
a) Medidas contra la corrupción a nivel nacional e internacional..	70
b) Medidas contra la Corrupción en el ámbito urbanístico.....	82
c) Auditorias urbanísticas.....	87
d) Medidas contra la corrupción a nivel del Derecho Penal.....	87

CAPITULO III

INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS vs. INFRACCIONES PENALES

<i>A. Infracciones Administrativas en materia urbanística: protección administrativa de la legalidad urbanística.....</i>	91
1. Introducción: los controles previos, las sanciones y otras medidas sin carácter sancionador.....	91
2. La legislación estatal y autonómica sobre protección de la legalidad urbanística.....	92
a) La normativa sobre la actividad administrativa de garantía de la legalidad urbanística.....	92
b) Las competencias ejecutivas autonómicas y municipales relacionadas con la legalidad urbanística.....	94
• Cooperación y coordinación administrativa en la protección de la legalidad urbanística.....	94
i.- El deber de comunicación de los acuerdos adoptados.....	96
ii.- La impugnación autonómica de licencias ilegales.....	98
iii.- La sustitución o subrogación autonómica.....	99
3. Régimen jurídico de protección de la legalidad urbanística.....	100
a) Medidas frente a las infracciones cometidas por los particulares.....	101
b) Medidas adoptadas frente a las infracciones cometidas por la Administración.....	106

• Autorización de obras mediante autorización administrativa ilegal.....	106
i.- Suspensión de efectos de las licencias u órdenes de ejecución urbanísticas.....	107
ii.- Revisión de oficio de las autorizaciones administrativas urbanísticas.....	109
c) Medidas frente a las obras ejecutadas en zonas verdes y espacios libres.....	111
4. Las Infracciones urbanísticas.....	112
a) Breve reseña histórica.....	112
b) Reparto de las competencias urbanísticas para la regulación de las infracciones urbanísticas.....	114
c) Infracciones urbanísticas: concepto.....	115
d) Clasificación de las infracciones urbanísticas en el derecho estatal.....	116
• Parcelaciones (arts. 66 a 75 RDU).....	117
• Usos del suelo y edificación (arts. 76 a 89 RDU).....	117
e) Sujetos responsables.....	119
f) Circunstancias modificativas para la graduación de la responsabilidad.....	121
g) Prescripción de infracciones.....	123
5. Las sanciones urbanísticas.....	124
a) Concepto.....	124
b) Clasificación.....	125
• Sanciones en materia de parcelación.....	126
• Sanciones en materia de suelo y edificación.....	128
c) Procedimiento sancionador previsto en la legislación estatal....	130
• Órgano competente para la imposición de sanciones urbanísticas.....	131
• Fases del procedimiento sancionador.....	132
i- Actuaciones previas y medidas cautelares.....	132
ii- Iniciación.....	134
iii- Instrucción del procedimiento.....	135
iv- Conclusión del procedimiento.....	136
v- Procedimiento simplificado.....	138
d) Prescripción de las sanciones urbanísticas.....	138
6. Los recursos contra las resoluciones sancionadores; la acción pública urbanística.....	139
a) Recursos en vía administrativa.....	139
b) Recursos en vía jurisdiccional.....	140
c) La acción pública urbanística.....	140

<i>B. Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos.....</i>	142
<i>C. Infracciones urbanísticas: sanciones penales y administrativas.....</i>	148
1. Las Infracciones urbanísticas: aproximación general. Los principios informadores del Derecho sancionador.....	148
2. La concurrencia entre previsiones penales y administrativas sancionadoras.....	149
3. Bases constitucionales sobre la naturaleza de la potestad sancionadora administrativa y la penal.....	149
4. El problema de la naturaleza de los ilícitos penales y administrativos.....	152
5. La tesis cuantitativa y su aplicación a los delitos sobre la Ordenación del territorio.....	155
6. Instrumentos de solución de conflictos en casos de solapamiento normativo entre infracciones penales y administrativas.....	156
7. Cuestiones prejudiciales jurisdiccionales administrativas.....	166
8. Principio de Legalidad y de Mínima intervención.....	171
9. Normas penales en blanco.....	177

CAPITULO IV

ARTICULO 320 CÓDIGO PENAL. JURISPRUDENCIA

<i>A. Antecedentes.....</i>	183
1. Introducción.....	183
2. Cuestiones previas.....	191
a) Prevaricaciones Específicas o Especiales.....	191
b) Recapitulando.....	200
<i>B. Bien jurídico protegido: Ordenación del Territorio, Urbanismo, Administración Pública y Paisaje.....</i>	202
1. Protección del paisaje como bien jurídico del art. 320 CP.....	209
<i>C. Elemento Subjetivo.....</i>	211
1. Sujetos Activos: Funcionario Público y Autoridad.....	211
a) El concepto de Funcionario Público y Autoridad en el artículo 24 del Código Penal.....	215
b) Antecedente inmediato: art. 119 CPA.....	216
2. Funcionario público.....	220
a) Supuesto general de funcionario público y su importancia en este tipo delictivo.....	220

b) Casos especiales.....	227
• Empresas.....	227
• Personal laboral del sector publico.....	229
• Otros títulos de incorporación; expertos, asesores independientes, técnicos privados o contratados.....	230
3. Autoridad.....	234
• Órgano colegiado.....	238
<i>D. Autoría y Participación.....</i>	240
1. Autoría.....	241
2. Autores del art. 320.1 CP.....	242
a) Informe Técnico:	
• Arquitecto Municipal.....	245
• Arquitecto Técnico Municipal o Aparejador Municipal.....	245
b) Informe Jurídico:	
• Asesora Jurídica en Urbanismo.....	246
• Asesor Jurídico de hecho por nombramiento del Alcalde.....	247
c) Inspecciones:	
• Celador.....	248
• Inspector urbanístico.....	249
3. Autores del art. 320.2 CP.....	249
a) El Alcalde o Concejales en quien delegue.....	251
b) Comisión de Gobierno.....	253
c) Alcalde Accidental, Concejales, Teniente de Alcalde, Alcalde de Barrio y Diputado Provincial.....	256
4. Otras formas de participación.....	257
a) Inducción.....	263
b) Cooperación necesaria.....	264
c) Complicidad.....	269
5. Colegios Profesionales: Visado.....	272
<i>E. Sujeto Pasivo.....</i>	277
<i>F. Tipo Objetivo: Conductas Típicas.....</i>	277
1. Artículo 320.1 CP.....	282
a) Emitir informe favorable.....	282
• Informar.....	282
• Clases de Informes:	
a) Favorable o Desfavorable.....	284
b) Preceptivos o Facultativos, Vinculantes o no.....	285
c) Oral o Escrito.....	287

• Objetos materiales de las conductas típicas:	
i) Instrumentos de planeamiento.....	288
❖ Especial referencia a los Estudios de Detalle.....	291
ii) Proyectos de urbanización.....	293
iii) Parcelación.....	294
iv) Reparcelación.....	295
v) Proyectos de edificación.....	296
vi) Proyectos de Construcción.....	297
vii) Licencias: la licencia urbanística.....	297
❖ Especial referencia a la Evaluaciones de Impacto Ambiental.....	303
b) Omisiva inspectora: Silenciar infracciones detectadas u Omitir las inspecciones.....	304
• El silencio administrativo en materia urbanística.....	308
2. Artículo 320.2 CP.....	310
a) “Votar” o “resolver” favorablemente.....	313
i) Instrumentos de planeamiento.....	316
ii) Proyectos de urbanización.....	316
iii) Parcelación.....	316
iv) Reparcelación.....	316
v) Proyectos de construcción y edificación.....	317
vi) Licencias: la licencia urbanística.....	317
b) Comisión por omisión del art. 320.2 C.P., tolerancia administrativa y silencio administrativo.....	318
<i>G. Elemento normativo “injusticia”.....</i>	322
<i>H. Tipo Subjetivo: Dolo (“a sabiendas”). Error de Tipo.....</i>	337
<i>I. Causas de Justificación.....</i>	351
<i>J. Imputación personal (Culpabilidad). Error de Prohibición. Causas de exclusión de la Culpabilidad.....</i>	355
1. Especial referencia a los Secretarios de Ayuntamiento y la alegación de Error de prohibición.....	358
2. Causas de exclusión de la Culpabilidad.....	362
<i>K. Tipos de imperfecta realización. Tentativa.....</i>	362
<i>L. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.....</i>	371
1. Atenuante del art. 21.6 CP (tras la ref. LO 5/2010), Dilaciones indebidas.....	371
2. Atenuante dilaciones indebidas muy cualificada.....	372

3. Atenuante art. 21.5 CP reparación del daño.....	376
4. Atenuante analógica a la confesión y de colaboración con la justicia del artículo 21.7 CP (tras la LO 5/2010) en relación con el artículo 21.4 y 21.5 del CP.....	377
5. Agravante genérica del art. 22.7 del CP.....	377
6. Art. 65.3 CP.....	378
<i>M. Concursos.....</i>	378
1. Del art. 320.1 CP con el delito del art. 319 CP.....	378
a) Informar.....	378
b) Silenciar infracciones detectadas u Omitir las inspecciones.....	380
2. Del art. 320.2 CP con el delito del art. 319 CP: Resolver o Votar a favor.....	381
3. Del art. 320.1 CP y 320.2 CP con otros delitos (Falsedades o cohecho).....	384
4. Delito continuado.....	391

CAPITULO V

DISPOSICIONES COMUNES, CONSECUENCIAS JURIDICAS Y CUESTIONES PROCESALES

<i>A. Disposiciones Comunes.....</i>	395
1. Artículo 338 CP.....	395
2. Artículo 339 CP, medidas cautelares.....	399
3. Artículo 340 CP.....	403
<i>B. Consecuencias Juridicas.....</i>	404
1. Penas.....	404
a) Prisión y multa.....	404
b) Pena de inhabilitación.....	408
2. Responsabilidad Civil ex delicto.....	411
3. Declaración de nulidad de la licencia.....	414
4. Declaración de lesividad y otras conductas.....	420
<i>C. Prescripción.....</i>	420
1. Del delito.....	421
2. De la pena. STC 97/2010 de 15 de noviembre de 2010.....	423
<i>D. Cuestiones procesales.....</i>	425

1. Ejercicio de la acción.....	426
2. Denuncia.....	431
3. Actuación de la Fiscalía: Diligencias informativas-querrela.....	432
4. Acusación particular.....	432
5. Acusación popular.....	433
<i>E. Especialidades procesales.....</i>	<i>437</i>
1. Instrucción.....	437
2. Enjuiciamiento.....	437
3. Recurso de casación.....	438
4. Ejecución.....	438
<i>F. Especial mención a los Notarios y Registradores.....</i>	<i>442</i>
CONCLUSIONES.....	447
BIBLIOGRAFIA.....	459
JURISPRUDENCIA.....	475

ABREVIATURAS

ACP	Código Penal anterior al de 1995.
ADPCP	Anuario de Derecho penal y Ciencias penales
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
APA	Actualidad Penal
Art.	Artículo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AT2020	Agenda Territorial de la Unión Europea 2020
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
Bol. Inf. Mº Just	Ministerio de Justicia. Boletín de Información
CC	Código Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial.
CE	Constitución Española
CEMAT	Conferencia Europea de Ministros responsables de Ordenación del Territorio
CEOT	Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983
Cit.	antes citado
Cfr.	Citamos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DP	Derecho Penal
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
ECP	Punto de Contacto Nacional
ED	Estudio de Detalle
Ed	Editorial o ediciones
EPCr	Estudios Penales y Criminológicos
ESPON	Observatorio en Red para el Desarrollo Territorial Europeo
GRECO	Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa
Ibídem	en la misma obra citada anteriormente, en el mismo lugar de la misma
Infra.	más adelante
JESSICA	Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas
LBRL	Ley de Bases de Régimen Local
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJAPPAC	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LOTUR	Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja
LRSV de 1998	Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones
Op	Opus (Obra)
PANCP	Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983
PCP	Proyecto Código Penal (normalmente 1980)
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
PJ	Poder Judicial
PLOCP de 1980	Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980
PP	Plan Parcial
RA	Repertorio Aranzadi Jurisprudencia
RAP	Revista de Derecho Administrativo
RD	Real Decreto
RDU	Reglamento de Disciplina Urbanística
REDA	Revista Estudios de Derecho Administrativo
RSCCLL	Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
ss.	páginas siguientes
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo (normalmente de la Sala 2ª)
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
Supra	lo dicho más arriba, con anterioridad
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TRLS de 2008	Texto Refundido Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio
TRLS de 1976	Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana (Vigente hasta el 30 de junio de 1992)
TRLS de 1992	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. (Vigente hasta el 27 de junio de 2008)
TS	Tribunal Supremo
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Vide	Véase

CAPITULO I

EL URBANISMO EN LA SOCIEDAD MODERNA

A. Marco Normativo Urbanístico: Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda: La distribución de competencias en relación a la normativa urbanística:

La ordenación del territorio implica no sólo importantes sectores económicos, sino además la sostenibilidad ecológica y la calidad de vida en el territorio¹. No puede extrañar, pues, que se trate de un ámbito fuertemente intervenido en el que la iniciativa privada se ve sujeta a importantes condicionantes. El abanico normativo destinado a esta materia es, pues, notable; e implica diferentes instancias normativas (europea, estatal, autonómica y local).

El primer extremo que se debe atender, pues, será establecer el mapa de competencias normativas en relación a cuestiones urbanísticas; esclarecer, en definitiva, a qué instancia normativa corresponde la competencia para regular las materias cuya incidencia en la ordenación del territorio determina ese ámbito de regulación cuya infracción acabará dando lugar, como tendremos ocasión de ver con detenimiento, a las sanciones penales o administrativas. Y por ende, al precepto penal que nos ocupa.

¹ GUARDIOLA GARCIA, J. “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, pág. 5.

La distribución de competencias en relación con la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda es uno de los problemas jurídicos sobre los que más se ha discutido en los últimos años². Entremos pues en su estudio.

1. Influencia del Derecho Europeo en la Ordenación del Territorio y el Urbanismo:

El continente europeo, por su larga historia de poblamiento humano y desarrollo socioeconómico es un territorio muy diverso y sometido en gran parte a una presión antrópica intensa, ha asistido al nacimiento y consolidación de doctrinas y disciplinas públicas que parten de la consideración del territorio como un recurso natural básico y esencial para ordenar las actividades humanas. La planificación física, la ordenación del territorio y la más reciente evolución hacia el desarrollo territorial sostenible, son expresiones de esa preocupación por el territorio como recurso y capital.

En nuestros días es un lugar común señalar la europeización del Derecho administrativo, la importancia del “*ius commune*” administrativo europeo, cuando no la “globalización” en el mundo del Derecho (CHARLES-ALBERT MORAND, CASSESE, ORIOL MIR PUIGPELAT)³. En relación con la materia que nos ocupa la asunción de competencias por la Comunidad Europea, por una instancia supranacional, no puede ser más evidente. El ejemplo más claro, aunque no el único, es la viva discusión sobre la aplicación de la normativa europea del contrato de obra pública en el urbanismo⁴. Tampoco debe olvidarse la existencia de documentos para la reflexión sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en Europa como la Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983 (que a continuación se examinará) y, por supuesto, la aprobación a nivel europeo de normas que inciden directamente en el urbanismo (por ejemplo gran parte de las normas medioambientales).

Pues bien, las instituciones europeas que han desarrollado iniciativas sobre la política territorial son el Consejo de Europa y la Unión Europea.

a) Consejo de Europa:

Las actividades del Consejo de Europa relativas a la planificación territorial empezaron en 1970 en la primera Conferencia Europea de Ministros responsables de Ordenación del Territorio (CEMAT) celebrada en Bonn. La CEMAT⁵ se ha consolidado desde entonces como el foro de encuentro y discusión sobre el desarrollo territorial del continente europeo.

Las Conferencias CEMAT se celebran cada tres años y son preparadas por un comité de altos funcionarios. Además, cada año se organizan uno o dos seminarios

² UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, pág. 8.

³ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 23.

⁴ Resulta obligado citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el Teatro Scala de Milán, de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98m que exige la aplicación de la Directiva 93/37.

⁵ www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/Polices/CEMAT/default.en.asp

temáticos. Son destacables los siguientes documentos adoptados en el seno de la CEMAT:

Carta Europea de Ordenación del Territorio, adoptada en la conferencia de Torremolinos en 1983.

Principios Directores para el Desarrollo Territorial Sostenible del Continente Europeo, adoptados en Hannover en 2000.

Declaración de Liubliana sobre la Dimensión Territorial del Desarrollo Sostenible, de 2003.

La última CEMAT se celebró en Lisboa (Portugal), el 27 de octubre de 2006⁶.

Para el Consejo de Europa el concepto de planificación regional/territorial es la expresión geográfica de las políticas económicas, sociales, culturales y ecológicas de la sociedad. Es al mismo tiempo una disciplina científica, una técnica administrativa y una política de responsabilidad pública a desarrollar con un enfoque interdisciplinar e integrado y dirigido tanto al desarrollo regional equilibrado como a la organización física del territorio de acuerdo a una estrategia de conjunto.

La citada Carta comienza afirmando que las profundas modificaciones acaecidas en nuestras sociedades europeas y en las relaciones a nivel mundial "*exigen una revisión de los principios que rigen la organización del espacio con el fin de evitar que se hallen enteramente determinados en virtud de objetivos económicos a corto plazo, sin tener en cuenta de forma adecuada los aspectos sociales, culturales y los de medio ambiente*". La ordenación del territorio necesita así de "*nuevos criterios de orientación y de utilización del progreso técnico*".

La Carta Europea de Ordenación del Territorio de 1983 definió la Ordenación del Territorio como:

“La expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda sociedad, con multitud de objetivos, entre ellos el desarrollo socioeconómico y equilibrado de las regiones, la mejora de la calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales, la protección del medio ambiente, y por último, la utilización racional del territorio. Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global, cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector” (Art. 9, CEOT).

La solución de los problemas ambientales es uno de los objetivos de la planificación territorial, la orientación racional del uso del suelo, defensa frente a los riesgos naturales y protección de los recursos naturales son factores que contribuyen a una mejor calidad de vida de los ciudadanos. Las Ciencias Ambientales aparecen en función de la preocupación social frente a los problemas que las actividades industriales y comportamientos sociales generan sobre el Medio Ambiente. Este tipo de

⁶http://www.mma.es/secciones/desarrollo_territorial/ambito_europeo_dt/cemat/pdf/14cemat_resoluciones_esp.pdf

comportamientos produce creciente preocupación y ha provocado el nacimiento de conceptos como desarrollo sostenible y ecodesarrollo, hoy día realidades sociales y jurídicas que conforman objetivos, técnicas y metodologías insertas en lo que conocemos como Ordenación del Territorio.

“La ordenación territorial y medioambiental abarcan un amplio abanico de aspectos a tener en cuenta, de los cuales aquí mencionaremos tres destacables: un componente científico-técnico, un componente institucional (administrativo y político, y otras) y un componente democrático-participativo. Los tres aspectos son igualmente importantes para una buena ordenación del territorio estando los tres interrelacionados de tal manera que el avance en cada uno de ellos aporta un impulso en los demás, la dejación o desinterés en cualquiera de los tres produce con el tiempo un retroceso en los otros. Sin embargo, dentro de la importancia relativa de los tres aspectos considerados, la voluntad política y capacidad de implementación de la Administración tiene un papel central en el mayor o menor éxito en el área.”⁷

“La realización de los objetivos de la Ordenación del Territorio es esencialmente una tarea política, reflejo de una voluntad de coordinación e integración de carácter interdisciplinario y de cooperación entre las autoridades afectadas. En la práctica este esfuerzo llevará a una comprensión global de la distribución de la población, de las actividades económicas, de los equipamientos colectivos, de las fuentes de energía, los transportes, el abastecimiento de agua y el saneamiento de las aguas residuales, la eliminación de ruidos y residuos. La protección del medio ambiente, de las riquezas y recursos naturales, históricos y culturales.”⁸

La ordenación del territorio debe aplicarse para el logro de los principios y objetivos constitucionales, por lo que es necesaria una política ordenancista del suelo desarrollado por los poderes públicos garantizando al individuo una mejora de su entorno humano y urbano que se proyectará en su forma de vida. De esta manera, la ordenación del territorio se convierte en un instrumento básico para el bienestar colectivo.

b) Unión Europea:

La Unión Europea⁹ contempla esta materia, en sus dos Tratados. Así en el **Tratado de la Unión Europea** recoge en su art. 3 que *“La Unión fomentará la*

⁷ Freudenburg y Gramling, citado por GÓMEZ OREA, D., ORDENACIÓN TERRITORIAL. Madrid: Mundi-Prensa Libros, pág. 119.

⁸ BENITEZ ORTÚZAR, I.F., *“Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el título VIII de la Constitución española de 1978”*, Cuadernos de Política Criminal. Madrid: EDERSA, nº 81, 2003, pág. 485 a 524.

⁹ El origen se encuentra en el Tratado de la Comunidad Económica Europea, firmado en Roma en 1957, reúne a Francia, Alemania, Italia y los países del Benelux en una Comunidad que tiene por objetivo la integración a través de los intercambios con fines de expansión económica. El Tratado fue modificado por los siguientes Tratados:

- **Tratado de Bruselas, denominado «Tratado de fusión» (1965)**

Este Tratado sustituye a los tres Consejos de Ministros (CEE, CECA y Euratom), por una parte, y a las dos Comisiones (CEE, Euratom) y la Alta Autoridad (CECA), por otra, por un Consejo y una Comisión únicos. A esta fusión administrativa se añade la constitución de un presupuesto de funcionamiento único.

- **Tratado que modifica algunas disposiciones presupuestarias (1970)**

*cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros” y en el **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea**, con la siguiente perspectiva:*

- El art. 4.2 c) señala que en materia de cohesión económica, social y territorial, la competencia entre la Unión y los Estados miembros será compartida. Por tanto, en materia de Ordenación del Territorio, la Unión Europea no tiene competencia directa.
- En el Título XVIII, dedicado a la COHESIÓN ECONÓMICA, SOCIAL Y TERRITORIAL, señala en el **artículo 174** (antiguo artículo 158 del TCE): “*A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la*

Este Tratado sustituye al sistema de financiación de las Comunidades por contribuciones de los Estados miembros por el sistema de recursos propios. Establece también un presupuesto único para las Comunidades.

•Tratado que modifica algunas disposiciones financieras (1975)

Este Tratado otorga al Parlamento Europeo el derecho a rechazar el presupuesto y de aprobar la gestión de la Comisión en la ejecución del presupuesto. Instituye un único Tribunal de Cuentas para las tres Comunidades, organismo de control contable y de gestión financiera.

•Tratado de Groenlandia (1984)

Este Tratado pone fin a la aplicación de los Tratados en el territorio de Groenlandia y establece relaciones especiales entre la Comunidad Europea y Groenlandia, iguales a las aplicadas a los Territorios de ultramar.

•Acta Única Europea (1986)

El Acta Única Europea constituye la primera gran reforma de los Tratados. Establece la extensión de los casos de voto por mayoría cualificada en el Consejo, refuerza el papel del Parlamento Europeo (procedimiento de cooperación) y amplía las competencias comunitarias. Introduce el objetivo del mercado interior para 1992.

•Tratado sobre la Unión Europea denominado «Tratado de Maastricht» (1992)

El Tratado de Maastricht reúne en un mismo marco a la Unión Europea, las tres Comunidades (Euratom, CECA, CEE) y las cooperaciones políticas institucionalizadas en los ámbitos de la Política Exterior, Defensa, Policía y Justicia. Da un nuevo nombre a la CEE que se convierte en la Comunidad Europea, lo que expresa la voluntad de los Estados miembros de ampliar las competencias comunitarias a ámbitos no económicos. Además, este Tratado crea la Unión Económica y Monetaria, establece nuevas políticas comunitarias (educación, cultura) y amplía las competencias del Parlamento Europeo (procedimiento de codecisión).

•Tratado de Amsterdam (1997)

El Tratado de Amsterdam ha permitido ampliar las competencias de la Unión con la creación de una política comunitaria del empleo, la comunitarización de una parte de las materias que antes correspondían a la cooperación en el ámbito de Justicia y Asuntos de Interior, las medidas destinadas a aproximar la Unión a sus ciudadanos y la posibilidad de cooperación más estrecha entre algunos Estados miembros (cooperaciones reforzadas). Por otra parte, amplía el procedimiento de codecisión y el voto por mayoría cualificada, y realiza una simplificación y una reenumeración de los artículos de los Tratados.

•Tratado de Niza (2001)

El Tratado de Niza se dedica esencialmente a los «asuntos pendientes» de Amsterdam, es decir, a los problemas institucionales vinculados a la ampliación que no se resolvieron en 1997. Se trata, en concreto, de la composición de la Comisión, de la ponderación de votos en el Consejo y de la ampliación de los casos de voto por mayoría cualificada. También simplifica el recurso al procedimiento de cooperación reforzada y aumenta la eficacia del sistema jurisdiccional.

•Tratado de Lisboa (2007)

El Tratado de Lisboa introduce importantes reformas. Pone fin a la Comunidad Europea, suprime la antigua estructura de la UE y establece un nuevo reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros. Asimismo, se introducen modificaciones en el modo de funcionamiento de las instituciones europeas y en los procesos de toma de decisiones. El objetivo es mejorar el proceso decisorio en una Unión ampliada que consta de 27 Estados miembros. El Tratado de Lisboa supone además la reforma de varias políticas interiores y exteriores de la UE. En particular, dota a las instituciones de la capacidad de legislar y les otorga competencias en nuevos ámbitos políticos.

Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.

La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas.

Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña.”¹⁰

- Y en el Título XX dedicado al MEDIO AMBIENTE, recoge en el art. 192 que: *“No obstante el procedimiento de toma de decisiones contemplado en el apartado 1, y sin perjuicio del artículo 114, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará:...las medidas que afecten a:...la ordenación territorial;...la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos;”.*

Los Estados miembros y la Comisión Europea han sido conscientes de forma creciente de la importancia de la dimensión territorial en las políticas europeas.¹¹

En este sentido son destacables los siguientes elementos:

- A) **Estrategia Territorial Europea (ETE).** Lanzada en 1999, define por vez primera los grandes objetivos de política territorial para la Unión Europea, entonces con quince miembros, articulados en tres grandes ejes: desarrollo territorial policéntrico y nueva relación entre campo y ciudad; acceso equivalente a las infraestructuras y al conocimiento y gestión prudente de la naturaleza y el patrimonio cultural. Así mismo, establece un conjunto de opciones para el logro de estos objetivos.
- B) **Agenda Territorial de la Unión Europea.** Fue creada en noviembre de 2004 en la reunión de Róterdam de Ministros responsables de política territorial (que actúa como máximo foro informal para el impulso de estas políticas a escala comunitaria). Se ha continuado en la siguiente reunión de los Ministros en Luxemburgo en mayo de 2005, donde se ha establecido un

¹⁰ “Los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también los objetivos enunciados en el artículo 174. Al formular y desarrollar las políticas y acciones de la Unión y al desarrollar el mercado interior, se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 174, participando en su consecución. La Unión apoyará asimismo dicha consecución a través de la actuación que realiza mediante los fondos con finalidad estructural (Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección Orientación; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desarrollo Regional), el Banco Europeo de Inversiones y los otros instrumentos financieros existentes.” **Art. 175 TFUE.**

¹¹ [ec.europa.eu/regional_policy/index es.htm](http://ec.europa.eu/regional_policy/index_es.htm)

programa de trabajo que ha resultado en la adopción en mayo de 2007 en Leipzig (Alemania) de un documento llamado Agenda Territorial de la Unión Europea. Con esta Agenda Territorial se pretende profundizar en el concepto de cohesión territorial e introducir la dimensión territorial en la Estrategia europea de Lisboa/Gotemburgo, reforzando la estructura territorial de la Unión, logrando una mayor coherencia de las políticas comunitarias y nacionales con impacto territorial y promoviendo la cooperación territorial en Europa.

En noviembre de 2007 se adoptó un primer Programa de Acción de la Agenda Territorial de la UE en la reunión informal de ministros de Azores (Portugal). Posteriormente, los ministros responsables de ordenación del territorio y desarrollo territorial, en colaboración con la Comisión Europea y con el respaldo del Comité de las Regiones, han revisado la Agenda Territorial que se presentó en 2007 y han aprobado la nueva **Agenda Territorial de la Unión Europea 2020 (AT2020)**. La AT2020 tiene en cuenta los cambios recientes que se describen en el informe actualizado Perspectivas territoriales de la Unión Europea acerca del V Informe sobre cohesión económica, social y territorial de la Comisión y la Estrategia Europa 2020. En ella afirman que la AT2020 es nuestro marco político orientado a la acción, que ha de sustentar la cohesión territorial europea como nueva meta de la Unión Europea (UE) introducida por el Tratado de Lisboa (art. 3 del TUE), y presenta los objetivos conforme al calendario de los más destacados documentos políticos hasta 2020. El cometido de la AT2020 es ofrecer orientaciones estratégicas para el desarrollo territorial, fomentando la integración de la dimensión territorial dentro de las diversas políticas en todos los niveles de gobernanza, y garantizar la aplicación de la Estrategia Europa 2020 de acuerdo con los principios de cohesión territorial. La política de cohesión es un marco esencial a través del cual la UE puede abordar los retos del desarrollo territorial y contribuir a liberar el potencial territorial a nivel local, regional, nacional y transnacional.

- C) **Red Europea de Observación sobre cohesión y desarrollo territorial** (antiguo Observatorio en Red para el Desarrollo Territorial Europeo - ESPON). (www.espon.eu). Se trata de un programa de cooperación en el seno de las iniciativas comunitarias Interreg en el que participan los 27 Estados miembros y otros países asociados como Noruega, Suiza, Islandia y Liechtenstein. Su principal objetivo es aumentar el conocimiento sobre las estructuras territoriales, las tendencias y los impactos de las políticas en el territorio europeo, y así apoyar el desarrollo de las políticas europeas, nacionales y regionales y contribuir a formar una comunidad científica sobre el desarrollo territorial europeo. Se financia por la Unión Europea (FEDER) y los Estados participantes. La Autoridad de Gestión y Certificación es Luxemburgo donde se sitúa también la Unidad de Coordinación. Se desarrolla a través de proyectos de investigación transnacionales alrededor de cinco prioridades: investigación aplicada sobre desarrollo territorial; competitividad y cohesión; análisis dirigidos basados en demandas de usuario; plataforma y herramientas científicas; capitalización y participación; y asistencia técnica, apoyo analítico y comunicación. Cada país dispone de representación institucional en el Comité de Seguimiento del programa y ha designado un punto de contacto nacional (ECP) para el apoyo técnico del

mismo. En nuestro caso el ECP es el Observatorio de la Sostenibilidad en España.¹²

D) Por último, el hito clave de la Agenda Urbana Europea es en la actualidad la **Carta de Leipzig Sobre Ciudades Europeas Sostenibles**, que fue aprobada con ocasión del Encuentro Informal de Ministros sobre Desarrollo Urbano y Cohesión Territorial celebrado en Leipzig los días 24 y 25 de mayo de 2007 (la Presidencia Alemana del Consejo de la Unión Europea la organizó), sobre la base de todo el trabajo realizado por las Presidencias anteriores de la UE, que se había materializado en otros acuerdos importantes como el Lille Action Programme (2000), el Urban Acquis (2004), o el Bristol Accord (2005). En la Carta de Leipzig se incluyen dos grandes recomendaciones:

- Hacer un mayor uso de las **políticas integradas de desarrollo urbano**, entendiendo por tales aquellas donde se coordinan los aspectos espaciales, sectoriales y temporales de las áreas clave de la política urbana, como son la cohesión social y la calidad de vida, la creación y consolidación de espacios públicos de alta calidad, el impulso de la eficiencia energética, etc.
- **Prestar especial atención a los barrios menos favorecidos** dentro del contexto global de las ciudades, impulsando actuaciones integrales que conjuguen la mejora del medio ambiente físico, con el impulso a la economía y el empleo, la integración e inserción social y el fomento de un transporte urbano eficiente y asequible.

Posteriormente, durante la Reunión Informal de Ministros de Desarrollo Urbano celebrada en Marsella el 25 de Noviembre de 2008 se aprobaron dos nuevas declaraciones: una centrada en el **desarrollo operativo e instrumental de la Carta de Leipzig**, en la que se ha planteado la construcción a nivel europeo de un **marco de referencia para la ciudad sostenible**, que incluya criterios, indicadores, y buenas prácticas; y, una segunda destacando la importancia de los nuevos instrumentos de financiación comunitaria, y, concretamente de la iniciativa JESSICA (Joint European Support for Sustainable Investment in City Areas).

Es de señalar que en España, la **Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo** (Vigente hasta el 27 de junio de 2008 en que entró en vigor el Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008¹³) se halla inspirada por la misma voluntad de la Carta de Leipzig y enuncia, por primera vez en la legislación estatal, el principio del desarrollo territorial y urbano sostenible (Art. 2). En efecto, en su Título Preliminar (II último párrafo) se recoge, que *“la del urbanismo español contemporáneo es una historia desarrollista, volcada sobre todo en la creación de nueva ciudad. Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el*

¹² La Sede Permanente del Observatorio de la Sostenibilidad en España (OSE) está ubicada en pleno casco histórico de la ciudad de Alcalá de Henares.

¹³ Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, desarrollado conforme a la Disposición Adicional Segunda por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo.

Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: 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. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. 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, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio 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. Y el suelo urbano -la ciudad ya hecha-tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, 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 **Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012** incorpora también, en su impulso a la renovación urbana, los criterios de Leipzig sobre la importancia del desarrollo urbano integrado y la atención a los barrios desfavorecidos.

2. Protección de la Ordenación del Territorio y la lucha contra la delincuencia urbanística en la normativa europea:

El **título VI** del Tratado de la Unión Europea, en particular, los artículos 29 UE, 31 UE, letra e), y 34 UE, apartado 2, letra b), en su versión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Niza, constituyó el instrumento con el que la Unión Europea quiso reaccionar de modo concertado al aumento preocupante de las infracciones contra el medio ambiente. Debemos destacar que se está todavía en el estadio de “*cooperación*” y no de integración.

Con esa base jurídica, se aprobó la Decisión Marco 2003/80/JAI, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, que indicaba a los Estados miembros qué conductas habían de sancionar penalmente y con qué clase de sanción penal; dos años más tarde el Tribunal de Justicia la anulaba (Sentencia 13.09.2005, Comisión/Consejo, C-176/03-Medio ambiente)¹⁴ basándose en la falta de idoneidad de la figura de la “*Decisión Marco*” para señalar a los Estados la línea político criminal que había de marcar en defensa del medio ambiente, en tanto en cuanto se considera que el fundamento de la intervención en esta materia no podía ser el Tratado de la Unión Europea, sino el Tratado de la Comunidad: la conclusión más importante que, según ACALE SANCHEZ, M.¹⁵, ha de extraerse de dicha sentencia es que el Tribunal de Justicia dejó abierta la puerta no ya sólo para que la Comunidad

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003CJ0176:ES:PDF>

¹⁵ “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, Ed. Bosch, Barcelona, 2011. Pág. 36.

asumiera competencias en materia de protección del medio ambiente, sino en materia de protección penal del mismo¹⁶.

Tras la aprobación de la Decisión Marco, España modificó su Código Penal (reforma operada por la LO 15/2003) para adaptarlo a las indicaciones exigidas por Europa. La anulación dejó sin fundamentación las reformas que se consolidaron entonces. En España, la adaptación no fue muy trascendente pues nuestro Código era, entre los europeos, de los que mayor y mejor protección ofrecía antes de la entrada en vigor de la Decisión marco a dicho bien jurídico.¹⁷

Posteriormente se aprobó el 27 de octubre de 2006 por parte del Parlamento Europeo la “*Resolución sobre el seguimiento del dictamen del parlamento Europeo sobre protección del medio ambiente: lucha contra la delincuencia y sanciones penales*”, y finalmente ha visto la luz la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente en el Derecho penal. La Directiva termina señalando la necesidad de que los Estados adopten “*sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias*”, aunque omite hacer referencia alguna a la naturaleza penal, o no, de las mismas, así como a enumerarlas, como sí hacía la Decisión marco anulada.

Para ACALE SANCHEZ, M.¹⁸, todo el camino recorrido en tan pocos años pone de manifiesto la importancia simbólica que ha tenido la protección del medio ambiente para el Derecho comunitario: de no haber sido tenido en consideración en un primer momento, ha dado lugar a la revolución competencial que muchos estaban esperando en

¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M. Cita a DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., “El modelo de la Constitución Europea”, en CARBONELL MATEU, J.C., y otros, *Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal*, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 290; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho Comunitario”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), *Técnicas de investigación e infracción medioambientales*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 79 y ss; BAKER, E. Y HARDING, C., “From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar”, *European Law Review*, vol. 34, n. 4/2009, pág. 25 y ss; MITSILEGAS, V., “The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?”, en *European Law Review*, 2009/34, págs. 523 y ss.; DAWSON, M., “The ambiguity of social Europe in the in the open method of co-ordination”, *European Law Review*, vol. 34, 2009/4, págs. 55 y ss.; ESTRADA CUADRAS, A., “Vía libre al Derecho penal europeo”, en *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 27/2006 (www.indret.com), pág. 15; SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco”, en www.reeig.org; MANES, V., “La incidencia de las Decisiones Marco en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología* RECPC09-07/2007; GARCIA NOGUERA, L., “La STJCE de 13 de septiembre de 2005 ¿una puerta abierta para la competencia penal de las Comunidades europeas? Posibles repercusiones para el tratamiento de la delincuencia relacionada con las tecnologías de la comunicación y la información”, 4-8 septiembre 2006 (www.law.ed.ac.uk/ahrb/complaw/docs/garcia-noguera.doc); BAUCCELLS LLADÓS, J., *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 30 y ss; VERCHER NOGUERA, A., “La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo”, en VV.AA., *El Derecho europeo ambiental: estado actual de la transposición del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico*, Estudios de Derecho judicial 2005/67, págs. 39 y ss; PICOTTI, L., “Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho comunitario: estado actual y perspectivas”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2004/13, págs. 151 y ss.

¹⁷ Las diferencias en torno a la protección penal en el seno de la Unión quedan puestas de manifiesto en: LEPAGE, H., y otros, “Study on environmental crime in the Member States”, http://ec.europa.eu/environment/legal/crime/studies_en.htm, sin paginar.

¹⁸ ACALE SANCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre...”, op. Cit, pág. 39.

pro de la construcción de una verdadera Europa: sin duda alguna, el Tratado de Lisboa ha seguido esta estela.

Con ello, ha de resaltarse, continua la autora citada¹⁹, que la prudencia legislativa de la Directiva en este punto que guarda silencio en torno a la posibilidad de que la Unión Europea dé a los Estados miembros indicaciones precisas en materia de protección penal de la ordenación del territorio y del urbanismo, algo que a la vista de lo que se dirá a continuación, carece de justificación.

En efecto²⁰, la situación del urbanismo en España no ha pasado desapercibida para la unión Europea que ha vertido serias advertencias al Estado español sobre ella, a través de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre los resultados de la misión de investigación en la Comunidades Autónomas de Andalucía, Valencia y Madrid, así como del Informe del mismo Parlamento de 20 de febrero de 2009 sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas, donde se resalta el desorden urbanístico imperante en determinadas zonas de la geografía española, resaltando en particular en el último informe citado, la situación del Ayuntamiento de Marbella, *“donde se han construido ilegalmente decenas de miles de viviendas, que infringen probablemente la legislación comunitaria en materia de protección del medio ambiente, participación pública, política del agua y contratación pública, y que están a punto de ser legalizadas gracias a un nuevo plan general urbano, que priva de seguridad jurídica y de garantías a los compradores, los propietarios y los ciudadanos en general”*, recordando –amenazando– con la posibilidad de *“interrumpir la provisión de fondos estructurales”*.

Estos pronunciamientos determinan que la Unión no desconoce la necesidad de que en nuestro país sea necesaria una intervención legal, llegando al ámbito penal, para poner fin a la situación que padecen, no sólo los ciudadanos españoles, sino también otros europeos que aquí residen (de forma temporal o definitiva). Quizás el hecho de que esta situación no sea extensiva a la existentes en otros países europeos, ha determinado que no se haya hecho referencia expresa a la necesidad de proteger penalmente la ordenación del territorio y del urbanismo en la Directiva 2008/99, lo que no impide a España ponerla en marcha, al amparo de la cláusula de cierre del catálogo de conductas que han de ser sancionadas penalmente por el conjunto de los Estados de la Unión, dado el significativo deterioro de la calidad de vida. Así pues la realidad muestra insuficiente la idea de TRAYTER JIMENEZ, JM.²¹, que el medio natural de control del urbanismo es la jurisdicción contenciosa, que consideramos que es lo que debería ser.

España quedo pues comprometida a adaptar la protección penal del medio ambiente a las previsiones contenidas en la Directiva 2008/99, antes del 26 de

¹⁹ A pesar de que la recomendación del Consejo de Europa, el Comité de Ministros de 25.1.84 definió como objetivos fundamentales de la ordenación del territorio: el desarrollo socio-económico equilibrado de las regiones; la mejora de su calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente, y la utilización racional del territorio.

²⁰ ACALE SANCHEZ, M., “Los nuevos delitos sobre...”, op. Cit, pág. 40.

²¹ TRAYTER JIMENEZ, J.M., Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 47.

diciembre de 2010. No obstante, los esfuerzos que en esta línea tenía que realizar eran pocos, pues si se analiza el contenido del Título XVI del Libro II del Código penal, sobre todo, después de las reformas que operó la LO 15/2003, se podrá comprobar que las previsiones de la Directiva quedaban ampliamente superadas, en la medida en que allí son muchas más las conductas constitutivas de delito. Otros ordenamientos jurídicos europeos sin embargo, tendrán que realizar mayor esfuerzo²².

A la adaptación del Código penal español a la Directiva analizada en materia de protección penal del medio ambiente se deben las reformas que opera la LO 5/2010 del Capítulo III del Título XVI, cumpliendo con ella los plazos previstos²³.

Finalmente, cabe señalar que la aprobación del Tratado de Lisboa ha sido vista por algunos como el comienzo de una nueva etapa en lo que el desarrollo del entramado europeo se refiere. Sin embargo en lo que a la tutela penal de los bienes jurídicos de gran relevancia para la propia Unión, no se ha producido el avance esperado. Quizás la herencia recibida del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa haya en cierta medida condicionado el decepcionante resultado final.

El Tratado de Lisboa recoge en su interior –originariamente, por tanto, un catálogo cerrado de bienes jurídicos de naturaleza puramente europea y obliga a los Estados partes a que procedan a protegerlos penalmente (art. 83 TFUE). Es lo que se denomina derecho penal europeo esencial²⁴. Junto a él, establece las bases en virtud de las cuales crezca el anterior catálogo de forma sucesiva –y, por tanto, derivada-. Ambas previsiones dan forma al que pudiera considerarse núcleo duro del Derecho penal europeo.

Entre las materias completamente europeizadas antes de la aprobación del Tratado de Lisboa a través de Decisiones Marco²⁵, se encuentra la corrupción, como ámbito de especial gravedad, cuya protección como bien jurídico propiamente europeo, se encuentra tasado, junto con otros, en el art. 83.1 párrafo 2º del TFUE.

²² ACALE SANCHEZ, M., cita a LEPAGE, H., y otros, “Study on environmental crime in the Member States”, cit., sin paginar.

²³ ACALE SANCHEZ, M. “Los Nuevos delitos sobre la...” op., cit., pág. 41.

²⁴ MIRÓ LLINARES, F. “Cooperación judicial en material penal en la Constitución Europea”, en GARRIDO MAVOL, V., GARCIA COUSO, S., y ÁLVAREZ CONDE, E., Comentarios a la Constitución Europea, vol. 3, 2004, pág. 1.211.

²⁵ Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea de 25 de junio de 1997.

3. Nuestro País:

a) Precedentes. Periodo preconstitucional:

Las primeras normas referidas al urbanismo aparecieron en nuestro Estado, en la segunda mitad del siglo XIX, “*como reacción frente a los problemas higiénicos y sociales de algunas grandes ciudades*” (LÓPEZ RAMÓN²⁶).

Las tensiones competenciales y organizativas recogidas en las diferentes legislaciones con incidencia sobre el territorio son un reflejo de los conflictos de intereses de carácter político existentes que pretendían la implantación de un determinado modelo de gobierno territorial más o menos centralizado (LORA TAMAYO²⁷)

El urbanismo es, en este sentido, una de las muestras más claras de esta afirmación: la lucha por el control del desarrollo de las ciudades late con fuerza desde la segunda mitad del siglo XIX hasta nuestros días, y las diferentes soluciones y medidas adoptadas ponen de reflejo de forma evidente los distintos momentos de centralización y descentralización más destacados.

En efecto, los Ayuntamientos –entre 1833 y 1868- aumentaron su dependencia respecto de la Administración central en todos los aspectos como consecuencia, en parte, de la desamortización, que los dejó sin recursos, y como reflejo también del afianzamiento de un Estado liberal que intenta reducir el carácter político de los Ayuntamientos, que eran un instrumento posible para la oposición progresista, aumentando de esta forma su carácter administrativo y burocrático²⁸.

En dicho siglo se aprobaron, entre otras, las leyes sobre expropiación forzosa de 1836 y 1879. Con esta última Ley de 10 de enero de 1879, como ha recordado MUÑOZ MACHADO²⁹, comienza la desvinculación definitiva entre la expropiación y la obra pública (aplicándose, por ejemplo, en la reforma interior de las poblaciones). Otras normas importantes aprobadas en el siglo XIX son, por supuesto, la Ley de Ensanche de Poblaciones, de 29 de junio de 1864, o la Ley de Saneamiento y Reforma Interior de Grandes Poblaciones, de 18 de marzo de 1895.

Más allá de los precedentes del siglo XIX y de la Ley de Ordenación de Solares de 1945, entre las primeras leyes urbanísticas se encuentra, el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, de 27 de mayo de 1955, en cuyo artículo 13 menciona la necesidad de constituir patrimonios municipales del suelo con la finalidad de prevenir, encauzar y desarrollar la expansión urbana de las poblaciones de más de cincuenta mil

²⁶ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 23.

²⁷ LORA-TAMAYO, M., “URBANISMO DE OBRA PUBLICA Y DERECHO A URBANIZAR”, Marcial Pons Librero Editor, 2002. Pág. 83.

²⁸ OLIVERAS SAMITIER, J., Ciudad y territorio: Estudios territoriales, ISSN 1133-4762, Nº 94, 1992 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Antonio Bonet Correa), págs. 79 (79-92).

²⁹ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 8.

habitantes, o capitales de provincia, facilitar la ejecución de los planes de ordenación urbana, y vincular la adquisición y enajenación de terrenos, así como acrecentar el patrimonio municipal del suelo.

Sin embargo la primera norma estatal que ofreció un tratamiento completo del urbanismo, fue la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956. De forma integral intentó regular el desarrollo urbanístico del país. Por tanto, constituye un antecedente urbanístico del que han surgido diversas instituciones en dicha materia.

*“Esta ley configura la institución como un instrumento de política antiespeculativa, sucedáneo de la socialización del suelo, para intentar regular los precios en el mercado de solares. Así en la Exposición de Motivos de esta Ley, se hacen continuas referencias a establecer el régimen adecuado frente a la especulación del suelo y la irregularidad en el proceso de urbanización que atribuye la carga de subvenir a esta a quien recibe directamente sus beneficios, señalando como problemas, que requieren solución, la retención de terrenos por propietarios que no urbanizan ni edifican, ni acceden a enajenar sus terrenos, para urbanizar y construir a precios de justa estimación, añadiendo que suelen venderse suelos de especulación en lugar de precios reales.”*³⁰

La innovación principal de esta ley fue la creación de una nueva disposición jurídica para la propiedad del suelo, convirtiéndose en un derecho restringido en su contenido a lo que las leyes urbanísticas y los planes de ordenación establezcan en cada caso, sometido al cumplimiento de los deberes que la ley establezca.

Dicho en los términos de la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo: *“Como recuerda la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, la historia del Derecho urbanístico español contemporáneo se forjó en la segunda mitad del siglo XIX, en un contexto socio-económico de industrialización y urbanización, en torno a dos grandes tipos de operaciones urbanísticas: el ensanche y la reforma interior, la creación de nueva ciudad y el saneamiento y la reforma de la existente. Dicha historia cristalizó a mediados del siglo XX con la primera ley completa en la materia, de la que sigue siendo tributaria nuestra tradición posterior”*³¹.

La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956, que sería completada, entre otras normas, por la Ley de Valoraciones, de 21 de julio de 1962, fue modificada por la Ley de Reforma de la Ley del Suelo, de 2 de mayo de 1975, dando lugar al Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, y a los Reglamentos de Desarrollo de 1978 (el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento, el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Gestión, y el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística). Así hasta la llegada al periodo constitucional.

³⁰ SANCHEZ GOYANES, E. e IVARS BAÑULS, J.A., *“Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana”*. Valencia: La Ley, 2007, pág 1660.

³¹ UREÑA SALCEDO, J.A., en *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 8.

b) La Constitución española de 1978

La descentralización del urbanismo español es un proceso complicado que arranca en principio de la Constitución de 1978, y que debe ser analizado desde las tensiones que se crean entre los diferentes niveles de gobierno territorial: Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales (LORA-TAMAYO³²).

Así como, la definición del principio de autonomía local y su efectivo deslinde de competencias es un proceso que no tiene su origen en la Constitución de 1978, sino que es fruto de una larga evolución que comienza a tomar cuerpo desde la segunda mitad del siglo XIX. El binomio Estado-Comunidades Autónomas supondrá una descentralización competencial material y legislativa, que debe suponer la adecuación del ordenamiento a una nueva estructura territorial que dimana de nuestro texto constitucional³³.

En efecto, la Norma Fundamental de 1978, es bien sabido, permitió la creación de Comunidades Autónomas y estableció, en sus artículos 148 y 149, la distribución de competencias entre éstas y el Estado. Al margen de destacar que en dicha norma no se encuentra referencia alguna a las competencias de municipios y provincias (entidades respecto de las que se limita a reconocer su autonomía en sus artículos 140 y 141), conviene subrayar que esta distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sigue siendo, más de veinticinco años después de aprobada la Constitución, una cuestión muy problemática, que no está, pese a la importante labor desarrollada por el Tribunal Constitucional, ni mucho menos cerrada (como se ha puesto de manifiesto, una vez más, con las últimas modificaciones de algunos Estatutos de Autonomía).³⁴

En relación con la materia concreta que nos ocupa el artículo 148.1.3 reconoce expresamente que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en relación con la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda. Esta solución, como señaló MUÑOZ MACHADO³⁵, ya se apuntaba en la fase de las preautonomías. Ahora, sin embargo, no interesa tanto eso como destacar que la claridad de la

³² LORA-TAMAYO, M., “URBANISMO DE OBRA PÚBLICA Y DERECHO A URBANIZAR”, Marcial Pons Librero Editor, 2002. Pág. 84.

³³ En este sentido la EM del RD Legislativo 2/08, de 20 de junio señala en su apartado II, párrafo tercero, que: “... la Constitución de 1978 establece un nuevo marco de referencia para la materia, tanto en lo dogmático como en lo organizativo. La Constitución se ocupa de la regulación de los usos del suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda y dentro del bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47, de donde cabe inferir que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario necesario de aquéllas al servicio de la calidad de vida. Pero además, del nuevo orden competencial instaurado por el bloque de la constitucionalidad, según ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta que a las Comunidades Autónomas les corresponde diseñar y desarrollar sus propias políticas en materia urbanística. Al Estado le corresponde a su vez ejercer ciertas competencias que inciden sobre la materia, pero debiendo evitar condicionarla en lo posible.”

³⁴ UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 8.

³⁵ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 9.

declaración constitucional, que abría la puerta a una regulación autonómica distinta a la estatal, no impidió que el Estado, aunque el artículo 149 no contenga reserva específica de competencias a su favor en esta materia, aprobase una nueva Ley del Suelo en 1990, que sería refundida en 1992. Nos referimos, claro está, a la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y al Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

Algunos Gobiernos autonómicos impugnaron ante el Tribunal Constitucional estas normas estatales. Entendían que el Estado había vulnerado la distribución constitucional de competencias. La citada impugnación de la normativa estatal se acompañó de la aprobación en algunas Comunidades Autónomas de sus propias normas urbanísticas.

El Tribunal Constitucional, nótese bien que algunos años después de la entrada en vigor de determinadas normas autonómicas, en la conocida Sentencia 61/1997, de 22 de marzo, declaró inconstitucional y nulo prácticamente la totalidad del Texto Refundido estatal de 1992. Dijo, como ya había hecho en la Sentencia 118/1996 sobre la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, que el Estado no podía aprobar, si no tenía un título específico para ello, normas sobre la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda. Ni tan siquiera podía hacerlo con carácter meramente supletorio. La declaración de inconstitucionalidad de la disposición derogatoria de la normativa preconstitucional produjo, entre otras muchas cosas, un fenómeno curioso: la “*reviviscencia*” con carácter supletorio de la normativa estatal de 1976 y sus Reglamentos de desarrollo de 1978, cuya derogación fue declarada inconstitucional.

Esta Sentencia, que lógicamente mereció la atención de todos los especialistas³⁶, aunque declaró la inconstitucionalidad de la mayoría de preceptos del Texto Refundido de 1992, también reconoció la constitucionalidad de algunos otros y, lo que es más importante, admitió que el Estado podía aprobar normas que incidiesen en la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda siempre, eso sí, que tuviesen amparo constitucional en algún título competencial. No debe extrañar, por tanto, que, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, fuese aprobada la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (sobre la que se manifestó el Alto Tribunal en la Sentencia 164/2001, de 11 de julio). En esta última resolución se insistió en que las Comunidades Autónomas “*son titulares, en exclusiva, de las competencias sobre urbanismo. La competencia legislativa sobre urbanismo permite a las Comunidades Autónomas fijar sus propias políticas de ordenación de la ciudad, y servirse para ello de las técnicas jurídicas que consideren más adecuadas*”.

La Ley 6/1998 fue derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, frente a la que ya se han interpuesto recursos de inconstitucionalidad por parte de algunos Gobiernos autonómicos y de algunos Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso (BOE de 8 de octubre de 2007). Por último, “*la disposición final segunda de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, delegó en el Gobierno la potestad de dictar un Real Decreto Legislativo que refundiera el texto de ésta y los preceptos que aún quedaban vigentes del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se*

³⁶ UREÑA SALCEDO, J.A., en “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 10.

*aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. El plazo para la realización de dicho texto era de un año, a contar desde la entrada en vigor de aquélla*³⁷. Y en cumplimiento de lo anterior se dictó el RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, vigente en la actualidad.

En conclusión, puede que sea cierto que en los últimos años, como se dice en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, *“el Estado ha legislado de una manera un tanto accidentada, en parte forzado por las circunstancias, pues lo ha hecho a caballo de sucesivos fallos constitucionales. Así, desde que en 1992 se promulgara el último Texto Refundido Estatal de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, se han sucedido seis reformas o innovaciones de diverso calado, además de las dos operaciones de “legislación negativa” en sendas Sentencias Constitucionales, las número 61/1997 y 164/2001. No puede decirse que tan atropellada evolución –ocho innovaciones en doce años- constituya el marco idóneo en el que las Comunidades Autónomas han de ejercer sus propias competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”*.

Finalmente el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, ha sido desarrollado conforme a la Disposición Adicional Segunda por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo.

El Texto Refundido 2/2008 contiene en el Título Preliminar, VI, una serie de preceptos que, localizados hasta ahora de manera fragmentada en el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, ha parecido razonable agrupar bajo la denominación de Régimen Jurídico. En él se contienen las actuaciones con el Ministerio Fiscal a consecuencia de infracciones urbanísticas o contra la ordenación del territorio, las peticiones, actos y acuerdos procedentes en dichos ámbitos, las posibles acciones y recursos pertinentes y las normas atinentes al Registro de la Propiedad que ya han sido objeto de desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron 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.

La introducción de este Título, y la de aquellos otros preceptos que habían perdido coherencia sistemática en el contenido subsistente del Real Decreto Legislativo 1/1992, que ahora la recuperan mediante su inserción donde corresponde en la

³⁷ *“Dicha tarea refundidora, que se afronta por medio de este texto legal, se plantea básicamente dos objetivos: de un lado aclarar, regularizar y armonizar la terminología y el contenido dispositivo de ambos textos legales, y de otro, estructurar y ordenar en una única disposición general una serie de preceptos dispersos y de diferente naturaleza, procedentes del fragmentado Texto Refundido de 1992, dentro de los nuevos contenidos de la Ley de Suelo de 2007, adaptados a las competencias urbanísticas, de ordenación del territorio y de vivienda de las Comunidades Autónomas. De este modo, el objetivo final se centra en evitar la dispersión de tales normas y el fraccionamiento de las disposiciones que recogen la legislación estatal en la materia, excepción hecha de la parte vigente del 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, que tiene una aplicación supletoria salvo en los territorios de las Ciudades de Ceuta y Melilla y, en consecuencia, ha quedado fuera de la delegación legislativa por cuya virtud se dicta este Real Decreto Legislativo.”* Exposición de Motivos I del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

estructura de la Ley 8/2007, junto a la labor de aclaración, regularización y armonización realizadas, permiten derogar ambas disposiciones generales y recuperar finalmente en un solo cuerpo legal la unidad de la legislación estatal en la materia, al amparo de lo dispuesto en la disposición final segunda de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.³⁸

³⁸ “TÍTULO VI. RÉGIMEN JURÍDICO.

CAPÍTULO I. ACTUACIONES CON EL MINISTERIO FISCAL.

Artículo 42. *Infracciones constitutivas de delito o falta.*

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 o falta 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.

CAPÍTULO II. PETICIONES, ACTOS Y ACUERDOS.

Artículo 43. *Peticiones.*

Las Entidades locales y Organismos urbanísticos habrán de resolver las peticiones fundadas que se les dirijan.

Artículo 44. *Administración demandada en subrogación.*

Las decisiones que adoptaren los órganos autonómicos mediante subrogación se considerarán como actos del Ayuntamiento titular, a los solos efectos de los recursos admisibles.

Artículo 45. *Ejecución forzosa y vía de apremio.*

1. Los Ayuntamientos podrán utilizar la ejecución forzosa y la vía de apremio para exigir el cumplimiento de sus deberes a los propietarios, individuales o asociados, y a los promotores de actuaciones de transformación urbanística.

2. Los procedimientos de ejecución y apremio se dirigirán ante todo contra los bienes de las personas que no hubieren cumplido sus obligaciones, y sólo en caso de insolvencia, frente a la asociación administrativa de propietarios.

3. También podrán ejercer las mismas facultades, a solicitud de la asociación, contra los propietarios que incumplieren los compromisos contraídos con ella.

Artículo 46. *Revisión de oficio.*

Las Entidades locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

CAPÍTULO III. ACCIONES Y RECURSOS.

Artículo 47. *Carácter de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística.*

Tendrán carácter jurídico administrativo todas las cuestiones que se suscitaren con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las Administraciones Públicas y los propietarios, individuales o asociados, o promotores de actuaciones de transformación urbanística, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar.

Artículo 48. *Acción pública.*

1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.

Artículo 49. Acción ante Tribunales ordinarios.

Los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas.

Artículo 50. Recurso contencioso-administrativo.

1. Los actos de las Entidades Locales, cualquiera que sea su objeto, que pongan fin a la vía administrativa serán recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos prevenidos por su legislación reguladora.

CAPÍTULO IV. REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Artículo 51. Actos inscribibles.

1. Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:

Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización.

Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las Leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico.

La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o de aquéllos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar el cumplimiento de sanciones impuestas.

En todo caso, la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de la anotación preventiva a que se refiere el artículo 53.2 de la Ley de Suelo.

Las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes.

Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.

La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención.

Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere el número anterior, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.

Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas.

2. Inscrita la parcelación o reparcelación de fincas, la declaración de nuevas construcciones o la constitución de regímenes de propiedad horizontal, o inscritos, en su caso, los conjuntos inmobiliarios, el Registrador de la Propiedad notificará a la Comunidad Autónoma competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito.

La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la anotación preventiva a que hace referencia el apartado 1, letra c, segundo párrafo, dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.

Artículo 52. Certificación administrativa.

Salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, los actos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación administrativa expedida por órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo.

Artículo 53. Clases de asientos.

1. Se harán constar mediante inscripción los actos y acuerdos a que se refieren las letras a, b, g y h del artículo 51, así como la superficie ocupada a favor de la Administración, por tratarse de terrenos destinados a dotaciones públicas por la ordenación territorial y urbanística.

2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos de las letras c y f del artículo 51, que se practicará sobre la finca en la que recaiga el correspondiente expediente. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante o resolución del órgano jurisdiccional, respectivamente.

3. Se harán constar mediante nota marginal los demás actos y acuerdos a que se refiere el artículo 51. Salvo que otra cosa se establezca expresamente, las notas marginales tendrán vigencia indefinida, pero no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las originara.

Artículo 54. Expedientes de distribución de beneficios y cargas.

1. La iniciación del expediente de distribución de beneficios y cargas que corresponda o la afección de los terrenos comprendidos en una actuación de transformación urbanística al cumplimiento de las obligaciones inherentes a la forma de gestión que proceda, se harán constar en el Registro por nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas correspondientes.

2. La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres años a instancia del órgano o agrupación de interés urbanístico que hubiera solicitado su práctica.

3. La inscripción de los títulos de distribución de beneficios y cargas podrá llevarse a cabo, bien mediante la cancelación directa de las inscripciones y demás asientos vigentes de las fincas originarias, con referencia al folio registral de las fincas resultantes del proyecto, bien mediante agrupación previa de la totalidad de la superficie comprendida en la actuación de transformación urbanística y su división en todas y cada una de las fincas resultantes de las operaciones de distribución.

Las dos Sentencias citadas de los años 1997 y 2001 no han sido las únicas, en las que el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las competencias estatales, autonómicas y municipales en la materia. Baste para ponerlo de manifiesto con citar las Sentencias 56/1986, de 13 de mayo; 213/1988, de 11 de noviembre; 46/1992, de 2 de abril; 11/1999, de 11 de febrero; 159/2001, de 5 de julio; 178/2004, de 21 de octubre; 365/2006, de 21 de diciembre, en relación con diversos artículos de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 2/1998, de 4 de junio, de ordenación del territorio y de la actuación urbanística; o la Sentencia 14/2007, de 18 de enero, sobre valoración del suelo en la legislación del País Vasco).

c) La Competencia del Estado:

En este ámbito UREÑA SALCEDO, J.A.,³⁹ afirma que es claro que el Estado tiene en la Norma Fundamental títulos competenciales que le permiten aprobar normas que inciden en la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda. También, por supuesto, que existen títulos que amparan la realización de determinados actos de ejecución por parte de la Administración General del Estado. La explicación es bien sencilla. Aunque la Constitución se refiera a las “materias” casi como compartimentos estancos, como ocurre en el artículo 148.1.3 con la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda, en la práctica la división por “materias” no es tan sencilla.

4. Tomada la nota a la que se refiere el apartado 1, se producirán los siguientes efectos:

Si el título adjudicare la finca resultante al titular registral de la finca originaria, la inscripción se practicará a favor de éste.

Si el título atribuyere la finca resultante al titular registral de la finca originaria según el contenido de la certificación que motivó la práctica de la nota, la inscripción se practicará a favor de dicho titular y se cancelarán simultáneamente las inscripciones de dominio o de derechos reales sobre la finca originaria que se hubieren practicado con posterioridad a la fecha de la nota.

En el caso a que se refiere la letra anterior, se hará constar al margen de la inscripción o inscripciones de las fincas de resultado, la existencia de los asientos posteriores que han sido objeto de cancelación, el título que los motivó y su respectiva fecha.

Para la práctica de la inscripción de la finca o fincas de resultado a favor de los adquirentes de la finca originaria bastará la presentación del título que motivó la práctica de asientos cancelados posteriores a la nota, con la rectificación que corresponda y en la que se hagan constar las circunstancias y descripción de la finca o fincas resultantes del proyecto, así como el consentimiento para tal rectificación del titular registral y de los titulares de los derechos cancelados conforme a la letra b. Mientras no se lleve a cabo la expresada rectificación, no podrá practicarse ningún asiento sobre las fincas objeto de la nota marginal a que se refiere la letra c.

5. El título en cuya virtud se inscribe el proyecto de distribución de beneficios y cargas será suficiente para la modificación de entidades hipotecarias, rectificación de descripciones registrales, inmatriculación de fincas o de excesos de cabida, reanudación del tracto sucesivo, y para la cancelación de derechos reales incompatibles, en la forma que reglamentariamente se determine.”

³⁹ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 8.

Procede ahora hacer una especial referencia de la Ley del Suelo. La norma estatal más relacionada con la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda es la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, **que ha sido objeto de refundición en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo**⁴⁰. Esta Ley tiene su base competencial en los artículos 149.1.1º (condiciones básicas que garantizan la igualdad en todo el territorio en el ejercicio de derechos y deberes y, en especial, el estatuto de la propiedad del suelo, artículo 33), 149.1.8º CE (legislación civil), 149.1.13º CE, 149.1.23º (planificación general de la actividad económica y bases de la protección del medio ambiente), 149.1.18º CE (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas) incluyendo el sistema sobre expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, fundamentalmente. Esta Ley, que no contiene por declararlo las SSTC 61/1997, de 20 de marzo (RTC 1997,61), y 164/2001, de 11 de julio (RTC 2001,164), ni la imposición de un concreto modelo urbanístico, ni utiliza técnicas urbanísticas quedando también excluida la regulación de las facultades urbanísticas de los propietarios, incluye una serie de novedades que se podrían sintetizar en:

- a) La concepción mediambiental del urbanismo,
- b) El estatuto de derechos y deberes de los propietarios y el nuevo régimen de valoración del suelo y las edificaciones, con el fin de evitar la carestía de la vivienda,
- c) Una serie de medidas para luchar contra la corrupción urbanística (publicidad y aprobación por el Pleno de los ayuntamientos de los convenios urbanísticos, informes preceptivos de las autoridades ambientales, prohibición de reclasificación de los terrenos forestales incendiados).⁴¹

Teniendo en cuenta esta realidad pasamos al análisis de algunos de los títulos en manos del Estado:

1).- El **artículo 149.1.1ª CE**, *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*.

Corresponde al Estado, según se deduce de lo dispuesto en este artículo constitucional, entre otras cosas, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad. Este título, que no ampara la imposición de técnicas o instrumentos urbanísticos concretos a las Comunidades Autónomas, puede relacionarse con relativa sencillez con el estatuto de la propiedad, con los derechos y deberes de los propietarios del suelo, o con el principio de equidistribución de beneficios y cargas.

⁴⁰ El Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 es una refundición de las disposiciones vigentes del TRLS 92 y de la Ley de Suelo de 2007, en virtud de la delegación legislativa de la Disposición Final Segunda de dicha Ley. Por dicha razón, en principio, no cabe destacar novedades importantes, salvo las derivadas de la propia refundición y armonización de ambos textos legislativos.

⁴¹ TRAYTER JIMENEZ, J.M., Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 38.

2).- El **artículo 149.1.13**⁴² dice que corresponde al Estado la competencia para aprobar las *“bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”*. La competencia sobre la planificación general de la actividad económica, como dijo el Alto Tribunal, entre otras muchas en la Sentencia 235/1999, de 16 de diciembre, no queda desplazado por la existencia de reglas competenciales específicas.

En la medida en que el suelo y demás recursos, como sostuvieron PAREJO ALFONSO y BLANC CLAVERO, *“son medios de la economía, la organización de su utilización es también y simultáneamente ordenación de la economía”*. En el mismo sentido VAQUER CABALLERÍA ha recordado recientemente que *“el suelo es un recurso económico”*. El artículo 149.1.13 es un título competencial, pues, que también permite que el Estado intervenga en la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda (piénsese, v. gr., en el mercado del suelo, en los Patrimonios municipales del suelo, etcétera).

3).- El **artículo 149. 1. 18^a CE**, que dice que el Estado tiene competencia exclusiva para aprobar *“las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”*.

Es de titularidad estatal, pues, la competencia para aprobar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, la responsabilidad patrimonial y la expropiación forzosa. Piénsese ahora, por ejemplo, en los procedimientos administrativos para la aprobación de instrumentos de planeamiento, en las normas sobre valoraciones, en la responsabilidad por cambio de planeamiento, o en la suspensión de licencias. La competencia del Estado para aprobar el procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18 CE), como puede leerse en la Exposición de Motivos del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, apartado V: *“Los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanísticas tienen una trascendencia capital, que desborda con mucho el plano estrictamente sectorial, por su incidencia en el crecimiento económico, en la protección del medio ambiente y en la calidad de vida. Por ello, la Ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal, y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente”*.

4).- El **artículo 149.1.23^a CE**, que dice que es competencia del Estado la *“legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”*.

La aprobación de la legislación básica de medio ambiente corresponde al Estado.

Este es, sin duda, un título competencial que, si así puede decirse, cobra cada día mayor importancia. Conviene recordar, no obstante, que, como dice MENÉNDEZ

⁴² Siguiendo el orden establecido en la Disposición Final 1^a del RD Legislativo 2/2008 de 20 de junio.

REXACH⁴³, la competencia estatal prevista en este artículo 149.1.23 no fue examinada con carácter general en la STC 61/1997. Y ello porque *“aunque no se dijera de forma explícita, la invocación de ese precepto en la Ley 8/1990 y el Texto Refundido de 1992 tenía un alcance limitado a los pocos preceptos de carácter básico dedicados a la regulación del suelo no urbanizable”*.

En la actualidad, sin embargo, el suelo, como dice VAQUER CABALLERÍA⁴⁴, *“es un recurso natural tan esencial como el agua o el aire. Es, además, un recurso escaso (...) y no renovable (la transformación urbanística es difícilmente reversible), cuya urbanización se ha acelerado sensiblemente en España en las últimas décadas. Y ello por no mencionar los efectos que su uso tiene sobre los otros recursos: la alteración de ecosistemas, los consumos de agua que demandan los nuevos desarrollos urbanos, el efecto sellado que tiene la urbanización del suelo sobre el ciclo del agua, la contaminación del aire que genera el transporte urbano y metropolitano, etc”*. Es por ello que este autor⁴⁵ defiende que deberá tenerse en cuenta no sólo *“la jurisprudencia constitucional pronunciada hasta ahora sobre suelo, sino también la más amplia –y, en lo que aquí importa, más progresiva y moderna– dictada sobre medio ambiente”*. En este sentido el artículo 1 del RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que anuncia el objeto de la norma, dice que *“esta ley regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal. Asimismo, establece las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia”*. El artículo 2, bajo la rúbrica de principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, cita expresamente el *“desarrollo sostenible”*, el *“uso racional de los recursos naturales”*, o *“la protección del medio ambiente”*.

5).- Los **artículos 38 y 39, apartados 1 y 2 CE**, tienen el carácter de bases de la planificación general de la actividad económica dictadas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal en el artículo 149.1.13 de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas.

6).- El RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio desarrolla disposiciones establecidas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el **artículo 149.1.4, 8 y 18 CE** sobre defensa, legislación civil, expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

En efecto, merece especial mención el **artículo 149.1.8ª CE** que señala que corresponde al Estado la competencia para aprobar la *“legislación civil”*. Se trata de un título competencial muy importante en relación, por ejemplo, con todos los actos

⁴³ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 11.

⁴⁴ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 12.

⁴⁵ VAQUER CABALLERÍA citado por Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 12.

relacionados con la inscripción en el Registro de la Propiedad. El Tribunal Constitucional, como se hizo constar en el 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, admitió la constitucionalidad de los preceptos que la Ley de 1990 y el Texto Refundido de 1992 destinaban al Registro de la Propiedad, por ser competencia exclusiva del Estado, conforme al citado artículo 149.1.8 CE.

7).- Otro título competencial que debe tenerse en cuenta es, lógicamente, el establecido en el **artículo 149.1.6ª CE**, que reconoce al Estado la competencia para aprobar la legislación penal y penitenciaria. Téngase en cuenta, que el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008⁴⁶, establece que *“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 o falta 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.”*

También otros títulos constitucionales, fuesen o no analizados en la STC 61/1997, acaban incidiendo en *“la materia”* ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. Así, por ejemplo, el artículo 149.1.20 (en relación con los puertos y aeropuertos de interés general), el artículo 149.1.21 (que se refiere a los *“ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma”*), el artículo 149.1.22 (*“la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial”*), o el artículo 149.1.28 (defensa del patrimonio cultural)⁴⁷.

Finalmente debemos destacar que la Administración General del Estado, es la competente para ejercer las potestades de ordenación urbanística en **Ceuta y Melilla**⁴⁸. De acuerdo con la Disposición adicional tercera del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo⁴⁹: *“Las Ciudades de Ceuta y Melilla ejercerán sus potestades normativas reglamentarias dentro del marco de esta Ley y de las que el Estado promulgue al efecto.*

En todo caso, corresponderá a la Administración General del Estado la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de estas Ciudades y de

⁴⁶ Con anterioridad era el art. 274 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente hasta el 27 de junio de 2008.

⁴⁷ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 13.

⁴⁸ UREÑA SALCEDO, J.A., en *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 17.

⁴⁹ En adelante TRLS 2/2008.

sus revisiones, así como de sus modificaciones que afecten a las determinaciones de carácter general, a los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica del territorio o a las determinaciones a que se refiere el apartado tercero de la disposición final primera de esta Ley.

La aprobación definitiva de los Planes Parciales y Especiales, y de sus modificaciones o revisiones, así como de las modificaciones del Plan General no comprendidas en el párrafo anterior, corresponderá a los órganos competentes de las Ciudades de Ceuta y Melilla, previo informe preceptivo de la Administración General del Estado, el cual será vinculante en lo relativo a cuestiones de legalidad o a la afectación a intereses generales de competencia estatal, deberá emitirse en el plazo de tres meses y se entenderá favorable si no se emitiera en dicho plazo”.

La Administración del Estado, sin perjuicio de las competencias en relación con la ordenación urbanística de Ceuta y Melilla, en algunas actuaciones urbanísticas necesariamente debe emitir informe con carácter preceptivo. A esta intervención se refiere el artículo 15 del TRLS 2/2008, que dice expresamente que “3. *En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora:*

- a. El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico.*
- b. El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso.*
- c. Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.*

Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada”.

No se entra aquí, al menos de momento, en el carácter “*determinante*” de los informes. Basta con notar que para los bienes afectados a la defensa nacional la disposición adicional segunda del TRLS 2/2008 exige el informe vinculante, que no determinante⁵⁰, de la Administración General del Estado en determinados casos (en relación con estas cuestiones también debe verse el artículo 244 TRLS 1992 y la STC 56/1986, de 13 de mayo).

Resulta difícilmente discutible que, pese a la competencia pretendidamente exclusiva de las Comunidades Autónomas, el Estado conserva competencias normativas

⁵⁰ UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 17.

y ejecutivas más que notables en la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda⁵¹.

d) Las Competencias de las Comunidades Autónomas:

Queda claro que, pese a que existen títulos competenciales que permiten al Estado la aprobación de normas que inciden en el urbanismo (como es el Texto Refundido 2/2008, de 20 de junio), en teoría son las Comunidades Autónomas las que ostentan mayores competencias legislativas en este campo y, en consecuencia, son las que aprueban, para sus respectivos ámbitos territoriales, las leyes urbanísticas⁵².

Todas las Comunidades Autónomas, lógicamente, cuentan con su propia normativa, con la salvedad hecha de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

Existen Comunidades Autónomas, cuyas normas establecen soluciones radicalmente diferentes a las tradicionalmente existentes en el ámbito estatal. Tal vez por ello la disposición transitoria cuarta del TRLS 2/2008 dice que *“Si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística no estableciera en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación, esta nueva ordenación o revisión será necesaria cuando la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al 20 % de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio o ámbito territorial”*.

Una idea conviene retener⁵³, las Comunidades Autónomas son las competentes para establecer el régimen sancionador en esta materia. Tanto la doctrina científica como el Tribunal Constitucional⁵⁴, pese al tenor literal del artículo 149.1.18 CE, están

⁵¹ UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 17.

⁵² UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 18.

⁵³ UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 18.

⁵⁴ En la STC 227/1988, de 29 de noviembre, puede leerse que *“el adjetivo «común» que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento”, y añade posteriormente que “la Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de*

de acuerdo en que la competencia del Estado sobre el procedimiento administrativo común es una competencia básica.

Este procedimiento se regula en una ley estatal porque es la primera garantía de la posición jurídica de los administrados, porque *“es esencial un tratamiento común de los ciudadanos o administrados ante cualquier Administración Pública”* (COSCULLUELA MONTANER)⁵⁵, pero no impide que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas aprueben sus propias normas de procedimiento en las materias que ostenten competencias sustantivas, como es la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda. Tal vez por ello, como nos ha recordado, entre otros, LÓPEZ RAMÓN⁵⁶, *“la disciplina urbanística constituyó uno de los primeros objetos de atención de las Comunidades Autónomas, desde las leyes en la materia que aprobaron Cataluña en 1981 y Madrid en 1984. En la actualidad, la disciplina urbanística se encuentra integrada en las leyes urbanísticas generales”*, aunque, siempre, claro está, que respeten los principios que informan el procedimiento administrativo en la LRJ-PAC. De hecho, sigue diciendo este mismo autor, *“el sistema de la legislación supletoria estatal, contenido en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y en el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, viene constituyendo el modelo sobre el que actúan los legisladores autonómicos”*.

Esto es, la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las normas de disciplina urbanística, claro está, no debe hacer olvidar que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, contiene un Título dedicado a la potestad sancionadora, donde pueden encontrarse tanto los principios generales de dicha potestad (legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, etcétera) como los del procedimiento administrativo sancionador (garantía de procedimiento, medidas de carácter provisional, etcétera). Esto es, los artículos 127 a 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias”.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 50/1999, de 6 de abril, reconoce que *“no puede compartirse la alegación del Abogado del Estado conforme a la cual toda previsión normativa que incide en la forma de elaboración de los actos administrativos, en su validez y en su eficacia o en las garantías de los administrados, debe ser considerada parte del procedimiento administrativo común, pues en tal caso se incluiría en este título competencial la mayor parte del Derecho Administrativo”*, pero apunta seguidamente que tampoco este Tribunal *“ha reducido el alcance de esta materia competencial a la regulación del procedimiento, entendido en sentido estricto (...) en esta competencia se han incluido también los principios y normas que «prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (STC 227/1988)”*.

⁵⁵ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 19.

⁵⁶ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 20.

e) **Las Competencias Municipales:**

La Administración municipal fue la primera que intervino en relación con las cuestiones que, valga la expresión, pueden denominarse urbanísticas⁵⁷.

La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece en su artículo 25 que “*el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en las siguientes materias: (...) d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales, e) Patrimonio histórico-artístico, f) Protección del medio ambiente (...)*”. El artículo 28 de la misma Ley dice que “*los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente*”.

Las Leyes autonómicas, lógicamente, reconocen expresamente la competencia municipal en el urbanismo.

El debate jurídico, que ya hace tiempo que se planteó, es, evidentemente, si el control que ejerce la correspondiente Comunidad Autónoma en la aprobación definitiva de estos instrumentos de planeamiento es un control de legalidad o de oportunidad. Ha habido posiciones doctrinales y jurisprudenciales muy diferentes. Desde la que defendía que los controles autonómicos fueran estrictamente de legalidad hasta la que sostiene que, se quiera o no, la Administración autonómica puede ejercer controles de oportunidad (por mucho que siempre se haya reconocido que el diseño del modelo de ciudad ha de ser necesariamente una competencia municipal en gran parte discrecional).

El tenor literal de los preceptos legales y la existencia de intereses supramunicipales en juego, que cada vez son más evidentes, llevan a sostener que, se diga cómo se diga, la Administración autonómica ostenta un poder de control muy importante sobre las decisiones municipales. Parece claro que un Municipio puede excluir de la urbanización los suelos que considere inadecuados para el desarrollo urbano, por tener, por ejemplo, valores agrícolas, pero se cuestiona si la Comunidad Autónoma podría negarse a aprobar definitivamente un Plan donde determinados terrenos, que pudiera sostenerse que tienen valor ecológico, forestal, paisajístico, o agrícola, se clasifican como urbanizables. Se trata, lógicamente, del clásico debate sobre el alcance de los conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción, en este caso, corresponde a la Administración autonómica.

En los últimos tiempos, además, son muchas las normas que recuerdan la existencia de intereses supramunicipales en el urbanismo, cuya protección, lógicamente, ha de corresponder a una Administración superior, normalmente la autonómica.

Al Estado no le ha pasado desapercibida, por supuesto, la importancia que en los próximos años puede adquirir la ordenación territorial. MUÑOZ MACHADO⁵⁸ ya hace

⁵⁷ UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit Vide, pág. 21.

⁵⁸ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 22.

algunos años señaló la existencia de competencias estatales sobre obras públicas, puertos y aeropuertos, carreteras y autopistas, centros de producción de energía, etcétera. Tal vez por ello en la disposición adicional octava del TRLS de 2008 puede leerse que *“La Administración General del Estado podrá participar en los procedimientos de ordenación territorial y urbanística en la forma que determine la legislación en la materia. Cuando así lo prevea esta legislación, podrán participar representantes de la Administración General del Estado, designados por ella, en los órganos colegiados de carácter supramunicipal que tengan atribuidas competencias de aprobación de instrumentos de ordenación territorial y urbanística”*. Conviene recordar que el Estado puede defender que nadie debe oponerse al ejercicio de sus competencias, pero no puede imponer criterios de oportunidad acerca de cómo deben ejercer las suyas los entes dotados de autonomía. Como sigue diciendo el citado autor *“la manera más insistentemente recomendada de articular estas competencias concurrentes es la cooperación, a la que el Tribunal Constitucional apela continuamente en esta materia. En caso de que no baste tal fórmula, la STC 77/1984 apeló, para resolver el conflicto, a la competencia prevalente, que, a juicio reiterado del Tribunal, es la que sustenta el plan sectorial estatal sobre el plan territorial autonómico (STC 149/1991)”*.

B. La Administración española ante el reto del Urbanismo:

1. Ordenación del Territorio:

En España, como se ha estado exponiendo, desde que las competencias en materia de ordenación territorial pasaron a las Comunidades Autónomas en 1978, éstas se han encargado de legislar y desarrollar su propia normativa de ordenación territorial, de tal manera que todas ellas disponen de su propia ley de ordenación territorial.

Las leyes de ordenación territorial establecen los instrumentos de ordenación territorial que deben desarrollarse en cada Comunidad Autónoma (instrumentos regionales, subregionales y sectoriales). Existe una gran heterogeneidad en el grado de desarrollo de los mismos, además de la existencia de una enorme variedad y disparidad de instrumentos.

El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través de la Secretaría General para el Territorio y la Biodiversidad, tiene encomendadas funciones de asesoramiento y promoción de un desarrollo territorial equilibrado y sostenible y vela por la integración de las consideraciones territoriales en las actuaciones objeto de su competencia.

La preocupación por un desarrollo territorialmente más equilibrado y sostenible ha constituido la base de una importante reflexión que se ha llevado a cabo en el contexto europeo. Su resultado ha supuesto un impulso para la ordenación territorial al introducir la necesidad de una dimensión europea en las políticas territoriales, tanto a la escala nacional como regional, pero también una dimensión más territorial de las políticas sectoriales, y en particular de la ambiental.

Como se señalaba anteriormente, las Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva sobre la ordenación del territorio en sus Estatutos de Autonomía, de acuerdo con lo establecido en el artículo 148.1.3ª de la Constitución. No obstante, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente es el responsable del seguimiento de las iniciativas internacionales en la materia, además de ser competente en políticas ambientales (singularmente sobre aguas, costas y biodiversidad) con una importante dimensión territorial en España. Así mismo, realiza tareas de estudio e información sobre elementos territoriales de interés general y en apoyo a las Comunidades Autónomas y desarrolla programas territoriales específicos, como el de los caminos naturales.⁵⁹

Por ello, la Administración Central del Estado a través del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, en la Secretaría General para el Territorio y la Biodiversidad, dispone de una Base de Datos de Instrumentos de Ordenación del Territorio (BIOT), con el objeto de posibilitar una visión homogénea, sistemática y comparable de la planificación territorial en España.

El objetivo principal de la Base de Datos es identificar y conocer los principales contenidos documentales y cartográficos de los distintos instrumentos de ordenación territorial de las Comunidades Autónomas; la información se articula a partir de 3 fichas: Normativa de Ordenación Territorial de cada Comunidad Autónoma, Instrumentos de Ordenación Territorial de cada Comunidad Autónoma: regionales y subregionales y Normativa de Espacios Naturales Protegidos de cada Comunidad Autónoma.

La Base de Datos ha permitido, además de recoger la legislación de ordenación territorial, contando con la colaboración fundamental de las Comunidades Autónomas. En efecto, una buena información, tanto desde el punto de vista físico como en lo relativo a los instrumentos jurídicos y de gestión aplicables, es fundamental para el adecuado seguimiento de las dinámicas que afectan al territorio y para la toma en consideración de políticas y medidas en relación con el mismo.

En la Secretaría General para el Territorio y la Biodiversidad se pretende disponer de información sistematizada sobre características físicas del territorio a través de programas de información europeos y otras fuentes (por ejemplo, el Banco de Datos de la Biodiversidad), así como sobre los instrumentos territoriales que aprueban las Comunidades Autónomas, como competentes en la ordenación de sus territorios.

Por último, el proyecto CORINE Land Cover (CLC)⁶⁰, tiene como objetivo fundamental la creación de una base de datos multitemporal de tipo numérico y geográfico a escala 1:100.000 sobre la Cobertura y/o Uso del Territorio (Ocupación del suelo) en el ámbito europeo.

El proyecto se engloba dentro del Programa CORINE (Coordination of Information of the Environment), iniciado en 1985. Desde 1995 el programa CORINE es responsabilidad de la **Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA)**⁶¹.

⁵⁹<http://www.magrama.gob.es/es/desarrollo-rural/planes-y-estrategias/informacion-territorial/instrumentos-de-ordenacion-territorial/>

⁶⁰ <http://www.ign.es/ign/layoutIn/corineLandCover.do>

⁶¹ <http://local.es.eea.europa.eu>

La Agencia Europea de Medio Ambiente cuenta con distintos instrumentos para llevar a cabo su labor a través de la Red Europea de Información y Observación del Medio Ambiente (EIONET), una red informativa en la que participan más de 600 organismos y agencias involucrados en temas medioambientales, centros de investigación públicos y privados de toda Europa.⁶²

Esta red esta formada por : Centros Temáticos Europeos (CTE), Puntos Focales Nacionales (PFN), Centros Nacionales de Referencia (CNR), Puntos Focales Autonómicos (PFA) y Otras Instituciones.

Entre los centros de esta red que colaboran más activamente en el proyecto CORINE Land Cover están:

- El **Centro Temático Europeo de Ocupación del Suelo (ETC/LC)**, cuyo objetivo es el apoyo técnico a la AEMA en materia ocupación del suelo en la Unión Europea, países del Norte de África y países de próxima incorporación. Este centro temático está hoy englobado dentro del nuevo Centro Temático Europeo en Medio Ambiente Terrestre (CTE/TMA - ETC/TE).⁶³
- El **Punto Focal Nacional**, enlace entre EIONET y la AEMA es la Subdirección General de Calidad del Aire y Prevención de Riesgos, de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental, del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.
- El **Centro Nacional de Referencia en Ocupación del Suelo (CNR-OS)**: Su objetivo principal es la de cooperar con la AEMA y sus organismos en labores de coordinación y asesoramiento en la elaboración y difusión de la información sobre la ocupación y usos del suelo. El CNR en Ocupación del Suelo para España esta constituido por el Instituto Geográfico Nacional (I.G.N.) y el Centro Nacional de Información Geográfica (C.N.I.G.).⁶⁴

Debido a el seguimiento por parte de los países de la Unión Europea de las directrices comunitarias a la hora de realizar este proyecto, hoy contamos con una información perfectamente comparable entre los quince países, habiéndose constituido en una herramienta fundamental para la política medioambiental y estadística en el ámbito europeo.

2. Urbanismo y Vivienda:

Por su parte el Urbanismo, y la Vivienda, dependen actualmente del Ministerio de Fomento (antes del Ministerio de Vivienda). En este sentido, por mandato constitucional, los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias para conseguir una utilización del suelo acorde con el interés general e impedir la especulación.

Las políticas de suelo y vivienda, que son políticas estructurales que operan en el medio y largo plazo, se están desarrollando a través de las siguientes medidas:

⁶² <http://www.eionet.eu.int/>

⁶³ <http://terrestrial.eionet.eu.int//>

⁶⁴ <http://www.ign.es/>, <http://www.cnig.es/> , dependiente del Ministerio de Fomento.

A. **Medidas de acción positiva.** Acción concertada con Comunidades Autónomas y Ayuntamientos con el objetivo de que los suelos de titularidad pública cambien su uso preexistente, en los casos en que sea posible, y sean destinados preferentemente, a la construcción de viviendas de protección oficial, a equipamientos y otros usos de interés social.

B. **Medidas legislativas.** Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, con los siguientes ejes fundamentales:

o Elaborar un estatuto básico de los derechos y deberes de los ciudadanos y no sólo de los propietarios de suelo.

o Fijar criterios para un desarrollo urbano sostenible y para la mejora de la calidad del medio ambiente urbano.

o Establecer medidas para dificultar retenciones especulativas y un régimen de valoraciones del suelo que tase la realidad y no las expectativas de futuro.

o Asegurar un mínimo básico de reserva de suelo residencial para vivienda protegida, modulable por las Comunidades Autónomas.

C. Concertación entre las Administraciones para lograr un auténtico **Pacto en materia de suelo**, superando conflictos competenciales, e incluyendo la transparencia pública de toda la gestión urbanística mediante un sistema de Información Urbana que deberá servir, asimismo, como herramienta para la mejor gestión pública.

a) Normas estatales que inciden en la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda:

1. Es claro que la norma estatal más directamente relacionada con la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda, es, en la actualidad, el TRLS 2/2008. Esta norma se ha aprobado, lógicamente, teniendo en cuenta la mayoría de títulos competenciales analizados. De acuerdo con su disposición final primera:

“1. Tienen el carácter de condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales y, en su caso, de bases del régimen de las Administraciones Públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente, dictadas en ejercicio de las competencias reservadas al legislador general en el artículo 149.1.1, 13, 18 y 23 de la Constitución, los artículos 1; 2; 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9; 10, apartados 1 y 2; 11, apartados 1, 2, 3, 4, 6 y 7; 12; 13; apartados 1, 2, 3, letra a párrafo primero y letra b y apartado 4; 14; 15; 16; 29, apartados 2, párrafo segundo y 3; 33; 36, apartado 3; 42; las disposiciones adicionales primera; sexta, apartados 1 y 2, y undécima, y las disposiciones transitorias primera; segunda; cuarta y quinta.

2. Los artículos 38 y 39, apartados 1 y 2, tienen el carácter de bases de la planificación general de la actividad económica dictadas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal en el artículo 149.1.13 de la Constitución, sin perjuicio de las competencias exclusivas sobre suelo y urbanismo que tengan atribuidas las Comunidades Autónomas.

3. Tienen el carácter de disposiciones establecidas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.4, 8 y 18 sobre defensa, legislación civil, expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, los artículos 10, apartado 3; 11, apartado 5; 13, apartado 3, letra a, párrafo segundo; 17; 18; 19; 20; 21; 22; 23; 24; 25; 26; 27; 28; 29, apartados 1, 2 párrafo primero y 4; 30; 31; 32; 34; 35; 36, apartados 1 y 2; 37; 39, apartados 3 y 4; 40; 41; 43; 44; 45; 46; 47; 48; 49; 50; 51; 52; 53 y 54 y las disposiciones adicionales segunda; quinta; sexta, apartado 3; séptima y décima y la disposición transitoria tercera.

4. El contenido normativo íntegro de esta Ley es de aplicación directa en los territorios de las Ciudades de Ceuta y Melilla, con las siguientes precisiones:

a. La potestad que la letra b del apartado primero del artículo 10 reconoce a la Ley para reducir el porcentaje de reserva de vivienda sometida a algún régimen de protección pública y la de determinar los posibles destinos del patrimonio público del suelo, de entre los previstos en el apartado 1 del artículo 39, podrán ser ejercidas directamente en el Plan General.

b. El porcentaje a que se refiere la letra b del apartado 1 del artículo 16 será el del 15 %, que el Plan General podrá incrementar motivada y proporcionadamente hasta el 20 % en las actuaciones o ámbitos en los que el valor de los solares resultantes o de su incremento, en su caso, sea sensiblemente superior al medio de los incluidos en su misma clase de suelo.

5. Lo dispuesto en esta Ley se aplicará sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen”.

2. Interesa hacer especial hincapié en la existencia de un título competencial que, como se apuntaba antes, parece que adquiere cada vez mayor importancia: la competencia para aprobar las bases de la legislación de medio ambiente.

Otra de las tendencias del Derecho público de nuestro tiempo, la participación ciudadana, también está muy presente en el TRLS 2/2008. Tampoco esto debe extrañar si se tiene en cuenta que en el artículo 9.2 CE se dice que “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

No podemos detenernos aquí, se entenderá fácilmente, en todas las cuestiones relacionadas con la participación ciudadana, con la labor que desarrollan en nuestros días determinadas organizaciones (por ejemplo las ecologistas), con la información pública, la audiencia de los interesados o, en general, con la transparencia administrativa. Baste con destacar sucintamente que ya hace algún tiempo que MUÑOZ MACHADO⁶⁵ advirtió que “*las decisiones administrativas, apoyadas hasta ahora en la*

⁶⁵ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 14.

cobertura inapelable de la Ley, van a precisar de legitimación en el asentimiento directo de los ciudadanos destinatarios de las mismas”.

Pese a no poder entrar en el fondo, resulta interesante destacar algunas referencias legales:

A.- El artículo 3.2.c) del TRLS 2/08 exige que la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística garantice *“El derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas”.*

B.- El artículo 4 de ese mismo cuerpo legal, bajo la rúbrica de derechos del ciudadano, dice que: *“Todos los ciudadanos tienen derecho a:*

a. Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados.

b. Acceder, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público, de acuerdo con la legislación reguladora de la actividad de que se trate.

c. Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

d. Ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

e. Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate.

f. Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.⁶⁶”

⁶⁶ Recogiéndose en el Artículo 5. Deberes del ciudadano: *“Todos los ciudadanos tienen el deber de:*

- a. Respetar y contribuir a preservar el medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano, absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos por la legislación en la materia.*

En relación con la acción pública, al margen del artículo 48 del TRLS 2/08⁶⁷ (completado con el art. 49 acción ante Tribunales ordinarios⁶⁸ y 50 recurso contencioso-administrativo⁶⁹), también debe tenerse en cuenta el artículo 22⁷⁰ de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

C.- Al trámite de información pública se refiere el artículo 11, que en su apartado 3 exige que las Administraciones públicas competentes impulsen la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, así como del anuncio de su sometimiento a información pública. La disposición adicional novena de esta, el artículo 22 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, modifica la LRBRL, en concreto el art. 70 ter. Precepto que a su vez ha sido modificado por el TRLS de 2008, en la Disposición Adicional novena, resultando del siguiente tenor literal:

-
- b. *Respetar y hacer un uso racional y adecuado, acorde en todo caso con sus características, función y capacidad de servicio, de los bienes de dominio público y de las infraestructuras y los servicios urbanos.*
 - c. *Abstenerse de realizar cualquier acto o de desarrollar cualquier actividad que comporte riesgo de perturbación o lesión de los bienes públicos o de terceros con infracción de la legislación aplicable.*
 - d. *Cumplir los requisitos y condiciones a que la legislación sujete las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, así como emplear en ellas en cada momento las mejores técnicas disponibles conforme a la normativa aplicable.”*

⁶⁷ “1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística.”

⁶⁸ “Los propietarios y titulares de derechos reales, además de lo previsto en el artículo anterior, podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas.”

⁶⁹ “1. Los actos de las Entidades Locales, cualquiera que sea su objeto, que pongan fin a la vía administrativa serán recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. Los actos de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos que puedan proceder, podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los términos prevenidos por su legislación reguladora.”

⁷⁰ Artículo 22. Acción popular en asuntos medioambientales: “Los actos y, en su caso, las omisiones imputables a las autoridades públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente enumeradas en el artículo 18.1 podrán ser recurridas por cualesquiera personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23 a través de los procedimientos de recurso regulados en el Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como a través del recurso contencioso-administrativo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

Artículo 70 ter: “1. *Las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.*

2. *Las Administraciones públicas con competencias en la materia, publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración.*

En los municipios menores de 5.000 habitantes, esta publicación podrá realizarse a través de los entes supramunicipales que tengan atribuida la función de asistencia y cooperación técnica con ellos, que deberán prestarles dicha cooperación.

3. *Cuando una alteración de la ordenación urbanística, que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación, incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su iniciación, según conste en el registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia.”*

En el TRLS de 2008, pueden encontrarse preceptos sobre las situaciones básicas del suelo, valoraciones, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial, venta y sustitución forzosa, patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie, o la reserva de suelo para vivienda protegida.

3.- La Ley estatal de Suelo no es, en ningún caso, la única norma legal estatal aplicable en la materia que nos ocupa. No debe olvidarse la existencia de, entre otras, las siguientes normas:

- la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante;
- la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas;
- la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras;
- la Ley de Aguas, Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba su Texto Refundido;
- la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, modificada precisamente por la disposición adicional cuarta de la Ley 8/2007, en relación con la “*gestión de suelos del patrimonio del Estado*”;
- la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, cuyo artículo 50 se refiere, como la disposición adicional sexta de la Ley 8/2007, a los “*suelos forestales incendiados*”, “*al mantenimiento y restauración del carácter forestal de los terrenos incendiados*”;

- la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico, que, como dijo BARRERO RODRÍGUEZ⁷¹, “incorpora el planeamiento urbanístico al elenco de técnicas que arbitra al servicio de la protección de los bienes que constituyen su objeto en la que, con toda justicia, ha sido considerada una de sus aportaciones más importantes al Derecho en esta materia, en la medida en que con ella viene a ponerse fin, aunque sobre ello habría mucho que discutir, a la denunciada falta de conexión existente entre la legislación sobre los bienes culturales y el ordenamiento urbanístico”. La Ley 16/1985, no se olvide, contiene una importante regulación del planeamiento de protección de los conjuntos históricos. Existe una clara conexión entre la legislación sobre los bienes culturales y el ordenamiento urbanístico, e importantes discusiones sobre la ordenación urbanística de los conjuntos históricos. En relación con el patrimonio histórico-artístico debe recordarse, sobre la distribución constitucional de competencias, la STC 17/1991, de 31 de enero.

4.- Otras normas estatales son:

- La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad;
- la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente;
- la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE);
- la Ley 26/2007, de 23 de octubre de responsabilidad medioambiental, o
- la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

Muchas de estas normas estatales sobre el medio ambiente, sigue siendo necesario subrayarlo, tienen su origen en las normas europeas.

Incluso una ley tan aparentemente alejada de la ordenación del territorio y el urbanismo como la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se refiere a esta materia al exigir en su artículo 31 que en el diseño de la ciudad, definición y ejecución del planeamiento se tenga en cuenta la perspectiva de género.

b) Actos ejecutivos de la Administración General del Estado:

El TRLS de 2008 tiene carácter básico y sólo establece una serie de principios generales; limitándose a regular las condiciones básicas del ejercicio del derecho de propiedad, las garantías generales de la expropiación forzosa y el régimen de

⁷¹ Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., en “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Op., cit., Vide, pág. 16.

valoraciones del suelo, las responsabilidades patrimoniales de la Administración y algunos aspectos registrales. No obstante, es necesario recordar que:

1.- La Administración General del Estado, no se olvide, es la competente para ejercer las potestades de ordenación urbanística en Ceuta y Melilla. De acuerdo con la Disposición adicional tercera del TRLS de 2008.

La Administración del Estado, en algunas actuaciones urbanísticas necesariamente debe emitir informe con carácter preceptivo ex art. 15 TRLS de 2008.

2.- La Disposición final segunda del TRLS de 2008, autorizó al Gobierno para proceder, en el marco de sus atribuciones, al desarrollo de esta Ley. Fruto de lo anterior es el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley de Suelo.

c) Normas Autonómicas:

A continuación se expone la normativa urbanística de aplicación autonómica más destacable:⁷²

1.- y 2.- Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla:

Real Decreto 1346/76, de 9 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y sus Reglamentos de desarrollo en los artículos que no han sido derogados por el RD 304/93:

- RD. 2159/78, de 23 de junio. Reglamento de planeamiento urbanístico.
- RD. 3288/78, de 25 de agosto. Reglamento de gestión urbanística.
- RD. 2187/78, de 23 de junio. Reglamento de disciplina urbanística.

Norma que es también aplicable supletoriamente en las Comunidades Autónomas que no disponen de legislación propia en la materia.

3.- Comunidad Autónoma de ANDALUCÍA

- Ley 7/2002, de 17 de Diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (LOUA).
- Ley 2/2012, de 30 de enero, de modificación de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.
- Decreto 60/2010, de Reglamento de Disciplina Urbanística.

4.- Comunidad Autónoma de ARAGÓN

- Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón

⁷² Actualizado a 29 de agosto de 2012.

5.- Principado de ASTURIAS

- Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el TR disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación de Territorio y Urbanismo.
- Decreto 278/2007, de 4 de diciembre, Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

6.- Comunidad Autónoma de ISLAS BALEARES

- Ley 6/1997, de 8 de julio, del suelo rústico de las Islas Baleares.
- Ley 10/1990, de 23 de Octubre, de disciplina urbanística.
- Ley 4/2008, de 14 de Mayo, de Medidas Urgentes para un desarrollo Territorial Sostenible en las Illes Balears.
- Ley 6/1999, de 6 de Abril, de las Directrices de Ordenación Territorial de las Illes Balears y de Medidas Tributarias.
- Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de Ordenación Territorial.
- Ley 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible.

7.- Comunidad Autónoma de CANARIAS

- Decreto Legislativo 1/ 2000, de 8 Mayo, por el que se aprueba T.R. Ley de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales de Canarias modifica por Ley 6/2009, de 6 de Mayo, de Medidas Urgentes en materia de Ordenación Territorial para dinamización sectorial y la ordenación del turismo y por Ley 7/2009, de 6 de mayo, de modificación del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario.
- Decreto 183/2004, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de gestión y ejecución del sistema de planeamiento de Canarias.
- Ley 5/1987, Ordenación Urbanística del Suelo Rustico y del Turismo de Canarias.
- Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias.

8.- Comunidad Autónoma de CANTABRIA

- Ley 2/ 2001, de 25 de Junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria
- Ley 6/2010, de 30 de Julio, de Medidas Urgentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Cantabria

9.- Comunidad Autónoma de CASTILLA - LEÓN

- Ley 5/1999, de 8 de Abril, de Urbanismo de Castilla y León, modificada por la Ley 4/2008, de 15 de Septiembre, de Medidas sobre Urbanismo y Suelo.
- Decreto 45/2009, de 9 de julio, por el que se modifica el Decreto 22/2004, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

10.- Comunidad Autónoma de CASTILLA - LA MANCHA

- Decreto Ley 1/2010, de 18 de Mayo, por el que se aprueba T.R. de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (LOTAU).
- Decreto 248/2004 Reglamento de Planeamiento de la Ley 2/1998, de 4 de Junio.
- Decreto 242/2004 Reglamento de Suelo Rústico.

11.- Comunidad Autónoma de CATALUÑA

- Ley 1/2010, de 3 de Agosto, Texto Refundido de la Ley de Urbanismo Catalana.
- Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto.
- Decreto 305/2006 Reglamento de la Ley de Urbanismo.

12.- Comunidad Autónoma de EXTREMADURA

- Ley 15/2001, de 14 de Diciembre, de Suelo y Ordenación de Extremadura modificada por Ley 9/2010, de 18 de Octubre.

13.- Comunidad Autónoma de GALICIA

- Ley 2/2010, de 25 de marzo, de medidas urgentes de modificación de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia.

14.- Comunidad Autónoma de LA RIOJA

- Ley 5/2006, de 2 de Mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

15.- Comunidad Autónoma de MADRID

- Ley 9/2001, de 17 de Julio, del Suelo, de la Comunidad de Madrid modificada por la Ley de Acompañamiento 9/2010, de 23 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

16.- Comunidad Autónoma de MURCIA

- Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de Junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo de la Región de Murcia.

17.- Comunidad Autónoma de NAVARRA

- Ley Foral 35/2002, de 20 de Diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo modificada en su DA 5ª por Ley Foral 2/2004, de 29 de marzo, por la Ley Foral 8/2004, de 24 de junio, de protección pública a la vivienda en Navarra, por la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección medioambiental y por la Ley Foral 4/2008, de 25 de marzo, en su DT 6ª.
- Ley Foral 6/2009, de 5 de Junio, de medidas urgentes en materia de Urbanismo y Vivienda.

18.- Comunidad Autónoma de PAÍS VASCO

- Ley 2/2006, de 30 de Junio, de Suelo y Urbanismo, desarrollada por Decreto 105/2008, de 3 Junio, de Medidas Urgentes.

19.- Comunidad Autónoma de VALENCIA

- Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana.
- Decreto 120/2006, de 11 de agosto, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de Paisaje de la Comunitat Valenciana.
- Decreto 67/2006 de Reglamento de Ordenación, Gestión Territorial y Urbanística y sus modificaciones por Decreto 36/2007 y Decreto 46/2008
- Decreto 201/1998 de Reglamento de Planeamiento.
- Ley 10/2004, del Suelo no Urbanizable.

d) Administración Local:

En este ámbito, cabe destacar que el Ministerio de Vivienda, hoy Fomento, elaboró un Mapa del Planeamiento Urbanístico Municipal en febrero de 2009⁷³.

⁷³ (http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=329&Itemid=353)

CAPITULO II

LA CORRUPCIÓN

A. Ética y principios aplicados a la función pública:

La cuestión en la doctrina científica ha sido tratada desde la perspectiva de que la Administración Pública tiene el deber de responder a las demandas de la población de una forma más eficaz. En la actuación de la Administración es fundamental ofrecer un servicio público basado en la transparencia y un comportamiento ético. *“La ética pública es la ciencia que trata de la moralidad de los actos humanos en cuanto que realizados por funcionarios públicos.”*⁷⁴.

En toda actividad de la Administración es importante la ética para reforzar las condiciones de credibilidad en el oficio público que supone una tarea de servicio dirigida a la colectividad; lo cual es el eje central de la ética pública y fundamento constitucional de la Administración.

“La ética de la función pública, debe entenderse estrechamente relacionada con el servicio a los ciudadanos que aquélla realiza. La referencia a la ética lo es al sentido de responsabilidad que debe presidir el ánimo de los funcionarios, en tanto que servidores de los intereses generales. Por tanto, la ética profesional de los funcionarios públicos, y de quienes desempeñan funciones públicas en general, no puede entenderse

⁷⁴ RODRIGUEZ ARANA, J., “Ética de la función pública”, Papeles de trabajo, Instituto Ortega y Gasset, 1998, pág. 6.

sino por relación a los principios de imparcialidad, eficacia, respeto al ordenamiento y realización efectiva de los derechos fundamentales.”⁷⁵ (MARINA JALVO, B.)

Los funcionarios públicos deben ofrecer un servicio de calidad y es necesario que tengan en cuenta los intereses legítimos de los ciudadanos en cada trámite y gestión que realicen. La ética hace referencia a los valores objetivos de la persona y a su comportamiento.

“La ética en los servidores públicos no se reduce a una lista de buenos principios, implica un cambio esencial en las actitudes de cada servidor público que se traduce en actos concretos orientados al interés y bien público, y se manifiesta en el ejercicio de la virtud por parte de los servidores públicos.”⁷⁶ (DIEGO BAUTISTA, O.)

La actuación ética debe guiar al funcionario público hacia la búsqueda de métodos más eficientes y económicos para alcanzar los objetivos de la institución o entidad pública donde trabaja. Por tanto, el proceder de la administración debe estar basado en los principios de igualdad y no discriminación.

“Uno de los estudios contemporáneos, señala que el reto que se plantea hoy en la ética, no es solo su divulgación, sino más su interiorización por el servidor público y su aplicación en la función pública mediante la congruencia entre los pronunciamientos y sus hechos”⁷⁷.

La Administración Pública, debe implementar herramientas con el propósito de que los funcionarios realicen actos basados en los valores éticos del servicio público. Uno de los principios universales rectores de la ética pública son los procesos de selección del personal en la Administración que deben tutelarse bajo los principios de mérito y capacidad. La Constitución Española establece los principios y valores dirigidos a los funcionarios públicos, estos son: la integridad, la neutralidad, la imparcialidad, la transparencia en la gestión, la receptividad, la responsabilidad profesional y el servicio a los ciudadanos. El artículo 23.2 CE garantiza el derecho de igualdad de condiciones para acceder a funciones y cargos públicos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.” (Artículo 23 de la Constitución Española)

El acceso a la función pública se debe realizar teniendo en cuenta el mérito y la capacidad y las condiciones de igualdad son un factor determinante para el mantenimiento del Estado democrático.

⁷⁵ MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 58.

⁷⁶ DIEGO BAUTISTA, O., *La Ética en los servidores públicos*. Universidad Pedagógica Nacional, México, 2001, pág. 90.

⁷⁷ RODRIGUEZ ARANA, J., *La dimensión ética*, Ed. Dikynson, Madrid 2001, pág. 280.

“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley. 3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.” (Artículo 103 de la Constitución Española)

Los valores a tener en cuenta por los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus funciones, son: la objetividad, la imparcialidad y los principios de mérito, capacidad y publicidad. La objetividad constituye un criterio elemental de la actividad administrativa.

*“Los valores específicos de una ética de la función pública serán: la profesionalidad, la eficiencia, la calidad en el producto final, la atención y el servicio al ciudadano, la objetividad, la transparencia, la imparcialidad y la sensibilidad suficiente para percatarse de que el ciudadano es el centro de referencia de su actividad y quien da sentido a su existencia.”*⁷⁸ (MARTINEZ BARGUEÑO, M.)

Los funcionarios públicos deben ofrecer un servicio eficaz, óptimo, basado en valores y principios, debido a la responsabilidad que tiene al ocupar un cargo donde de alguna manera se gestionan intereses de una comunidad, población o grupo.

*“La exigencia de objetividad o imparcialidad en la actuación de los funcionarios obliga a éstos a actuar de conformidad a las normas y a las directrices del Gobierno. Por tanto, la objetividad se reconduce a la legalidad, que no debe entenderse como aplicación formal y rigurosa de las normas sino como una interpretación de éstas acorde con los intereses generales. En consecuencia, la exigencia de imparcialidad impone al funcionario una conducta políticamente neutral, acatando sin obstáculos las líneas de actuación administrativa marcadas por el Gobierno y absteniéndose de cualquier discriminación o favoritismo político, pues, en esto consiste la eficacia indiferente.”*⁷⁹ (MARINA JALVO, B.)

En la Administración Pública, los funcionarios, autoridades o cualquier trabajador del Estado no deben utilizar el cargo en beneficio propio y debe aplicar los principios para no realizar actos ilegales que perjudiquen a la institución y a terceros. Son muchos los casos en los que puede recibir comisiones o algún beneficio extra, bien sea por tener acceso a información privilegiada o por tener el poder de decidir sobre algún asunto predominando el interés personal. En cuanto al principio de eficacia se entiende que: *“La eficacia debe tener su concreción en toda la actividad prestacional y en la pronta tramitación y resolución de los procedimientos. La eficacia es, en definitiva, un criterio de legitimidad de la Administración.”*⁸⁰ (PAREJO ALFONSO). El principio de la eficacia tiene importancia por ser un principio rector de la actividad de la

⁷⁸ MARTINEZ BARGUEÑO, M., *La ética nuevo objeto de la gestión pública*. Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas, sept-dic 1997. Número 10, pág. 24.

⁷⁹ MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Op. Cit., pág. 46.

⁸⁰ PAREJO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*. INAP. Madrid, 1995, pág. 89.

Administración pública, donde los funcionarios deben cumplir su trabajo, tarea o funciones de manera efectiva, rápida y oportuna.

*“La carrera administrativa no se establece en beneficio exclusivamente de los funcionarios: se establece con igual o mayor fundamento, en beneficio de la Administración, es decir, en beneficio de un servicio eficaz a los intereses generales. En todo momento se debe asegurar la seriedad del sistema de promoción, de forma que no redunde en menoscabo de la competencia, aptitud y prestigio de los funcionarios y, por tanto, de la Administración pública.”*⁸¹ (FUERTES SUAREZ, J.L.)

La imparcialidad y la transparencia, son necesarios para el eficaz funcionamiento de la función pública, es por esto que los funcionarios no deben participar en decisiones donde obtenga beneficios de manera ilegal. Además, debe dar un uso adecuado de los bienes públicos. El derecho disciplinario debe prestar especial atención a la sanción de las conductas contrarias a los deberes funcionales. Otro principio aplicado en el régimen funcional es el de jerarquía, establecido en la Constitución como rector de las relaciones internas de la Administración.

*“Los órganos que ocupan las escalas más altas de la jerarquía ejercen una serie de potestades sobre los que ocupan posiciones inferiores. El poder jerárquico está integrado por una serie de potestades que permiten al superior jerárquico dictar normas para la ordenación de los servicios, emanar órdenes, fiscalizar el cumplimiento de las anteriores y, por último, ejercer la potestad disciplinaria sobre los subordinados.”*⁸²

Los principios que establecen las normas en materia de régimen funcional constituyen límites para su ejercicio y garantías para los funcionarios. El poder disciplinario debe permitir equilibrar los intereses de la Administración y las garantías de imparcialidad del funcionario. *“La famosa eficacia, si pretendiese hacerse a costa del Derecho y como una alternativa al mismo, no es más que la fuente de la arbitrariedad, como enseña la experiencia humana más vieja y hoy vivamente renovada”*.⁸³ (GARCIA DE ENTERRIA, E.)

La responsabilidad de los funcionarios públicos procede de su obligación de obrar de conformidad con los objetivos de la Administración, respetando las normas establecidas y los derechos de los ciudadanos.

“Cuando la Constitución dice que la Administración sirve con objetividad y eficacia a los intereses generales, cuando habla de imparcialidad y transparencia, se está refiriendo a los funcionarios. Por eso no somos los funcionarios unos trabajadores normales (...) porque ser funcionario requiere por tanto una responsabilidad personal y precisa como corolario un control social. Las decisiones políticas de los órganos de gobierno no se plasmarán en contenidos tangibles y en mejores servicios para los

⁸¹ FUERTES SUAREZ, J. L., J.L. FUERTES SUÁREZ, «Administración y función pública», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, tomo I, IEF, Madrid, 1998, pág. 43.

⁸² MARINA JALVO, B., *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos...* Op. Cit., pág. 52.

⁸³ GARCIA DE ENTERRIA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*. Ed. Civitas, Madrid 1995, pág. 105.

*ciudadanos sin la colaboración decidida de los empleados públicos, sin su preparación técnica y su responsabilidad personal.”*⁸⁴ (MARTIN REBOLLO, L.)

La administración pública debe contar con un personal que sea leal a sus principios e impugne cualquier comportamiento que perjudique su debido funcionamiento, de igual manera debe ofrecer un excelente servicio al ciudadano e invitarle a participar en las mejoras necesarias de las instituciones y en el cumplimiento de los deberes y derechos.

Su sanción en el Derecho positivo se encuentra en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público contiene las normas legales para los funcionarios donde se establecen una serie de principios y valores que deben regir su actuación. El artículo 52 describe los **deberes de los empleados públicos y código de conducta**:

“Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.”

La regulación de los deberes de los empleados públicos contribuye a gestionar la satisfacción de los intereses generales y así dar garantía a algunos principios constitucionales sobre el funcionamiento de la Administración Pública como la jerarquía, imparcialidad, eficacia, respecto a los derechos de los ciudadanos, entre otros. Estos principios *“expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad”*⁸⁵. (GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R.).

Los **principios éticos** que establece la mencionada ley se encuentran enumerados en el artículo 53 de la siguiente manera:

“1. Los empleados públicos respetarán la Constitución y el resto de normas que integran el ordenamiento jurídico.

2. Su actuación perseguirá la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos y se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese

⁸⁴ MARTIN REBOLLO, L. La función pública local de cara a su reforma. Revista de Estudios de la vida local. Año 1984, número 233, pág. 234.

⁸⁵ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo vol. I, 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 85.

posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio.

3. Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos.

4. Su conducta se basará en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

5. Se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflictos de intereses con su puesto público.

6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.

7. No aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas.

8. Actuarán de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, y vigilarán la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.

9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.

10. Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden y, en su caso, resolverán dentro de plazo los procedimientos o expedientes de su competencia.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

12. Guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.”

Los artículos 53 y 54 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) tienen como propósito salvaguardar la objetividad e imparcialidad en las funciones públicas.

Los principios éticos contenidos en el artículo 53 establecen que la actuación de los funcionarios debe ser objetiva e imparcial, estableciendo modelos de gestión destinados a preservar la rectitud en el ejercicio de sus funciones, preservar los valores y prevenir conductas contrarias a la ética. Por tanto, los funcionarios públicos han de respetar la Constitución y las normas anteriormente citadas con el propósito de ofrecer un adecuado servicio y cumplir con sus funciones correctamente. El artículo 54 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que los **principios de conducta** son:

“1. Tratarán con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.

2. El desempeño de las tareas correspondientes a su puesto de trabajo se realizará de forma diligente y cumpliendo la jornada y el horario establecidos.

3. Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso las pondrán inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección procedentes.

4. Informarán a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y facilitarán el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

5. Administrarán los recursos y bienes públicos con austeridad, y no utilizarán los mismos en provecho propio o de personas allegadas. Tendrán, asimismo, el deber de velar por su conservación.

6. Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal.

7. Garantizarán la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

8. Mantendrán actualizada su formación y cualificación.

9. Observarán las normas sobre seguridad y salud laboral.

10. Pondrán en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos se podrá prever la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o administrados que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

11. Garantizarán la atención al ciudadano en la lengua que lo solicite siempre que sea oficial en el territorio.”

Los principios anteriores describen la conducta y la ética que deben tener los funcionarios durante la prestación del servicio público para prevenir conductas no apropiadas o ilegales. Los funcionarios deben respeto y obediencia a las autoridades y

superiores jerárquicos, deben respetar sus órdenes siempre que no vulneren la Constitución y demás normas. La reputación de las instituciones públicas depende de la aplicación objetiva de las leyes y de la conducta de sus empleados y autoridades. Para garantizar la legitimidad de la actuación administrativa es menester que acaten los principios éticos y morales descritos.

*“Resulta conveniente distinguir entre principios éticos en el ejercicio de la función pública de aquellas otras conductas, los clásicos deberes, que implican obligatoriedad de cumplimiento, en razón de que su inobservancia está penalizada por el ordenamiento jurídico. Que sea cierto que en la actualidad, y dados los imperativos a los que nos hemos referido, sea preciso ir más allá para la satisfacción de las necesidades públicas, lo que implica aspectos vocacionales, dominio de técnicas, desarrollo de conocimientos y formación actitudes, todas en función del servicio público definido por el bien común, no es obstáculo, sin embargo, para que la excesiva abstracción de las conductas establecidas en el EBEP, la ausencia de elementos de contraste y el importante número de conceptos jurídicos indeterminados y cláusulas abiertas establecidas supongan, al menos desde mi punto de vista, la introducción de una cierta inseguridad en cuanto a su alcance y efectiva aplicación dado, como dijimos al inicio, de su previsión no sólo como orientaciones de conducta sino como auténticos deberes jurídicamente exigibles.”*⁸⁶ (SÁNCHEZ MORÓN, M.)

El legislador ha descrito en el Estatuto Básico del Empleado Público las obligaciones más relevantes a través del código de conducta inspirado en los principios, la ética y la buena conducta. Así pues, los principios inspiradores son la objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, eficacia, confidencialidad, honradez, dedicación al servicio público y transparencia, entre otros.

B. La corrupción como fenómeno de nuestro tiempo

Etimológicamente, la palabra corrupción proviene del latín corruptio, -ōnis, que significa alterar, destruir, depravar, sobornar. Según el Diccionario de la Lengua Española (DRAE) corrupción es: *“acción y efecto de corromper... En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores”*.

El término corrupción corresponde a un acto humano que se realiza en contra de la normativa legal, principios y valores. La corrupción es *“el mal uso o el abuso del poder público para beneficio personal y privado... cualquier conducta o falta de ética considerada ilegal que implique el uso del poder profesional en beneficio de una persona, grupo u organización”*⁸⁷ (SAYED, T. y BRUCE, D.). Un enfoque social del concepto de corrupción es más amplio debido a que se aplican aspectos morales para

⁸⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M. (director): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, 2008, pág. 398.

⁸⁷ SAYED, T. y BRUCE, D., *“Police Corruption: toward a working definition”* en *African Security Review* 1998, Vol. 7, N° 2, pág. 9.

clasificar los actos corruptos y los que no lo son. Las definiciones jurídico-formales son más limitadas según los autores mencionados anteriormente.

*“La corrupción en su sentido contemporáneo y laico, consiste en un enriquecimiento personal o en unos ingresos colectivos derivados de un acto que se aparta de lo legalmente establecido y no se hubiera producido de no existir la contrapartida de esos ingresos. También puede definirse como aquel comportamiento de un funcionario público (electo, nombrado o que ha ganado la plaza por oposición) que radica en una desviación con respecto a sus obligaciones debido a su ganancia personal o a la de una institución (asociación, partido, sindicato) a la que pertenezca dicho funcionario. Es la venta de un bien público con fines privados.”*⁸⁸ (TORTOSA BLANCO, J.M.)

La idea de la corrupción supone la existencia de normas ante las cuales todos los ciudadanos son iguales y la existencia de personas públicas o funcionarios públicos que deben velar por la eficiente gestión del dinero del Estado y de todos sus bienes. Por tanto, cuando actúan en contra de estas normativas legales, bien sea por acción y omisión, se está en presencia de la corrupción. *“La corrupción será todo uso de poder o posición, mediante acciones o conductas concretas, que beneficie individuos, grupos u organizaciones.”*⁸⁹ (SAYED, T. y BRUCE, D.)

Hablar de corrupción es referirse a un fenómeno eterno (también por supuesto en nuestro país) y ubicuo (pues naturalmente tampoco es sólo España la que lo sufre, incluso los países en muchos sentidos más avanzados del mundo se ven afectados por ella). Aunque también muy caro, pues como ha recordado el presidente de la multinacional farmacéutica Pfizer, Chuck Hardwick, con ocasión de una cumbre del Pacto Mundial en Nueva York, en junio de 2004, la corrupción mueve anualmente una cifra próxima a los tres billones de dólares, o lo que es lo mismo, en torno al triple del producto interior bruto de un país como España. (GARCIA MEXÍA, P.⁹⁰)

Ninguna de las definiciones académicas de corrupción existentes, y téngase por seguro que son muchas, ha logrado imponerse con claridad hasta el extremo de ser considerada suficientemente satisfactoria. Todas ellas presentan faltas que las hacen vulnerables. Sucede además que prácticamente se cuentan tantas nociones de corrupción como autores deciden estudiarla. Si existe algún concepto esquivo a la sistematización científica, ése es el de corrupción.

Sin detenerse en excesivas consideraciones teóricas. Con todo, y por su gran utilidad, es oportuno dejar constancia de la excelente definición de HEIDENHEIMER, A.J.⁹¹, al permitirnos un encuadre conceptual exhaustivo de los tipos de corrupción: primero, de la que llamaremos «*corrupción tradicional*» (la que HEIDENHEIMER, A.J. llama «*negra*»), el cohecho o soborno, por ejemplo; segundo, de las corruptelas, o

⁸⁸ TORTOSA BLANCO, J.M., *Corrupción*. Barcelona, Icaria, 1995, pág. 18.

⁸⁹ SAYED, T. y BRUCE, D., “Police Corruption: toward a working definition” en *African Security Review* 1998, Vol. 7, Nº 2, pág. 10.

⁹⁰ GARCIA MEXIA, P., Profesor de Derecho Constitucional, *La corrupción en España*, Aspectos Políticos, Sociales y Jurídicos. Temas para Reflexionar. Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Nº 106 JULIO-SEPTIEMBRE 2006, pág. 37.

⁹¹ HEIDENHEIMER, A.J., “*Perspectives on the Perception of Corruption*”, en A.J. Heidenheimer et al., eds., *Political Corruption: A Handbook*, New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1989, pág. 161.

pequeñas deslealtades en el ejercicio del poder (la que HEIDENHEIMER, A.J. llama corrupción «blanca»), como por ejemplo la realización de una llamada telefónica privada desde un teléfono oficial; tercero, y sobre todo, las conductas que suscitan dudas acerca de su admisibilidad o no, entre las que se encuentran muchas de las que desembocan en conflictos de intereses (la que HEIDENHEIMER, A.J. llama corrupción «gris»), por ejemplo el fichaje de un ex-alto cargo político por una empresa del sector que dicho ex-alto cargo hubiera sido competente para regular⁹².

En ocasiones, los beneficios que se obtienen de actos corruptos no siempre son económicos y no es exclusiva del sector público aunque es la más criticada y sancionada por la sociedad, debido a la confianza que depositan los ciudadanos, por ejemplo a través del voto, en un determinado político y los funcionarios tienen la obligación de rendir cuentas al pueblo y al Estado del dinero que administran.

“El tipo de orden normativo respecto del cual la corrupción constituye una desviación o trasgresión (orden jurídico positivo, normas sociales, costumbres, etc.) ha sido y sigue siendo materia de discusión, y dicha caracterización incide en la tipificación del fenómeno (si como delito, como inmoralidad, etc.)” (GARZÓN, E. citado por CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R.⁹³)

Entonces, la corrupción tiene sentido si existen sistemas normativos de referencia y sean quebrantados por alguna persona cometiendo actos o procesos corruptos y acercándose a la ilegalidad. Son actos no éticos realizados por alguien que ocupa un cargo público con el objetivo de obtener un beneficio personal o político. *“La corrupción es algo que existe siempre, cualquiera que sea el sistema político y el tiempo en el que pensemos”* (LAPORTA, F. y ALVAREZ, S.⁹⁴) El comportamiento corrupto tiene como finalidad obtener un beneficio utilizando su poder de decisión de manera negativa como es el caso del abuso de poder, la coacción, el tráfico de influencias, entre otros, para así conseguir el beneficio personal y enriquecimiento privado.

“En los fenómenos de corrupción es necesaria la presencia de una autoridad o de un decidor, entendiéndose por tal todo agente con capacidad para tomar decisiones y cuya actividad esté sujeta a determinados tipos de deberes que se adquieren, a diferencia de los deberes naturales, (que valen para todos y con respecto a todos los individuos, sin que importe el papel social que ellos desempeñen) a través de algún acto voluntario en virtud del cual alguien acepta asumir un papel dentro de un sistema normativo.” (GARZÓN VALDES, E.⁹⁵)

Lo que caracteriza a la corrupción es que involucra la violación de un deber por parte de una persona y un acto desleal con respecto al sistema normativo. La noción de corrupción presenta cinco características básicas:

⁹² GARCIA MEXIA, P., Profesor de Derecho Constitucional, La corrupción en España, Aspectos Políticos, Sociales y Jurídicos. Temas para Reflexionar. Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Nº 106 JULIO-SEPTIEMBRE 2006, pág. 38.

⁹³ CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R., *Poder, Derecho y Corrupción*. México: Siglo XXI, 2003, pág. 48.

⁹⁴ LAPORTA, F. y ALVAREZ S., *La corrupción política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág. 19.

⁹⁵ GARZÓN VALDES, E., *Filosofía, política, derecho: escritos seleccionados*, ed. a cargo de J. de Lucas, Universidad de Valencia, Valencia 2001, pág. 212.

“1. El acto de corrupción implica la violación de un deber posicional, transgrede alguna de las reglas que rigen el cargo que ostenta el agente público o la función de aquél. 2. Existencia de un sistema normativo que sirva de referencia al acto de corrupción. 3. Un acto de corrupción no siempre entraña una acción penalmente antijurídica. Ello dependerá del tratamiento que el sistema punitivo ofrezca a las reglas del sistema normativo de referencia. 4. Vinculación a una expectativa de obtener un beneficio extraposicional. No es necesario que ese beneficio constituya una ganancia de carácter económico, puede ser política, profesional, sexual, etcétera, ni tampoco que el beneficio que se pretende conseguir sea elevado, ni que la contraprestación esté perfectamente determinada. 5. Los actos de corrupción tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción, para garantizar que éstas pasen lo más inadvertidas posibles.” (MALEM SEÑA, J.⁹⁶)

La base de la corrupción se encuentra en la ineludible delegación de poder, propio de toda organización del Estado, que es realizada por un funcionario público y también se ubica en la discrepancia de objetivos entre el funcionario, el Estado y el empresario o ciudadano.

“La corrupción es un fenómeno estructural que violenta las diferentes relaciones sociales existentes en la sociedad, así como también las relaciones políticas y debilita al Estado, y las relaciones económicas y personales; en suma, violenta al individuo y a su mundo social, político, económico y cultural.” (VEGA, R. citado por ALCARAZ RAMOS, M.⁹⁷)

De modo que la corrupción es un fenómeno que se encuentra vinculado al ineficaz funcionamiento del Estado y la carencia de controles efectivos. La corrupción normalmente se conoce como la utilización de las funciones e instituciones públicas en provecho de sus dirigentes o allegados. La Organización de las Naciones Unidas define la corrupción como:

“Un fenómeno social, político y económico complejo que repercute en todos los aspectos de una sociedad. Entre sus consecuencias figuran la disminución de la inversión e incluso la desinversión y muchos efectos a largo plazo, incluidas la polarización social, la falta de respeto por el imperio de la ley y los derechos humanos, prácticas antidemocráticas y la desviación de fondos destinados al desarrollo y a la prestación de servicios esenciales.” (COSÍN ÁLVAREZ, J.⁹⁸)

La corrupción como fenómeno social se ha extendido a nivel mundial y su lucha es una batalla en todas las instituciones y en la vida diaria.

“Existe corrupción cuando un agente al que se le ha otorgado capacidad de decisión utiliza ésta en perjuicio de su principal beneficiando a un tercero, el corruptor,

⁹⁶ MALEM SEÑA, J. *La corrupción*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, pág. 32.

⁹⁷ ALCARAZ RAMOS, M., *ESTADO DE DERECHO FRENTE A LA CORRUPCION URBANISTICA*, La Ley, 2007, pág. 155.

⁹⁸ COSÍN ÁLVAREZ, J. (2008) *Mafia y corrupción: El Gilismo que no muere*. Ed. Corazón de Andalucía, Marbella, 2008, pág. 8.

con el que su actividad le lleva a relacionarse, motivado porque el tercero beneficiado le ofrece algún tipo de recompensa personal.” (AÑÓN ROIG, M.J. y MIRAVET, P.⁹⁹).

Por tanto, la corrupción es todo uso indebido de un cargo o posición pública para fines y beneficios propios o privados. Habrá corrupción cuando un funcionario o autoridad, aprovechan su condición, cargo o puesto de trabajo para ganar una posición de estatus, beneficios económicos o algún provecho para terceros o para sí mismo.

1. Sus causas:

Las causas genéricas, son aquellas circunstancias sociales y económicas que promueven la aparición de la corrupción como por ejemplo las citadas por LAPORTA, F. y ALVAREZ, S.¹⁰⁰:

“1. Rápido crecimiento económico y modernización como consecuencia de un cambio de valores, de la aparición de nuevas fuentes de riqueza y poder, y de la paralela expansión de la administración.

2. Incremento sensible de las oportunidades políticas en relación con las oportunidades económicas, de modo que la política se convierte en un medio de promoción profesional y social.

3. Cambio en el marco en el que se desarrolla la actividad económica, por ejemplo, mediante la apertura de una economía autárquica a la competencia internacional, y el consiguiente incremento de oportunidades económicas en un contexto competitivo y desconocido.

4. Desequilibrio institucional entre el protagonismo de algunos agentes y los recursos necesarios para desempeñar su papel, que puede conducir a buscar dichos recursos mediante prácticas poco ortodoxas.”

Para determinar un conjunto de causas más específicas que pueden favorecer la corrupción, LAPORTA, F. y ALVAREZ, S.¹⁰¹ sugiere las siguientes:

1. Salarios públicos de bajo nivel.
2. Interinidad de la función pública.
3. Ausencia, debilidad o escasa probabilidad de sanciones, bien por falta de reproche legal, por falta de sanciones legales o por ineficiencia.
4. Sobrerregulación administrativa o ineficiencia de gestión, que puede servir de estímulo a la práctica de comportamientos corruptos.

⁹⁹ AÑÓN ROIG, M.J. y MIRAVET, P., *Derecho, Justicia y Estado Constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 141.

¹⁰⁰ LAPORTA, F. y ALVAREZ, S., *La corrupción política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág. 19.

¹⁰¹ LAPORTA, F. y ALVAREZ, S., *La corrupción política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág. 19.

5. Gran magnitud económica de las consecuencias de la decisión pública por tomar.

6. Doble lealtad del agente público (lealtad al público y lealtad a la organización que puede haber contribuido a su promoción a la condición de agente público).

7. Falta de competitividad o inexistencia de mercado abierto en relación con la decisión del agente.

8. Defectos en la organización burocrática que pueden redundar en falta de control interno.

“Laporta (1997) formula su (triple) condición formal de la corrupción a partir de la denominada por Robert Klitgaard, ecuación básica de la corrupción: La corrupción es igual al monopolio de la decisión pública más discrecionalidad de la decisión pública menos responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública. Desde una perspectiva liberal, los individuos no están determinados, y si incurren en prácticas corruptas, no es porque se haya abierto el país a la economía internacional, la organización burocrática sea radicalmente ineficiente o gocen de amplios márgenes de discrecionalidad a la hora de adoptar decisiones, por las que además no deberán rendir cuentas. Si incurren en prácticas corruptas es porque han tomado esa decisión, la de realizar un comportamiento corrupto. Y ésta es la causa última de la corrupción, la conducta deshonesto del actor público” (CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R.¹⁰²).

La ecuación anterior indica que la corrupción prosperará en aquellos contextos donde las decisiones públicas se realicen en un sistema con amplias facultades discrecionales y carentes de mecanismos de rendición de cuentas. Cuando se habla de corrupción se hace referencia a un comportamiento humano que parte de una concepción moral liberal donde la persona asume que va a realizar un acto de corrupción.

La mayoría de las generalmente citadas como causas de la corrupción¹⁰³ (interrelación Estado-sociedad, spoils system, relajamiento de los controles de legalidad, lentitud burocrática, partitocracia, entre otras) podrían en principio invocarse respecto de España, y así lo hacen, por ejemplo, LAMO DE ESPINOSA¹⁰⁴ o HEYWOOD¹⁰⁵. Este último autor¹⁰⁶ indica que es también frecuente fundamentar la corrupción en España recurriendo a factores como una supuesta «*predisposición genética*» o la permanencia en el poder durante periodos excesivamente largos, factores

¹⁰² CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R., *Poder, Derecho y Corrupción*. México: Siglo XXI, 2003, pág. 76.

¹⁰³ GARCIA MEXIA, P., Profesor de Derecho Constitucional, La corrupción en España, Aspectos Políticos, Sociales y Jurídicos. Temas para Reflexionar. Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. N° 106 JULIO-SEPTIEMBRE 2006, pág. 40.

¹⁰⁴ LAMO DE ESPINOSA, E.: «*Corrupción política y ética económica*», Revista de Occidente, 179, abril, 1996, págs. 10.

¹⁰⁵ HEYWOOD, P.: «*De la dictature á la démocratie: les formes changeantes de la corruption en Espagne*», en D. DELLA PORTA & Y. MÉNY (dirs.): *Démocratie et corruption en Europe*, La Découverte, París, 1995a, págs. 82.

¹⁰⁶ HEYWOOD, P.: «*De la dictature á la démocratie...*» Op., cit., pág. 71.

que HEYWOOD no considera empero relevantes. CACIAGLI¹⁰⁷ estima, en cambio, que la falta de alternancia de los partidos o coaliciones en el gobierno es una causa importante de corrupción. Siempre a propósito de España, podrían añadirse otras dos: una aún persistente, la pervivencia entre nosotros de pautas inveteradas de clientelismo, que hacen del patronazgo político o familiar prácticas harto generalizadas¹⁰⁸; y otra más propia del pasado, cual fue la simultaneidad, durante la década de los ochenta, entre el despegue hacia el alto consumo de masas¹⁰⁹ y la subsistencia de valores ético, económicos preindustriales¹¹⁰. En tanto que VILLORIA MENDIETA, M.¹¹¹ ¹¹² cita como causa principal la baja cultura cívica y participativa de los españoles, que concreta en: su bajo interés por la política, su visión sarcástica y cínica del poder, el hecho de que la televisión sea el medio hegemónico de información política, sus escasísimos niveles de afiliación política y sindical (último lugar de Europa Occidental), sus bajos ratios de asociacionismo cívico (en torno al 30%, el más bajo de Europa) y su desconfianza generalizada hacia los demás ciudadanos (superior al 60%).

Centrando en España el análisis, GARCIA MEXÍA, P.¹¹³ piensa que: **primero**, si bien esa interrelación Estado-sociedad favorece sin duda el surgimiento de oportunidades para la corrupción, entre nosotros se trata de una relación entre la sociedad y los múltiples centros de poder, los propios de un Estado políticamente descentralizado, y donde en particular «*la gestión pública del bienestar*» no se halla ya en manos del Estado central, sino en los de las diecisiete comunidades autónomas, competentes para administrar la sanidad, la educación y las políticas de empleo, por poner sólo tres ejemplos; esta mayor dispersión en la gestión del bienestar acerca sin duda los centros de decisión al ciudadano, pero también los expone en mayor medida a comportamientos incorrectos. Y si esto es así respecto de las comunidades autónomas, tanto más lo es en relación con nuestras ciudades con Estatuto de autonomía, nuestras provincias y nuestros más de ocho mil municipios.

En efecto, y **en segundo lugar**, por más que los controles de legalidad -la labor de la intervención en los procedimientos administrativos, por ejemplo, funcionen por regla general satisfactoriamente entre nosotros, siendo también generalmente respetadas sus observaciones (a diferencia de lo que sucedió en la década de los ochenta, sin ir más lejos), no deja de ser cierto que determinadas autoridades políticas acumulan quizá un poder excesivo en relación con sectores altamente propicios al surgimiento de episodios de corrupción, siendo el mejor ejemplo de ello el poder de nuestros alcaldes en materia urbanística. No queremos incurrir en un pesimismo excesivo, al sospechar que los acontecimientos que terminaron por abocar a la disolución del Ayuntamiento de Marbella, en Consejo de Ministros del 7 de abril de 2006, no han sido sino la «*punta de iceberg*» de un panorama tan desgraciado como excesivamente común en la gestión

¹⁰⁷ CACIAGLI, M.: *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 72.

¹⁰⁸ HEYWOOD, P.: «De la dictature á la démocratie...» Op., cit., pág. 71 y 82.

¹⁰⁹ HEYWOOD, P.: «Sleaze in Spain», *Parliamentary Affairs* 48, núm. 4, octubre, 1995b, pág. 736.

¹¹⁰ LAMO DE ESPINOSA, E.: «*Corrupción política y ética económica*», *Revista de Occidente*, 179, abril, 1996, págs. 10.

¹¹¹ VILLORIA MENDIETA, M. «Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, nº 21, mayo-agosto, 2001, pág. 102.

¹¹² VILLORIA MENDIETA, M., «La corrupción política», Ed. Síntesis, Madrid, 2006, pág. 278 y ss.

¹¹³ GARCIA MEXIA, P., Profesor de Derecho Constitucional, *La corrupción en España, Aspectos Políticos, Sociales y Jurídicos. Temas para Reflexionar. Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Nº 106 JULIO-SEPTIEMBRE 2006*, pág. 37.

urbanística de los entes locales de nuestro país, que se ha erigido en instrumento capital de su financiación.

Tercero, y aun cuando nuestra burocracia funciona también por regla general con una eficacia y un ritmo aceptables, es verdad que en ocasiones -en especial para los administrados afectados- puede resultar compleja o bien actuar a una velocidad baja; en el pasado, esas mismas ocasiones daban pie al ciudadano para recurrir al «*engrase de la maquinaria*» mediante la consabida «*comisión*»; en cambio, la «*tentación*» se reduce a recurrir a un cargo político o funcionario más o menos conocido para que, usando su influencia, pueda agilizar la tramitación. Los casos, surgidos a la luz pública a comienzos de 2006, de comisiones cobradas a inmigrantes en algún aeropuerto u otras dependencias, por miembros de la Guardia Civil, no harían sino corroborar esa idea, dado su episódico carácter.

Cuarto, nuestro sistema político, constitucional favorece, con sus innegables ventajas, una gran estabilidad de los gobiernos, fenómeno que simultáneamente conlleva ciertas desventajas: en lo que aquí nos importa, un alto riesgo de enquistamiento de las elites, que a su vez implica la consolidación de redes de poder con posibles tentáculos en el sector privado, en una palabra, un considerable riesgo de corrupción, bastando citar al respecto el «*caso catalán del 3%*», surgido tras casi veinticinco años de gobierno monocolor en la «*Generalitat*».

Con todo, los partidos políticos probablemente constituyen una pieza clave de la corrupción en nuestro país. Así lo creen los propios ciudadanos españoles, de la misma manera que los demás ciudadanos del resto del mundo. Concuerta en ello la doctrina, siendo suficiente muestra el parecer de VILLORIA MEDIETA¹¹⁴.

Este dato responde principalmente a dos órdenes de razones: la primera, el excesivo poder que los partidos españoles concentran, proporcionalmente superior al de los partidos de otros países de la Unión Europea, dadas las prerrogativas que les otorgan, directa o indirectamente, la Constitución, la legislación electoral o los reglamentos parlamentarios, entre otras normas; íntimamente relacionada con esta razón se halla la muy marcada debilidad de los representantes del pueblo individualmente considerados, bien parlamentarios, bien concejales, quienes se saben inmediatamente tributarios de los partidos, y solo mediatamente del pueblo, para su elección.

La segunda razón es el sistema de financiación de nuestros partidos, que si bien es fundamentalmente público, a través de subvenciones con cargo a los presupuestos del Estado (ya directas, en razón de los escaños obtenidos o a los efectos de sufragar las campañas electorales, ya indirectas, a favor de los correspondientes grupos parlamentarios), también admite aportaciones privadas, incluso anónimas, que abren la puerta: tanto a individuos o entidades más interesados en los favores que pudieran obtener en compensación por sus dádivas (sobre todo si el partido beneficiario está en el poder o termina llegando a él) que en el magnánimo donativo en pro de unas determinadas ideas políticas; como a individuos o entidades plenamente dispuestos a conceder créditos a los partidos, que quizá a cambio de parecidos favores podrían terminar siendo condonados. Aquí es adonde primordialmente apunta NIETO GARCIA,

¹¹⁴ VILLORIA MENDIETA, M. “*Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España*”, Gestión y Análisis de Políticas Públicas, nº 21, mayo-agosto, 2001, pág. 104.

A.¹¹⁵ al calificar la partidocracia, inclusive por supuesto la española, como «*la versión moderna del viejo caciquismo*».

Una última nota. Quizá sin que nos hayamos dado suficiente cuenta, España ha consolidado su posición como una de las principales economías del mundo. Un primer dato: el producto interior bruto español es el octavo del mundo. Un segundo dato: nuestro país viene situándose en los últimos cinco años entre los seis primeros inversores exteriores mundiales (es, con diferencia, el segundo en Latinoamérica, únicamente detrás de los EE.UU.). Y por último: España cuenta hoy con cientos de empresas multinacionales, muchas de ellas auténticos líderes mundiales en sus respectivos sectores, que emplean a centenares de miles de personas en todo el orbe.

Tan alentadoras cifras, singularmente la referida a las multinacionales españolas, conllevan no obstante algunos riesgos en lo que a nuestro tema respecta. Al actuar ya a escala global, estas empresas han pasado a estar expuestas a peligros antes sólo ajenos, por exclusivamente propios de los grandes agentes comerciales y financieros del planeta, como puedan ser el soborno a agentes públicos de países extranjeros, el lavado de activos o el mal uso de los llamados paraísos fiscales. Por las razones argüidas, ésta es quizá la más novedosa frontera del problema de la corrupción en nuestro país, y donde nuestras grandes empresas podrían afrontar sus mayores retos en los años venideros.

2. Sus ámbitos. La Administración:

La corrupción es un fenómeno sociológico que se encuentra en el ámbito mundial, tiene su origen en la más remota antigüedad y su práctica procede del quebrantamiento de valores éticos que sostienen la conducta del conglomerado social.

“La corrupción se presenta como un fenómeno global que afecta tanto a los países industriales como a los de menor desarrollo, aunque sus efectos negativos son más dañinos en estos últimos por su vulnerabilidad socio-económica, que se expresa en evidentes desigualdades estructurales. Incluso se ha firmado, con visión maniqueísta, que este flagelo social es propio de los países en vías de desarrollo, lo cual es inexacto e inaceptable”. (VASCO, M. A.¹¹⁶)

Por otra parte, la corrupción administrativa es un vicio que impide el eficaz crecimiento económico de un Estado, comunidad, municipio o población, debido a que disminuyen las inversiones, la calidad de la infraestructura y los servicios públicos.

“La corrupción en el ámbito urbanístico está siendo el detonante de otros comportamientos delictivos, en especial relativos al blanqueo de capitales. Así los datos criminológicos permiten demostrar los vínculos entre estas clases de delincuencia. Por ejemplo el informe del Instituto Andaluz de Criminología sobre urbanismo y delincuencia, explica que en la actualidad existe un círculo de corrupción que constaría de las siguientes fases: en la primera, los constructores reciben un trato de favor por

¹¹⁵ NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, pág. 23.

¹¹⁶ VASCO, M.A. (2006) *Atalaya Diplomático*. Biblioteca del Pensamiento Internacionalista del Ecuador. Quito: Abya-Yala, pág. 305.

parte del consistorio; a partir de ahí resulta más atractivo el blanqueo de capitales; una vez afincados en la zona, compran a gran escala terrenos, hoteles e instalaciones; para lograr convenios y recalificaciones intentan el control de las compañías inmobiliarias y constructoras, y el último paso es procurar hacerse con el control político del municipio.” (Artículo del Diario El País citado por GÓRRIZ ROYO, E.¹¹⁷)

En el sector público la corrupción se evidencia en el abuso de poder y en los actos ilegales que realizan algunos funcionarios o autoridades, para beneficio propio ocasionando daños, materiales, sociales y morales, a la sociedad. La corrupción modifica el gasto público, creando deficiencias en el sector salud, educación, medio ambiente, vivienda, ayudas sociales, entre otros.

La corrupción administrativa, en los últimos años se ha incrementado tanto en la gestión de la cosa pública como en el ejercicio del poder. Por esto, la progresiva obtención de ventajas y ganancias ilícitas por parte de los responsables del servicio público se combina contra el eficaz funcionamiento de las instituciones e intereses de los ciudadanos.

“La problemática de la corrupción social se presenta a dos niveles: El Fáctico y el Teórico. El primero referido a su avance cuantitativo y cualitativo en el mundo con las graves consecuencias que conlleva y, el segundo relacionado a las serias limitaciones teóricas que hay en su posible tratamiento científico. El problema fáctico consiste en: 1. La Generalización del fenómeno de la corrupción. 2. Su heterogeneización: Las modalidades de la corrupción son diversas y se multiplican. 3. Su enraizamiento en el tejido social.- La corrupción no se queda a nivel de los Gobiernos y áreas de poder visible, sino que está llegando a las organizaciones y colectividades sociales: Instituciones tutelares de la sociedad, entidades empresariales y financieras, asociaciones de todo tipo, entidades educativas, clubes (deportivos entre ellos). 4. Su internacionalización y transnacionalización. 5. Sus graves consecuencias económicas, políticas y sociales en cuanto a exacción y dilapidación de fondos públicos, afectación de intereses colectivos, ingobernabilidad, afectación de la moral social.” (OLIVERA PRADO, M.¹¹⁸)

En las ciencias sociales la corrupción se ha estudiado como un problema generado por la carencia de normas o anomia y de allí la conducta desviada de algunas personas que la utilizan para lograr un nivel de bienestar o para satisfacer necesidades a través de una alternativa ilegítima.

“La preocupación actual por los fenómenos de corrupción se produce porque lejos de ser excepciones aisladas se sospecha que las serias irregularidades constituyen prácticas admitidas como códigos paralelos de conducta de aceptación común. La extensión de la intervención de los poderes públicos en la actividad económica, su papel de poderoso agente económico que contrata, distribuye, autoriza o concede

¹¹⁷ GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 20.

¹¹⁸ OLIVERA PRADO, M., *Hacia una sociología de la corrupción*. Revista Probidad. No. 24. INEA Estudios Anticorrupción, 2003, pág. 11.

servicios y prestaciones, inevitablemente conforma un escenario de riesgo para la aparición de presiones y connivencias ilícitas.” (ASUA BATARRITA, A.¹¹⁹)

La corrupción no está limitada a un determinado grupo social, más bien se encuentra en todos los niveles sociales. La pobreza es causa y efecto de este fenómeno, ya que las necesidades son mayores y la tentación más fuerte, pero no es una situación absoluta debido a que existen países con menos pobreza y mayor corrupción o al contrario. Sin embargo, todo ciudadano está expuesto a un soborno y demás prácticas corruptas.

“La corrupción aparece, con mayor o menor gravedad, en todos y cada uno de los ámbitos de la vida social: en las relaciones familiares y amistosas, en los negocios, en los campeonatos de fútbol y combates de boxeo, dentro de las empresas y organizaciones no gubernamentales, en la adjudicación de premios literarios, en obispos, parroquias y Cruz Roja, a lo largo de los procesos electorales y, sobre todo, en el funcionamiento de las administraciones públicas (...) No caben, contra lo que suele creerse, vicios públicos en un contexto social virtuoso.” (CARBONELL, M. y VÁSQUEZ, R.¹²⁰)

Sin embargo, la corrupción más preocupante y trascendental es la política y funcional, por producirse en la esfera pública, pero no deja de ser un problema que haya hechos de corrupción en casi todos los ámbitos de la sociedad.

“En último término la corrupción se da única y exclusivamente porque un individuo, sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta. Y ésta es la razón por la que siempre existirá la corrupción: no hay ningún sistema de control posible ni ningún antídoto tan eficaz como para impedir totalmente una opción individual de este tipo. En todo caso este sistema o ese antídoto tendrán mucha más fuerza si son internos al individuo (educación, convicciones, etc.) que si son meramente externos.” (LAPORTA, F. y ALVAREZ, S.¹²¹)

La corrupción es una fuente de beneficios para aquellos que cometen este acto ilegal y obtienen una ganancia externa a la actividad misma. Adicionalmente, todo acto de corrupción afecta el bien común o el interés general cuando es realizado por los funcionarios públicos, autoridades o gobernantes de un país.

“Hoy está generalmente aceptado que la corrupción vinculada al beneficio económico ilícito, abarca tanto a la conducta de los que participan de la función pública como a los particulares cuando, por la gravedad y trascendencia económica social de sus actos, ponen en peligro o causan entendidos como estabilidad del sistema económico constitucional y salvaguarda de la credibilidad y respeto a las instituciones democráticas.” (GONZÁLEZ, J.¹²²)

¹¹⁹ ASUA BATARRITA, A., *Delitos contra la Administración Pública*. Ed. Asua Batarrita, Bilbao 1997, pág. 14.

¹²⁰ CARBONELL, M. y VÁSQUEZ, R. “Poder, Derecho y Corrupción” Op., cit., pág. 69.

¹²¹ LAPORTA, F. y ALVAREZ, S., “La corrupción política”. Op. cit., pág. 28.

¹²² GONZÁLEZ, J., *Corrupción y justicia democrática*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2006, pág. 25.

Los constantes casos de corrupción se deben o tienen relación con otros aspectos como es el número de trámites burocráticos y la calidad de la Administración, de sus servicios y de las personas que trabajan en cada una de las instituciones del Estado. La corrupción forma parte de la historia de la humanidad, pero actualmente está globalizada y quizás es más aceptada que en otras épocas históricas.

3. Incidencia de la corrupción en la Política y la Administración:

La corrupción, es uno de los principales problemas de muchos países y además genera otras contrariedades. Un análisis de la denominada corrupción política puede asumir diferentes términos al aplicarse a fenómenos bastantes diferentes entre sí como el peculado, nepotismo, parcelación y clientelismo. La corrupción en la política comprende diversos actos ilícitos y delitos que son realizados por políticos abusando del poder que le ha conferido el pueblo.

“La falta de respeto a las reglas, que puede comprobarse a través de controles jerárquicos, administrativos o judiciales, está sujeta a la amenaza de sanciones. Pero los controles son costosos, porque el agente posee informaciones referentes a su actuación que no conoce el principal. Así, se limita la discrecionalidad del agente mediante la institución de pautas fijas y verificables. Hay corrupción cuando los vínculos establecidos por las reglas legales son eludidos por la intervención de una tercera parte. Esta última influye sobre las decisiones del agente en su propio beneficio, ofreciendo a cambio recursos que posee y favoreciendo el logro de los intereses privados del agente, potencialmente en detrimento de los del principal.” (Vannucci, A. citado por CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R.¹²³)

La corrupción se puede analizar cómo un acuerdo oculto donde un funcionario, quebrantando las normas que regulan su actuación, intercambia un poder discrecional por un beneficio propio. La corrupción política es un obstáculo a la transparencia en las democracias establecidas lo que genera desconfianza y dudas a los ciudadanos.

“Es posible constatar una regularidad o una regla general y puede decirse que el grado de corrupción varía inversamente con el grado en que el poder es consensuado... En aquellas situaciones en donde una apariencia de consenso oculta la realidad coercitiva, hay que contar con la corrupción. El poder del que se supone que es ejercido con el consentimiento de los gobernados pero que se ha transformado en coacción en grado considerable, conduce a la corrupción.” (Carl J. Friedrich, citado por GARZÓN VALDÉS, E.¹²⁴)

El concepto de corrupción se encuentra relacionado con el sistema legal o normativo. Cuando se habla de corrupción se hace referencia al marco legal dentro del cual se origina la actividad considerada como corrupta.

“Por lo que se refiere a las leyes, debemos hacer un esfuerzo constante en diferenciar la corrupción privada del político de la corrupción funcional e institucional

¹²³ CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. “Poder, Derecho y Corrupción”. Op., cit., pág. 89.

¹²⁴ GARZÓN VALDES, E., “Filosofía, Política, Derecho”. Op., cit., pág. 208.

del mismo; o si se prefiere, entre la corrupción del político y la corrupción de la política. La primera, que está en nuestros tiempos a la orden del día, insistimos una vez más que no nos interesa aquí. La misma es un accidente, una contingencia, todo lo rechazable que se quiera, dentro de la vida de nuestros estados. Este tipo de corrupción, en tanto que es privada, aunque se ejerza en relación con la política, pues básicamente consiste en aprovechar su función pública e institucional para beneficio particular, no nos es indiferente, pero tiene su lugar adecuado en el campo de la degeneración de las costumbres y de la moralidad individual, y en dicho campo debe ser abordada.” (BERMUDO, J.¹²⁵)

La corrupción es el abuso del poder, utilizado para obtener beneficios personales o para un grupo. Es una actitud viciada por la codicia de un funcionario, autoridad o político y el deseo de incrementar el poder. El abuso del poder es aplicado en el ámbito público o funcional, pero también puede darse en otras esferas de la vida. La corrupción de origen histórico bien establecido es un fenómeno muy extendido en todas partes.

“Un Estado democrático de derecho es el sistema político que menos favorece la corrupción y el sistema político que mejor lucha contra la corrupción. Esto no quiere decir que en las democracias no haya corrupción, sino simplemente que en las democracias las condiciones para la corrupción son tendencialmente menores que en las dictaduras; que si en un sistema democrático se producen casos de corrupción, éstos se darán en algunos intersticios del sistema a los que no haya llegado bien el efecto democratizador; y que en las democracias se está en disposición de descubrir con cierta facilidad los casos de corrupción.” (LAPORTA, F. y ALVAREZ, S.¹²⁶)

Una fuente de corrupción es el liderazgo político que se sirve a sí mismo y una gestión ineficiente y políticamente influenciada donde los intereses privados y particulares tienen prioridad sobre el bien colectivo.

“Garzón Valdés critica dos perspectivas muy frecuentemente adoptadas en el estudio del fenómeno de la corrupción: por un lado, la que denomina perspectiva de la modernización, la cual sostiene que cuanto mayor sea el grado de desarrollo o de modernización de una decisión política, tanto menos habrá de ser el grado de corrupción. Con palabras de Garzón, la realidad cotidiana de los países altamente industrializados ha puesto de manifiesto la falsedad de esta tesis. La segunda perspectiva es la denominada de la moralidad, la cual en una de sus versiones tiende a establecer una cierta correlación entre mayor democracia y menor corrupción, o lo que es lo mismo, entre dictadura y corrupción.” (CARBONELL, M. VÁZQUEZ, R.¹²⁷)

La corrupción política es una de las primeras formas de corrupción y ha generado diversos problemas en la sociedad. Este tipo de corrupción se relaciona con la poca transparencia y con preocupaciones conexas sobre la equidad y la justicia.

“La corrupción política se da cuando quienes detentan el poder o una responsabilidad estatal son inducidos mediante recompensas monetarias o de otro tipo

¹²⁵ BERMUDO, J., *Maquiavelo, consejero de príncipes*. Universidad de Barcelona, Barcelona 1994, pág. 281.

¹²⁶ LAPORTA, F. y ALVAREZ, S., “La corrupción política”, Op. cit., pág. 29.

¹²⁷ CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. “Poder, Derecho y Corrupción”. Op., cit., pág. 71.

a realizar acciones que favorecen a quien ofrece la recompensa y en consecuencia dañan al grupo e institución al que el funcionario pertenece o representa. Lo relevante es el hecho de que la ganancia privada es asegurada a expensas públicas.” (LAPORTA, F.¹²⁸)

Otras formas comunes de corrupción política son: la desviación de recursos públicos para los partidos políticos; la devolución de favores a quienes les financiaron en sus campañas; la definición de las políticas en función de los intereses de grupos, el reparto de los cargos para amigos y familiares, etc.

“La persecución de estas prácticas ha sido tímida, toda vez que los protagonistas de esta modalidad son en quien la soberanía popular ha depositado su confianza para que administren el Estado, quedando amparados en fueros especiales que le son odiosos a la comunidad. La corrupción de cuello blanco despunta a personajes de gran cultura y renombrada distinción, influyentes en las instituciones estatales, las cuales les garantizan su impedimento para procesarlos por sus dolosas actuaciones.” (ARCILA NIÑO, O.H.¹²⁹).

La corrupción pública tiene dos actores principales: los políticos y los funcionarios públicos. Con base en estos protagonistas es posible identificar dos ámbitos de corrupción la política y la administrativa, aunque es difícil separarlos pues no existe una línea divisoria sino una mezcla de complicidades.

“La corrupción administrativa o de los empleados públicos no puede separarse de la corrupción política, se alimentan una a otra, donde los políticos son corruptos surge corrupción administrativa, aun cuando la profesionalidad del servicio público pueda atenuar la expansión del fenómeno.” (VILLORIA MENDIETA, M.¹³⁰)

La corrupción administrativa es un delito que se comete por los funcionarios en las instancias de la Administración Pública y en los servicios públicos. Tiene como característica el abuso de los deberes del funcionario público con el propósito de obtener beneficios propios y obtener ventajas lucrativas desde el lugar donde se desempeñe.

4. Ámbito Penal:

El mayor interés dogmático de la corrupción tradicional, al menos desde el punto de vista jurídico, radica hoy en los estudios de Derecho penal, pues las conductas que provoca tienen ya en casi todo el mundo naturaleza delictiva. La corruptela es por esencia leve en su entidad, y pocos discutirán que, precisamente por ello, el modo más adecuado de afrontarla sea la adopción de medidas de fomento o positivas, de persuasión e incentivo (en lugar de punitivas o negativas, de disuasión y sanción),

¹²⁸ LAPORTA, F. y ALVAREZ, S., “La corrupción política”. Op. cit., pág. 20.

¹²⁹ ARCILA NIÑO, O. H., *Aproximación teórica y práctica al estudio e identificación de riesgos de la corrupción (estudio de caso)*. Departamento Administrativo de la Función Pública, República de Colombia-Banco Mundial, Bogotá 2000, pág. 17.

¹³⁰ VILLORIA MENDIETA, M., *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*. Ed. Tecnos-Universidad Pompeu Fabra, Madrid 2000, pág. 24.

instrumentada en códigos éticos carentes de fuerza jurídica. Por el contrario, es frecuente reconocer que hoy día la piedra angular de la problemática teórica de la corrupción radica en sus más borrosas manifestaciones, en esas conductas grises sobre las que falta conocimiento suficiente, tanto académico como popular, y por ende opinión mayoritaria respecto de las medidas que deban resultar más adecuadas para prevenirlas y luchar contra ellas (¿penales, o simplemente administrativas?; ¿jurídicas o meramente éticas?), y eso en el supuesto de que efectivamente haya llegado a imperar la voluntad de adoptar tales medidas de reacción: el paradigma de este tipo de conductas son justamente las que generan conflictos de intereses.

La trascendencia de los conflictos de intereses ha venido siendo larga y concienzudamente contrastada en países como los EE.UU., sobre todo desde los años sesenta del siglo XX. Por el contrario, en Europa, y en particular en España, el problema de los conflictos de intereses apenas ha sido percibido hasta bien entrado los noventa del pasado siglo. Insistiendo en España, sin embargo, las cosas han empezado a cambiar. En noviembre de 2004, el ministro de Administraciones Públicas lanzaba un «Programa de actuaciones para el Buen gobierno», inclusivo, por un lado, de la voluntad de elaborar un «Código de buen gobierno de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado», que entró en vigor tras ser aprobado en Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005; y por otro, de un proyecto de ley de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, que acaba de convertirse en la homónima Ley 5/2006, de 10 de abril. Los tres textos se refieren ya frontalmente, en función de sus respectivos objetivos, al problema de los conflictos de intereses. En especial, el Código señala en sus Puntos Segundo.2 y Segundo.3 que el miembro del Gobierno o alto cargo ha de primar el interés general o común sobre sus intereses privados, debiendo «evitar los conflictos de intereses».

Ahora bien, más allá de disquisiciones doctrinales, la más simple definición que se puede encontrar es la que identifica la corrupción con un comportamiento orientado al «uso de un cargo o función públicos en aras de la obtención de un beneficio privado» (public office for private gain, en su contundente acepción inglesa), siendo frecuente la conexión de ese beneficio «privado» con ganancias tanto propias del agente público en cuestión, como de personas a él allegadas por vínculos de mayor o menor intimidad. Esta definición presenta una doble ventaja: por un lado, es la que mejor concuerda con la visión popular o menos sofisticada de la corrupción; por otro, es al fin y al cabo la que -con ligeros matices- han adoptado diversos instrumentos internacionales en la materia, sin ir más lejos el más reciente de entre los más importantes, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 31 de octubre de 2003.

5. Modos de corrección, con especial referencia a la Administración:

La corrupción está presente en todo el planeta por lo tanto no es un fenómeno nacional, la diferencia entre una sociedad enferma y una sociedad saludable se basa en los factores que inciden para evitar la propagación de prácticas corruptas y la implementación de medidas correctivas a los responsables de dichas prácticas, no en la ausencia de la corrupción.

“Las ocasiones para la corrupción crecen en la medida en que se amplía el área de las decisiones públicas que suscitan el interés de las organizaciones económicas, y cuando aumenta la cantidad de recursos adjudicados según criterios políticos o burocráticos. El resultado de estas líneas tendenciales, común a muchos sistemas democráticos, ha sido la creación de un vasto campo de definición y de atribución de derechos de propiedad sobre los recursos públicos administrados y de cambio de autoridad del valor de mercado de los recursos privados. En términos económicos puede hablarse de una amplia actividad de creación y adjudicación de las rentas políticas. La gestión por la clase política de la derogación del gasto público y del crédito especial y el poder de prohibir y de autorizar, es decir, la facultad de aprobar o rechazar el ejercicio de ciertas actividades, se ejercen por medio de la creación de restricciones artificiales al acceso a los beneficios públicos y al disfrute de recursos privados. Estos procedimientos facilitan una ventaja selectiva, determinando un vínculo político de escasez de recursos, que puede deshacerse mediante decisiones y normas controladas por los agentes públicos. Se constituyen así posiciones de renta política: los individuos obtienen un beneficio público por el que estarían dispuestos a pagar un precio más elevado.” (CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R.¹³¹)

La Constitución en un sistema democrático y su eficaz obediencia permiten el adecuado proceder del gobierno y la sociedad. La descentralización de los poderes públicos y la transparencia de sus funciones fortalecen el funcionamiento de cada provincia, comunidad o región permitiendo controlar el sistema de una manera más directa.

“A nadie se le escapa que hacen falta más jueces que luchan contra la corrupción política. Pero no sólo se necesitan jueces, también se necesitan medios para luchar contra las nuevas formas de crimen organizado, así como las leyes necesarias para conseguirlos. Pero también se hace necesario el control jurisdiccional sobre las prácticas de los partidos políticos.” (COSÍN ÁLVAREZ, J.¹³²)

Una autoridad, gobernante o político elegido democráticamente tiene el deber y obligación de representar al pueblo y respetar la institución donde desarrollará sus actividades y no abusar de esa confianza que le han brindado, es por ello que la gestión de un gobierno debe estar basada en la ética, principios y valores que debería transmitir a la sociedad en general.

“La lucha contra la corrupción, que sin duda es uno de los fenómenos más corrosivos del sistema de poder, es antes que nada, una batalla cultural, valórica, por hacer primar, en la vida de todas las instituciones y en la vida cotidiana del ciudadano común, principios éticos que invoquen la responsabilidad hacia los intereses de la comunidad, la solidaridad, la transparencia en las decisiones, estilos no arrogantes y abiertos a la participación en la conducción y, en definitiva, una proyección de sentido de vida menos regulado por intereses personalistas o de enriquecimiento a toda costa.” (LEAL, A.¹³³)

¹³¹ CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. *“Poder, Derecho y Corrupción”*. Op., cit., pág. 89.

¹³² COSÍN ÁLVAREZ, J., *Mafia y corrupción: El Gilismo que no muere*. Ed. Corazón de Andalucía, Marbella, 2008, pág. 31.

¹³³ LEAL, A., *“El crepúsculo de la política”*. Lom Ediciones, Chile 1996, pág. 141.

El eficaz funcionamiento del Poder Judicial es una manera controlar la corrupción, siempre que exista imparcialidad, objetividad y ética en esta institución. Adicionalmente, la sociedad debe participar en el control de la corrupción por la adecuada administración de los fondos públicos y no participar en actos ilegales como el tráfico de influencia, sobornos o cualquier delito similar.

“Casi todas las estrategias de combate a la corrupción incluyen una u otra forma de ampliación de la participación y el control ciudadano, desde el perfeccionamiento de los mecanismos de responsabilidad pública, hasta la propuesta del ejercicio de funciones públicas por parte de organizaciones ciudadanas; desde la demanda de mayor control por parte del público hasta la idea de participación como solución para los problemas tanto de corrupción política como de eficiencia en la gestión pública.” (LAPORTA, F. y ALVAREZ, S., citados por CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R.¹³⁴)

Para disminuir la corrupción o por lo menos para atenuarla un poco es oportuno que la sociedad civil denuncie todos los actos de corrupción que cometan los funcionarios, gobernantes o autoridades.

“Se requiere una normativa legal específica que obligue a la transparencia de toda gestión o negocio que premie la probidad administrativa, la eficiencia y el cumplimiento de sus responsabilidades, que establezca controles eficientes y modernos, que tipifique como ilícitos ciertas conductas hoy regularmente aceptadas, que determine sanciones administrativas y penales individuales, que establezca el principio de la responsabilidad política de toda autoridad. Todo ello es solo posible hacerlo ampliando las normas de la democracia. Nada hay más corrupto que la totalidad del poder ejercido arbitrariamente, sin reglas ni controles, y la prueba de ello son las dictaduras militares o civiles, fascistas o comunistas, que hemos conocido en estos decenios.” (LEAL, A.¹³⁵)

Sin embargo, las políticas fallan cuando se crean oportunidades de corrupción y la posibilidad que tiene un funcionario o autoridad de cometer este delito aumenta cuando los sueldos son bajos (en algunos casos), las oportunidades de cometerlo o quebrantar la norma son muchas y el control es deficiente.

“Frente al nuevo paradigma de la criminalidad global que fomenta la corrupción a través de sus múltiples negocios ilícitos, especialmente el blanqueo de capitales, se requiere igualmente un nuevo paradigma de lucha. Es indispensable un acuerdo internacional de nuevo tipo, que partiendo del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, y del entendimiento de las dimensiones económicas y políticas del problema, permita repensar racionalmente conceptos como soberanía, inmunidad, privacidad, persecución política, entre otros que se han ido desnaturalizando con el transcurso del tiempo para convertirse en instrumentos que promueven la corrupción y garantizan impunidad a sus perpetradores.” (ALCARÁZ RAMOS, M.¹³⁶)

¹³⁴ CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R. “Poder, Derecho y Corrupción”. Op., cit., pág. 48.

¹³⁵ LEAL, A., “El crepúsculo de la política”, Op., cit., pág. 142.

¹³⁶ ALCARÁZ RAMOS, M., “El estado de derecho frente a la corrupción urbanística”. Ed. La Ley, Madrid, 2007, pág. 211.

El cambio de una cultura corrupta a una de legalidad implica sanciones para los funcionarios y ciudadanos en general que infrinjan la ley. Para lograrlo es necesaria la aplicación de estrategias gubernamentales de lucha contra este fenómeno y se inicie desde enfoques integradores y con una visión clara de lo que se pretende alcanzar. GARZÓN VALDES, E.¹³⁷ sugiere algunos recursos que pueden ser utilizados por un sistema normativo para impedir o reducir la corrupción. Entre estos:

a. Eliminar la posibilidad de obtención de ganancias extrapositionales. Si es verdad que la discrecionalidad del decidor abre la vía del soborno, nada mejor entonces que sustituir las decisiones discrecionales por decisiones mecánicas. Es un recurso simple utilizado también por regímenes totalitarios. Pero no es necesario pensar en estos casos extremos.

b. Reducir la probabilidad de actos o actividades corruptos (as) estableciendo un sistema de sanciones severas para la violación de las obligaciones. Es el más común de los recursos y está presente en todos los sistemas normativos relevantes.

c. Asegurar a quienes son sujetos de obligaciones condiciones tales que el deseo de obtener beneficios extrapositionales se reduzca al máximo. Esta es la estrategia que respalda la asignación de salarios significativos a quienes son decidores importantes dentro del sistema normativo relevante.

d. Procurar convencer a los decidores que no es verdad que la obtención de beneficios extrapositionales es la expresión de una actitud racional-prudencial sino que lo que vale la pena desde el punto de vista de la promoción de los propios intereses es justamente lo inverso, es decir, ser honesto.

f. Procurar establecer una relación de cooperación con los intereses organizados, dentro del marco de lo que se denomina corporativismo liberal. Esta cooperación presupone establecer relaciones equitativas de confianza y lealtad recíprocas entre el Estado y los intereses organizados.

Asegurar la vigencia del principio de publicidad no sólo de las decisiones sino del procedimiento por el que se llega a ellas. Si se quiere mantener la discrecionalidad de los decidores, un buen método para impedir sus desviaciones corruptas puede ser asegurar una mayor transparencia en la gestación de las mismas.

Reducir el ámbito del poder decisorio del Estado y aumentar el de las decisiones directas de los ciudadanos por lo que respecta al nombramiento de los funcionarios. De esta manera podría evitarse la prevalencia de intereses puramente partidistas en la designación de miembros del Poder Ejecutivo y Judicial.

Promover la adquisición de bienes para uso estatal en las condiciones generales del mercado. El Estado se convertiría en este caso en un comprador más.

Todas estas medidas serán ineficaces si no se basan en una práctica efectiva de la adhesión interna al sistema democrático por parte de sus responsables.

¹³⁷ GARZÓN VALDES, E., “*Filosofía, Política, Derecho*”. Op., cit., pág. 208.

a) **Medidas contra la corrupción a nivel nacional e internacional:**

Adicionalmente, existen diversos organismos e instituciones que se encargan de luchar contra los delitos de corrupción a nivel nacional e internacional. Entre estas instituciones se encuentran:

1.- La **Oficina Europea de lucha contra el fraude de la Unión Europea (OLAF)**: Es un organismo de la Unión Europea creado el 1 de junio de 1999, su misión es proteger los intereses financieros de la Unión Europea, luchar contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal, incluso dentro de las propias instituciones europeas. Sus competencias abarcan el conjunto de las actividades relacionadas con la protección de los intereses comunitarios contra comportamientos irregulares o actos ilegales que pudieran dar lugar a procedimientos administrativos o penales. Su actividad incluye la prevención, detención y represión del fraude, en cooperación con los estados miembros, en el ámbito de las políticas comerciales y en materia de desvío de subvenciones y evasión fiscal, en la medida en que afecten al presupuesto comunitario.

2.- El **Grupo Multidisciplinario para combatir la Corrupción (GMC) del Consejo de Europa**: Es una organización internacional al que pertenecen todos los países de la Unión Europea. En su reunión de 1994 en la Valetta los ministros de Justicia consideraron a la corrupción como un problema grave que amenaza el Estado de Derecho, los valores democráticos y los Derechos Humanos por lo que recomendaron la creación de un Grupo Multidisciplinario para combatir la Corrupción (GMC) el cual comenzó sus trabajos en 1995.

3.- El **Departamento de Política Operacional del Banco Mundial**: Coordina el método de este organismo para hacer frente a las cuestiones de corrupción. El Departamento se encarga de que las políticas y procesos operacionales del Banco Mundial sean uniformes y constantes y es también el órgano de referencia central para cuestiones de administración y gestión del sector público.

4.- El **Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)**: es un organismo intergubernamental especializado en la lucha contra el lavado de dinero y al que pertenecen 31 países, además de la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo. Fue fundado en París en 1989 con ocasión de una cumbre del G-7 para estudiar medidas contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo

En su detallado Informe de 2001 acerca de la corrupción en España, afirmaba el equipo comisionado del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) que nos visitó: «*España se ha visto afectada por la corrupción en medida difícil de evaluar con precisión*». Para fundamentar esta importante conclusión, una de las principales de su informe, el equipo GRECO añadía que en España «*se dispone de muy escasa información acerca de los casos de corrupción detectados, investigados, incoados o fallados, faltando estadísticas o investigaciones detalladas sobre el alcance de la corrupción en el país*»¹³⁸.

La ausencia de información a que el informe se refiere resulta difícilmente cuestionable. Lo que en cambio sí admite algún matiz es esa genérica «*dificultad de*

¹³⁸ www.coe.int/greco, 2001, pág. 24

evaluar con precisión» la corrupción en nuestro país, en la medida en que no sería un rasgo exclusivo de España: por naturaleza, y ello es obviamente propio de cualquier conducta inmoral, la corrupción resulta difícil de evaluar, en España y en todo Estado, porque se esconde, nadie que haya incurrido en ella pregona a los cuatro vientos haberlo hecho. Ésta es por ejemplo la razón por la que Transparencia Internacional no titula sus conocidos Índices de evaluación de la corrupción de esta misma manera, sino como *«Índices de percepción de la corrupción»*, dando a entender que, en la medición de una conducta por esencia oculta, y más allá de estadísticas sobre procedimientos subsiguientes a comportamientos ya descubiertos, no es posible nunca mesurar con exactitud empírica, sino tan sólo calibrar tendencias, orientarse en tomo a «percepciones», que además es todo lo que nos pueden proporcionar las más o menos vastas encuestas que constituyen su materia prima.

A propósito de Transparencia Internacional y de su Índice de percepción de la corrupción: el primero en ser publicado, el de 1995, situaba a España en el puesto 26, sobre un total de 41 países, con una nota baja, 4,35 sobre 10 (siendo 10 la correspondiente al menor índice de corrupción). El resultado era francamente desalentador, pues figurábamos mucho más cerca de la cola (Indonesia, 1,94) que de la cabeza (Nueva Zelanda, 9,55), por detrás de países como Chile, Portugal, Malasia o Taiwán, y sólo ligeramente por encima de otros como Hungría, Grecia e incluso Colombia. El estudio se realizaba coincidiendo con los momentos sin duda más duros de la reciente historia de la corrupción en nuestro país, tras unos seis años de escándalos más o menos sonados, pero todos ellos de indiscutible relevancia, como los que involucraron al hermano del vicepresidente del Gobierno, al gobernador del Banco de España, a varios ministros o al director general de la Guardia Civil, entre otros. Ahora bien, como muy certeramente notaba el equipo GRECO¹³⁹, *«esos escándalos de corrupción atrajeron notable atención de los medios de comunicación de entonces, produjeron múltiples debates parlamentarios, y llevaron al Gobierno a adoptar importantes medidas al respecto»*. Lo que es lo mismo: nuestra democracia fue capaz de reaccionar ante un embate de grandes dimensiones, posiblemente el mayor desde el fallido golpe de Estado de febrero de 1981, y que por ello mismo amenazaba con hacer tambalear su misma legitimidad. No en vano, los Barómetros CIS elaborados a lo largo de los años 1994 y 1995 colocaban invariablemente la corrupción entre los cinco problemas más importantes para los españoles.

Las cosas cambiaron rápida y profundamente en los años siguientes. Tras las elecciones de 1996, un nuevo partido llegaba al poder. Ese simple cambio, y con independencia de cuál era el partido que salía y cuál el que entraba, suponía per se un mejor punto de partida para la regeneración. Se ha explicado la causa, a propósito de los largos periodos de permanencia en el poder: el partido saliente lo había ocupado durante cerca de catorce años. Por lo demás, el partido socialista era bien consciente de que la corrupción había sido la causa primordial de su derrota electoral, de ahí que en adelante no dudara en tomar una clara postura contraria a la misma; también el Partido Popular lo sabía, habiendo fundado el grueso de su estrategia de oposición en este asunto, y por ello debió poner especialísimo celo en que todos sus altos cargos ni siquiera rozaran la sospecha en la materia. Sea como fuere, los datos estadísticos comenzaban a ser contundentes: el Índice de percepción de la corrupción del año 2000 situaba ya a España en el puesto 20, pero sobre un total, no de 41 (como en 1995), sino de 90 países, y con

¹³⁹ www.coe.int/greco, 2001, pág. 24

una calificación notable, 7,0 puntos sobre 10. El avance era espectacular respecto de los datos de 1995 (innegablemente uno de los mejores de todo el Índice), tanto en número de puestos, cuanto en posición relativa, pues a pesar del gran aumento en el número de países analizados (más del doble que en 1995), se invertía la situación, como quiera que ahora nos situábamos mucho más cerca de la cabeza (Finlandia, 10 puntos) que de la cola (Nigeria, 1,2). Ahora figurábamos por detrás, pero muy cerca, de países como Austria, Alemania e Irlanda, y por encima de otros como Francia, Japón y Bélgica. En otras palabras, nos situábamos ya en el que bien puede considerarse, puesto arriba, puesto abajo, nuestro sitio natural.

Esta progresión hallaba también eco estadístico interno, y así, los Barómetros CIS del año 2000 pasaban a situar la corrupción en el puesto noveno entre los principales problemas políticos españoles (desde como mínimo el quinto de los años 1994-1995), tras terrorismo, rivalidades entre partidos políticos, paro o nacionalismo y separatismo, entre otros. Ya en 2001, la corrupción había dejado claramente de aparecer entre los problemas más importantes de los españoles.

Según el Informe Global 2007 sobre la corrupción en España emitida por TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, los datos del barómetro del CIS, correspondiente a octubre de 2006, nos dan la peor valoración de la situación política desde marzo de 2004, en concreto, el 37,4% de los encuestados consideraban que la situación política era mala o muy mala. Los datos comparados existentes, además, lo demuestran sólidamente: en países democráticos, donde la ciudadanía tiene información y puede expresarse, la corrupción genera desconfianza hacia la política, los políticos y las instituciones. En el Índice de Percepción de la Corrupción del 2005 (CPI) España está situada en el lugar 23 de 158 países. Su puntuación es 7, y es superada en tres décimas por Chile o Japón, aun cuando supera en dos puntos a Italia. En el del 2006 España continúa en el puesto 23, pero su puntuación, que es lo relevante, ha descendido a 6,8 y el diferencial con los países superiores es mayor, de 0,3 a 0,5, y con los de abajo inferior, pues Estonia ya está a punto de colocarse en la misma puntuación de España. Con este dato de 2006 se quiebra una tendencia que era en general muy positiva (como se puede comprobar en la Tabla 1.) y que nos situaba, desde 1996, en una mejora casi permanente y, desde el año 2000, en una puntuación de 7, con una pequeña excepción en 2003, que se descendió a 6,9. VILLORIA MENDIETA, M.¹⁴⁰ señala que no es sencillo definir la causa de esta bajada de puntuación, que expresa un ascenso en la percepción de que en España hay corrupción, aunque parece claro que la corrupción urbanística tiene mucho que ver.

Es evidente que para que exista corrupción se necesitan también corruptores. El Índice de Fuentes de Soborno (BPI) de Transparency Internacional es el instrumento para medir la propensión de las empresas de los 30 países más desarrollados a pagar sobornos en países extranjeros para obtener negocio. Esta encuesta usa la Executive Opinión Survey (EOS) del World Economic Forum para introducir preguntas sobre esta propensión.

En resumen, la encuesta indica el éxito o fracaso de los gobiernos para controlar la corrupción en el extranjero de las empresas que tienen la sede en su país. También

¹⁴⁰ VILLORIA MENDIETA, M., INFORME GLOBAL 2007 SOBRE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA emitido por TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, pág. 3.

indica el éxito o fracaso de las empresas para asegurar que sus empleados cumplen con los más elevados estándares de práctica empresarial. En el caso de los países de la OCDE, además, lo que mide la encuesta es en qué medida están cumpliendo las empresas y los gobiernos las prescripciones del Convenio de la OCDE contra el soborno a funcionarios extranjeros en transacciones internacionales, de 21 de noviembre de 1997, ratificado por prácticamente todos los Estados miembros en un plazo de dos años, y ratificado por España en enero de 2000, y que dio lugar a la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, que entró en vigor el 2 de febrero de 2000, y que modificó el Código Penal en su artículo 445bis, por el que se incorpora como tipo penal el delito de soborno a un funcionario extranjero, con las mismas penas que las establecidas para el delito de soborno a un funcionario español¹⁴¹.

En España no existe una oficina o agencia especializada en el control y persecución de este tipo de actuaciones corruptas, aun cuando la Fiscalía Anticorrupción sí centraliza las investigaciones cuando los delitos tienen suficiente importancia. No obstante, hay que reconocer que esta Fiscalía carece de medios suficientes para realizar este tipo de investigaciones. En Canadá se ha creado, en febrero de 2005, un órgano –Officer in Charge of National Interests and International Corruption que se dedicará en exclusiva a monitorear los casos de procesamiento o investigación en este tipo de corrupción. En las policías de diversos países como Francia, Alemania u Holanda se han creado unidades especiales de investigación de la corrupción transnacional.

Por otra parte, en España no existen procedimientos conocidos y accesibles para denunciar los casos de corrupción en el extranjero, en concreto, ni existen “líneas calientes” ni websites a dónde acudir para la denuncia desde los países donde se produjo el presunto acto de soborno. En Canadá, algunas embajadas (35) tienen un agente de la Policía Montada formado en investigación de la corrupción para conocer e investigar estos casos y encargado, además, de poner en conocimiento del gobierno canadiense las alegaciones de corrupción existentes en el país que afecten a empresas canadienses. En Corea existe una “línea caliente” abierta 24 horas para denunciar ante la Fiscalía casos de corrupción dentro o fuera del país¹⁴².

Además, en España no existen sistemas de protección a los denunciantes de casos de corrupción y dicha ausencia afecta tanto al sector público como al privado. En consecuencia, quien denuncia se puede ver sometido a represalias sin que la Administración o las propias empresas le protejan. En Estados Unidos, Canadá, Corea o Nueva Zelanda hay protección al denunciante tanto en el sector público como en el privado.

Sí es preciso destacar que la Dirección General de Comercio Exterior ha realizado serios esfuerzos de comunicación e información a las empresas multinacionales españolas, tanto de las Guías OCDE como de la Convención OCDE. Fruto de esos esfuerzos es, en parte, la actuación de las empresas españolas del IBEX 35 en esta materia.

¹⁴¹ Por ejemplo, en 2005, según este informe, no existía ni una sola diligencia previa de la fiscalía en relación con este delito, y en los 4 años anteriores sólo se conocen dos casos.

¹⁴² VILLORIA MENDIETA, M., INFORME GLOBAL 2007 SOBRE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA emitido por TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, pág. 5.

España es un país donde el blanqueo de capitales es sencillo y la posibilidad de implantar la convención OCDE es difícil. En concreto, de acuerdo con fuentes del Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC), las comunicaciones de operaciones sospechosas en España son de las más bajas entre los países desarrollados y la colaboración de ciertos profesionales en la denuncia es prácticamente nula.

En cuanto a los obstáculos legales a la persecución del soborno en el extranjero, es preciso decir que en la legislación española podría mejorarse la definición de soborno en el extranjero, aun cuando es la propia definición de soborno la que falta en nuestro Código Penal, que sigue usando el cohecho como categoría, con una definición decimonónica. Además, existen límites jurisdiccionales para la persecución de delitos en el extranjero cuando el autor no es nacional, que necesitarían cambios en los sistemas de responsabilización. En especial, se hizo preciso acabar de implantar en nuestro sistema la responsabilidad criminal de las empresas (hoy reguladas por el art. 31 del CP) tarea finalmente conseguida por la reforma del CP por LO 5/2010. Finalmente, existen problemas con las extradiciones cuando las sanciones son inferiores a un año en prisión.

La base fundamental, además de los estudios del CIS, para estudiar la percepción de estos años es el Barómetro Global de Corrupción de Transparency Internacional¹⁴³. El Barómetro Global de la Corrupción es una encuesta a población general que Transparency Internacional viene realizando desde 2003 en un buen número de países (44 en 2003, 64 en 2004, 69 en 2005 y 62 en 2006). El Barómetro pide opinión sobre qué sectores de la sociedad son los más corruptos y qué ámbitos de la vida son los más afectados por la corrupción. También este año pregunta sobre los sobornos pagados en los últimos doce meses, las cantidades pagadas y los sectores afectados, así como la percepción sobre la actuación de las Administraciones contra la corrupción.

La opinión que seguimos es la de que los ciudadanos consideran corrupción no solamente el soborno, sino también aquellos actos en los que los actores públicos incumplen compromisos éticos que la ciudadanía estima irrenunciables, por ejemplo, la voluntad de no aprovecharse del cargo para sí o para el partido, o la vocación de servir el interés general sin poner por delante intereses privados, conceptos difusos pero que se ven demasiado a menudo pisoteados por la actuación de los servidores públicos.

En conjunto, es preciso decir que España está viviendo un cierto retroceso en la línea de mejora que se había construido en relación a la percepción de corrupción existente en nuestras instituciones políticas y administrativas, es decir, se está incrementando la percepción de que existe corrupción y de que ésta afecta a amplias estructuras del gobierno y de los negocios. También empieza a existir un cierto clima de escándalo en relación a la corrupción en el nivel local de gobierno, en especial con la vinculada al ámbito urbanístico. La ciudadanía española no es, contra lo que podría esperarse, muy crítica con el actual gobierno en esta materia, de hecho, España es uno de los 3 países de Europa donde los ciudadanos dan una puntuación más alta al gobierno en sus actividades de lucha contra la corrupción. El gobierno ha reaccionado y ello ha tenido su impacto. En primer lugar, cumpliendo nuestros compromisos internacionales. Tras la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (En

¹⁴³ VILLORIA MENDIETA, M., INFORME GLOBAL 2007 SOBRE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA emitido por TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, pág. 9.

la Conferencia de Mérida, México, del 9 al 11 de diciembre de 2003, se firmó por cerca de 100 países. En estos momentos, más de tres años después, la han firmado 140 países, y ya la han ratificado más de 80 países. España firmó la Convención en 2005 y la ratificó en junio de 2006), existen unas definiciones internacionales de los tipos penales más importantes asociados a la corrupción (artículos 15 a 23). Así: el soborno de funcionarios públicos nacionales y el cohecho realizado por estos mismos, el soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, la malversación o peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el soborno en el sector privado, la malversación de bienes en el sector privado y el blanqueo del producto del delito.

El soborno se define por Naciones Unidas como la *“promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”*. Y el tráfico de influencias sería, de nuevo según Naciones Unidas, *“la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad de un Estado un beneficio indebido que redunde en provecho del instigador original del acto o de cualquier otra persona”*. Y también *“la solicitud o aceptación por un funcionario público o cualquier otra persona, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad de un Estado un beneficio indebido”*.

Finalmente, se establece que: *“Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales”*.

Todas estas definiciones obligan al gobierno y al Parlamento español a un cambio en la normativa penal dado que se ha ratificado la Convención¹⁴⁴. En 2009, seis meses después de la ratificación por el estado español de la convención, hubo que considerar estas normas como la clave con la que operar en un futuro próximo. Muy importante, es que estos delitos no es necesario que produzcan daño al Estado para que se aplique la norma penal correspondiente. Además, esta convención va a obligar al Estado español a formular políticas coordinadas en la materia, a dar participación a la sociedad civil en la lucha contra la corrupción, a establecer cauces para denunciar la corrupción y a consolidar mecanismos para proteger a los denunciantes, a establecer prácticas eficaces y a evaluar periódicamente el cumplimiento de la misma. Más aún, esta convención exige la creación de órgano u órganos que apliquen estas políticas,

¹⁴⁴ VILLORIA MENDIETA, M., INFORME GLOBAL 2007 SOBRE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA emitido por TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, pág. 15.

aumenten y difundan los conocimientos sobre prevención y tengan garantizados recursos e independencia suficientes para operar¹⁴⁵.

En relación a la Convención OCDE para combatir el soborno de funcionarios extranjeros, es preciso, de nuevo, tener voluntad política de aplicarla, para ello, habría de mejorarse la definición de soborno en el extranjero, aun cuando es la propia definición de soborno la que falta en nuestro Código Penal, que sigue usando el cohecho como categoría, con una definición decimonónica¹⁴⁶. Además, existen límites jurisdiccionales para la persecución de delitos en el extranjero cuando el autor no es nacional, lo que exigiría cambios en los sistemas de responsabilización. En especial, es preciso acabar de implantar en nuestro sistema la responsabilidad criminal de las empresas¹⁴⁷. Finalmente, existen problemas con las extradiciones cuando las sanciones son inferiores a un año en prisión.

Para concluir, unas breves reflexiones sobre nuestro gran reto del momento: la corrupción en el nivel local. El gobierno local es una parte insustituible de toda democracia mínimamente desarrollada.

Ahora bien, en España, en este nivel local de gobierno se ha producido una preocupante politización de los mecanismos de acceso y carrera que nos recuerdan a situaciones decimonónicas de “*spoils system*”. Si a ello añadimos que una visión estrecha de la autonomía local ha desmontado una buena parte del control estatal sobre estos gobiernos, y que en determinadas materias, como el urbanismo, la discrecionalidad con la que se opera es enorme, las consecuencias son funestas.

A efectos de las estrategias anticorrupción es necesario insistir en que los Habilitados Nacionales¹⁴⁸ no pueden ser dejados a su suerte en un entorno hostil, y que el control de los mecanismos de acceso y carrera en el empleo público local debe incorporarse de alguna manera a las competencias autonómicas y, si es posible estatales. Se debería reformar la normativa de incompatibilidades de concejales y alcaldes, de forma que se les apliquen, con ligeras matizaciones, las normas sobre conflicto de intereses e incompatibilidades que se aplican a los altos cargos del Estado. Por ejemplo, la prohibición de trabajar, en los dos años siguientes a su cese, para empresas con las que tuvieron relación durante el ejercicio de su cargo.

También debería mantener la AGE algún tipo de control sobre las declaraciones de intereses de los electos locales, a ser posible a través de una Oficina de Conflicto de Interés con un aceptable nivel de independencia. Incluso se podría establecer como delito, castigado con penas de prisión, la no entrega o el falseamiento de datos en la declaración de intereses. Y, en definitiva, mejorar los mecanismos de transparencia y rendición de cuentas en este nivel de gobierno que es parte del Estado y que, como tal parte, debe rendir cuentas nacionales y no sólo en el nivel local. Lógicamente, ello debe compensarse con una reforma de la financiación de los gobiernos locales que adecue sus ingresos a sus reales competencias.

¹⁴⁵ Del 10 al 14 de diciembre de 2006 se celebró la primera Conferencia sobre implementación e la Convención, y España debería empezar a cumplir con todos los compromisos.

¹⁴⁶ VILLORIA MENDIETA, M., INFORME GLOBAL 2007 SOBRE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA emitido por TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, pág. 15.

¹⁴⁸ Secretarios, Interventores, Depositarios.

Y con una modificación de la normativa de financiación de partidos, de forma que se prohíban las donaciones opacas, se refuerce la independencia del órgano fiscalizador de sus cuentas y se les requiera mayor transparencia en los ingresos y gastos que realizan a través de sus empresas y fundaciones.

Con posterioridad al anterior Informe, el mismo autor, VILLORIA MENDIETA, M., ha estudiado el caso español, y da información, sobre una parte de la corrupción, en concreto, aquella que se realiza en el sector público y que es perseguible criminalmente, comprobando, posteriormente, la percepción de la misma y alguno de sus efectos¹⁴⁹.

En su análisis parte de tres hipótesis que intenta contrastar con los datos existentes. Así:

La **primera** es que la corrupción percibida no se corresponde con los datos objetivos que se conocen de delitos contra la Administración; la **segunda** es que la corrupción pública en España no es corrupción administrativa, sino corrupción esencialmente política, que se ha desarrollado ante todo en el nivel local de gobierno y ha estado vinculada al boom de la construcción; **finalmente**, se propone como hipótesis explicativa —no la única por supuesto— de la distancia entre percepción y datos objetivos la combinación de los siguientes fenómenos: *en primer lugar que*, a partir de un reforzamiento de las unidades investigadoras, se han descubierto casos relevantes y se han intensificado las noticias sobre corrupción; *segundo*, que esas noticias confirman las hipótesis de desconfianza sobre los políticos ya previamente existentes y potencian la percepción de corrupción; *tercero*, que esa mayor percepción tiene efectos sobre la propia desafección institucional reforzándola; *cuarto*, que la continuación de las noticias potencia una mayor percepción aún, dada su coherencia con las actitudes previas, ahora reforzadas. Para tratar de demostrar estas hipótesis explota datos de la encuesta 2826, del CIS, de diciembre de 2009.

Entiende que estudiar la corrupción y, en base a ello, buscar métodos eficaces para combatirla, es esencial para la promoción del desarrollo económico, la calidad de la democracia y la justicia social. Añade que desde un punto de vista estructural, los efectos de la corrupción sobre el desarrollo económico, y más sobre un desarrollo económico sostenible, son demoledores. Entiende que el tema objeto de estudio es de gran relevancia y se justifica sobradamente su elección, sobre todo en este momento social y económico de España. Pues, de acuerdo a una reciente auditoría democrática, siguiendo la metodología del Human Rights Center de la Universidad de Essex (encuesta a expertos), la calidad de la democracia española está decayendo y la razón más importante para ello es la corrupción¹⁵⁰. Precisamente, y en consonancia con lo anterior, en ese estudio los expertos consideran la corrupción como el déficit mayor de nuestra democracia. Su estudio deja fuera la corrupción que no es sancionable desde el derecho pero que es contraria a la ética del servicio público y se centra solo en la corrupción perseguible penalmente, aquella que por su daño al bien común merece una respuesta sancionatoria de la máxima gravedad, que puede implicar incluso la pena de privación de libertad.

¹⁴⁹ VILLORIA MENDIETA, M. y FERNANDEZ JIMENÉZ “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”. Reis 138, abril-junio 2012, pp. 109-134.

¹⁵⁰ ESTEFANIA, J. (ed.) (2010): Informe sobre la democracia en España/2010, Madrid: Fundación Alternativas, (en línea). <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes>, acceso 27 de julio de 2011 cita en VILLORIA MENDIETA, M. Vid., Op. cit., pág. 124.

En cada uno de estos niveles de gobierno existen unas áreas de riesgo que son las que, normalmente, aportan la inmensa mayoría de los casos de corrupción. El nivel central de gobierno tiene un área de riesgo que los otros niveles no tienen en la misma dimensión: es la captura de las grandes decisiones económicas del Estado, sobre todo el ámbito regulatorio. Aun cuando es preciso matizar que, considerando el nivel de descentralización existente en nuestro país, las Comunidades Autónomas pueden ser también objeto apetecible de captura en decisiones relevantes. Junto a ello, el área de riesgo fundamental son los grandes contratos de infraestructuras y las subvenciones. Luego, hay un enorme conjunto de áreas donde el fraude y la corruptela pueden proliferar, pero no con las cuantías de las áreas anteriores, como es el de las autorizaciones, permisos y licencias. En las Comunidades Autónomas, junto a lo anterior -captura, licencias, contratos y subvenciones- existe un área que es de enorme riesgo en un país que hizo de la construcción su motor económico: la regulación urbanística. Finalmente, en el nivel local, las áreas de riesgo se centran sobre todo en la contratación, en la concesión de licencias y en la gestión urbanística¹⁵¹.

Este autor en su estudio se centra en el problema de la medición de la corrupción. Aprecia que examinando el Barómetro Global de la Corrupción, Transparency 2009, 2010 aparece el área urbanística como el espacio privilegiado para la corrupción en España. Así concluye señalando que De los casos de corrupción importantes, en términos cuantitativos y cualitativos, analizados en los últimos seis años, lo que se observa es que la intervención funcionarial es muy minoritaria. Puede haber intervenido algún secretario municipal, arquitecto municipal o algún asesor jurídico, pero no suelen ser funcionarios de carrera. Añade que las causas abiertas por delitos contra la Administración Pública que pueden relacionarse claramente con corrupción y las que llegaron o llegarán a juicio oral no superan las 400 en estos seis años, esto nos daría unas 50 o 60 condenas anuales en el más pesimista de los casos.

En total, interpretando los datos de la Fiscalía¹⁵², como máximo estaríamos hablando de unos 800 políticos imputados en estos momentos por delitos en el ejercicio de su cargo, de los cuales, usando estimaciones basadas en los datos de la propia Fiscalía, acabarán en autos de procesamiento y con la calificación correspondiente en el juicio oral no más del 60-70 por ciento, siendo bastante generosos; es decir, acabarán acusados en torno a 500. Y de esos 500 una parte importante lo son por prevaricaciones y delitos urbanísticos.

En conclusión¹⁵³, los datos objetivos nos dicen que la corrupción pública es mayoritariamente corrupción política, pues las ratios de criminalidad, aunque sean aproximativas, son casi de 100 a 1 entre políticos y empleados públicos. Y los datos de opinión también acusan a la clase política en una proporción mucho mayor que a la funcionarial de la corrupción existente en España. La propia lógica del sistema administrativo, en el que la jerarquía es un principio esencial de funcionamiento, hace que las competencias para tomar decisiones importantes queden reservadas a los

¹⁵¹ VILLORIA MENDIETA, M. Vid., Op. cit., pág. 115.

¹⁵² Nota del autor: El Fiscal General del Estado, Cándido Conde-Pumpido, hablando de la corrupción política, reveló en comparecencia en el Congreso, en noviembre de 2009, que las causas que se estaban investigando en la Fiscalía en ese momento eran 730, datos obtenidos a partir de un muestreo de los asuntos relevantes que afectaban a cargos públicos electos o de designación política por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Fiscalía del Estado (2010): Memoria, Madrid: Ministerio de Justicia.

¹⁵³ VILLORIA MENDIETA, M. Vid., Op. cit., pág. 121.

políticos electos o nombrados, por ello, es normal que los casos más relevantes objetiva y mediáticamente sean de corrupción política, no administrativa. Finalmente, es innegable que durante cerca de veinte años España ha vivido una burbuja inmobiliaria que ha tenido efectos muy negativos no solo sobre nuestro modelo de crecimiento, sino también sobre la forma de hacer política en nuestros ayuntamientos y Comunidades Autónomas.

Por ello, trata de demostrar que la corrupción se ha dado sobre todo en el ámbito urbanístico y en las administraciones subnacionales, especialmente en la Administración local.

Finalmente, la hipótesis sobre el destacado papel del urbanismo en la corrupción descubierta en los últimos seis años se puede intentar demostrar de dos formas. Para empezar, desde los datos objetivos existentes. Con todas sus limitaciones, si realizamos un análisis de los casos de corrupción política investigados en los últimos años, la presencia de municipios con casos de corrupción urbanística es bastante importante¹⁵⁴.

Por otra parte, prácticamente en casi todos los casos más relevantes de corrupción de los últimos años existe una vinculación con la corrupción vinculada al urbanismo. Todo ello tiene una correlación con la percepción existente de corrupción, además de con las encuestas de victimización. Es en el ámbito del urbanismo y los permisos de construcción donde los encuestados denuncian mayores demandas de soborno. Y es en esos ámbitos donde existe una mayor percepción de que existe corrupción.

VILLORIA MENDIETA, M. intenta explicar la situación afirmando que La corrupción es la expresión más grave de la falta de ética pública y, por ello, afecta profundamente a la percepción del rendimiento general de los políticos. Es obvio que, para que la corrupción afecte a la percepción del rendimiento, debe, previamente, ser percibida por la ciudadanía. La ciudadanía no puede percibir la corrupción política si no es a través de los medios de comunicación. Sí puede percibir la corrupción administrativa, por afectarles más directamente, pero en España esta corrupción es baja. La corrupción política, sin embargo, es opaca, sofisticada, sin víctimas aparentes y sus efectos no se ven directamente a corto plazo, por lo que la ciudadanía puede vivir ajena a la realidad de la misma por un tiempo.

Esto es evidente en un ámbito tan complejo como el del urbanismo.

En España se ha construido una base de datos¹⁵⁵ con información sobre la corrupción municipal entre 1996 y 2009, incluye 590 municipios y tiene 5.144 casos de corrupción denunciada o reportada por la prensa nacional, regional y local. En su estudio demuestran que son las noticias nacionales las que tienen realmente un impacto mayor sobre la percepción y, con ello, el voto en las elecciones locales. El CIS, a través del grupo de trabajo «Agenda y Voto», ha elaborado un estudio sobre la presencia de la corrupción en las cabeceras de los periódicos más importantes de España. Las noticias vinculadas a corrupción ocupan un lugar muy destacado en las cabeceras de los

¹⁵⁴ VILLORIA MENDIETA, M. Vid., Op. cit., pág. 124.

¹⁵⁵ Por parte de Costas-Pérez, Elena, Albert Solé-Ollé y Pilar Sorribas- Navarro (2011): Corruption Scandals, Press Reporting, and Accountability. Evidence from Spanish Mayors, Documents de Treball de l'IEB 2011/9, cita en VILLORIA MENDIETA, M. Vid., Op. cit., pág. 111.

periódicos más importantes de España en estos dos últimos años. Lógicamente, también ocupan espacio en noticias de las televisiones y radios de forma bastante semejante, eso sí, con los inevitables sesgos ideológicos.

Crisis económica, más disputas partidistas, más corrupción ocupan casi el 50 por ciento de las noticias de los periódicos, lo cual explicaría, en gran medida, esa percepción crecientemente pesimista sobre la honestidad y eficacia de los políticos y sobre la expansión de la corrupción. Lo cierto, en consecuencia, es que la ciudadanía española ha tenido información más que suficiente sobre la corrupción política en estos últimos años.

Parece claro que la corrupción mayoritariamente conocida en España en estos últimos años está relacionada con el urbanismo. En este ámbito se han dado todas las condiciones para que estallaran una multitud de casos, sobre todo en la costa y en las cercanías de las grandes ciudades. Por una parte, existía un monopolio de decisiones muy relevantes (especialmente las relacionadas con la firma de convenios urbanísticos) en manos de los alcaldes, por otra, nos encontrábamos con un área donde la discrecionalidad era elevada, a ello se sumaba la debilidad de los controles¹⁵⁶ y, finalmente, la existencia de una burbuja especulativa que generaba beneficios extraordinarios a promotores y constructores.

Finalmente, VILLORIA MENDIETA, M., afirma que cuando los políticos y las instituciones democráticas funcionan bien, normalmente producen buenos resultados; unas políticas públicas eficaces proporcionan un mayor nivel y calidad de vida, lo cual, a su vez, incentiva la confianza intersubjetiva y en las instituciones públicas, con lo que la cultura cívica tiende a reforzarse¹⁵⁷. Ello nos lleva a afirmar que, sensu contrario, si la percepción del rendimiento de los gobernantes es negativa —bien por su incompetencia para afrontar la crisis económica, bien por su falta de ética, bien por ambos— ello tendría que tener efectos negativos sobre la confianza institucional y en los políticos.

En consonancia con lo anterior, esto es, con el ánimo de dar confianza a los españoles sobre el buen funcionamiento de las instituciones, se ha aprobado el Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012.¹⁵⁸

¹⁵⁶ KLITGAARD, R. : *Controlling Corruption*, Berkeley: University of California Press, 1998, cita en VILLORIA MENDIETA, M. Vid., Op. cit., pág. 129.

¹⁵⁷ MONTERO, J.R., SONJA ZMERLI y KENNETH NEWTON: «Confianza social, confianza política y satisfacción con la democracia», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 122, 2008: 11-54, cita en VILLORIA MENDIETA, M. Vid., Op. cit., pág. 126.

¹⁵⁸ Exposición de Motivos “I. *La transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones podremos hablar de una sociedad crítica, exigente y participativa.*”

Los países con mayores niveles en materia de transparencia y normas de buen gobierno cuentan con instituciones más fuertes, que favorecen el crecimiento económico y el desarrollo social. En estos países, los ciudadanos pueden juzgar mejor y con más criterio la capacidad de sus líderes y decidir en consecuencia. Permitiendo una mejor fiscalización de la actividad pública se contribuye a la necesaria regeneración democrática, se promueve la eficiencia y eficacia del Estado y se favorece el crecimiento económico.

La presente Ley tiene un triple alcance: incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública -que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas-, reconoce y garantiza el acceso a la información -regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo- y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento -lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública-.

En estas tres vertientes, la Ley supone un importante avance en la materia y establece unos estándares homologables al del resto de democracias consolidadas. En definitiva, constituye un paso fundamental y necesario que se verá acompañado en el futuro con el impulso y adhesión por parte del Estado tanto a iniciativas multilaterales en este ámbito como con la firma de los instrumentos internacionales ya existentes en esta materia.

II.- En el Ordenamiento Jurídico español ya existen normas sectoriales que contienen obligaciones concretas de publicidad activa para determinados sujetos. Así, por ejemplo, en materia de contratos, subvenciones, presupuestos o actividades de altos cargos nuestro país cuenta con un destacado nivel de transparencia. Sin embargo, esta regulación resulta insuficiente en la actualidad y no satisface las exigencias sociales y políticas del momento. Por ello, con esta Ley se avanza y se profundiza en la configuración de obligaciones de publicidad activa que, se entiende, han de vincular a un amplio número de sujetos entre los que se encuentran todas las Administraciones Públicas, los órganos del Poder Legislativo y Judicial en lo que se refiere a sus actividades sujetas a Derecho administrativo así como otros órganos constitucionales y estatutarios.

La Ley amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en distintos ámbitos. En materia de información institucional, organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación de su grado de cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte directamente al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionarán una mayor seguridad jurídica. Igualmente, en el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria y estadística, se establece un amplio catálogo que debe ser accesible y entendible para los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos. Por último, se establece la obligación de publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de una solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se coherentes con los intereses de la ciudadanía.

Para canalizar la publicación de tan ingente cantidad de información y facilitar el cumplimiento de estas obligaciones de publicidad activa y, desde la perspectiva de que no se puede, por un lado, hablar de transparencia y, por otro, no poner los medios adecuados para facilitar el acceso a la información divulgada, la Ley contempla la creación y desarrollo de un Portal de la Transparencia. Las nuevas tecnologías nos permiten hoy día desarrollar herramientas de extraordinaria utilidad para el cumplimiento de las disposiciones de la Ley cuyo uso permita que, a través de un único punto de acceso, el ciudadano pueda obtener toda la información disponible.

La Ley también regula el derecho de acceso a la información pública que, no obstante, ya ha sido desarrollado en otras disposiciones de nuestro Ordenamiento. En efecto, partiendo de la previsión contenida en el artículo 105 b) de nuestro texto constitucional, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común desarrolla en su artículo 37 el derecho de los ciudadanos a acceder a los registros y documentos que se encuentren en los archivos administrativos. Pero esta regulación adolece de una serie de deficiencias que han sido puestas de manifiesto de forma reiterada al no ser claro el objeto del derecho de acceso, al estar limitado a documentos contenidos en procedimientos administrativos ya terminados y al resultar su ejercicio extraordinariamente limitado en su articulación práctica.

Igualmente, pero con un alcance sectorial y derivado de sendas Directivas comunitarias, otras normas contemplan el acceso a la información pública. Es el caso de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la

b) Medidas contra la Corrupción en el ámbito urbanístico:

En cuanto a las medidas contra la Corrupción Urbanística en la Ley de Suelo se tiene la limitación del alcance de los Convenios Urbanísticos que se han utilizados con frecuencia para favorecer intereses privados muchas veces alejado de los principios legales del Derecho Público y del interés general de los ciudadanos. Estos convenios han permitido que los titulares de terrenos puedan llevar a cabo en favor de los Ayuntamientos mayores cesiones de suelo de las legalmente establecidas. En efecto, el artículo 16.3 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo establece dentro de los Deberes de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística que:

“3. Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno Derecho”.

El legislador ha dejado establecida la nulidad de pleno derecho de las cláusulas de los Convenios Urbanísticos que se celebren con la Administración y creen obligaciones impuestas, de esta manera se impide la incitación de suscribir estos convenios con el promotor que está dispuesto a pagar más de lo legalmente establecido y la consecuencia en el encarecimiento final del suelo.

La Disposición Adicional Novena de la Ley de Suelo 8/2007 (derogada por el TRLS de 2008) presentó medidas dirigidas claramente al Gobierno Local a través de la modificación de la Ley que regulaba su régimen, la Ley de Bases de Régimen Local y de esta manera evitar que algunas decisiones recayesen en una autoridad unipersonal y

justicia en materia de medio ambiente y de la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, que regula el uso privado de documentos en poder de Administraciones y organismos del sector público. Además, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a la vez que reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración por medios electrónicos, se sitúa en un camino en el que se avanza con esta Ley: la implantación de una cultura de transparencia que impone la modernización de la Administración, la reducción de cargas burocráticas y el empleo de los medios electrónicos para la facilitar la participación, la transparencia y el acceso a la información.

La Ley, por lo tanto, no parte de la nada ni colma un vacío absoluto, sino que ahonda en lo ya conseguido, supliendo sus carencias, subsanando sus deficiencias y creando un marco jurídico acorde con los tiempos y los intereses ciudadanos.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, tanto la Unión Europea como la mayoría de sus Estados miembros cuentan ya en sus ordenamientos jurídicos con una legislación específica que regula la transparencia y el derecho de acceso a la información pública. España no podía permanecer por más tiempo al margen y, tomando como ejemplo los modelos que nos proporcionan los países de nuestro entorno, adopta esta nueva regulación.

En lo que respecta a buen gobierno, la Ley supone un avance de extraordinaria importancia. Principios meramente programáticos y sin fuerza jurídica se incorporan a una norma con rango de ley y pasan a informar la interpretación y aplicación de un régimen sancionador al que se encuentran sujetos todos los responsables públicos entendidos en sentido amplio que, con independencia del Gobierno del que formen parte o de la Administración en la que presten sus servicios y, precisamente por las funciones que realizan, deben ser un modelo de ejemplaridad en su conducta”.

que aumente la transparencia en el ejercicio de la función pública local. Estas medidas son, según GARCIA GRAELLS, A.¹⁵⁹:

1. Trasladar al Pleno de la Corporación Municipal la competencia y responsabilidad, en todo caso, para la aprobación de determinados instrumentos o actos, como por ejemplo:

- Los Convenios Urbanísticos que tengan por objeto la alteración de cualesquiera instrumentos de ordenación previstos en la Legislación Urbanística;
- Las Enajenaciones de Bienes Patrimoniales Municipales cuando su valor supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto;
- Las Permutas de Bienes Patrimoniales, en todo caso.

2. La obligación de impulsar la Información Telemática de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística además de tener a disposición del ciudadano copias completas de los mismos, como medida de difusión y participación que pueda dar una mayor transparencia;

3. Imponer medidas de vigilancia sobre los propios dirigentes Locales antes de la toma de posesión de sus cargos entre las que se encuentran:

- Realizar una declaración de las causas de posible incompatibilidad que les pudiere afectar para el ejercicio de un cargo público o sobre cualquiera actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos;

- Formular una declaración de bienes patrimoniales y de su participación o no en sociedades de todo tipo que serán publicadas con carácter anual y en todo caso a la finalización del mandato;

- La aplicación a los representantes locales que hubieren tenido responsabilidades ejecutivas las limitaciones al ejercicio de actividades privadas durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato que establece la Ley 5/2006 de 10 de abril de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (Ley de Conflictos);

- La inclusión de los cargos locales en el concepto de Personal Directivo a los efectos de las responsabilidades y limitaciones por el ejercicio de las actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley de Conflictos, es decir, la prestación de servicios en empresas o entidades directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado, cuando:

- a. Los altos cargos, sus superiores a propuesta de ellos o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, hubieran dictado resoluciones en relación con dichas empresas o sociedades;

- b. Hubieran intervenido en sesiones de órganos colegiados en las que se haya adoptado algún acuerdo o resolución en relación con dichas entidades.

¹⁵⁹ GARCIA GRAELLS, A., “Medidas contra la corrupción urbanística en España a través de la nueva Ley del Suelo”. Noticias de Actualidad Jurídica nº 11/2007.

Dentro de las modificaciones de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local se tiene el artículo 22.2 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, donde se cambiaron las competencias plenas de la siguiente forma:

“Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto, las siguientes atribuciones: c) La aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, así como los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos”. (Artículo 22.2.c de la Ley 8/2007, de 28 de mayo¹⁶⁰)

La nueva redacción introduce la aprobación plenaria de los convenios que hasta la fecha de entrada en vigencia de esta Ley era realizada por el Alcalde, quien tenía la competencia para firmar los convenios urbanísticos, lo que supone un cambio en materia de régimen local donde la competencia para decidir no es unipersonal.

“El efecto fundamental de esta modificación será seguramente dificultar la firma de los convenios urbanísticos de planeamiento, en cuanto que el propio convenio ya debe ser objeto de discusión plenaria. No debe olvidarse, sin embargo, que el contenido de los convenios debía posteriormente incorporarse a los planes correspondientes, y éstos debían ser aprobados por el Pleno. Es decir, la modificación implica un doble conocimiento plenario del contenido del convenio propuesto.” (CALVO, J. y otros¹⁶¹)

La ventaja de la modificación es la publicidad de los convenios firmados, de igual forma las leyes urbanísticas autonómicas han ido agregando el deber de abrir o crear trámites de información pública para la aprobación de los convenios, así como exigiendo para la validez de éstos su inscripción en registros públicos tal como lo establece el artículo 70:

“1. Las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos. 2. Las Administraciones públicas con competencias en la materia, publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración. En los municipios menores de 5.000 habitantes, esta publicación podrá realizarse a través de los entes supramunicipales que tengan atribuida la función de asistencia y cooperación técnica con ellos, que deberán prestarles dicha cooperación. 3. Cuando una alteración de la ordenación urbanística, que no se efectúe en el marco de un ejercicio pleno de la potestad de ordenación, incremente la edificabilidad o la densidad o modifique los usos del suelo, deberá hacerse constar en el expediente la identidad de todos los propietarios o titulares de otros derechos reales sobre las fincas afectadas durante los cinco años anteriores a su

¹⁶⁰ En el mismo sentido se recoge en la DA Novena del TRLS 2/2008.

¹⁶¹ CALVO, J. y otros, Comentarios a la Ley de Suelo estatal. Ed. Lex Nova, Valladolid 2007, pág. 51.

iniciación, según conste en el registro o instrumento utilizado a efectos de notificaciones a los interesados de conformidad con la legislación en la materia.” (Artículo 70 ter. Ley 8/2007, de 28 de mayo¹⁶²)

La citada norma tiene como novedad el establecimiento de la obligación que tiene la Administración Pública con competencia en ordenación territorial y urbanística de publicar a través de medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. Esta norma pretende mejorar la transparencia de los procesos de reclasificación del suelo al identificar a los beneficiarios.

Los representantes locales, así como los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local, formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos.

Formularán asimismo declaración de sus bienes patrimoniales y de la participación en sociedades de todo tipo, con información de las sociedades por ellas participadas y de las liquidaciones de los impuestos sobre la Renta, Patrimonio y, en su caso, Sociedades.

Tales declaraciones, efectuadas en los modelos aprobados por los plenos respectivos, se llevarán a cabo antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho.

Las declaraciones anuales de bienes y actividades serán publicadas con carácter anual, y en todo caso en el momento de la finalización del mandato, en los términos que fije el Estatuto municipal. (Artículo 75.7 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo)¹⁶³¹⁶⁴

¹⁶² En el mismo sentido se recoge en la DA Novena del TRLS 2/2008.

¹⁶³ En el mismo sentido se recoge en la DA Novena del TRLS de 2008.

¹⁶⁴ Continúa el precepto (según TRLS de 2008): "*Tales declaraciones se inscribirán en los siguientes Registros de intereses, que tendrán carácter público:*

- a. *La declaración sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos, se inscribirá, en el Registro de Actividades constituido en cada Entidad local.*
- b. *La declaración sobre bienes y derechos patrimoniales se inscribirá en el Registro de Bienes Patrimoniales de cada Entidad local, en los términos que establezca su respectivo estatuto.*

Los representantes locales y miembros no electos de la Junta de Gobierno Local respecto a los que, en virtud de su cargo, resulte amenazada su seguridad personal o la de sus bienes o negocios, la de sus familiares, socios, empleados o personas con quienes tuvieran relación económica o profesional podrán realizar la declaración de sus bienes y derechos patrimoniales ante el Secretario o la Secretaria de la Diputación Provincial o, en su caso, ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente. Tales declaraciones se inscribirán en el Registro Especial de Bienes Patrimoniales, creado a estos efectos en aquellas instituciones.

En este supuesto, aportarán al Secretario o Secretaria de su respectiva entidad mera certificación simple y sucinta, acreditativa de haber cumplimentado sus declaraciones, y que éstas están inscritas en el Registro Especial de Intereses a que se refiere el párrafo anterior, que sea expedida por el funcionario encargado del mismo.”

La norma citada fue otra de las novedades que tuvo como propósito regular de manera más directa o especial el régimen de incompatibilidades y de conflictos de intereses para los electos y órganos directos locales, debido a que se obliga a realizar una declaración patrimonial que tendrá carácter público.

Por tanto, la Ley 8/2007, de 28 de mayo tuvo, entre otros, el propósito de combatir la especulación y corrupción urbanística mediante un incremento de la transparencia, de la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones urbanísticas y de los controles de legalidad sobre el urbanismo.

Asimismo:

“4. Inclusión de un nuevo apartado 8 en el artículo 75.

8. Durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato, a los representantes locales a que se refiere el apartado primero de este artículo que hayan ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas en que se organice el gobierno local, les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

A estos efectos, los Ayuntamientos podrán contemplar una compensación económica durante ese periodo para aquéllos que, como consecuencia del régimen de incompatibilidades, no puedan desempeñar su actividad profesional, ni perciban retribuciones económicas por otras actividades.

5. Inclusión de una nueva disposición adicional decimoquinta. Régimen de incompatibilidades y declaraciones de actividades y bienes de los Directivos locales y otro personal al servicio de las Entidades locales.

1. Los titulares de los órganos directivos quedan sometidos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y en otras normas estatales o autonómicas que resulten de aplicación.

No obstante, les serán de aplicación las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 8 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, en los términos en que establece el artículo 75.8 de esta Ley.

A estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales.

2. El régimen previsto en el artículo 75.7 de esta Ley será de aplicación al personal directivo local y a los funcionarios de las Corporaciones Locales con habilitación de carácter estatal que, conforme a lo previsto en el artículo 5.2 de la disposición adicional segunda de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, desempeñen en las Entidades locales puestos que hayan sido provistos mediante libre designación en atención al carácter directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuman.”

c) Auditorias Urbanísticas

Con base en los principios de **legalidad, eficiencia, economía y eficacia**, identificativos de una buena gestión, nace la figura de las Auditorias Urbanísticas, con el ánimo de dotar de mayor transparencia a la gestión pública municipal¹⁶⁵. Los Tribunales de Cuentas Autonómicos abogan por un mayor protagonismo de esta figura. Encontramos una regulación expresa de la misma, en el ámbito catalán, en el art. 14 del Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo de Cataluña.

Dicho precepto indica:

“14.1 Las administraciones con competencias en el ámbito del urbanismo pueden acordar la realización de auditorías urbanísticas. La auditoría urbanística tiene por objetivo fundamental la mejora de la capacidad de gestión urbanística de las administraciones mencionadas y comporta el análisis detallado de los métodos utilizados habitualmente por el ente auditado y de sus medios personales y materiales, teniendo en cuenta la estrategia urbanística en materia de gestión definida, en su caso, en el programa de actuación urbanística municipal o comarcal, o bien en el plan de ordenación urbanística municipal.

La auditoría urbanística constata el grado de cumplimiento del planeamiento general vigente, así como la existencia de déficits y puede proponer las medidas correctoras correspondientes o recomendaciones de todo tipo relacionadas con los sistemas de ejecución y sus modalidades diversas, con los medios personales y materiales del ente auditado y también con las prioridades y otros aspectos de la mencionada estrategia de gestión urbanística.

14.2 El informe de auditoría oficialmente emitido por la persona auditora debe ser puesto en conocimiento general mediante el anuncio oportuno en el boletín que corresponda y en uno de los periódicos de mayor difusión en el ámbito territorial de que se trate, con indicación de las dependencias, el horario en que puede ser consultado y, en su caso, los datos de consulta por medios telemáticos.”

d) Medidas contra la corrupción a nivel del Derecho Penal

La corrupción administrativa es el delito genérico cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y se clasifica jurídicamente en cohecho, fraudes y exacciones ilegales, tráfico de influencias, malversación, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función, delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y prevaricación.

¹⁶⁵ Conclusiones del III Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público, celebrado en Pamplona los días 1 y 2 de octubre de 2008.

El delito de prevaricación, define la misma como un acto ilícito de funcionarios públicos al faltar, a sabiendas, a las obligaciones y deberes a su cargo. El Código Penal establece en el artículo 404:

“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 por tiempo de siete a diez años.”

El delito de prevaricación protege el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Por tanto, se protege el interés general, el sometimiento pleno a la ley y al derecho, la objetividad en el desempeño de su cargo.

A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. (Artículo 405 del Código Penal)

El delito de prevaricación es especial propio que depende de la cualidad y facultad del funcionario o autoridad. La acción del delito es dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. El artículo 406 del Código Penal establece que: *“La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles”*. Los artículos 103 y 106 de la Constitución Española sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho y al principio de legalidad.

“1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley. 3. La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.” (Artículo 103 de la Constitución Española)

El bien jurídico protegido por esta norma es el justo y normal funcionamiento de la Administración Pública, impidiendo cualquier desdoro que pueda menoscabar la confianza que los ciudadanos han de tener en ella, con sujeción a los valores que la Constitución establece. Es por esto, que los funcionarios o autoridades tienen la obligación de servir con efectividad y tener presente los intereses generales, antes que los particulares.

“1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. 2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser

indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.” (Artículo 106 de la Constitución Española)

El Código Penal garantiza el debido respeto en el ámbito de la función pública a través de las penas o sanciones que establece a los que cometan este delito. Además, garantiza el principio de la legalidad como fundamento básico de un Estado democrático.

CAPITULO III

INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS vs. INFRACCIONES PENALES

A. Infracciones Administrativas en materia urbanística: protección administrativa de la legalidad urbanística.

1. Introducción: los controles previos, las sanciones y otras medidas sin carácter sancionador.

Nuestro Ordenamiento jurídico, ha previsto reacciones de carácter penal, civil y administrativo, frente a las actuaciones contrarias a la ordenación territorial y urbanística. A las cuestiones de Derecho administrativo, tradicionalmente, se han referido los iuspublicistas con la denominación de disciplina urbanística, que ha sido definida como el conjunto de “*técnicas diseñadas por la legislación urbanística para hacer frente al doble reto de la protección de la legalidad urbanística y de la represión de las conductas que infrinjan esa legalidad y alteren, en consecuencia, el orden urbanístico*” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.¹⁶⁶).

Incluye la disciplina urbanística, así las cosas, por un lado, técnicas de control administrativo del cumplimiento de la legalidad (como las licencias urbanísticas). Por

¹⁶⁶ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., Manual de Derecho Urbanístico, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2001, 16ª edición, cita de UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, pág. 5.

otro, los instrumentos con que deben reaccionar las Administraciones en caso de que descubran actuaciones contrarias a la ordenación territorial y urbanística (REBOLLO PUIG Y ALARCÓN SOTOMAYOR¹⁶⁷). El ejercicio de la potestad sancionadora es, qué duda cabe, una parte muy importante dentro de este segundo bloque. Cabe, sin embargo, la adopción de medidas no sancionadoras, es decir, son posibles otros tipos de actuaciones administrativas, tales como: iniciación de procedimientos de suspensión y anulación de los actos administrativos en los que pudiera ampararse la actuación ilegal; imposición de sanciones a los responsables, previa la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civiles o penales; actuaciones dirigidas a la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal. Todas estas actuaciones son, lógicamente, compatibles entre sí.

El análisis detallado de todas las cuestiones que pueden plantear, v. gr., las licencias, la inspección urbanística, las órdenes de demolición o reconstrucción, la suspensión de las obras o, sobre todo, el régimen sancionador, se analizan más adelante. Ahora conviene hacer una mínima alusión a la legislación que resulta aplicable¹⁶⁸.

2. La legislación estatal y autonómica sobre protección de la legalidad urbanística:

a) La normativa sobre la actividad administrativa de garantía de la legalidad urbanística:

La mayoría de competencias normativas referidas a la protección de la legalidad urbanística corresponden a las Comunidades Autónomas y, en su caso, a las Entidades locales (piénsese, por ejemplo, en las Ordenanzas o Reglamentos locales). El Estado, no obstante, tiene títulos competenciales que le permiten aprobar algunas normas sobre este particular. Es por ello que, al margen de los principios básicos del procedimiento administrativo sancionador, consagrados en los artículos 127 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y hasta el 27 de junio de 2008 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (BOE. núm. 154, de 26 de junio de 2008)), en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, y pese a la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, todavía podían encontrarse artículos vigentes referidos a las licencias (artículo 242), al deber de conservación de las edificaciones (artículo 245), a los medios de restauración del orden urbanístico en zonas verdes, suelo no urbanizable protegido o espacios libres (artículo 255), o a las parcelaciones (artículos 258 y 259).

El Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprobó el Reglamento de Disciplina

¹⁶⁷ REBOLLO PUIG Y ALARCÓN SOTOMAYOR, Voz Disciplina urbanística, Bases de conocimiento Iustel, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 5.

¹⁶⁸ UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 6.

Urbanística, además, de acuerdo con la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, constituyen la normativa supletoria. Aunque hoy a nadie se le escapa que las Comunidades Autónomas, al menos sobre el papel con respecto a la legislación básica del Estado, han ejercido sus competencias normativas en la materia. El ejercicio autonómico de sus competencias, y esto debe subrayarse, no ha supuesto que hayan “*innovado profundamente el régimen general previo de la disciplina urbanística. Sin perjuicio de las peculiaridades que, respecto al mismo, introducen en algunos casos, se mantienen en una línea de conservación de las instituciones y las técnicas preexistentes*” (PAREJO ALFONSO, L.)¹⁶⁹.

Las normas sobre disciplina urbanística pueden encontrarse, dicho sea sin ánimo exhaustivo, en leyes autonómicas como la Ley andaluza 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística; el Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo en Asturias; la Ley de Extremadura 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Ordenación Territorial; la Ley de Madrid 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid o, en fin, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana.

Toda esta legislación autonómica en materia de disciplina urbanística, dicho esta vez en los términos de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.¹⁷⁰, “*responde a la matriz de la reforma estatal de 1975, que pasó al Texto Refundido de 1976*”. No obstante, si hubiese que destacar algunas de las novedades o peculiaridades más relevantes de la misma, siguiendo también en este punto a PAREJO ALFONSO, L.¹⁷¹, podría citarse:

1º).- El fortalecimiento de la competencia de los órganos urbanísticos autonómicos en detrimento de las competencias de los órganos municipales¹⁷².

2º).- El aumento de la cuantía de las multas¹⁷³.

¹⁶⁹ PAREJO ALFONSO, L., “*La autonomía local en la Constitución*”, en Tratado de Derecho Municipal I, segunda edición, Dirigido por Santiago Muñoz Machado, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 6.

¹⁷⁰ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., Manual de Derecho Urbanístico, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2001, 16ª edición, cita de UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 7.

¹⁷¹ PAREJO ALFONSO, L., *La disciplina urbanística*, Iustel, Madrid, 2006, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 7.

¹⁷² En ocasiones este fortalecimiento de las competencias autonómicas se acompaña de la creación de entes especializados, como, por ejemplo, la Agencia gallega de protección de la legalidad urbanística, creada por la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, cuya estructura orgánica se ha regulado mediante el Decreto 51/2008, de 6 de marzo.

¹⁷³ Basta pensar en que la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, recoge sanciones de hasta el 30% del valor en venta de determinados inmuebles (artículo 251), prevé como sanción la inhabilitación para asumir la condición de urbanizador (artículo 236), y establece que las infracciones muy graves serán sancionadas de 30.001 a 1.500.000 euros (artículo 235).

3º).- La última de las novedades de las leyes autonómicas es la detallada regulación de la inspección urbanística.

b) Las competencias ejecutivas autonómicas y municipales relacionadas con la legalidad urbanística:

En las Comunidades Autónomas, las competencias ejecutivas en la materia, la imposición de sanciones y el ejercicio del resto de potestades vinculadas a la protección de la legalidad urbanística, se comparten entre la Administración autonómica y las Entidades locales (básicamente, por supuesto, las Administraciones municipales)¹⁷⁴. Las competencias municipales en la materia están reconocidas expresamente. El artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece que los Municipios ejercerán, “*en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas*” en “*ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística*”.

• **Cooperación y coordinación administrativa en la protección de la legalidad urbanística:**

En la ordenación del territorio, el urbanismo y la vivienda existen intereses municipales pero también supramunicipales (autonómicos o, incluso, estatales, y como hemos visto, actualmente europeos). A nadie se le oculta, como dijo BAÑO LEÓN, J.M.¹⁷⁵, que “*los problemas más graves de articulación entre las competencias estatales o autonómicas y los locales se producen en el ámbito de la ordenación del territorio y del urbanismo. Aquí chocan necesariamente las competencias supramunicipales del Estado o la Comunidad Autónoma con la competencia municipal urbanística, de un lado, y de otro, esa misma competencia municipal concurre con las competencias sectoriales (Defensa, Obras Públicas, Ferrocarriles, etc.)*”. Sobre muchas de estas cuestiones, es bien sabido, existen importantes Sentencias del Tribunal Constitucional (por ejemplo la STC 77/1984, de 3 de julio, sobre la concurrencia entre la competencia autonómica en urbanismo y la competencia estatal sobre puertos, o la STC 56/1986, de 13 de mayo, en relación con el antiguo artículo 180 TRLS de 1976 y la posibilidad de que el Estado realice actuaciones en contra de las previsiones del planeamiento urbanístico o, por supuesto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997).

La aparición de intereses supramunicipales en la ordenación del territorio y del urbanismo, el hecho de que existan varias Administraciones con competencias en la materia, explica la importancia que tienen los instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación interadministrativa. Hay que tener en cuenta que “*mientras la cooperación es el campo del acuerdo en pie de igualdad, de la voluntariedad, el Tribunal Constitucional señala que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que*

¹⁷⁴ UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 10.

¹⁷⁵ BAÑO LEÓN, J.M., “*La ordenación de las normas reguladoras del régimen local*” en Tratado de derecho Municipal, I, segunda edición, seguido por Santiago Muñoz Machado, Thomson –Civitas, Madrid, 2003, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 12.

coordina respecto al coordinado, de modo que hay presente en la coordinación una cierta imposición, un carácter forzoso” (RIVERO YSERN, J.L.)¹⁷⁶.

Mucho se ha escrito en nuestro país, lógicamente, sobre estas cuestiones. No es este el lugar para reproducir todo el debate. Baste con apuntar que RIVERO YSERN, J.L.¹⁷⁷ ya recordó que *“en el régimen preconstitucional las relaciones entre el Estado central y las Entidades locales presentaban un marcado carácter unidireccional, pues básicamente consistían en una actividad de dirección y tutela de la Administración del Estado sobre las Administraciones locales, sujetas a la incuestionable supremacía de aquélla”*. Con el reconocimiento de la autonomía local en la Constitución de 1978 (artículos 137 y siguientes) una de las principales discusiones que se plantearon fue, precisamente, el de la subsistencia de dichas tutelas.

Algunos de los hitos relevantes en dicha discusión sobre la autonomía local y las tutelas del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre las Entidades locales fueron las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2 de febrero y 29 de abril de 1981, que según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.¹⁷⁸ permitían sostener la derogación de estas intervenciones; y de nuevo las Sentencias del Tribunal Constitucional de 11 y 22 de diciembre de 1988 que, siempre en los términos del citado autor, interpretan rígidamente el *“modelo de autonomía municipal cristalizado en la nueva Ley de Régimen Local con el que estiman incompatibles las potestades gubernativas de suspensión de acuerdos locales sin otra excepción”* que la del artículo 67 LRRL. Otras Sentencias del Tribunal Constitucional que han entrado en este debate y han analizado preceptos sobre los que tendremos ocasión de volver más adelante son, por ejemplo, la 27/1987, la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, (sobre la impugnación y suspensión de acuerdos locales), o las Sentencias 85/1993 y 86/1993, ambas de 8 de marzo, (sobre sistemas de información recíproca). Más recientes son las Sentencias del Tribunal Constitucional 109/1998, de 21 de mayo, (sobre los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal), y 48/2004, de 25 de marzo, (sobre la ley catalana que detraía forzosamente un porcentaje de los ingresos corrientes de las Diputaciones provinciales en favor de la Generalidad).

El caso es que, resulta conveniente recordar que el Capítulo II del Título V de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se dedica a las relaciones interadministrativas (artículos 55 a 62), y en el Capítulo III, dentro del mismo Título V, se encuentran las disposiciones sobre impugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones (artículos 63 a 68). El control previsto en dichos preceptos de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local es tanto autonómico como estatal, pese

¹⁷⁶ RIVERO YSERN, J.L., Manual de Derecho local, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 12.

¹⁷⁷ RIVERO YSERN, J.L., Manual de Derecho local, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 12.

¹⁷⁸ FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., Manual de Derecho Urbanístico, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2001, 16ª edición, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 13.

a que como sostuvo BAÑO LEÓN, J.M.¹⁷⁹ la LRBRL hubiera podido dejar las relaciones directas con los Entes locales exclusivamente en manos de las Comunidades Autónomas.

La disciplina urbanística es un buen ejemplo, además, como dijo SOSA WAGNER, F.¹⁸⁰, de que procede la “puesta en marcha de los mecanismos de coordinación cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas” (artículo 10.2 LRBRL y STS de 11 de junio de 2000).

Como manifestaciones de la cooperación y coordinación interadministrativa encontramos:

i.- El deber de comunicación de los acuerdos adoptados.

En un Estado como el nuestro, fuertemente descentralizado, la transmisión de información entre Administraciones resulta fundamental. Este intercambio de información entre Administraciones públicas, que como hizo notar LLOPIS REYNA, E.¹⁸¹ en algún caso puede plantear problemas con el derecho de defensa, ha sido declarado constitucional, entre otras, en las Sentencias del Alto Tribunal 85/1993 y 86/1993, de 8 de marzo, sobre policías locales.

Antes de entrar en el contenido del artículo 56 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, debe subrayarse que los sistemas de información recíproca son más necesarios, si cabe, cuando se trata de materias como la ordenación del territorio y el urbanismo, donde intervienen varias Administraciones públicas. Tal vez por ello la disposición adicional primera del TRLS de 2008, bajo la rúbrica de sistema de información urbana, establece que “Con el fin de promover la transparencia, la Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas, definirá y promoverá la aplicación de aquellos criterios y principios básicos que posibiliten, desde la coordinación y complementación con las administraciones competentes en la materia, la formación y actualización permanente de un sistema público general e integrado de información sobre suelo y urbanismo, procurando, asimismo, la compatibilidad y coordinación con el resto de sistemas de información y, en particular, con el Catastro Inmobiliario”.

Sea como fuere, el citado artículo 56 de la Ley 7/1985 dice que las Entidades locales “tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, en los plazos y forma que reglamentariamente se determinen,

¹⁷⁹ BAÑO LEÓN, J.M., “La ordenación de las normas reguladoras del régimen local” en Tratado de derecho Municipal, I, segunda edición, seguido por Santiago Muñoz Machado, Thomson –Civitas, Madrid, 2003, cita de UREÑA SALCEDO, J.A. . “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 13.

¹⁸⁰ SOSA WAGNER, F., Manual de Derecho local, Aranzadi, Elcano, 2001, cita de UREÑA SALCEDO, J.A., “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 13.

¹⁸¹ LLOPIS REYNA, E., “Intercambio de información entre Administraciones Públicas y derecho de defensa”, Revista española de Derecho administrativo, nº 83, 1994, cita de UREÑA SALCEDO, J.A., “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 13.

copia o, en su caso, extracto comprensivo de los actos y acuerdos de las mismas. Los Presidentes y, de forma inmediata, los Secretarios de las Corporaciones serán responsables del cumplimiento de este deber”.

Sobre este deber de comunicación de los acuerdos adoptados cabe añadir que el plazo de remisión es de 6 días (de acuerdo con el artículo 196.3 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), que la Administración autonómica o estatal pueden solicitar ampliación de la información recibida (artículo 64 LRRL), que la Disposición adicional octava, letra f), de la Ley 7/1985, tras la redacción dada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, establece que *“el secretario general del Pleno y el titular del órgano de apoyo al secretario de la Junta de Gobierno Local, dentro de sus respectivos ámbitos de actuación, deberán remitir a la Administración del Estado y a la de la comunidad autónoma copia o, en su caso, extracto, de los actos y acuerdos de los órganos decisorios del ayuntamiento”*, y, por supuesto, que en algunas Comunidades Autónomas existe normativa propia en desarrollo de la LRRL (baste con citar el Decreto 41/2008, de 12 de febrero, por el que se regula la remisión de actos y acuerdos de las Entidades locales a la Administración de la Junta de Andalucía, que establece, por ejemplo, en sus artículos 2 y 4, la obligación de remitir dichos actos y acuerdos por medios electrónicos, utilizando el Registro telemático único de la Administración de la Junta de Andalucía)¹⁸².

¹⁸² Referido a la Comunidad Valenciana, encontramos directamente relacionada con la remisión de información urbanística, la regulación del artículo 257.3 de la Ley 16/2005, que dispone expresamente que *“la inspección autonómica podrá solicitar de las Administraciones municipales cuantos datos y antecedentes fueran necesarios para el ejercicio de sus competencias”*. Dejamos simplemente transcrito dicho precepto y nos centraremos en la Disposición adicional tercera de la Ley Urbanística Valenciana, que lleva la rúbrica de deber de información interadministrativa en relación con actos y acuerdos urbanísticos.

La citada Disposición adicional tercera de la Ley 16/2005 dice que *“en cumplimiento del artículo 56 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, la notificación preceptiva de actos y acuerdos municipales a la administración autonómica, cuando se refiera a actos en materia de urbanismo, se cursará a los órganos urbanísticos de la Generalitat. Si dicha notificación versa sobre otorgamiento de licencia de obra, expresará con claridad la localización y contenido del acto autorizado en términos que permitan relacionarlo con su régimen urbanístico. Reglamentariamente se establecerá un modelo de ficha urbanística, susceptible de fácil tratamiento estadístico, a cumplimentar por el solicitante de la licencia, que el Municipio adjuntará al notificar”*. El apartado 5 de esta disposición adicional tercera añade que *“reglamentariamente, se establecerá el contenido y formato de la información que, a los efectos de estadística, los Municipios deberán remitir a la conselleria competente en ordenación del territorio y vivienda en relación con las materias reguladas en la presente ley”*.

No resulta complicado explicar la importancia que tiene la remisión de esta información a la Comunidad Autónoma. Es esencial para que la Administración autonómica pueda impugnar los acuerdos, los actos, que considere contrarios al Ordenamiento jurídico o que menoscaben o invadan sus competencias.

La importancia de los apartados 2 y 3 de la disposición adicional tercera es evidente si se relaciona con el artículo 196 de la Ley 16/2005. Este último precepto reconoce en su primer apartado que las licencias se entenderán concedidas por silencio administrativo si vence el plazo máximo sin haber notificado resolución expresa, pero afirma con rotundidad que *“en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo, facultades en contra de las leyes, de los planes, proyectos, programas u ordenanzas o, en general, en términos contrarios, opuestos o disconformes con las previsiones de la ordenación urbanística”*. En el supuesto de ausencia de respuesta municipal, es claro, los interesados pueden acudir a la Generalitat Valenciana, que en el plazo de un mes debe emitir certificado de haber sido notificada del propósito de iniciar las obras o actuaciones y de no haber advertido en ellas contravención grave y manifiesta de la ordenación urbanística, ni haber recibido reclamación municipal por tal motivo.

ii.- La impugnación autonómica de licencias ilegales

La remisión a la Administración autonómica de las copias o extractos de todos los actos y acuerdos urbanísticos, está directamente relacionada, por ejemplo, con su impugnación.

En breve exégesis podría afirmarse que resulta cuando menos curioso la remisión de la legislación autonómica¹⁸³ remitiéndose expresamente a los artículos 66 y 67 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. De entrada no se entiende el olvido del artículo 65 de la Ley 7/1985 (que permite que el Estado y la Comunidad Autónoma opten entre requerir a una Entidad local para que, en el plazo de un mes, anule los acuerdos que infrinjan el ordenamiento jurídico, o impugnarlos directamente ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo sin necesidad de formular dicho requerimiento). Este artículo 65 LRRL a juicio de SOSA WAGNER, F.¹⁸⁴, recoge una impugnación general que sigue en cuanto a la suspensión del acto impugnado el régimen general del artículo 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, según confirma el propio 215.6 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (sin perder de vista el art. 216). PAREJO ALFONSO, L.¹⁸⁵, tras un minucioso estudio jurisprudencial, nos recordó que *“la legitimación procesal con arreglo al artículo 65 de la LRRL tiene, así, una mayor extensión que la precisa de acuerdo con el artículo 66 LRRL, identificándose con el interés público de mantenimiento de la legalidad”*.

El artículo 67 de la Ley 7/1985, por su parte, regula un supuesto extraordinario, donde la suspensión es administrativa. Se trata aquí de actos o acuerdos que atenten gravemente los intereses generales de España. El Delegado del Gobierno, previo requerimiento de anulación al Presidente de la Corporación efectuado dentro de los diez días siguientes al de la recepción de aquéllos, podrá suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes para la protección de dicho interés.

Tras la expedición de este certificado parece, aunque la redacción no es todo lo clara que hubiese sido deseable, que la Generalitat debe abstenerse de realizar actuaciones de control de la legalidad urbanística. Esta solución, si es la que ha pretendido fijarse, claro está, no se comparte, pues es posible que los interesados incumplan dicha legalidad a posteriori, en cuyo caso también la Generalitat podría ejercer sus competencias, que son, por definición, irrenunciables (artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

La remisión de los actos y acuerdos de contenido urbanístico a la Generalitat, a la que se refiere la disposición adicional tercera de la Ley 16/2005, facilita su posible impugnación ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

¹⁸³ Por ejemplo, el artículo 231 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana.

¹⁸⁴ SOSA WAGNER, F., Manual de Derecho local, Aranzadi, Elcano, 2001, cita de UREÑA SALCEDO, J.A., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 17.

¹⁸⁵ PAREJO ALFONSO, L., estudio jurisprudencial publicado en el Tratado de Derecho Municipal dirigido por el Profesor Muñoz Machado. Cita de UREÑA SALCEDO, J.A., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 17.

iii.- La sustitución o subrogación autonómica

Una cosa es la impugnación de actos y acuerdos, incluso su suspensión, y otra, bien distinta, “*la posibilidad de subrogación de las autoridades autonómicas en caso de falta de reacción municipal*”, que estaba recogida en el artículo 252 TRLS de 1992, y hoy recoge el art. 61.1 LBRL¹⁸⁶, y en la que “*insisten con carácter general las leyes autonómicas*” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.)¹⁸⁷.

Conviene recordar que el artículo 60 de la Ley 7/1985 establece que “*cuando una entidad local incumpliera las obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, y cuya cobertura económica estuviere legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial, deberá recordarle su cumplimiento concediendo al efecto el plazo que fuere necesario. Si, transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la entidad local*”¹⁸⁸.

Simplemente se ha de recordar, como hizo ALONSO MAS, M.J.,¹⁸⁹ que “*la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2001, de 5 de julio, declara inconstitucional el art. 15 del decreto legislativo catalán 1/1990, en cuanto que ampliaba el presupuesto de hecho de la subrogación a los casos en que el ayuntamiento actuara con notoria negligencia. La Sentencia afirma que la Ley 7/1985 se erige en este punto en canon de constitucionalidad de la normativa autonómica, al establecer un mínimo nivel de autonomía local en todo el territorio nacional*”. Es más, tampoco debe olvidarse que la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1999, de 11 de febrero, “*ha interpretado el art. 60 de la Ley 7/1985 en relación precisamente con este elemento de su presupuesto de hecho. Se trataba de la impugnación del art. 6 de la ley asturiana 3/1987. Este precepto establecía que, en caso de obras sin licencia o amparadas en una licencia nula de pleno derecho, el alcalde debería ordenar su paralización y ejecutar esa orden; de no hacerlo, la Comunidad Autónoma podría requerirle y, de no atender el requerimiento en el plazo de un mes, quedarían sin efecto las competencias del Alcalde, que pasarían a ser ejercidas por el órgano autonómico competente*.”

La Comunidad alegaba el art. 60 de la Ley 7/1985 como soporte del precepto. Para el TC, el art. 60 proporciona apoyo suficiente cuando se trata de subrogación en los casos de obras sin licencia, pero no en el caso de una licencia supuestamente nula de pleno derecho, ya que con ello se introduce un elemento de valoración jurídica ajeno al precepto que comentamos, y que supone un control o juicio de legalidad sobre un

¹⁸⁶ Véase BOE 8 de abril de 2006, en el que se publica el RD 412/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella.

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2001, 16ª edición, cita de UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 17.

¹⁸⁸ Puede verse el artículo 17 de la misma Ley sobre la ejecución sustitutoria por el Instituto Nacional de Estadística.

¹⁸⁹ ALONSO MAS, M.J., en *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Domingo Zaballos (coord.) Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, cita de UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 19.

acuerdo local de ninguna manera previsto en la Ley 7/1985 y que desvirtúa el modelo de control previsto en sus arts. 65 y 66”.

3. Régimen jurídico de protección de la legalidad urbanística:

Ya se ha señalado que, bajo el amplio título de la disciplina urbanística podemos enmarcar tipos muy diferentes de medidas: las medidas de control previo, las de restauración de la legalidad urbanística y las propiamente sancionadoras. Bajo la rúbrica general de protección de la legalidad urbanística se engloban las distintas medidas legalmente previstas, dirigidas a conseguir la restitución del orden jurídico-urbanístico conculcado (PAREJO ALFONSO, L.¹⁹⁰). Dentro de estas medidas de control debemos englobar, por tanto, cuantas potestades sean ejercitables por la Administración competente en esta materia, con el objeto primordial de impedir cualquier forma de trasgresión de la legalidad urbanística, y en caso de que llegasen a producirse, reparar los daños producidos mediante el restablecimiento del orden jurídico infringido. No es posible, pues, confundir las medidas de restauración del orden infringido, con las medidas punitivas de la conducta infractora del ordenamiento urbanístico, y a cuya distinta calificación conceptual respondían, respectivamente, los artículos 184 y 185 por un lado, y por otro, los artículos 225 y 231, todos ellos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, (STS de 22 de febrero de 1.984)¹⁹¹.

Efectivamente, en los casos en que la edificación o uso del suelo se efectuara sin el previo control que constituye la licencia o sin ajustarse a las condiciones señaladas en la misma, el ordenamiento jurídico reacciona simultáneamente de dos formas, una inmediata, de restablecimiento del orden jurídico perturbado por este ilícito administrativo mediante la legalización de las obras con la correspondiente licencia si procede, o mediante la demolición si no procede, con arreglo a las normas urbanísticas aplicables; y otra que no aparece con este carácter de inmediatez, de sancionar ese ilícito administrativo. Supone, por tanto, la adopción de cuantas soluciones sean necesarias para restaurar o reponer el orden jurídico infringido y la realidad física alterada por la actuación ilegal, lo que debe traducirse en la inmediata suspensión de aquellas actuaciones, en curso de ejecución, que sean contrarias a Derecho, y en la eliminación de lo ilegalmente llevado a cabo. Medidas que serán adoptadas sin perjuicio de la imposición de sanciones que resultaren del expediente administrativo correspondiente, cuando dicha actuación hubiera sido calificada previamente como infracción.

El ejercicio de estas potestades constituye una obligación legal de las Administraciones Públicas; en los casos de actuaciones que contradicen el planeamiento urbanístico, la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal, (SSTS de 14 de julio de 2000 y de 28 de marzo de 2006). **Incluso los casos de anulación de una licencia por sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado que implican el necesario restablecimiento de la legalidad urbanística, aunque en la sentencia no se hubiese acordado expresamente tal medida (STS de 13 de junio de 2006).**

¹⁹⁰ PAREJO ALFONSO, L., *“La disciplina urbanística”*, Iustel, Madrid, 2006, p. 31

¹⁹¹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*, Op., cit., pág. 20.

DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M.¹⁹², entiende que caben diversas clasificaciones al respecto; así las cosas, desde un punto de vista objetivo, podemos atender a lo afectado por el ilícito urbanístico, (zonas verdes, espacios libres, etc.), a si éste ya se ha consumado, (obras finalizadas o en curso de ejecución), si se han ejecutado con título habilitante para ello, (licencia u orden de ejecución), y de acuerdo con lo que éstas prescriben. Desde una perspectiva subjetiva, podemos diferenciar los ilícitos que cometan los administrados, de aquellos que pueden cometer las Administraciones públicas, (otorgamiento de licencias ilegales). Vamos a adoptar aquí el estudio de los diferentes supuestos que pueden plantearse desde la óptica subjetiva, y distinguiremos a tal efecto, aunque de manera somera, las medidas previstas frente a las infracciones cometidas por los particulares, tanto en curso de ejecución como las ya ejecutadas, sin autorización administrativa o ejecutadas contraviniendo lo establecido en la misma, de las obras en curso de ejecución o ejecutadas en zonas verdes y espacios libres, de los ilícitos cometidos por la propia Administración, derivados de la concesión de licencias ilegales, en los que nos centraremos. Y todo ello no sólo desde la perspectiva de la protección de la legalidad urbanística, sino también de la reintegración del orden urbanístico infringido. En cuanto a estas últimas, puede decirse que no existe tipicidad legal de las medidas de restitución de la realidad física alterada, jugando los tipos legalmente fijados como límites máximos de la potestad administrativa¹⁹³.

Vaya por delante el hecho de que todas las CCAA (con las salvedades de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Mellila) han adoptado legislación propia en cuanto a la materia que ahora nos ocupa, en aras de su competencia exclusiva, por lo que las alusiones a la legislación estatal que se hacen son, en todo caso, sin perjuicio de la legislación autonómica existente al efecto. Más concretamente, el artículo 25.2, d) de la Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), incluye la disciplina urbanística en el círculo de intereses propios de las entidades locales. Por ello, siendo que la legislación general estatal en la materia sigue siendo de aplicación supletoria en el ámbito de las CCAA que cuentan con legislación propia, debe considerarse aquélla Derecho común en la materia que nos ocupa.

Por otro lado, debemos hacer expresa referencia a que el texto de la Ley de Suelo, Ley 8/07, de 28 de mayo, que abandona la concepción tradicional en nuestro ordenamiento de clasificación del suelo en suelo no urbanizable, urbanizable y urbano, para establecer, de forma novedosa, dos situaciones básicas del suelo: rural y urbanizado. Circunstancia esta que recoge el TRLS de 2008, de 20 de junio, vigente en la actualidad.

a) Medidas frente a las infracciones cometidas por los particulares¹⁹⁴

¹⁹² DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 21.

¹⁹³ PAREJO ALFONSO, *La disciplina...* op. cit. p. 63

¹⁹⁴ 1- Obras en curso de ejecución sin haber solicitado autorización administrativa.

Son aquellos actos de edificación o de uso de suelo que se estén llevando a cabo sin licencia u orden de ejecución municipales, según establecían los artículos 184 del Real Decreto 1346/76, de 9 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Ordenación Urbana (en adelante TRLS de

1976) y el artículo 29 del Real Decreto 2187/78, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre régimen de Suelo y Ordenación Urbana (en adelante RDU). En primer lugar, debemos puntualizar que no todas las obras necesitan esta autorización municipal. Así, la propia doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha declarado exentas de licencia a las grandes obras de ordenación del territorio, estén o no previstas en algún Plan, tales como autopistas, áreas de servicios, pistas de aterrizaje, conducción de agua para abastecimiento a una región, etc., entre otras, en Sentencias de 24 de abril de 1992, de 5 de marzo de 1997, de 29 de mayo de 1997 y de 28 de septiembre de 2000.

Es necesario, en primer lugar, que se verifique que efectivamente se carece de la pertinente licencia u orden de ejecución; se trata de una fase previa de instrucción o investigación que, normalmente, estará constituida por los oportunos informes municipales, (STS de 19 de febrero de 1992). Verificada, pues, la inexistencia de la necesaria autorización para dicho uso del suelo, procede la adopción de cuantas medidas cautelares sean pertinentes para evitar que, de ejecutarse el acto o aplicarse la disposición, el recurso pudiera perder su finalidad legítima, (STS de 22 de mayo de 2007). Es por ello que, en los temas urbanísticos de obras ilegales, la paralización de las obras es una medida imperativa, tendente a congelar las obras en el estado en que se encuentren, para impedir un avance que, en su caso, haría más gravosa la demolición posterior, (SSTS de 21 de abril de 1992 y de 29 de julio de 1996). En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. La medida cautelar por antonomasia y primera medida de reacción administrativa es la suspensión inmediata de las obras, que puede darse sola o acompañada de otras medidas concretas; así, la Sentencia de 25 de octubre de 1993 del Tribunal Supremo hace referencia a la retirada de maquinaria, precintado de las obras o del lugar de acceso a las mismas o el acopio y preservación de todos los materiales y restos provenientes de la demolición, pero también cabe la comunicación a las empresas suministradoras de agua, luz, teléfono, etc. a fin de que procedan a la suspensión de los correspondientes suministros, e incluso la anotación marginal en el Registro de la Propiedad. Más adelante veremos las medidas cautelares, en relación al desarrollo del procedimiento sancionador. Como veremos, el Registro de la Propiedad se presenta como instrumento al servicio de la disciplina urbanística, lo que viene siendo una constante en nuestro ordenamiento urbanístico. Ya desde la Ley del Suelo de 1956 ha sido una aspiración permanente realizar una adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción administrativa urbanística, ya que, aunque ambos se desenvuelven en esferas distintas al no ser esta última materia propiamente registral, sí que puede provocar alteraciones en las titularidades inmobiliarias, por lo que es necesaria una cierta coordinación. No hay que olvidar que ya el Real Decreto Legislativo 1/92, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (en adelante TRLS de 1992) intentó paliar la descoordinación entre el orden administrativo y el civil, supeditando el acceso a los mismos a la adecuación de las obras al orden urbanístico, al vincular la eventual declaración de obra nueva o su posterior acceso al Registro de la Propiedad, a la existencia de licencia urbanística. De este modo, aunque la Administración no ejercitase las medidas de disciplina urbanística, el infractor siempre se toparía con un obstáculo permanente para acceder al tráfico jurídico.

Planteamiento este que, grosso modo, fue posteriormente modificado por el Real Decreto 1093/97, de 4 de julio, que regula las normas complementarias del Reglamento Hipotecario, vinculando la prohibición de acceder al Registro de la Propiedad al plazo de prescripción de las infracciones.

La competencia para la suspensión viene reconocida, en primer lugar, al Alcalde del municipio, según disponía el artículo 184.1 TRLS de 1976, y alternativamente al órgano competente de la CCAA, que ha sustituido al órgano de la Administración periférica de la Administración General del Estado que se preveía originariamente, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, en sentencias tales como la nº 4/81, 27/87, 214/89 y 11/99, de 11 de febrero, y según se desprende de su específico desarrollo por la LBRL. Ya la STS de 29 de junio de 1998 señalaba que *"la competencia para acordar la medida de suspensión de la obra, conforme la dicción literal, clara y rotunda del artículo 184.1 LS, corresponde directa e indistintamente al Alcalde o al Gobernador Civil -ahora el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma- el cual únicamente tiene la obligación de comunicar su acuerdo al Ayuntamiento en el plazo de tres días, tal como precisa el inciso final de este párrafo primero del citado artículo 184. Ahora bien, este precepto preconstitucional, ha de ser interpretado en relación con el principio de autonomía municipal, recogido en el artículo 140 CE y en el artículo 1 de la LBRL de 2 abril 1985, en base a los cuales ha de reconocerse inicialmente la competencia para ordenar la suspensión de la obra en dichos supuestos, al Alcalde del respectivo Ayuntamiento, y sólo en el supuesto*

de que se incumpliera tal obligación edilicia, puede subrogarse la Administración de la Comunidad Autónoma correspondiente, previo requerimiento del órgano autonómico al Alcalde, respecto a la observancia de lo dispuesto en el tan repetido artículo 184.1, sin que para ello sea necesario un acto formal interadministrativo subrogatorio, tal como se desprende del propio artículo 184 en sus apartados 1.º y 4.º, y de los artículos 55 y 60 de la LBRL, (...)". Esta regla, dirigida claramente a la coordinación del ejercicio de competencias concurrentes, revela ciertamente, sin embargo, la prevalencia de la competencia del Alcalde, de suerte que la del órgano autonómico, aunque pudiera considerarse válidamente ejercitable en cualquier momento, si antes aquél ha ejercitado la suya, prima la del mismo, única que llega así a adquirir validez y eficacia frente al autor de los actos, mientras que la del órgano autonómico tan sólo las adquiere en el caso de no haber actuado antes el Alcalde, quien conocido debe ya de abstenerse de ejercitar la suya propia, (SSTS de 8 de julio de 1996 y de 2 de noviembre de 2005). Este criterio interpretativo jurisprudencial ha sido confirmado y precisado por la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 11/99, de 11 de febrero, al establecer que "(...) *la competencia autonómica es sólo de sustitución del Municipio por inactividad material de éste – con arreglo al artículo 60 LBRL- que es viable, sin infringir la autonomía municipal, porque tratándose de actos materiales de construcción o uso del suelo no cubiertos por acto administrativo municipal, dicha sustitución no implica componente jurídico alguno que envuelva valoración alguna desde tal perspectiva de la acción municipal y sí únicamente la mera comprobación de un hecho o dato objetivo incontestable: la inactividad municipal. En otras palabras, la sustitución de que se trata no comporta juicio o control de legalidad alguno de la conducta municipal –que sería inconstitucional-, sino exclusivamente un acto de comprobación de una circunstancia fáctica. Sobre la base de este acto de comprobación, la medida suspensiva autonómica se produce ya en ejercicio de una competencia propia de la Comunidad Autónoma*".

Una vez adoptadas las medidas cautelares de suspensión de las obras, pasamos a la fase de verificación de la legalidad de las obras, y con ello, del requerimiento al particular para que proceda a su legalización, mediante el otorgamiento de la oportuna licencia u orden de ejecución, y tras ella, se inicia una nueva etapa, de restitución de la realidad física alterada a su situación anterior. La competencia para acordar estas medidas de reposición de la realidad física a su estado original corresponde, en principio a la vista del artículo 184 TRLS de 1976, al Pleno del Ayuntamiento; transcurrido un mes sin que se hayan adoptado estas medidas, la competencia para adoptar estas medidas es indistinta del Alcalde y del órgano autonómico competente por razón de la materia.

Puede ocurrir que solicitada la autorización administrativa, ésta sea concedida y las obras efectivamente efectuadas se ajusten a la misma, con lo que aquí finalizaría el proceso concreto de control de la legalidad urbanística, sin perjuicio de la imposición de la sanción que pudiere corresponder por dicha actuación. Pero también puede suceder que no se proceda a la legalización en el plazo oportuno – dos meses-, de las obras que se están ejecutando; esta pasividad del administrado trae como consecuencia la demolición de la obra en el plazo de un mes, (art. 29 RDU), tanto si las obras eran legalizables como si no, (SSTS de 28 de abril y 6 de julio de 2000), extremo éste que viene establecido de forma rotunda y categórica por el artículo 184.2º y 3º del TRLS de 1976 (texto en vigor para La ordenación urbanística en "las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla". (STC 61/1997). Efectivamente, la demolición de lo construido, al amparo de una licencia u orden de ejecución declaradas ilegales, es una consecuencia natural de la nulidad de las mismas como medida precisa y adecuada para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, como reconoce la STS de 3 de junio de 2003. Del mismo modo, la jurisprudencia admite que cuando la actuación sea evidentemente ilegalizable, la Administración puede prescindir de ese requerimiento y proceder sin más conforme a lo establecido para las actuaciones ilegalizables, (SSTS de 30 de junio y 21 de octubre de 1999).

Puede ocurrir que solicitada su legalización, ésta no sea posible al ser las obras totalmente incompatibles con el planeamiento. En los casos de obras manifiestamente ilegalizables, se admite que la Administración puede prescindir de ese requerimiento y proceder como si se tratase de una actuación ilegalizable, (SSTS de 30 de junio y 21 de octubre de 1999). La STS de 18 de febrero de 1982 declaró que al haber sido expresamente denegada la licencia de edificación, la ilegalidad de las obras resultaba manifiesta. En el resto de casos, dependiendo de la entidad de la infracción, la jurisprudencia ha optado por permitir la legalización de determinadas obras, que quedan en situación de fuera de ordenación; en este sentido, las SSTS de 10 de marzo, 29 de junio y 6 de julio de 1998 establecen que entrará en juego el principio de la proporcionalidad del artículo 131 LRJPAC, mediante la justa correspondencia entre medios y fines, lo que traducido a excesos constructivos exigiría que éstos fuesen de la suficiente poquedad para evitar que el acomodamiento de una correcta normalidad urbanística exigiese la sola

medida extrema de la demolición de lo construido cuando ello no pugnase notablemente con la misma, (STS de 17 de octubre de 1995), habida cuenta de que en la construcción, por la complejidad de su técnica, es fácil que, incluso de buena fe, se cometan errores que no deben perjudicar al conjunto de una obra que globalmente esté dirigida al bien común y suponga una creación de riqueza mediante el esfuerzo del hombre, (STS de 25 de octubre de 1989). Sin embargo, se trata de supuestos muy puntuales, puesto que el principio de proporcionalidad, en materia de demolición, sólo juega para adecuar los efectos de la nulidad a la índole de la infracción, proscribiendo las consecuencias dañosas no estrictamente necesarias, atendida la intensidad de la infracción y los intereses en juego, (STS de 6 de febrero de 2007).

La doctrina jurisprudencial sigue declarando que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física alterada o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad, (STS de 2 de octubre de 2002), siendo la demolición de lo construido, al amparo de una licencia declarada ilegal, una consecuencia natural de la nulidad de dicha licencia como medida precisa y adecuada para la restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, (STS de 3 de junio de 2003).

Si se procediere a la legalización una vez haya finalizado el plazo establecido para ello, el Ayuntamiento denegará la autorización antes de proceder a la legalización, (STS 16 de diciembre de 1993).

Cuando las obras para las que no se haya solicitado autorización sean de demolición, la medida tendente a acomodar a la realidad dicha ordenación será la de reconstrucción de lo indebidamente demolido, (art. 30 RDU). Y la jurisprudencia entiende que los bienes del Patrimonio Histórico merecen una especial protección, riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación de los españoles a la cultura universal, según indica el Preámbulo de la Ley 16/85, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español, (STS de 23 de febrero de 2004). La reconstrucción de los mismos se someterá a lo prevenido en la legislación específica que los regule. Por otro lado, la jurisprudencia del Alto Tribunal es clara en cuanto al hecho de que la aprobación de un nuevo planeamiento urbanístico no es por sí sola razón para tener por legalizada una obra ejecutada en contra del ordenamiento vigente al tiempo de su construcción, ni el incidente previsto en el apartado 2 del artículo 105 LJCA tiene por objeto declarar legalizada la obra en cuestión sino controlar si resulta ajustada a derecho la imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia que la Administración obligada a ello considera que concurre. En este sentido, STS de 26 de septiembre, 4 de octubre y 10 de noviembre de 2006, y 6 de febrero de 2007.

De este modo, parece que la Ley reduce a dos las actuaciones tendentes a restaurar la realidad física perjudicada por la conducta infractora, como son la demolición de las obras indebidamente construidas y el impedimento definitivo de los usos ilegales. Aunque debemos entender que, al igual que la demolición, conforma igualmente este tipo de actuaciones las de reconstrucción de lo indebidamente demolido.

La orden que se dicte deberá ser comunicada al Registro de la Propiedad a fin de su constancia mediante nota marginal.

2.- Obras en curso de ejecución, que contravengan la autorización administrativa

En este caso concreto, existe una licencia o una orden de ejecución que legitima las obras, pero se ha hecho caso omiso a sus dictados, lo que en cualquier caso, supone la existencia de unas obras ilegales. Tal y como afirma TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, la concesión de una licencia de obras, (de edificación en este caso) no constituye una patente de corso cuya posesión legitima 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[□].

Regulado en los artículos 184 TRLS de 1976 y 29 RDU, el procedimiento previsto en estos casos es similar al del supuesto anterior, de obras ejecutadas sin licencia, (185 TRLS de 1976) ya que, tras la paralización inmediata de las mismas por las razones aducidas en el epígrafe anterior, procederá de igual modo el requerimiento de legalización, en este caso no para solicitar licencia –que ya ha sido solicitada y

concedida- sino a fin de ajustar las obras que se están llevando a cabo con las efectivamente autorizadas por la licencia municipal, cumpliendo escrupulosamente las dimensiones, características y emplazamiento de las obras autorizadas, (STS de 31 de enero de 1997). La finalidad de este requerimiento pasa por evitar la consolidación fáctica de la supuesta ilegalidad mientras se deduce la legalidad de las obras, (STS de 29 de julio de 1996).

Caben, pues, dos opciones; que el interesado proceda a la legalización de las obras, en cuyo caso la resolución será favorable cuando se verifique por las autoridades competentes que las obras se ajusten a los términos de la licencia otorgada. Pero también cabe la posibilidad de que las obras no sean legalizables, por resultar contrarias al planeamiento. En los casos de actuaciones que contradigan el planeamiento urbanístico, la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos. La vinculación positiva de la Administración pública a la Ley, (art. 103.1 CE) obliga a ésta a respetar la Ley; es decir, a ordenar la demolición, (STS de 14 de julio de 2000).

3.- Obras ya finalizadas, con o sin autorización.

Dentro del supuesto de las obras ya terminadas, debemos distinguir de igual modo entre las finalizadas al amparo de una autorización administrativa, de aquellas otras que no la hubieren solicitado. De entrada, el plazo para que la Administración pueda actuar contra las obras finalizadas es de cuatro años desde la total terminación de las obras, en virtud del artículo 185.1º TRLS de 1976, modificado por Real Decreto- Ley 16/81, de 16 de octubre, de adaptación de Planes Generales de Ordenación Urbana, vigente tras la STC 61/97, de 20 de marzo. Este plazo de prescripción es aplicable tanto a las obras finalizadas sin autorización como aquellas que no se han ajustado a los dictados de la misma, salvo que se trate, como veremos más adelante, de obras ejecutadas sobre zonas verdes o espacios libres, en cuyo caso no hay plazo. Al respecto, la jurisprudencia ha entendido que se trata de un plazo cualificado, (STS de 3 de mayo de 1995), correspondiendo la carga de la prueba al administrado que invoca la prescripción, (STS de 27 de mayo de 1998).

Tradicionalmente, bajo la vigencia del TRLS de 1976, la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía afirmando que, transcurrido el plazo de 1 año -recogido inicialmente por este artículo-, la obra devenía legalizada; así se recoge entre otras, en las Sentencias de 3 de noviembre de 1980 y de 15 de abril de 1981, de la Sala Especial de Revisión del Tribunal Supremo. Con posterioridad, se modificó este criterio en el sentido de afirmar que transcurrido este plazo, la obra no queda legalizada, sino que simplemente decaía el derecho de la Administración para demoler e imponer cualquier sanción, al haber prescrito tal infracción urbanística, (STS de 6 de febrero de 1991). En la actualidad, la doctrina jurisprudencial ha dado un giro copernicano a la anterior afirmación advirtiendo que, transcurrido el plazo para la demolición de obras del artículo 185 TRLS de 1976, si éstas no resultan legalizadas, dado que no sería razonable que obras nacidas en la ilegalidad fueran de mejor condición que las hechas de acuerdo con la ordenación urbanística, deben quedar en una situación análoga a la de fuera de ordenación prevista en el art. 60 TRLS de 1976, (SSTS de 15 de febrero de 1999 y de 3 de abril de 2000). Y tal situación conlleva la prohibición de la realización de ulteriores obras que podrían alargar artificialmente la vida de la edificación, que ha de subsistir dentro de lo que pudiera considerarse plazo normal de su vida natural, durante el cual la utilización de la edificación es perfectamente viable de suerte que resulta lícita la autorización de su uso, autorización esta reglada y que ha de otorgarse con independencia de la calificación de fuera de ordenación que corresponda al edificio o parte correspondiente del mismo, (STS de 22 de noviembre de 1999). Situación ésta que Parejo califica de contradictoria persistencia tolerada, pero insusceptible de legalización. De cualquier forma, el transcurso del plazo de cuatro años no supone que la construcción pase a considerarse legalizada ex lege, sino sólo que la Administración ya no puede adoptar esas concretas medidas de restablecimiento pleno de la legalidad urbanística, (STS de 15 de febrero de 1999), por lo que, a modo de ejemplo, no se consideran solares los resultantes de una parcelación ilegal, ni tampoco suelo urbano al que cuenta con los servicios merced a obras ilícitas, (STS de 6 de octubre de 1999). En general, la legislación autonómica respeta este mismo esquema.

El mayor problema que este supuesto puede ocasionar es la determinación de cuándo debemos entender que las obras están efectivamente finalizadas, a efectos de comenzar a computar el plazo antes citado de cuatro años. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que una obra está totalmente finalizada cuando la edificación ya es apta para servir al fin al que está destinada, sin

b) Medidas adoptadas frente a las infracciones cometidas por la Administración

- **Autorización de obras mediante autorización administrativa ilegal**

Como cualquier acto administrativo¹⁹⁵, las licencias y órdenes de ejecución gozan de presunción de legalidad; y por la misma razón, también gozan de esta presunción las actuaciones materiales en ellas amparadas. Sin embargo, la vulneración de la legalidad urbanística puede proceder no sólo de la realización por sujetos públicos o privados de actuaciones carentes de título administrativo habilitante, o en contra de las determinaciones del mismo, sino que también puede traer causa en el propio título legitimador, como acto de la Administración urbanística. De este modo, la concesión de la licencia también puede realizarse contraviniendo la legalidad vigente, normalmente **a sabiendas del funcionario que la ha tramitado, lo que entraría en el campo de la responsabilidad penal del funcionario**; en este caso, siendo ilegal la licencia de edificación, devendrán ilegales las obras realizadas a su amparo. Para poder reaccionar contra las actuaciones materiales ilegales, hay que anular, en primer lugar, la licencia u orden que la legitimen, sin que quepa imponer sanción alguna hasta que se anule dicha licencia. La anulación de la autorización conlleva la posibilidad de acordar todas las medidas necesarias para el restablecimiento de la legalidad -demolición, por ejemplo,

necesidad de ulteriores retoques ni remates, (STS de 13 de julio de 1985) salvo las posibles obras de adaptación de algunos locales, (STS de 24 de diciembre de 1980), y ello a pesar de que no constar certificado final de obras o comprobación documental adecuada, (STS de 16 de febrero de 1985). En el caso de las obras amparadas por licencia u orden de ejecución, debe considerarse que están totalmente finalizadas, a partir de la fecha de expedición del certificado final de obras, suscrito por el facultativo o facultativos competentes, y a falta de este documento, desde la fecha de notificación de la licencia de ocupación o de la cédula de habitabilidad cuando se trate de obras de nueva planta. En los demás casos, a partir de la fecha de expedición del certificado final de obras en las condiciones del apartado anterior o, a falta de éste, desde que el titular de la autorización administrativa comunique al Ayuntamiento la finalización de las obras. En defecto de estos documentos, se tomará como fecha de terminación la que resulte de cualquier comprobación de esta situación por parte de la Administración municipal, (32 RDU). La obra, por tanto, es una unidad constructiva sin partes diferenciadas, (SSTS de 16 de mayo de 1998 y de 20 de julio de 2000). Y aunque resulta evidente, conviene recordar que el dies a quo de este plazo de cuatro años será diferente en el caso de obras ejecutadas con o sin licencia u orden de ejecución, comenzando a contar desde su concesión en el primer caso, y desde el comienzo formal de las obras en el segundo.

Obviamente, en ninguno de los supuestos contemplados en este epígrafe cabe la paralización de las obras como medida cautelar a adoptar, dado que aquéllas ya han finalizado. La primera medida a adoptar será, en consecuencia, el requerimiento de legalización de las obras ya ejecutadas al titular de las obras, otorgándole el ya citado plazo de dos meses del artículo 185.1º del TRLS de 1976. Este requerimiento supondrá la puesta en marcha del procedimiento de adecuación a la legalidad urbanística de las obras ejecutadas sin autorización administrativa o sin ajustarse a los parámetros en ella establecidos. Este requerimiento es efectivamente contra el titular, con independencia de quién haya ejecutado de forma material las obras. El resto del procedimiento es equivalente al establecido, para el caso de las obras en curso de ejecución.

¹⁹⁵ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 29.

así como la adopción de las medidas provisionales pertinentes - paralización de las obras en curso, por ejemplo.

La misma Administración que concedió la licencia puede y debe reaccionar ante su ilegalidad. Si la licencia o la orden de ejecución son **anulables**, la Administración puede iniciar la **declaración de lesividad** en un plazo de cuatro años, y su posterior impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa según lo que establece el artículo 103 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAPPAC) y los artículos 19.2º, 43, 45.4º y 46.5º de la Ley 29/98, de 30 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA), mientras que si fuera **nula de pleno derecho**, cabe la **revisión de oficio sine die** en virtud del artículo 102 LRJAPPAC. Asimismo, la propia legislación urbanística estatal ha establecido una vía específica de actuación en el artículo 186 TRLS de 1976, como es la suspensión de efectos de las licencias ilegales. De este modo, podemos diferenciar dos tipos de procedimientos según las obras se hallen en curso de ejecución o estén ya finalizadas. Cuando las obras estén en ejecución cabe la vía específica de la suspensión de efectos, mientras que en los casos de obras ya finalizadas sólo cabe la revisión de oficio.

i.- Suspensión de efectos de las licencias u órdenes de ejecución urbanísticas:

La suspensión de efectos de las autorizaciones administrativas no tiene nada que ver con la suspensión de las obras, aunque los efectos sean los mismos¹⁹⁶; y ello porque la suspensión de la licencia no significa la paralización del acto material sino del acto jurídico, evitando su ulterior consolidación por la persistencia en la producción de sus efectos propios, sin que ello signifique una decisión definitiva sobre la legalidad de fondo de dicha situación jurídica al incidir en el plano de la eficacia y no en el de la validez de la licencia o de la orden de ejecución. Se trata de una medida ampliamente usada dado su carácter sumario, al no haber proposición ni práctica de prueba. Tal y como establece el artículo 34.5 RDU, sólo cabe la utilización de esta vía en caso de actuaciones materiales que estén en ejecución.

La potestad suspensiva de los efectos de la licencia constituye un deber de la Administración para garantizar la legalidad de los acuerdos de concesión de licencias sometidas a la Ley del Suelo, con la obligada suspensión de las que infrinjan grave y manifiestamente el ordenamiento urbanístico, remitiendo a los Tribunales de Justicia el acuerdo de suspensión para que se compruebe la legalidad de la licencia en el proceso contencioso-administrativo, (STS de 15 de junio de 1982). La corrección jurídica de esta facultad de suspensión de los efectos jurídicos de una licencia exige no sólo que la infracción existiera en el momento del otorgamiento de la licencia, sino también en el momento del ejercicio de la potestad, y ello por razones teleológicas, ya que la finalidad de la norma no es establecer un nuevo procedimiento de revisión de la licencia de obra, sino impedir la consolidación material de infracciones graves y manifiestas, y no cualquier otro tipo de irregularidad o ilegalidad, (STS de 20 de junio de 1983).

La competencia para acordar esta suspensión pertenece en exclusiva al Alcalde del municipio de que se trate. La previsión de la intervención alternativa del órgano

¹⁹⁶ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*”, Op., cit., pág. 30.

periférico representante de la Administración General del Estado en la provincia, sustituido por el correspondiente de la Comunidad Autónoma, que recogía el artículo 186.2 TRLS de 1976, debe entenderse derogado por la entrada en vigor de la LBRL, ex arts. 65 y 66, con la consecuencia de la inexistencia de competencia autonómica en la materia, incluso por vía de sustitución, tal y como ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en Sentencias tales como las ya apuntadas nº 27/87, de 27 de febrero, nº 148/91, de 4 de julio y 46/92, de 2 de abril, y por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 16 de julio de 1997, por la que “*la previsión normativa, por la legislación general estatal o la autonómica, que permitan la suspensión por parte de órganos de las correspondientes Administraciones, de actos de las Entidades Locales, se oponen frontalmente a lo dispuesto en los mencionados artículos 65 y 66 LBRL y vulnera, por tanto, el régimen mínimo de autonomía local establecido en desarrollo de la CE*”.

Se dispondrá la suspensión de los efectos de la licencia y la paralización de las obras iniciadas a su amparo cuando el contenido de dichos actos constituya manifiestamente una infracción urbanística grave y manifiesta, a fin de impedir su consolidación, (STS de 5 de mayo de 1998). Constituye un ejemplo claro de infracción grave y manifiesta la licencia de obras otorgada para construir un edificio de cuatro alturas en una población que carece de Plan General y de normas urbanísticas, puesto que el artículo 74 TRLS de 1976 limita la edificación a tres alturas. No basta, por tanto, con que dicha licencia se haya concedido con vulneración de determinados preceptos del ordenamiento jurídico que pudieran acarrear su revisión de oficio o a petición de cualquier interesado, sino que es imprescindible que el otorgamiento de tal licencia constituya una infracción urbanística grave, así definida o tipificada legalmente, o que infrinja la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes, (SSTS de 16 de mayo de 1998 y de 21 de marzo de 2006).

Serán infracciones graves, en virtud del artículo 226.2 TRLS de 1976, todos aquellos comportamientos que supongan un incumplimiento de las normas relativas a parcelaciones, uso de suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones, y ocupación permitida de la superficie de las parcelas. Por su parte, el artículo 54.2 RDU establece que lo serán aquellas acciones u omisiones que, quebrantando el ordenamiento urbanístico, afectan a los bienes e intereses protegidos por el mismo, causándoles un daño directo y de importancia, o creando un riesgo cierto e igualmente importante. Cabe una excepción, señalada por el propio RDU en su artículo 54.3 y es que en el expediente sancionador se demuestre la escasa entidad del daño producido a los intereses generales o del riesgo creado. Mientras que serán infracciones manifiestas cuando la perturbación del orden urbanístico sea notoria, inequívoca y evidente, sin que quepa deducirla de meras conjeturas o presunciones. Es manifiesto lo que es notorio, patente, apreciable sin necesidad de consumir esfuerzos interpretativos o exegéticos, (STS de 24 de mayo de 1978).

El procedimiento a seguir es el siguiente¹⁹⁷: la autoridad que ha decretado la suspensión de efectos de la licencia -el Alcalde- dispone de un plazo de diez días para trasladar el acuerdo de suspensión y el expediente del acto suspendido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, a los efectos del artículo 118.2 LRJAPPAC. Este plazo para la realización del traslado es “*fatal e improrrogable*”, según recoge la STS de 1 de

¹⁹⁷ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 31.

febrero de 2001, de modo que su incumplimiento priva de eficacia a la suspensión e impide la posterior utilización de esta misma facultad. Transcurrido este plazo sin que el Ayuntamiento haya elevado los expedientes, se entenderáalzada la suspensión, no siendo posible la ulterior revisión judicial del acto administrativo en cuestión por esta vía. Así las cosas, una vez que se ha llevado a cabo este traslado, la Sala requerirá al Ayuntamiento que dictó el acto para que le remita los expedientes y aporte las alegaciones que estime pertinentes. Al mismo tiempo, se publicará en el BOP el anuncio de la suspensión con el objeto de que puedan personarse cuantos tengan interés en el asunto, y se dará traslado al Abogado del Estado para que informe sobre la pertinencia o no del mantenimiento de la suspensión; contra esta resolución sobre la suspensión no cabe recurso porque es un acto de mero trámite. Tras ello, se pondrá de manifiesto el expediente a cuantos se hubieren personado a fin de que aleguen por plazo de 20 días. Tan sólo queda dictar sentencia en cuanto al contenido de la licencia, su anulación o confirmación, y en su caso, el levantamiento de la suspensión de las obras. Contra la sentencia dictada cabe recurso de apelación, (art. 118 LJCA). En cualquier caso, esta sentencia no producirá efectos de cosa juzgada, (STS 24 de mayo de 1978) ya que de la misma sólo se sigue la disconformidad a derecho de la suspensión, pero no la legalidad de la licencia u orden de ejecución suspendida, por lo que dicha legalidad podrá ser de nueva puesta en entredicho en un ulterior proceso. Si se anulase la licencia urbanística, al Ayuntamiento compete incoar expediente sancionador para depurar responsabilidades según lo que determina el artículo 227 TRLS de 1976. De este modo, la suspensión de efectos no juega sólo como medida cautelar, sino que funciona, principalmente, como acto administrativo que posibilita la revisión judicial del acto concreto. La posición del titular de la licencia afectado por su suspensión se mantiene, sin embargo, estática, dado que es al Ayuntamiento al que le corresponde actuar en consecuencia, dado que el administrado se encuentra amparado en la presunción de legitimidad inherente a la concesión misma de la licencia.

En cuanto a las medidas de reintegración del orden urbanístico infringido¹⁹⁸, el RDU establece en su artículo 35 que deberá decretarse, en su caso, la demolición o reconstrucción de lo indebidamente construido o demolido, respectivamente, siempre que se hayan realizado alterando la realidad física existente y se deba reponer a su estado primitivo, por lo que se mantiene dentro de las reglas generales del régimen legal de protección de la ordenación urbanística ya comentado.

ii.- Revisión de oficio de las autorizaciones administrativas urbanísticas:

Como ya hemos visto, en el supuesto de obras totalmente finalizadas, cabe la revisión de la licencia en las que éstas se amparan. La razón es clara: mientras sólo existe la licencia u orden de ejecución y aún no se ha materializado el aprovechamiento dimanante del derecho privado ejercitado, o dicho aprovechamiento está aún en vías de producción, la medida adecuada es la inmediata de suspensión, porque aún el contenido otorgado estatutariamente por la ordenación urbanística al derecho privado de que se trata no ha sido plenamente incorporado al patrimonio del titular del mismo. En el caso contrario, cuando esta patrimonialización se ha consumado totalmente –por terminación de las obras en el caso más significativo–, la situación jurídica así constituida sólo puede

¹⁹⁸ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*”, Op., cit., pág. 32.

ser removida por la vía de la revisión plenaria del acto administrativo que posibilitó tal constitución en contradicción con la normativa urbanística.¹⁹⁹

El presupuesto de partida es, con respecto a la suspensión de efectos de la licencia, el mismo, salvando el hecho de que en este caso las obras ya están acabadas: debe tratarse de obras ejecutadas al amparo de una licencia, aparentemente legal, pero que supone una infracción grave y manifiesta de la legalidad urbanística. El procedimiento de revisión de oficio de licencias corresponde única y exclusivamente a la Corporación municipal que otorgó la licencia o la orden de ejecución de que se trate, dentro del plazo previsto de cuatro años desde la fecha del otorgamiento de la licencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 LRJAPPAC.

Según establece el artículo 110 LRJAPPAC, tras la reforma por la Ley 4/99 de 13 de enero, sólo son revisables de oficio los actos nulos de pleno derecho, por lo que la revocación de las licencias incuridas en algún vicio determinante de la mera anulabilidad de las mismas habrá de instarse, en principio, por la vía del recurso de lesividad, y la subsiguiente impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Una vez anulada la licencia u orden de ejecución por este cauce, se acordarán las medidas de reintegración del orden urbanístico conculcado que fueran pertinentes, ordenando, cuando proceda, la demolición de las obras amparadas en la licencia ilegal, (art. 187.1º TRLS de 1976), e incoando, además, el correspondiente expediente sancionador.

En cuanto a la reintegración de la realidad física alterada, hay que partir de que los actos materiales de aprovechamiento urbanístico que se hubieran llevado a cabo al amparo de la licencia, quedan totalmente desprovistos de su cobertura legal una vez que ha sido anulada o revocada aquélla en virtud de la revisión analizada, contradiciendo de forma directa a la ordenación urbanística. El resultado puede ser la anulación de la licencia, que conllevará la demolición de lo construido, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan, ex art. 187.1 TRLS de 1976.

Esta anulación de licencias puede generar²⁰⁰, asimismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración que emitió dicha autorización irregular, y con ello, la indemnización al perjudicado, siempre que no concurra dolo, culpa o negligencia graves imputables al mismo, (SSTS 26 de septiembre de 1981, de 2 de marzo de 1982 y de 24 de julio de 1989). Sobre los términos en que versa esta indemnización, la Ley del Suelo de 1956 estableció originariamente que en caso de otorgamiento de licencia por error debían indemnizarse los daños causados al titular, sin exigirse ningún otro requisito, (art. 172). La reforma de esta Ley del Suelo trajo consigo una modificación –acertada en cualquier caso- de estos términos, en virtud de la cual la procedencia de esta indemnización se determinaría de conformidad con las normas reguladoras de la responsabilidad de la Administración, añadiendo, además, que el dolo, la culpa o la negligencia graves imputables al perjudicado eximían de pago a la Administración, (art. 232). En este sentido, la STS de 26 de septiembre de 1981 estableció que *“la indemnización de daños y perjuicios por causa de anulación de licencias de obras por error es correlativo lógico de toda revocación de licencias por tal causa, pues es indudable que la anulación de una licencia ocasiona a su titular unos daños y*

¹⁹⁹ PAREJO ALFONSO, *La disciplina...* op. cit. pág. 96.

²⁰⁰ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 32

perjuicios ciertos y determinables por cuanto que, en todo caso, supone la imposibilidad de continuar realizando la actividad autorizada e incluso puede llegarse a la demolición de la obra ejecutada; por ello es claro que el particular sufre una lesión patrimonial que es consecuencia directa del obrar no correcto de la Administración y de ahí la procedencia de la indemnización , (...) sin embargo, la regla general tiene una importante excepción en el artículo 232.2 de la LS, al preceptuar que, en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado; prueba que ha de correr a cargo de quien la alegue –como causa de exención- conforme a las reglas generales, (...) no bastando que el peticionario tuviera conocimiento de la infracción en que incurría el proyecto presentado. La conciencia de la ilegalidad por parte del administrado resulta insuficiente por cuanto la Administración municipal, al otorgar la licencia, no puede prescindir de un estudio serio de la petición; el dolo o culpa grave del peticionario hay que relacionarlos con la forma de presentar el proyecto, actuación en el procedimiento, etc. mediante formas o modos inexactos que pudieran razonablemente inducir a error a la Administración”. En el mismo sentido, la STS de 13 de octubre de 1981 afirma que “(...) la actuación obligatoria de las Entidades Locales en la materia que nos ocupa, en cuanto tendente a advertir y remover, en su caso, los límites de un derecho, ha de fiscalizar la adecuación a las normas limitativas del derecho a edificar; la Administración municipal no puede limitarse a dar por bueno lo que los administrados pretendan, sino que le obliga a comprobar la total adaptación jurídica de la obra proyectada, por la muy calificada razón de que los planes de urbanismo tanto obligan a la Administración como a los administrados”²⁰¹.

c) Medidas frente a las obras ejecutadas en zonas verdes y espacios libres

El TRLS de 1976 integró en su contenido las disposiciones previstas en la Ley 158/63 de 2 de diciembre, sobre modificación de Planes de Ordenación y Proyectos de Urbanización cuando afecten a zonas verdes y espacios libres, que recogía en su artículo 2.1 la nulidad de pleno derecho de los actos de edificación y uso de suelo que contravinieran las determinaciones urbanísticas relativas al uso de zonas verdes o espacios libres, aun cuando se realizaren con licencia municipal. La Exposición de Motivos de esta Ley del año 63 justificaba este régimen de especial protección en el “*constante acoso que estos espacios libres sufren de los intereses contrapuestos que tienden a incrementar los volúmenes de edificación, (...) es preciso que cualquier infracción de esta naturaleza tenga un inmediato y eficaz remedio que no permita mantener situaciones de hecho o sin base jurídica suficiente, en contra de la legalidad de los Planes de Ordenación vigente*”. Esto fue recogido por el artículo 188.1º TRLS de 1976 y mantenido por el artículo 255.2º del TRLS de 1992 al recoger que las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los planes serán nulas de pleno derecho. Mientras las obras estuvieren en curso de ejecución se procederá a la suspensión de los efectos de la licencia, de forma inmediata, y la adopción de las demás medidas previstas en el artículo 253. Si las obras estuvieren terminadas, se procederá a su anulación de oficio por los trámites previstos en el artículo 109 LRJAPPAC, sin que exista en este caso limitación temporal. También el artículo 94 RDU establece que estos actos de edificación o uso del suelo realizados sin licencia, o con infracción de la zonificación o

²⁰¹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 33.

uso urbanístico de zonas verdes o espacios libres, no estarán sujetos a previo plazo de prescripción²⁰².

A día de hoy, el artículo 255.2º TRLS de 1992 y el artículo 188.1º TRLS de 1976 conforman la completa determinación del régimen sustantivo especial de la protección de las zonas verdes y espacios libres, siendo aplicable como Derecho supletorio en los casos de actos materiales realizados en zonas verdes y espacios libres que no cuenten con licencia u orden de ejecución, o cuenten con ella pero se ejecuten infringiéndola. Mientras que tendrán carácter de Derecho general de aplicación directa cuando se trate de actos que se lleven a cabo con licencias u ordenes de ejecución ilegales. En cuanto aquí nos interesa, la regulación del régimen de reintegración del orden transgredido no difiere en demasía del régimen general, salvo el hecho de la ausencia de limitación temporal para la reacción frente a la trasgresión. La primera medida de reacción frente a una autorización administrativa ilegal debe consistir en su declaración de nulidad, sin que ésta se encuentre sometida a plazo alguno temporal, previo dictamen favorable del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico correspondiente.

La calificación formal por el planeamiento de determinados terrenos como zona verde o espacio libre es lo que determina la asignación de un régimen especial en lo que a medidas de protección de la legalidad urbanística se refiere. Claro está que no todo espacio sin edificar debe considerarse espacio libre, a efectos de la aplicación del régimen establecido en el artículo 188 TRLS de 1976, puesto que este precepto se refiere únicamente a aquellos terrenos que el planeamiento califica así, incluyéndolos en el sistema de espacios libres propio del ámbito territorial ordenado, por lo que no puede aplicarse el régimen especial de protección contenido en dicho artículo a los espacios libres que han de quedar entre las edificaciones o entre éstas y la vía pública, (SSTS de 20 de abril de 1988, de 16 de febrero y de 21 de enero de 1987, y de 30 de enero de 1992, entre otras muchas). En cualquier caso, las licencias u órdenes que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en los Planes serán nulas de pleno derecho, sin que les sea de aplicación el plazo de prescripción de cuatro años al que ya hemos hecho referencia. Si las autoridades y órganos a los que se refieren los artículos 184 a 187 no adoptaren las medidas establecidas en dichos preceptos, cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en los números anteriores, será el órgano autonómico el competente para dar conocimiento de la situación creada, del mismo modo que en el epígrafe anterior.

4. Las Infracciones urbanísticas

a) Breve reseña histórica

La Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones no contemplaba en su articulado un catálogo de infracciones urbanísticas y de las sanciones que éstas llevaban aparejadas. Así las cosas, y establecida la obligatoria observancia de las disposiciones sobre ordenación urbana que contenía, y de los Planes, Proyectos, Normas y Ordenanzas aprobados con arreglo a la misma, debía prever las consecuencias de su eventual infracción. Sin embargo, la previsión sobre los ilícitos urbanísticos se

²⁰² DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 34.

limitó a establecer cuatro escuetos artículos sobre “*responsabilidades y sanciones*”, recogiendo que cualquier persona que por violación de la presente Ley o de los Planes de ordenación sufriera daño o perjuicio, podrá exigir del infractor el resarcimiento e indemnización. Y que aquellos funcionarios que dilataren la tramitación de los expedientes incoados a instancia de particulares, empresas o Asociaciones administrativas de propietarios, serán responsables administrativa y civilmente de los daños y perjuicios que les causaren. De este modo, se entendía por infracción cualquier ilícito urbanístico, cualquier conducta transgresora, tanto por acción u omisión, de los deberes urbanísticos. Conducta que desencadenaba la consecuencia represiva consistente en una sanción administrativa, generalmente multa. Y tramos de multas en función de la infracción.

No es hasta la primera reforma de esta Ley, a manos de la de 2 de mayo de 1975, cuando aparece la expresión “*disciplina urbanística*” tal y como hoy la conocemos²⁰³. Así las cosas, esta Ley de reforma apuntaba en su preámbulo que la indisciplina urbanística era una de las causas de la situación urbanística española, susceptible de tratamiento con medidas legislativas, al recoger “*las innovaciones que contiene el Proyecto se dirigen precisamente a hacer desaparecer en lo posible las causas de aquel fenómeno de indisciplina urbanística que antes se ha analizado y que es preciso corregir. Se trata, sobre todo, de evitar que la infracción se produzca, porque sólo así se evita el coste social que toda infracción comporta.*”

Se procura por todos los medios, hacer desaparecer cualquier estímulo al comportamiento antisocial de los presuntos infractores que pudiera resultar de las insuficiencias del ordenamiento jurídico. Para el supuesto de que a pesar de todo, se cometa la infracción, todo el peso de la Ley con su secuela de sanciones y responsabilidades debe caer sobre el infractor culpable y, a su sola costa, habrá de prevalecer el interés general”. Se achacaba la situación de indisciplina generada a la precariedad y deficiencia de los instrumentos preventivos, represivos y correctores que el legislador precedente puso en manos de la Administración, por lo que se esforzó en reforzar aquéllos y en idear nuevos mecanismos destinados a proteger la legalidad urbanística, que todavía siguen en pie²⁰⁴. Siendo, por tanto, la voluntad del legislador una mayor dedicación a esta cuestión, en el año 78 se dictó el Reglamento 2187/78, de 23 de junio, de Disciplina Urbanística, que nació junto a los Reglamentos de Gestión y Planeamiento. De este modo, la reforma del año 75 trató de renovar dicha institución, estableciendo un completo cuadro de medidas para acabar con las actuaciones urbanísticas irregulares que tanto habían proliferado al amparo de la primera Ley del Suelo.

El TRLS de 1976 recogió en su Título III –en parte vigente en la actualidad tras haber sido devuelto a la vida por la STC 61/97, de 20 de marzo- una serie de supuestos concretos de infracciones, posteriormente desarrollados por el RDU: obras realizadas sin autorización administrativa, obras realizadas al amparo de una autorización administrativa pero contraviniendo lo en ella previsto, obras realizadas al amparo de una autorización ilegal, y obras realizadas en zonas verdes y espacios libres.

²⁰³ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 37.

²⁰⁴ TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Manual...*, op. cit. pág. 235.

Tras la entrada en vigor de la Constitución y el establecimiento de la reserva de ley en esta materia consagrada en el artículo 25, la dedicación genérica y escueta que sobre legalidad urbanística efectuaba el TRLS de 1976, remitiendo a la potestad reglamentaria de la Administración la tipificación de las infracciones urbanísticas sancionables –llevado a cabo por el Reglamento de Disciplina Urbanística-, podía ser tachada de inconstitucional por ser contraria a los principios de legalidad y tipicidad. A fin de salvar los reglamentos preconstitucionales, y entre ellos el que nos interesa –el RDU- la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableció que *“bien es verdad que no quedan excluidas las normas reglamentarias del ámbito sancionatorio urbanístico por obra de la promulgación de la Norma Fundamental, toda vez que lo que prohíbe el artículo 25 CE es la remisión al Reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionatoria , (...) Puesto que el Reglamento ve restringida su operatividad a ejercer de complemento de la Ley, el artículo 25.1 CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes, en la medida necesaria para dar cumplimiento a la reserva de ley..., no es lícito a partir de la CE tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esta suficientemente predeterminado o delimitado por otra de rango legal”*, (SSTC 61/1990, de 29 de marzo y 182/1990, de 15 de noviembre). Como afirma PAREJO ALFONSO, L.²⁰⁵, de nada serviría el delicado y complejo entramado de instituciones y técnicas puestas al servicio de la racionalización del uso y aprovechamiento del territorio, el perfecto desarrollo del proceso urbanístico conforme a la secuencia planificación-ejecución-edificación e implantación de usos, si no quedara luego asegurada permanentemente la observancia de la ordenación material reguladora de los usos y aprovechamientos, de los actos de utilización del suelo y de las construcciones.

b) Reparto de las competencias urbanísticas para la regulación de las infracciones urbanísticas

El artículo 148.1.3º CE dispone que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. La distinción entre normas de aplicación plena, de carácter básico y de aplicación supletoria que introdujo este precepto es consecuencia inevitable del deslinde constitucional entre competencias asumibles y de hechos asumidos por las CCAA, en virtud del 148 CE, entre las que figuran las ya mencionadas de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, junto con aquellas otras que correspondan en exclusiva al Estado por el 149 CE con carácter pleno, (por ejemplo, la regulación del procedimiento administrativo común) y otras relacionadas con la promulgación de legislación básica sobre las materias en cuestión, (por ejemplo, protección del medio ambiente). En virtud, pues, de este precepto constitucional, todas las CCAA han asumido dichas competencias a través de sus respectivos estatutos de autonomía²⁰⁶.

En cuanto se refiere al ámbito de la disciplina urbanística, las CCAA pueden aprobar normas sancionadoras, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que

²⁰⁵ PAREJO ALFONSO, La disciplina ...op. cit. pág. 13.

²⁰⁶ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 38.

se trate. Ahora bien, tales disposiciones se acomodarán a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del Derecho sancionador sin que puedan introducir divergencias irrazonables en otras partes del territorio, (STC 87/85, de 16 de julio).

Las CCAA disponen de su propia normativa en la materia que nos ocupa, de modo que sólo aplicarán el TRLS de 1976 y el RDU supletoriamente, salvo en el caso de Ceuta y Melilla, donde es de aplicación directa. Todas las CCAA disponen hoy en día de legislación urbanística, herederas de la tradición marcada por el RDU, si bien determinadas Comunidades legislaron puntualmente en la materia que ahora nos ocupa, como era el caso de Madrid, con su Ley 4/84, de 10 febrero sobre medidas de disciplina urbanística y de Asturias, Ley 3/87, de 8 abril, reguladora de la disciplina urbanística, ambas derogadas por sus respectivas leyes del Suelo.

Las más tardía ha sido el País Vasco, que ha incorporado la regulación de la disciplina urbanística a su Ley de Suelo y urbanismo, Ley 2/06, de 30 de junio. De este modo, a día de hoy todas se han dotado de una legislación urbanística general que es de aplicación prioritaria a la estatal, en la que se contempla la disciplina urbanística como competencia legislativa autonómica propia; sirvan como ejemplo la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid; la ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de Baleares; la Ley 16/05, de 30 de diciembre, urbanística valenciana; la Ley 7/02, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía, etc. En términos generales, la regulación adoptada por las CCAA no difiere en demasía de la adoptada inicialmente por el Estado, aunque donde mayor es la diferencia es en la cuantía de las sanciones establecidas por cada CCAA, sin que quepa modificación alguna en lo que se refiere a los principios generales del derecho sancionador, en tanto que competencias exclusivas del Estado²⁰⁷.

c) Infracciones urbanísticas: concepto

La primera definición ofrecida a este respecto por la Ley de 1956, era mucho más concreta y precisa, actuando exclusivamente en el ámbito del Derecho sancionador como definitorio del ilícito urbanístico; de este modo, el alcance de la infracción urbanística era más reducido que el de trasgresión o simple infracción de la legalidad urbanística. Posteriormente, el artículo 225 TRLS de 1976, entiende por infracción toda vulneración de las prescripciones contenidas en esta Ley o en los Planes, Programas, Normas y Ordenanzas tendrán la consideración de infracciones urbanísticas y llevarán consigo la imposición de sanciones a los responsables, así como la obligación de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de los mismos. Una definición más precisa es la aportada por el RDU en su artículo 53, al recoger que constituirá infracción urbanística toda vulneración de las prescripciones contenidas en la Ley del Suelo o en los Planes, Programas, Normas y Ordenanzas, sujeta a sanción conforme a lo determinado en el presente Reglamento, de acuerdo con la tipificación que el mismo se establece. No debemos olvidar que se trata, en cualquier caso, de definiciones preconstitucionales y que, tras la entrada en vigor de la CE, en virtud del principio de legalidad, sólo puede tenerse por infracción urbanística sancionable la conducta que sea subsumible, en definitiva, en el tipo definido por la legislación urbanística concreta.

²⁰⁷ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 39.

La doctrina también ha contribuido en este aspecto²⁰⁸, al afirmar que podemos entender por infracción urbanística toda conducta antijurídica, típica, culpable y como tal, sancionable en los términos prevenidos en el RDU o en la legislación autonómica²⁰⁹. En opinión de GARCIA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.²¹⁰, la infracción urbanística rebasa el marco del Derecho sancionador -y por tanto, su función definitoria del ilícito urbanístico a efectos de su represión a través de la potestad sancionadora- para ocupar, aparentemente, una posición central en el juego de todos los mecanismos legales de reacción frente a la conculcación de la ordenación urbanística y, singularmente, de los dirigidos a la mera restitución de ésta en su integridad, de modo que se han desdibujado los límites conceptuales y técnicos entre la categoría genérica de trasgresión o simple infracción -que fundamenta un juicio de legalidad sobre los actos materiales o jurídicos a efectos de su remoción- y la específica de infracción urbanística -que tipifica conductas sancionables. De este modo, todas aquellas conductas antijurídicas urbanísticas que no reúnan las características de ser típicas y culpables, por muy reprochables que pudieran parecer, no serán merecedoras de sanción al no constituir infracción urbanística, sin perjuicio de que puedan dar lugar a actuaciones de restauración del orden infringido o incluso a indemnización.

d) Clasificación de las infracciones urbanísticas en el derecho estatal

La clasificación general que de las infracciones se hace a nivel estatal, diferencia entre infracciones graves y leves, (art. 226 TRLS de 1976). De forma tradicional, las leyes del suelo venían a establecer una dicotomía entre infracciones graves y leves.

Serán infracciones **graves** todas aquellas acciones u omisiones que quebranten el ordenamiento urbanístico, afecten a los bienes o intereses protegidos por el mismo y causen un daño directo e importante o bien, que supongan un riesgo cierto e igualmente importante, (artículo 54.2 RDU) y que constituyan un incumplimiento de las normas sobre parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas; con la matización de que en el expediente sancionador se demuestre la escasa entidad del daño producido a los intereses generales o del mínimo riesgo creado, en cuyo caso no serán consideradas infracciones graves, lo que puede dar entrada a una amplia apreciación subjetiva de cada supuesto concreto, (art. 54.3 RDU); en este sentido, la STS de 6 de octubre de 1989 considera que no debe calificarse de grave una infracción que, dada su situación en suelo rústico y antecedentes, no ha causado daño directo y de importancia a los bienes e intereses protegidos por el ordenamiento urbanístico ni creado riesgo cierto e importante, ni tampoco daño grave a los intereses generales. Por su parte, el artículo 262.3º -derogado- del TRLS de 1992 añadió al catálogo de infracciones graves las parcelaciones urbanísticas llevadas a cabo en suelo no urbanizable y la realización de obras de urbanización sin la previa aprobación del Plan y del Proyecto de urbanización exigibles. Como ha dicho FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.²¹¹, constituirán

²⁰⁸ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 40.

²⁰⁹ TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, Manual ..., op. cit. p. 248

²¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1981, p. 793

²¹¹ FERNÁNDEZ RODRIGUEZ T.R., Manual... op. cit. p. 249.

infracciones graves todas aquellas conductas que incidan sobre los elementos determinantes del aprovechamiento urbanístico de los terrenos.

Serán **leves**, por eliminación, aquellas conductas que no sean consideradas graves, lo que también da un amplio margen de apreciación al instructor, lo que en la práctica lleva muy a menudo a distinguir entre graves y leves en función de que posteriormente se legalicen o no las obras.

De este modo, la mayor parte de las conductas tipificadas como infracciones en los artículos 66 a 90 del Reglamento de Disciplina Urbanística están tipificadas como infracciones graves, pudiendo distinguir, grosso modo²¹², las infracciones consistentes en parcelaciones de las derivadas de usos de suelo y edificación:

- **Parcelaciones (arts. 66 a 75 RDU)**

- parcelaciones sobre suelo no urbanizable, (art. 66 RDU)
- parcelaciones sobre suelo destinado por el planeamiento a equipamiento social o a ejecución de sistemas generales de comunicaciones o de zonas verdes o espacios libres, (art. 67 RDU)
- parcelaciones sobre suelo urbanizable no programado, antes de la aprobación definitiva del Programa de Actuación Urbanística, (art. 68 RDU)
- parcelaciones sobre suelo urbanizable programado, cuando no exista Plan Parcial aprobado, (art. 69 RDU)
- parcelaciones sobre suelo urbano, cuando contradigan las previsiones establecidas en el Plan General o en la Normas Subsidiarias de Planeamiento o en las Ordenanzas, (arts. 70 y 71 RDU)
- parcelaciones que den lugar a lotes inferiores a la parcela establecida como indivisible, (art. 72 RDU)
- parcelaciones en terrenos que no hayan sido calificados como urbanos, siempre que impliquen la creación de un nuevo núcleo de población o la ampliación de uno ya constituido, que requiera la ejecución de obras de infraestructura que no sean mero complemento de la urbanización existente, (art. 73 RDU)
- parcelaciones ejecutadas sin autorización administrativa o cuando ésta sea manifiestamente ilegal, (arts. 74 y 75 RDU)

- **Usos del suelo y edificación (arts. 76 a 89 RDU)**

- realización de obras de edificación o urbanización en contra del uso que corresponda al suelo, (arts. 76 y 78 RDU)

²¹² DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 41.

- realización de actos, obras o instalaciones que impidan o perturben gravemente el uso de los terrenos, (art. 77 RDU)
- alteración del uso previsto por el Plan, por las Normas o por las Ordenanzas, para los edificios, etc., (art. 79 RDU)
- exceso de edificación sobre la edificabilidad permitida, (art. 80 RDU) o exceso de altura, (arts. 81 y 82 RDU)
- ejecución de obras prohibidas en edificios calificados como fuera de ordenación, (art. 83 RDU)
- edificación en parcelas que sean inferiores a la mínima edificable, (art. 84 RDU)
- incumplimiento de las reglas de distancia de las edificaciones entre sí, con las vías públicas y espacios libres, (art. 85 RDU)

Mientras que las recogidas en los **artículos 86 a 90, deben ser consideradas infracciones leves**, residualmente, al escapar de la tipificación como graves:

- derribar o desmontar edificaciones, construcciones o instalaciones objeto de especial protección debido a su carácter monumental, cultural, arqueológico, etc., (art. 86 RDU)
- edificar en las inmediaciones de edificios protegidos o de conjuntos histórico artístico, arqueológico, típico o tradicional, o edificar dentro de éstos, infringiendo las normas de protección de los mismos, (art. 87 RDU)
- toda infracción de las normas sobre condiciones higiénico-sanitarias o estéticas, y demás determinaciones de las Ordenanzas que causen perjuicio o pongan en riesgo la normalidad del uso o la salud de los usuarios, (art. 88 RDU)
- la realización de actividades sin la oportuna licencia, siempre que este comportamiento no esté tipificado como infracción grave, (art. 89 RDU)
- la realización de obras sin el Proyecto de Urbanización, cuando éste sea preceptivo, (art. 90 RDU)

El artículo 53.2 RDU establece unos supuestos concretos de infracciones urbanísticas, cuya vigencia es dudosa al haber sido derogado por el RD 304/1993, de 26 de febrero, pero que podría justificarse en base a la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos relativos a infracciones y sanciones del TRLS de 1992 por la STC 61/97, de 20 de marzo, y la recuperación de la plena eficacia de este RDU en desarrollo del TRLS de 1976. De acuerdo con ello, se considerarán infracciones urbanísticas²¹³: las vulneraciones del ordenamiento urbanístico en el otorgamiento de una licencia u orden de ejecución, las actuaciones que, estando sujetas a autorización administrativa de carácter urbanístico, se realicen sin ella, sean o no legalizables en atención a su conformidad o disconformidad con la normativa urbanística aplicable, y las actuaciones

²¹³ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 43.

que se realicen en contra de las determinaciones de la licencia, orden de ejecución o autorización administrativa de carácter urbanístico.

Las CCAA han superado esta clasificación bipartita estatal, estableciendo un nivel superior en la mayor parte de sus legislaciones. En este sentido, encontramos una clasificación tripartita en La Rioja, Cataluña y Valencia, al considerar que las infracciones pueden ser **leves, graves o muy graves**, correspondiendo la clasificación de muy graves a aquellas conductas infractoras que afecten a zonas verdes, espacios libres, dotaciones, equipamientos o suelo urbanizable especial. Por su parte, Castilla La Mancha añade como falta muy grave la comisión de varias infracciones graves. Esta variada regulación de las infracciones a nivel autonómico es constitucional, aunque hay que reconocer que existe un cierto trasfondo urbanístico común a toda esta regulación autonómica ya que prácticamente todos ellos han tomado en consideración los dictados del TRLS de 1976.

e) Sujetos responsables

En el ámbito del derecho administrativo sancionador la doctrina mayoritaria opina que no existe la responsabilidad objetiva, sino que rige el principio de culpabilidad en la comisión del ilícito administrativo, en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, del que forman parte tanto la potestad penal de jueces y Tribunales como la facultad sancionatoria de la Administración Pública, (SSTC 246/1991, de 19 de diciembre y 146/94, de 12 de mayo, entre otras muchas). Por ello, cuando la normativa urbanística configura como responsables de las infracciones urbanísticas al propietario, al promotor y al técnico-director de las obras, no se trata de responsabilidad objetiva, sino que dependerá de que la concreta conducta de tales sujetos pueda reputarse dolosa o, cuanto menos, culposa.

Sin olvidar la competencia autonómica, como norma general los responsables de las infracciones urbanísticas serán sancionados conforme a lo establecido en el TRLS de 1976 y lo recogido en el RDU²¹⁴. Pueden ser responsables de estas conductas tanto las personas físicas, como las jurídicas, que deberán responder administrativamente de las infracciones cometidas por sus órganos y agentes, asumiendo el coste de las medidas de reparación del orden urbanístico alterado, sin perjuicio de las indemnizaciones a terceros que pudieren derivarse (art. 58 RDU). La STC 346/91, de 19 de diciembre recoge que la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden los sujetos.

Si inicialmente tan sólo era reconocida la responsabilidad a los que ejecutaren directamente la conducta infractora, el TRLS de 1976, en su afán por acabar con las ilicitudes derivadas de la permisividad de la Ley del 56, extendió su manto sancionatorio **a todos aquellos que hubieren cooperado o facilitado de forma decisiva en la comisión de la infracción**. Así las cosas, cuando la infracción consista en la inexistencia de licencia o en la contravención de lo previsto en la misma, los promotores de las obras serán responsables junto con el empresario de las obras y el técnico director de las mismas, (228.1º TRLS de 1976 y 57 RDU). En los supuestos de

²¹⁴ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 45.

obras amparadas en una licencia ilegal, se le reconoce responsabilidad igualmente **al facultativo que hubiera informado favorablemente el proyecto ilícito, junto con los miembros de la Corporación Local que hubieran votado a favor del proyecto, sin el informe técnico previo, o bien, cuando las obras aparezcan amparadas en una licencia manifiestamente constitutiva de infracción urbanística grave** (228.2 TRLS de 1976). Sobre el término “*igualmente*” que recoge este artículo existe una contienda doctrinal abierta, entre aquellos que opinan que “*igualmente*” significa que los recogidos en el segundo supuesto no serán sancionados conjuntamente con los que recoge el primer supuesto; aboga por esta tesis CARCELLER FERNANDEZ, A.²¹⁵, al afirmar que, además de la propia redacción que ya parece excluirlos, hay que llegar a la misma conclusión tras el examen de los debates en el seno de la Comisión de Vivienda de las Cortes, en los que terminó imponiéndose esta redacción, por la que los técnicos quedaban marginados de la responsabilidad del número 2 del artículo 228. La posición contraria es sostenida por GARCIA DE ENTERRIA, E. y PAREJO ALFONSO, L.²¹⁶.

Cuando una misma acción dé lugar a varias infracciones conexas, el artículo 268 TRLS de 1992 –derogado- y también el 60 RDU determinan que cuando se instruya un único expediente sancionador por dos o más infracciones tipificadas, entre las que exista conexión causa-efecto, se impondrá una sola sanción y será la correspondiente a las actuaciones que supongan el resultado final perseguido, en su cuantía máxima. En el resto de supuestos²¹⁷, a los responsables de dos o más infracciones urbanísticas, en el caso de que no se produzca dicha conexión causa-efecto entre ellas, se les impondrán las multas correspondientes a cada una de las diversas infracciones cometidas. Ahora bien, el hecho de que sean sancionables por la comisión de infracción urbanística tanto el promotor como el empresario y el técnico director de las obras, y con carácter independiente entre sí, no permite deducir que cuando una misma persona asuma estas tres funciones deba ser sancionada tres veces, sino por efecto de la subsunción sólo una, que será la correspondiente a la principal, que evidentemente en una obra es la promotora de la misma, (STS de 7 de febrero de 1990)²¹⁸.

²¹⁵ CARCELLER FERNÁNDEZ, A., *Manual de disciplina urbanística*, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 142

²¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones ...* op. cit. p. 874.

²¹⁷ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*”, Op., cit., pág. 46.

²¹⁸ Cuando el responsable sea una persona jurídica, se sancionará por las infracciones cometidas por sus órganos y agentes, deduciéndose la obligación de asumir el coste de las medidas de reparación del orden urbanístico vulnerado, sin perjuicio de las indemnizaciones por daños y perjuicios a terceros que hayan de satisfacerse. La sanción a las personas jurídicas, tanto privadas como públicas, está admitida por la Ley 30/92, y así ha sido recogido por la STC 246/91, de 19 de diciembre, y por la STS de 20 de mayo de 1992. Funciona de la misma manera que si de una persona física se tratase en cuanto a responsabilidades urbanísticas. El propio Tribunal Supremo determinó que debería aplicarse la doctrina del “levantamiento del velo”, para evitar exoneración de responsabilidades, según la Sentencia de 29 de mayo de 1984. En esta materia conviene partir de la STS de 24 de abril de 2001, que expresa que “*la doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo, elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para evitar abusos y perjuicios a terceros ante la presencia formal de personas jurídicas en relaciones civiles y mercantiles, que en realidad no sirven sino para la ocultación de los reales intereses de personas físicas o jurídicas y para instrumento de elusión de responsabilidad. Así, tiene declarado que en el conflicto entre Seguridad Jurídica y Justicia, valores consagrados hoy en la CE, se ha decidido prudencialmente y según los casos por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe recogido en el artículo 7.1 CC, la práctica de penetrar en el “substratum” personal de las entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de*

Por último, ¿qué ocurre con los propietarios de los terrenos? La legislación urbanística no sanciona al propietario de los terrenos en los que se cometa la infracción o a los que afecte por su mera condición de propietario, sino sólo en la medida en que tenga intervención en la comisión de la infracción en alguno de los conceptos a que se refiere al artículo 264 TRLS de 1976, generalmente en el de promotor de obras o parcelaciones ilegales. Así, la STS de 31 de octubre de 1990 estableció que en materia de urbanismo ha de ser inevitablemente una consecuencia de la participación en los hechos constitutivos de la infracción y ello con independencia de la titularidad dominical del terreno afectado. En caso de que se trate de un condominio en la titularidad de la finca y a uno de los propietarios se le sancionara por su eventual actuación en alguno de estos conceptos, la multa se le imputará a los copropietarios en proporción a sus cuotas respectivas en el dominio, y otro tanto en la sanción a imponer. La STS de 28 de febrero de 1989 recoge que el principio de la independencia de las sanciones en los supuestos de condominio opera ad extra haciendo compatibles las sanciones correspondientes a otras posiciones subjetivas y ad intra sirviendo para graduar la responsabilidad de cada uno de los copropietarios en atención a sus circunstancias específicas.

f) Circunstancias modificativas para la graduación de la responsabilidad

Al igual que ocurre en el derecho penal, la culpabilidad del infractor puede verse agravada o atenuada, lo que se traducirá en una modulación de la sanción a imponer, al alza o a la baja. En este sentido, el artículo 228.5º TRLS de 1976 permite graduar las sanciones en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias que pueden atenuar o agravar la misma; por ejemplo²¹⁹, la reiteración de la infracción por parte del responsable y al grado de culpabilidad de cada uno de los infractores. Las *circunstancias agravantes* las recoge el RDU en el artículo 55:

1- Haberse prevalido de la titularidad de un oficio o cargo público, salvo que el hecho constitutivo de la infracción haya sido realizado, precisamente, en el ejercicio del deber funcional propio del cargo u oficio, puesto que en ese caso hablaríamos de responsabilidad penal por delito, no de ilícito administrativo.

2- Haber utilizado la violencia o cualquier tipo de coacción sobre la autoridad o funcionario público encargado del cumplimiento de la legalidad urbanística, o mediante soborno.

3- Haber alterado los supuestos de hecho que presuntamente legitimaron la actuación, incluso falsificando los documentos en que se acreditare el fundamento legal de la situación.

esa ficción de forma legal -de respeto obligado, por supuesto- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino de fraude – art. 6.4 CC- admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar –levantamiento del velo jurídico- en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia, en daño ajeno o de los derechos de los demás; es decir, del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo de un ejercicio antisocial de su derecho”.

²¹⁹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 47.

4- Realizar dicha infracción aprovechándose o explotando en su beneficio una grave necesidad pública o de aquellos que resultaren perjudicados.

5- La reiteración o reincidencia, que el RDU distingue al otorgar un carácter más general a la reiteración, y más específico a la reincidencia, que coincide con la que le otorga el derecho penal, (SSTS de 31 de enero de 1989 y de 12 de marzo de 1990).

GARCIA DE ENTERRIA y PAREJO ALFONSO²²⁰ estiman que las cuatro primeras circunstancias constituyen, desde el punto de vista penal, tipos delictivos, por lo que de apreciarse la comisión de éstos, podría quedar enervada la posibilidad del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa en virtud del principio non bis in idem.

Las *circunstancias atenuantes* previstas son:

1- No haber tenido intención de causar un daño tan grave como el que efectivamente se ha causado, (SSTS de 1 de junio de 1985, 22 de julio de 1985 y 31 de julio de 1989).

2- La reparación del daño causado por el infractor, o su disminución antes del inicio de las actuaciones sancionadoras, (artículo 55.2 RDU). Debe acontecer, en todo caso, antes de la incoación del expediente de protección de la legalidad urbanística, (STS de 6 de julio de 1985).

Existen, asimismo, otras dos *circunstancias que pueden agravar o atenuar la responsabilidad dependiendo del caso concreto y de la posición en éste*, del sujeto responsable, como son el mayor o menor conocimiento técnico de la actuación que tenga el infractor por razón de su profesión habitual, la entidad económica de los hechos constitutivos de la infracción urbanística, así como el beneficio obtenido de la infracción, sobre todo el económico. A modo de ejemplo²²¹, se calificó de leve la infracción del almacenaje de contenedores en suelo calificado de equipamiento comunitario público de nueva creación y de interés metropolitano, realizado sin licencia, en STS de 23 de enero de 1991, ya que a pesar de que merecería la calificación de grave por estar relacionado con el uso del suelo, atendidas las circunstancias concurrentes de toda índole, demostrativas de la ausencia de daño efectivo y real, hasta el punto que todos los informes emitidos son favorables a la concesión a precario de la licencia. Por su parte, la STS de 21 de septiembre de 1989 estableció que “*el análisis de los hechos efectuado pone de relieve la menor gravedad de una infracción que consistió exclusivamente en que, sin estar ello previsto en el proyecto autorizado, se aprovechó el mayor hueco resultante del desnivel del terreno para separar con un forjado parte de esa altura y obtener un sótano, obra legalizable y que fue legalizada. Es evidente que la multa habrá de graduarse según el principio de proporcionalidad, es decir, según la gravedad de la infracción y demás circunstancias concurrentes, como cuida el 228.5 TR76, y por consiguiente en este caso, teniendo en cuenta la menor gravedad, la legalización de la obra y la no concurrencia de otras circunstancias que ese precepto señala*”.

²²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones...* op. cit. pág. 876.

²²¹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*”, Op., cit., pág. 48.

g) Prescripción de infracciones

La prescripción es uno de los modos de extinción de la responsabilidad por la comisión de un ilícito administrativo, al determinar la imposibilidad de perseguir una infracción o de aplicar la sanción impuesta transcurridos los plazos legalmente establecidos para ello. Tal y como se recoge en el Dictamen del Consejo de Estado de 2 de marzo de 1967, esta institución protege los intereses de la persona que no pueden verse expuestos a reclamaciones antiguas porque el silencio ha creado una objetiva y razonable confianza en que la facultad de exigir responsabilidad al infractor no será ya ejercitada²²².

El plazo de prescripción no es común a las infracciones urbanísticas y a las sanciones que llevan aparejadas. El TRLS de 1976 establecía en su artículo 230 que las infracciones urbanísticas leves prescribirían al año, mientras que las graves lo harían a los cuatro años, a menos que se estableciera un plazo superior para su sanción o revisión. Dicho plazo comenzaría a contar desde el momento en que se produjese la infracción, o en su caso, desde el momento en que hubiera podido incoarse el procedimiento. Por su parte, el RDU concretó que el plazo de un año comienza a contar desde el momento en que existan signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción (artículo 92). Si dicha infracción fuera continuada, el *dies a quo* del cómputo comenzará a contar desde que se finalice la actividad o el último acto con el que la infracción se puede entender consumada. Si se trata de actos que, aún constituyendo infracciones urbanísticas, hayan sido autorizados por la Administración, el plazo de prescripción será el establecido para la revisión de oficio de los mismos. Por su parte, las infracciones urbanísticas cometidas sobre zonas verdes y espacios libres no están sujetas a plazo alguno de prescripción; así lo recogen los artículos 188 TRLS de 1976 y 94 RDU al referirse a los actos de edificación o uso del suelo que se realizaren sin licencia en estas zonas.

Sobre el *dies a quo* hay que distinguir tres supuestos a nivel estatal: si la fecha de la infracción fuera conocida, empezará a computarse el plazo desde el día en que se hubiere cometido la infracción, (STS de 31 de enero de 2001). Si esta fecha no fuera conocida, comenzará a contarse el plazo de prescripción desde que se hubiera debido incoar el procedimiento por haber aparecido signos externos que permiten conocer los hechos constitutivos de la infracción; en este sentido, la Sentencia de 25 de mayo de 2000, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia establece que deberá ser el infractor el que pruebe la fecha de inicio y finalización de las obras ilegales. Y cuando se trate de una infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004, reiterada posteriormente en la de 7 de junio de 2005, en cuanto al instituto de la prescripción, como criterio jurisprudencial excepcional, establece que “*el límite para el ejercicio de la potestad sancionadora y para la prescripción de las infracciones, concluye con la resolución sancionadora y su consiguiente notificación, sin poder extender la misma a la vía del recurso*”. De este modo, el Alto Tribunal sostiene que si la prescripción o la caducidad no se han producido durante la tramitación del procedimiento sancionador,

²²² DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 49.

que termina con la imposición de la sanción, dichas instituciones no son aplicables en vía de recurso contra la sanción. Por tanto, cualquiera que sea el tiempo que toma la Administración para resolver los recursos contra la sanción, ello no dará derecho para reclamar la aplicación de la prescripción ni de la caducidad.

En general, las CCAA han mantenido los plazos de prescripción previstos por la legislación estatal. Sin embargo, algunas de ellas han optado por establecer sus propios plazos²²³; en este sentido, las Comunidades de Madrid, Cataluña, Asturias y Galicia han determinado un plazo de prescripción común para las infracciones graves y para las leves, fijándolo en cuatro años. Por su parte, Castilla la Mancha, ha establecido una clasificación tripartita, fijando en cinco años el plazo de prescripción de las infracciones muy graves, de tres para las graves y de uno para las leves –artículo 187 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de 18 de mayo de 2010-. Mientras que es Aragón la que amplía a diez años la prescripción de las infracciones muy graves.

5. Las sanciones urbanísticas

a) Concepto

Las sanciones son la primera consecuencia punitiva de las infracciones para los responsables, a la que hay que sumar la del resarcimiento de daños y perjuicios a los terceros perjudicados por dicha acción, así como el restablecimiento de la legalidad urbanística en la medida de lo posible (STS de 30 de noviembre de 1987). Son dos efectos distintos los que pueden derivarse de una actuación contradictoria con la ordenación urbanística, tendente uno a la restauración del orden alterado, y otro, a la imposición de la pertinente sanción al sujeto infractor; lo que obviamente dará lugar a otros tantos procedimientos basados en principios distintos, dada su diferentes finalidad, (STS de 4 de diciembre de 1990 y de 14 de julio de 2000). Las medidas sancionadoras están dirigidas a fijar las responsabilidades en que hayan podido incurrir quienes cometan las actuaciones ilegales, así como la sanción que corresponda imponer a los mismos, (STS de 29 de septiembre de 1995) pero tales medidas son independientes de las de protección y restablecimiento del orden urbanístico (STS de 15 de febrero de 1996). Es necesario recordar que hablamos de sanciones administrativas, no penales, ya que la imposición simultánea de ambos tipos de sanciones es incompatible de plano, como veremos en el epígrafe dedicado a la relación del ilícito administrativo con el derecho penal, por el principio del non bis in idem.

La sanción consiste en un mal infligido por la Administración al administrado como consecuencia de una conducta ilegal, que siempre supone la privación de un bien o de un derecho, pero nunca de la libertad, (GARCÍA DE ENTERRÍA, E.²²⁴). Pero no toda medida desfavorable contra un particular es una sanción; están excluidas de este concepto las multas coercitivas, (STS de 10 de julio de 1984) y la demolición, que en puridad es una medida encaminada a restaurar el orden jurídico infringido y no una sanción, tal y como ha recogido el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de febrero de

²²³ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 51.

²²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*El problema jurídico de las sanciones administrativas*”, REDA, 1976, nº 10, pág. 399.

1984. Aunque parte de la doctrina opine que sí se trata de una medida sancionadora, (LÓPEZ PELLICER²²⁵). Desde la entrada en vigor de la CE, el artículo 25.3 no permite las sanciones privativas de libertad.

La sanción urbanística típica es la multa, (al igual que ocurre en el derecho administrativo general), es decir, que al infractor se le impone, por lo general, una sanción consistente en el pago de una determinada cantidad de dinero. Esta sanción puede ser ejecutada directamente por la Administración, sin necesidad de acudir a los tribunales, empleando los medios previstos en el 104 LRJAPPAC, siendo el medio más común y factible en este caso, el del apremio sobre el patrimonio. Pero a pesar de que sea la sanción más común, no es la única; así, se da la expropiación-sanción, la prohibición de edificar en el suelo en el que se haya cometido la infracción, la clausura de instalaciones.

Sobre la imposición de multas por parte de la Administración, la doctrina se mostró dividida²²⁶; una parte de la doctrina sostiene que a las multas administrativas les debe ser aplicada la prohibición del artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Decreto de 26 de julio de 1957, que establecía que los Reglamentos, circulares, instrucciones y demás disposiciones administrativas de carácter general no podrán establecer penas ni imponer exacciones, tasas, cánones, derechos de propaganda y otras similares, salvo aquellos casos en que expresamente lo autorice una ley votada en Cortes. En este sentido, incluso la jurisprudencia admitió inicialmente que las multas administrativas eran sanciones de naturaleza verdaderamente penal, mostrándose contraria, por tanto, a la aplicabilidad directa de las multas ex artículo 27 LRJAPPAC, dictándose las Sentencias de 23 de junio de 1971, 20 de marzo de 1973 y 23 de abril de 1974, entre otras muchas.

El principio general que inspira la imposición de las sanciones es la confiscación del beneficio obtenido con el ilícito, por lo que, en principio, ninguna sanción debiera ser inferior al beneficio obtenido con su comisión para el infractor, (arts. 231 TRLS de 1976 y 272 TRLS de 1992 – derogado-). De este modo, rige la regla general de que en ningún caso la infracción urbanística puede suponer un beneficio económico para el infractor. Este beneficio debe ser siempre confiscado y operará como límite mínimo de la reacción represiva. Aunque también puede ser superior al beneficio obtenido ex artículos 66 a 90 RDU, como luego veremos.

b) Clasificación

Aunque parte de la doctrina ha criticado duramente el hecho de la determinación reglamentaria de las sanciones, por suponer una deslegalización de la materia²²⁷, lo bien cierto es que el RDU fija la graduación de las sanciones mediante el establecimiento de unos límites cuantitativos que operan como mínimos y máximos a esta potestad sancionadora. Y la concreción de cada sanción se efectúa no en relación a cantidades fijas, sino mediante la aplicación de porcentajes no concretados -pero determinables-

²²⁵ LÓPEZ PELLICER, “Régimen de las infracciones y sanciones administrativas en materia de disciplina urbanística”, RDU nº 62, 1979, pág. 94.

²²⁶ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCCEL, A.M., “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 52.

²²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones...* op. cit. pág. 877.

sobre un valor determinado tomado para cada tipo de infracción urbanística concreta, ponderando asimismo, en primer lugar, las circunstancias concretas del caso en orden a la agravación o atenuación de la responsabilidad y de la consiguiente sanción a imponer, (arts. 228.5º TRLS de 1976 y 63 RDU); y en segundo lugar, el principio de comiso del beneficio obtenido por la conducta ilícita. De este modo, la graduación de las sanciones aplicables ha de responder a la ponderación de la gravedad del daño con que la infracción afecta a los intereses generales protegidos o la gravedad del riesgo creado, a la existencia de intencionalidad o reiteración, a la naturaleza de los perjuicios causados, a la reincidencia y al carácter legalizable de los hechos constitutivos de la infracción (art. 55.4 RDU).

En cuanto al principio del comiso del beneficio obtenido, de acuerdo con el artículo 231 TRLS de 1976, cuando el beneficio que resultare de una infracción urbanística fuera superior a la sanción que corresponda, se podrá incrementar el importe de la sanción hasta comprender la cuantía del beneficio obtenido por el infractor, (STS de 3 de noviembre de 1992). Este principio del comiso ilegal opera de forma tal que el beneficio obtenido con la comisión del ilícito se añadirá a la sanción que se deba imponer, y será la suma de ambas cantidades la sanción resultante que habrá de imponérsele al infractor. De dicho beneficio se ha de descontar, en cualquier caso, el coste de las actuaciones pertinentes de reposición de los bienes y situaciones a su primitivo estado, según establece el artículo 55.5 RDU. En la mayoría de los casos, por tanto, la calificación de la infracción carece de relevancia para la determinación de la sanción, dado que ésta se calculará en función del beneficio obtenido por el infractor. Sin embargo, también puede ocurrir que una infracción que no deba ser calificada como grave según lo establecido en el artículo 54 RDU, lleve aparejada una sanción muy superior en su cuantía que otra que efectivamente sea calificada como grave –por ejemplo, el derribo de un edificio monumental que supone una sanción del doble del valor del edificio destruido, que será lógicamente muy superior al 10% del valor de la obra proyectada en una parcela de superficie inferior a la mínima edificable, en virtud del artículo 84 RDU-. En este sentido, la STS de 27 de junio de 1988 establece la necesaria observancia de los siguientes requisitos: existencia real de beneficios, persistencia de los mismos tras la reposición de las cosas a su estado primitivo e insuficiencia del coste de la reposición y del importe de la sanción para anular el beneficio ilícito. De lo que se trata, en definitiva²²⁸, es de evitar que el patrimonio del infractor se vea enriquecido de forma injusta por la comisión de la infracción urbanística.

Establece el RDU en su capítulo II, artículos 66 a 89 el catálogo de sanciones urbanísticas aplicables, diferenciando entre las sanciones aplicables en materia de parcelación de las que se pueden imponer en materia de uso de suelo y edificación.

- **Sanciones en materia de parcelación:**

- a. Serán sancionados con multa del 15 al 20% del valor de los terrenos afectados quienes realicen parcelaciones sobre suelo no urbanizable, sanción que podrá ser incrementada hasta el 30% del valor del suelo si la división realizada lesionase el valor específico que protege el ordenamiento urbanístico.

²²⁸ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*”, Op., cit., pág. 54.

b. Serán sancionados con multa del 15 al 20% del valor de los terrenos afectados quienes realicen, con fines de edificación, parcelaciones sobre terrenos destinados por el planeamiento a equipamiento social o a ejecución de sistemas generales de comunicaciones o de zonas verdes o espacios libres.

c. Serán sancionados con multa del 10 al 15% del valor del suelo afectado quienes realicen parcelaciones en suelo urbanizable no programado antes de la aprobación definitiva del correspondiente Programa de Actuación Urbanística, pudiendo incrementarse hasta el 20% del mismo valor, cuando concurra alguna de las circunstancias señaladas en el art. 67.

d. Serán sancionados con multa del 5 al 10% del valor del terreno afectado quienes realicen parcelaciones cuando:

- Se trate de suelo clasificado como urbanizable programado, si no existiese Plan Parcial definitivamente aprobado. Esta sanción será del 10 al 15% del valor del suelo cuando esta parcelación supusiese infracción de disposiciones contenidas en el Plan General, Normas Subsidiarias o Programa de Actuación Urbanística.

- Se lleven a cabo en suelo declarado apto para urbanizar por las correspondientes Normas Subsidiarias de Planeamiento, o en suelo urbanizable no programado que tenga aprobado Programa de Actuación Urbanística, siempre que en ambos casos no exista Plan Parcial definitivamente aprobado.

Esta sanción será también del 10 al 15% del valor del suelo cuando esta parcelación supusiese infracción de disposiciones contenidas en el Plan General, Normas Subsidiarias o Programa de Actuación Urbanística.

- Se trate de suelo urbano que contradigan las previsiones establecidas en el Plan General o en las Normas Subsidiarias de Planeamiento.

- Cuando las parcelaciones o divisiones de terrenos que den lugar a lotes inferiores a la parcela establecida como indivisible, y también cuando se lleven a cabo operaciones de división o segregación de parcelas que tengan la condición de indivisibles.

e. Serán sancionados con multa de hasta el 20% del valor de los terrenos afectados quienes lleven a cabo parcelaciones en superficies destinadas a dominio público, equipamiento social y comunitario, sistemas generales o espacios libres, siempre que se efectúen en suelo urbano clasificado a través de Proyectos de Delimitación aprobados, conforme al artículo 81 de la Ley del Suelo, cuando aquéllas infrinjan las Ordenanzas municipales.

f. Serán sancionados con multa del 10 al 20% del valor de los terrenos afectados quienes realicen parcelaciones en terrenos que no hayan sido previamente clasificados como suelo urbano por un Plan, Norma Complementaria y Subsidiaria de Planeamiento o Proyecto de Delimitación, siempre que tales parcelaciones impliquen la creación de un nuevo núcleo de población o la ampliación de uno ya constituido en términos, en este caso, que requieran la ejecución de obras de infraestructura que no sean mero complemento de la urbanización existente.

g. Serán sancionados con multa del 2% del valor de los terrenos todos aquellos que ejecuten, sin licencia, operaciones de parcelación que no contradigan el planeamiento en vigor.

• **Sanciones en materia de suelo y edificación:**

a. Se impondrá la multa del 10 al 20% del valor de la obra proyectada, a todos aquellos que realicen obras de edificación o urbanización en contra del uso que corresponda al suelo en el que se ejecuten, imponiéndose el 20% cuando la actuación se refiera a suelo destinado a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas de recreo y expansión, o equipamiento comunitario.

b. A aquellos que realicen actos, actividades, obras o instalaciones que impidan o perturben gravemente el uso público o el interés general común en terrenos destinados por el planeamiento a dichos usos, serán sancionados con la imposición de las siguientes multas:

- Del 10 al 20% del valor del suelo afectado, cuando el hecho que impida el uso o produzca la perturbación origine una situación permanente.

- Del 1 al 5% de dicho valor, cuando se realicen con carácter meramente ocasional, o las instalaciones o actividades puedan ser objeto de legalización por el órgano administrativo competente.

c. Cuando la infracción se realice sobre bienes no susceptibles de valoración, por estar excluidos de modo permanente y total de tráfico jurídico, y cuando se trate de actos de uso de suelo que sean incompatibles o alteren la utilización prevista en el planeamiento en vigor, la multa podrá oscilar entre los 30 euros y los 3000 euros, graduándose en función de la mayor o menor trascendencia que la perturbación ocasione al uso público, y el carácter permanente, ocasional o legalizable de los mismos.

d. Serán sancionados con multa del 5 al 10% aquellos que incurran en las siguientes conductas:

- Quienes alteren el uso a que estuvieren destinados por el Plan, Normas u Ordenanzas, determinándose la sanción en función del valor del edificio, planta, local o dependencia concretos.

- Los actos de edificación, cuando ésta alcance altura superior a la determinada por el Plan o Norma de aplicación, si dicho exceso no implicare un aumento sobre el volumen permitido, viniendo establecida la sanción correspondiente por el valor del exceso de edificación.

- La edificación de sótanos o semisótanos, cualquiera que sea el uso a que se dedicaren, no permitidos por el Plan o Norma urbanística aplicable.

- La ejecución de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación en edificios calificados como fuera de

ordenación, salvo los casos de excepción previstos en el apartado 60. 3º TR76, calculándose el porcentaje de la sanción en función del valor de lo realizado.

- La realización de construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios de carácter artístico-histórico, arqueológico, típico o tradicional que, infringiendo las correspondientes Normas o régimen jurídico de protección, quebranten la armonía del grupo, o cuando produzcan el mismo efecto en relación con algún edificio de gran importancia o calidad de los caracteres indicados. La sanción, que se calculará en función del valor de la obra proyectada, se graduará en atención al carácter grave o leve de la discordancia producida.

e. Se sancionarán con multa del 10 al 20% de su valor

- El exceso de edificación sobre la edificabilidad permitida por el Plan.

- La ejecución de edificaciones con altura superior a tres plantas, medidas en cada punto del terreno, donde no exista Plan o normativa urbanística que lo autorice.

- La edificación en solares enclavados en núcleos o manzanas edificados en más de sus dos terceras partes con alturas superiores a la media de los edificios ya construidos.

- Los que edificaren en parcelas cuya superficie sea inferior a la establecida como mínima edificable, graduando la multa en función de la mayor o menor desproporción que exista entre la superficie de la parcela edificada y la superficie de la parcela mínima según el Plan, viniendo determinada la sanción por el valor de la obra proyectada.

- Las infracciones por incumplimiento de las reglas de distancia de las edificaciones entre sí y en relación con las vías públicas, espacios libres y linderos, viniendo determinada la sanción por el importe de la obra que se sitúe fuera de los límites a los que deba ajustarse.

- Las infracciones sobre las Normas sobre condiciones higiénico-sanitarias y estéticas, determinándose la sanción por el valor de las obras complementarias que fuere necesario realizar para subsanar las deficiencias correspondientes.

- La vulneración de cualquier otra determinación establecida en las Ordenanzas de la edificación o del Proyecto de Urbanización, cuando causen un perjuicio o pongan en situación de riesgo la normalidad del uso de la edificación, construcción, instalación o servicio o la salud de los usuarios.

- La ejecución de obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor de expropiación en edificios calificados como fuera de ordenación, que lleven consigo aumentos de volumen o incremento de altura en relación con la situación existente.

f. Se sancionará con multa equivalente al 1% de su valor la realización de obras sin el correspondiente Proyecto de Urbanización, cuando la aprobación de éste fuere preceptiva.

g. Se sancionarán con multa equivalente al doble del valor de lo destruido a aquellos que derribaren o desmontaren total o parcialmente edificaciones, construcciones o instalaciones que sean objeto de una protección especial por su carácter monumental, histórico, artístico, arqueológico, cultural, típico o tradicional, siendo la Comisión que recoge el artículo 78 LEF la encargada de determinar, mediante tasación pericial, el valor de lo destruido.

En cuanto a las CCAA, conviene recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de julio de 1985, estableció que la norma sancionadora autonómica deberá atenerse a lo dispuesto en el artículo 149.1.1º CE, de modo tal que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de las ya recogidas en la formación válida para todo el territorio. Del mismo modo, el procedimiento sancionador habrá de atenerse al procedimiento administrativo común, cuya configuración es competencia estatal exclusiva²²⁹.

c) Procedimiento sancionador previsto en la legislación estatal

No existe en el ámbito urbanístico un procedimiento sancionador específico, sino que se remite a las reglas establecidas de forma general para el procedimiento administrativo. En este sentido, el artículo 149.1.18º CE atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de procedimiento administrativo común, lo que no significa que la ordenación concreta de los trámites procedimentales ordenados a la represión de las infracciones urbanísticas sea competencia estatal, puesto que ésta se limita a establecer las pautas esenciales del procedimiento a fin de asegurar un tratamiento común de todos los ciudadanos. Así las cosas, serán las CCAA las que regularán el procedimiento sancionador en materia urbanística, dentro del marco común establecido por las normas de la LRJAPPAC. De este modo, las sanciones urbanísticas deben imponerse a través de un procedimiento administrativo, que deberá respetar los principios esenciales del artículo 24 CE a fin de preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 del mismo texto constitucional (STS de 8 de junio de 1980). Los valores de estos artículos 9 y 24 CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión, con la carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y se haga firme; por el contrario, la garantía de orden constitucional exige que el acuerdo de sanción se adopte a través del procedimiento en que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga, (STS de 8 de junio de 1981). Por esta razón, la sanción impuesta de plano y sin seguimiento de procedimiento alguno incurre en nulidad de pleno derecho, (SSTS de 4 de enero y 13 de marzo de 1991). En desarrollo de la LRJAPPAC –que regula los principios generales en los artículos 134 a 138- se ha dictado el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto²³⁰, que tiene carácter supletorio para

²²⁹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 57.

²³⁰ Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS).

aquellas CCAA que no hayan establecido una regulación específica en materia de disciplina urbanística.

- **Órgano competente para la imposición de sanciones urbanísticas**

Si bien la potestad sancionadora se ejerce propiamente por el órgano competente para dictar la resolución que ponga fin al expediente gubernativo seguido al efecto, imponiendo en su caso la sanción, tanto la legislación de procedimiento administrativo, como el TRLS de 1976 y el RDU diferencian la competencia para incoar y tramitar el expediente sancionador (art. 65 RDU), de la competencia para la imposición de sanciones según su cuantía (art. 64 RDU). Así las cosas, la competencia para incoar el procedimiento sancionador corresponde a los Ayuntamientos o a los órganos correspondientes de las CCAA, según los casos, atendida la cuantía de la sanción. Sin embargo, no les corresponde resolver el mismo expediente sancionador, viniendo encomendada dicha tarea a los órganos de las CCAA que vengan establecidos por las propias leyes autonómicas. En cualquier caso²³¹, el importe de las sanciones pecuniarias impuestas irá destinado a engrosar las arcas de las entidades municipales. Según el artículo 228 TRLS 1976 y 64 RDU, será competente para iniciar el expediente sancionador el Ayuntamiento –Alcalde o Junta de Gobierno Local por delegación- los órganos autonómicos y demás entidades u órganos que tengan atribuidas facultades de inspección y fiscalización del planeamiento.

Ahora bien, el órgano competente para sancionar dependerá del número de habitantes y de la cuantía multa a imponer:

- ❖ Los Alcaldes, siempre que:

- La sanción no podrá ser superior a los 601,01€, cuando se trate de municipios que no excedan de 10.000 habitantes.

- La sanción no podrá ser superior a los 3.005,06 €, cuando se trate de municipios que no excedan de 50.000 habitantes.

- La sanción no podrá ser superior a los 6.010,12 €, cuando se trate de municipios que no excedan de 100.000 habitantes.

- La sanción no podrá ser superior a los 30.050,61 €, cuando se trate de municipios que no superen los 500.000 habitantes.

- La sanción no podrá ser superior a los 60.101,21 €, cuando se trate de municipios que superen los 500.001 habitantes.

- ❖ El órgano autonómico competente podrá imponer sanciones de hasta 150.253,03 euros, previo informe de la Comisión Provincial u organismo autonómico equivalente.

²³¹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 60.

- ❖ El Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, (u órgano autonómico correspondiente), podrá imponer sanciones de hasta 300.506,05 euros, previo informe de la Comisión Central de Urbanismo u organismo autonómico equivalente.
- ❖ El Consejo de Ministros, (u organismo autonómico competente), podrá imponer sanciones de hasta 601.012 euros, a propuesta del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, previo informe de la Comisión Central de Urbanismo u organismo autonómico equivalente.

Ahora bien, atribuida la competencia en función del quantum de la sanción urbanística, si una vez instruido el expediente, la propuesta de resolución incluye una multa de cuantía superior a la que corresponda a los órganos de la Administración que lo tramitó, la propuesta habrá de elevarse a la Autoridad que sea competente por razón de dicha cuantía (art. 274 TRLS de 1976).

- **Fases del procedimiento sancionador:**

- i.- Actuaciones previas y medidas cautelares:**

Con anterioridad al acto formal de iniciación del procedimiento sancionador, por la Administración Pública podrán evacuarse *actuaciones preliminares* de investigación para comprobar los presupuestos que luego darán lugar al ejercicio de la potestad sancionadora: consistentes, entre otros, en la identificación de los hechos, del responsable, de las circunstancias relevantes, etc. Los órganos competentes para ello serán aquellos que tengan atribuidas funciones de investigación y averiguación, (STS de 20 de diciembre de 1986). Se trata de lo que se ha denominado “*información reservada*”, que normalmente, estará constituida por los oportunos informes municipales, (STS de 19 de febrero de 1992). Estas actuaciones serán realizadas, en principio, por la inspección urbanística, órgano previsto por la Ley de 1956, mantenido por los TRLS de 1976 y TRLS de 1992, en los siguientes términos: “*La Inspección urbanística se ejercerá por los órganos de la Administración autonómica y local, dentro de sus respectivas competencias, y de acuerdo con la legislación vigente, viniendo atribuida al Alcalde la facultad de inspección de las parcelaciones urbanas, obras e instalaciones del término municipal para comprobar el cumplimiento de las condiciones exigibles*”.

Verificada, pues, la existencia de una actividad urbanística ilícita, procede la adopción de las *medidas cautelares* pertinentes²³², conforme a lo establecido por el artículo 130.1 LJCA para evitar que de ejecutarse el acto o aplicarse la disposición, el recurso pudiera perder su finalidad legítima (STS de 22 de mayo de 2007). Estas medidas cautelares, pueden imponerse antes de la incoación del procedimiento o bien durante el curso del mismo, pero deben ser impuestas de forma imperativa, como medidas tendentes al aseguramiento de la eficacia de la resolución final que en su día se adopte, y en su caso, evitando el mantenimiento de los efectos del ilícito administrativo y cualquier avance que, en su caso, haría más gravosa la demolición posterior (SSTS de

²³² DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 61.

21 de abril de 1992 y de 29 de julio de 1996). En ningún caso podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Por supuesto, la adopción de estas medidas no vulnera la presunción de inocencia, puesto que su imposición no supone condena ni sanción, ni impide que el sujeto sea absuelto o se declare improcedente la imposición de sanción alguna (STS de 15 de abril de 1985). El Tribunal Constitucional ha señalado que las medidas cautelares deben ser razonables, proporcionadas y temporalmente limitadas, por lo que, una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso (SSTC nº 108/84, de 26 de noviembre, nº 41/91, de 25 de febrero y nº 80/91, de 15 de abril).

Como ya hemos hecho referencia anteriormente, la medida cautelar por excelencia es la suspensión inmediata de las obras, dirigida a la congelación de la situación de hecho a fin de evitar que la resolución definitiva sea más gravosa de lo necesario. En cualquier caso y de acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, la suspensión se configura como una medida provisional, de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, dado el interés general en la efectividad de las decisiones de los poderes públicos y, en particular, en la ejecución de las resoluciones dictadas por Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el artículo 117.3º CE, (ATC 262/2005, de 20 junio). Esta medida no requiere la exigencia del trámite de audiencia en cuanto se trata de una decisión provisional, a resultas del expediente que se tramita en cuanto al fondo del asunto; dada, pues, la sumariedad de este tipo de expedientes, lo limitado de su contenido y el interés público protegido, no es exigible el trámite de audiencia previsto para el procedimiento ordinario en el artículo 93 LRJPAC, (SSTS de 18 de septiembre de 1990 y de 16 de mayo de 1997). La audiencia retrasaría la suspensión con lo que, en su caso, aumentaría o lo indebidamente construido o lo indebidamente demolido -y esto último puede ser irreparable-, sin que ello implique indefensión, (STS de 27 de marzo de 1987), pues tanto la medida de suspensión de las obras como el requerimiento para la legalización de las mismas constituyen una verdadera llamada al interesado para que en el expediente pueda manifestar lo que a su derecho convenga; sin olvidar, por último, que siempre queda abierta la posibilidad de recurrir, (SSTS de 30 de septiembre de 1988 y de 28 de mayo de 1996).

Esta suspensión de las obras puede darse sola o acompañada de otras medidas concretas²³³; así, la STS de 25 de octubre de 1993 hace referencia a la retirada de maquinaria, el precintado de las obras o del lugar de acceso a las mismas o el acopio y preservación de todos los materiales y restos provenientes de la demolición. También cabe la comunicación a las empresas suministradoras de agua, luz, teléfono, etc. a fin de que procedan a la suspensión de los correspondientes suministros, e incluso la anotación marginal en el Registro de la Propiedad. Como afirma PAREJO ALFONSO²³⁴, esta suspensión no prejuzga, en ningún caso, la disconformidad sustantiva de las obras o usos a la ordenación urbanística –más bien su fin está en hacer posible, dejando en suspenso, la realidad, un juicio sobre dicho extremo- y ni siquiera el incumplimiento del titular de los actos suspendidos de la carga de su legalización autoriza a concluir sin más la ilegalidad material de dichos actos.

²³³ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*, Op., cit., pág. 62.

²³⁴ PAREJO ALFONSO, “*La disciplina...* op. cit. pág. 58.

ii- Iniciación:

Es la consecuencia de la constatación de la existencia de actos materiales presuntamente infractores, lógicamente vinculada a las competencias administrativas de inspección y fiscalización de la ejecución del planeamiento urbanístico del artículo 260 TRLS de 1992 y 189 TRLS de 1976, incumbiendo por tanto a los Ayuntamientos, a los órganos autonómicos correspondientes y demás entidades u órganos urbanísticos que tengan atribuidas dichas facultades supervisoras (arts. 273 TRLS y 65 RDU). Efectuadas las actuaciones preliminares de averiguación de los hechos que se estimen pertinentes, esta competencia se materializa en la adopción por el órgano competente del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador. Este acuerdo de iniciación podrá adoptarse por iniciativa propia –por conocimiento directo o indirecto de la infracción-, por orden del superior jerárquico, por petición razonada de cualquier otro órgano no competente para su inicio, o bien por denuncia de particular. El contenido mínimo del acuerdo es el que recoge el artículo 13 RDU, y consiste en la identificación del autor/es presuntamente responsables; la exposición sucinta de hechos, la posible calificación jurídica y propuesta de sanción; las medidas provisionales acordadas, en su caso; el derecho del presunto infractor a formular alegaciones y el plazo para ello; el órgano competente para resolver; el nombramiento de instructor y secretario en su caso, junto con el régimen de recusación y la posibilidad de reconocimiento voluntario de la responsabilidad. Si desde el momento de la incoación se considerase que los hechos son constitutivos de una infracción leve, se procederá por los trámites del procedimiento simplificado de los artículos 23 y 24 RPS lo que deberá hacerse constar en el acuerdo de incoación. La inactividad del interesado en los plazos otorgados podrá dar lugar a que el contenido del acto de iniciación pueda ser directamente considerado como propuesta de resolución del expediente (art. 13.2 RPS) siempre que el pronunciamiento que contenga sea preciso sobre la responsabilidad del presunto infractor. Ahora bien, en ningún caso puede el instructor eximirse de practicar de oficio diligencias de prueba para la investigación de los hechos. Contra el acuerdo de incoación no cabe recurso contencioso-administrativo, ya que es de mero trámite, salvo que ponga fin a la vía administrativa, haga imposible o suspenda su continuación o produzca indefensión, (art. 107.1 LRJAPPAC).

En el caso concreto de que se trate de una obra realizada sin licencia o contraviniendo la misma²³⁵, en la notificación al interesado se le debe advertir del plazo del que dispone –dos meses- para solicitar la licencia, si no la tuviera o en su caso, para ajustar la obra a la licencia previamente concedida. Si el interesado no actuare de ninguna de estas dos formas, el Ayuntamiento acordará la demolición de las obras o la restauración del orden infringido o la realidad física alterada a consecuencia de la actuación ilegal (STS de 23 de abril de 1982 y de 27 de junio de 1983). En este caso, sí es necesaria la audiencia al interesado en cualquier caso antes de acordar la demolición, a pesar de haber transcurrido el plazo de dos meses que se le ha dado al particular, con base en el artículo 105.c) de la Constitución (STS de 23 de noviembre de 1981). En caso de que el infractor solicite la licencia pertinente en el plazo de dos meses o ajuste la obra a la misma, esta adecuación a la legalidad no impide que se de comienzo al expediente sancionador para imponer la multa prevista en el artículo 90.1 RDU, (SSTS

²³⁵ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 63.

de 27 de abril de 1984 y de 25 de noviembre de 1985). Pero puede ocurrir que la obra no sea legalizable y que se deniegue la licencia, por lo que sólo cabe la demolición, además de la imposición de una multa, (STS de 15 de diciembre de 1983) sin que en ningún caso resulte vulnerado el principio del non bis in idem, puesto que la demolición obedece a una medida de restauración de la legalidad, mientras que la multa tiene su causa en la infracción administrativa cometida.

Por último, es importante recordar lo que establece el artículo 134.2 LRJAPPAC, sobre la separación entre las fases instructora y decisoria, como una de las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador. Una de las Sentencias que exponen con mejor criterio este principio es la número 142/97, de 15 de septiembre, del Tribunal Constitucional, que hace una invocación explícita a la aplicación de la imparcialidad objetiva al decir que *“Esta imparcialidad objetiva, cuyo corolario más trascendental se halla en la necesaria separación entre las funciones instructora y enjuiciadora, (doctrina ya firmemente recogida por el Tribunal, e incorporada a la legislación procesal), es hija de la construcción procesal bifásica característica de la jurisdicción penal de cuño continental donde se encadenan el sumario o investigación bajo garantía o dirección judicial y el juicio oral en sentido propio, aun cuando no sea extraño pero sí infrecuente en los demás sectores jurisdiccionales, (otrota en la civil) por ejemplo, para los asuntos sobre propiedad intelectual). La identidad de naturaleza de la infracción administrativa y del delito, de pena y sanción, exigen la extensión de esta incompatibilidad al procedimiento administrativo sancionador”*. Sin olvidar en ningún caso que, si bien las exigencias derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías se aplican, en principio, al procedimiento administrativo sancionador, sin embargo también ha hecho la jurisprudencia especial incidencia en que dicha aplicación debe realizarse con las modulaciones requeridas en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24.2 CE y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, en tanto sean compatibles con su propia naturaleza, (STC 197/04, de 15 de noviembre)

Más en concreto, y por lo que se refiere específicamente a la garantía de imparcialidad, se ha señalado que es uno de los supuestos en que resulta necesario modular su proyección en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicha garantía *“no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales”*, (SSTC 2/03, de 16 de enero y 174/05, de 4 de julio).

iii- Instrucción del procedimiento:

La instrucción del procedimiento comprende fundamentalmente las actuaciones de investigación de responsabilidades por parte del instructor, la proposición y la práctica de la prueba²³⁶. El primer trámite supondrá dar audiencia al presunto infractor por plazo de 15 días para que efectúe alegaciones, presente documentos y proponga prueba. Admitida ésta y practicada, en su caso, se entenderá finalizado el trámite de instrucción. Si como resultado de ésta estimase el instructor que ha resultado

²³⁶ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 64.

modificada la determinación inicial de los hechos, las circunstancias, etc. se le notificará al presunto infractor en la propuesta de resolución.

Finalizado el período de instrucción, el instructor formulará propuesta de resolución del procedimiento, donde podrá determinar la existencia o inexistencia de infracción o de responsabilidad. Esta propuesta debe contener la relación de los hechos generadores de responsabilidad; la valoración de la prueba practicada; la calificación jurídica de los hechos; las circunstancias modificativas de la responsabilidad y, en su caso, las medidas cautelares propuestas. La propuesta de resolución se notificará al presunto infractor, junto con la puesta de manifiesto de las actuaciones. Se trata de un derecho que forma parte de las garantías del artículo 24.2 CE, ya que sin él no hay posibilidad real de defensa en el ámbito del procedimiento, (STC de 6 de febrero de 1989). Tras la notificación de la propuesta, se abre un nuevo período de audiencia a los interesados, aunque se prescindirá de ello cuando en el procedimiento no figuren otros hechos, alegaciones o pruebas que las aducidas por el interesado con anterioridad a este momento procedimental; por lo que esta audiencia será preceptiva en cualquiera de los casos del artículo 16.3 RPS. Se celebrará de conformidad con el artículo 84 LRJAPPAC y 19 RPS: los interesados tendrán plazo de 15 días para examinar las actuaciones, formular alegaciones y presentar documentos que estimen pertinentes. Tras ello, se elevará la propuesta de resolución al órgano competente para resolver, que como ya hemos visto, es diferente al órgano que ha instruido el expediente. En caso de obras sin licencia o de obras que no se ajusten a la misma, ante la inactividad del infractor la resolución a acordar no puede ser otra que la demolición, o en su caso, la restauración del orden jurídico lesionado para impedir de forma definitiva los usos para los que fue ejecutada la obra ilegal.

iv- Conclusión del procedimiento:

El procedimiento administrativo puede finalizar por resolución, por desistimiento de la solicitud, por renuncia al derecho en el que se funda, por declaración de caducidad. Dada la especial naturaleza jurídica del procedimiento administrativo sancionador, no cabe ni el desistimiento, ni tampoco la renuncia, dado que no existen derechos privados a que el interesado pueda renunciar o sobre los que pueda transigir, de modo que lo normal será finalizar por resolución o por caducidad, aunque también se reconoce otra posibilidad como es la del reconocimiento del inculpado de su responsabilidad²³⁷.

Por resolución: Elevadas las actuaciones, junto con la propuesta de resolución al órgano competente para resolver, éste podrá acordar motivadamente la práctica de actuaciones de instrucción complementarias que sean indispensables para resolver el procedimiento, (art. 20.1 RPS). Notificado a los interesados, podrán hacer alegaciones y el plazo para resolver se suspenderá hasta que se evacuen estas actuaciones.

Concluido el plazo para alegaciones, el órgano competente para resolver dictará la resolución que pondrá fin al procedimiento. Lo normal es que la resolución siga el resultado de la propuesta elevada de instrucción, pero puede darse una calificación jurídica distinta, (SSTS de 28 de noviembre de 1989 y de 8 de noviembre de 1990). En

²³⁷ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA*”, Op., cit., pág. 65.

cuanto al contenido de esta resolución, deberá decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y que se deriven del procedimiento: fijación de hechos, valoración de pruebas practicadas, determinación de las personas responsables, infracciones cometidas, sanción o sanciones que se imponen y los recursos que caben contra la misma, así como el órgano ante el que imponerlos.

En el caso de que se hubieran causado daños y perjuicios a la Administración, podrán exigirse también la reposición al estado originario de la situación alterada por la infracción -aplicación de las normas de restauración de la legalidad urbanística- así como la indemnización por daños y perjuicios, siempre que la cuantía haya quedado determinada en el procedimiento; corresponderá en este caso a la Administración actuante acreditar la realidad de la lesión patrimonial sufrida y la valoración de los daños, así como la culpabilidad del sujeto y el nexo causal, siendo competente para conocer de esta reclamación la jurisdicción civil. Cabe destacar la STS de 16 de mayo de 1989, que determinó que *“no constando la imposición de sanción urbanística a ninguno de los demandados, ni que incumplieran o inobservaran lo dispuesto en la licencia de obras, dado que en el ámbito administrativo no aparece una cumplida prueba de la existencia de conducta reprochable, mayor inseguridad existe aún en el ámbito jurisdiccional civil.”* Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 16 de mayo de 1997, sí estima que se ha producido una situación de indefensión en el caso concreto, al no haber podido alegar el particular ante la Administración determinadas cuestiones de hecho. *“(…) la Administración ha omitido la propuesta de resolución, que constituye elemento fundamental del procedimiento sancionador y que debe formular y comunicar al interesado para que éste pudiera, haciendo las alegaciones pertinentes, defenderse. Máxime teniendo en cuenta que en el supuesto de autos, es el propio interesado el que está confundiendo un expediente sancionador con un expediente de legalización, lo que podría ser puesto de manifiesto por la Administración, a fin de éste articulara, centrando los hechos, las pruebas y los mecanismos de defensa que considerara oportuno”.*

Por caducidad: Se trata de un modo anormal de terminación del procedimiento, por transcurso de los plazos señalados en la ley unido a la falta de impulso de la Administración competente, (STS de 1 de junio de 1988), que tendrá lugar transcurridos 2 meses desde que se adopte el acuerdo de incoación, éste no se notifica al imputado; se archivarán las actuaciones y se notificará, (6.2 RPS), o bien, transcurridos 30 días desde que venció el plazo para que se dictase resolución, (43.4 RPS) Se inicia el cómputo de estos 30 días tras el transcurso de 6 meses desde la incoación del procedimiento sin que haya recaído resolución. La consecuencia será el archivo de las actuaciones y no producirá per se la prescripción de la acción sancionadora.

Por reconocimiento de responsabilidad del propio infractor: Esta posibilidad debe quedar reflejada en el escrito de iniciación que se le notifica al presunto infractor.

Supone la conformidad de éste con la calificación de los hechos y la sanción que le corresponda de acuerdo con los términos del escrito de iniciación²³⁸. En caso de aceptación, se podrá dictar la resolución que ponga fin al procedimiento, con

²³⁸ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 66.

imposición de la sanción a la que se haya aquietado. Pero es necesario puntualizar que la Administración no queda vinculada, aunque el infractor tome esta decisión.

También el pago voluntario en cualquier momento anterior a la resolución puede suponer la terminación del procedimiento. Ahora bien, ni el reconocimiento voluntario de su responsabilidad ni el pago voluntario de la multa suponen la renuncia al derecho a interponer recursos procedentes en vía administrativa o contencioso administrativa.

v- Procedimiento simplificado:

Previsto en los artículos 23 y 24 RPS, se hará uso de este procedimiento simplificado cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento estime que existen elementos de juicio suficientes para calificar la presunta infracción como leve, lo que deberá comunicarse oportunamente al interesado. Las características más destacables son la reducción de plazos y la simplificación de los trámites. Tras la comunicación al presunto infractor, se abre un plazo de 10 días para que se efectúen las actuaciones preliminares, como son alegaciones, proposición y práctica de prueba. Transcurrido este plazo, el instructor puede formular propuesta de resolución y remitirla al órgano sancionador competente, o bien, si estimare que los hechos pueden ser constitutivos de infracción grave o muy grave, acordará la continuación de las actuaciones por el procedimiento general, con apertura del período de prueba del 17 RPS. Dada la exigua regulación de este procedimiento, deben considerarse como supletorias las normas del procedimiento general, por ejemplo, en adopción de medidas cautelares, en la posibilidad de pago voluntario, etc.

Como las CCAA tienen asumidas las competencias sobre organización de sus instituciones de autogobierno ex artículo 148.1.1º CE, esta materia está regulada de diferente forma por las distintas leyes autonómicas, si bien todas ellas diferencian las competencias de los órganos de las entidades locales, de las que corresponden a la Administración autonómica.

d) Prescripción de las sanciones urbanísticas

Con respecto al plazo de prescripción de las sanciones, el Real Decreto Ley 16/81, sobre adaptación de los planes generales de ordenación urbana, establece que el plazo de cuatro años fijado en el artículo 185.1 TRLS de 1976 para la adopción de medidas de protección de la legalidad urbanística aplicable a aquellas obras realizadas sin licencia también es aplicable también a la prescripción de las infracciones urbanísticas correspondientes. De tal forma que, por la literalidad del texto²³⁹, a aquellas infracciones urbanísticas consistentes en la ejecución de obras sin licencia les será aplicable el plazo de prescripción de cuatro años y no el de un año establecido en el artículo 230 TRLS de 1976.

²³⁹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANISTICA”, Op., cit., pág. 69.

6. Los recursos contra las resoluciones sancionadores; la acción pública urbanística

a) Recursos en vía administrativa

La imposición de sanciones por razón de infracción urbanística, en cuanto que realizada por la Administración con sujeción al derecho administrativo, reviste carácter de acto administrativo, por lo que es revisable por la jurisdicción contencioso-administrativa. La resolución que pone fin al procedimiento sancionador puede agotar la vía administrativa o puede no hacerlo. Si no pone fin a la vía administrativa, contra la misma cabe interponer recurso administrativo ordinario, a saber, de alzada o reposición, mientras que si pone fin a la vía administrativa, puede interponerse el recurso extraordinario de revisión del artículo 118.1 LRJAPPAC. En cualquier caso, debe ser la propia resolución que ponga fin al procedimiento administrativo la que exprese los recursos que procedan contra la misma, el órgano judicial o administrativo ante el cual hayan de interponerse y el plazo habilitado a tal efecto (art. 89.3 LRJAPPAC). El artículo 109 LRJAPPAC enumera aquellos actos que efectivamente ponen fin a la vía administrativa: las resoluciones de los recursos de alzada; las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el art. 107.2 LRJAPPAC; las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario; las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca; los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

El recurso de alzada es aquél que tiene por objeto la nulidad de un acto administrativo²⁴⁰, no poniendo fin a la vía administrativa. Su resolución se encomienda al superior jerárquico del órgano que dictó el acto que se recurre, pero su interposición puede, a elección del particular, interponerse directamente ante el órgano que dictó la misma o ante el competente para resolverlo (art. 114.2 LRJAPPAC). El recurso de reposición se interpone necesariamente ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo cuya nulidad se pretende. A diferencia del recurso alzada, este recurso es potestativo, ya que el particular puede optar por interponer esta clase de recurso, o bien, acudir directamente a la vía jurisdiccional. Ambos recursos deben ser impuestos en el plazo de un mes, cuando se trate de un acto expreso, siendo el *dies a quo* el siguiente a la notificación o, en su caso, publicación, mientras que dispondrán de tres meses para su interposición en el caso de actos presuntos. Tanto el recurso de reposición como el de alzada pueden fundarse en cualquier infracción al ordenamiento jurídico (ex art. 62 y 63 LRJAPPAC).

El recurso de revisión tiene carácter extraordinario ya que sólo procede su interposición contra actos que hayan devenido firmes en vía administrativa, (art. 108 LRJAPPAC). Este recurso sólo podrá interponerse por uno de los motivos que recoge el artículo 118.1 LRJAPPAC, variando los plazos de interposición en función de la causa que lo legitime: que al dictar el acto se haya incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente; que se aporten o aparezcan documentos de fecha posterior que evidencien error de la resolución recurrida; que en la

²⁴⁰ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 70.

resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia firme, o bien, que la resolución recurrida se dictara a consecuencia de violencia, **prevaricación** (art. 118.1,4 LRJAPPAC), cohecho, maquinación fraudulenta u otra conducta punible declaradas por sentencia firme. Su interposición se efectúa ante el mismo órgano que dictó la resolución. El plazo para interponer este recurso extraordinario es diferente en función de la causa que lo motive; el plazo general es de tres meses desde que se haya tenido conocimiento de los respectivos documentos o desde que la sentencia judicial devino firme, mientras que se amplía hasta los cuatro años en aquellos casos en los que se haya incurrido en error de hecho al dictar la resolución, cuando resulte de los documentos que se hayan incorporado al expediente.

b) Recursos en vía jurisdiccional

La impugnación de la resolución en vía contencioso- administrativa procederá cuando finalice la vía administrativa, bien por el carácter del órgano administrativo que dictó la resolución, (art.109, apartados c y d LRJAPPAC), bien por haberse resuelto el recurso ordinario que fuera admisible, (art. 109, a) LRJAPPAC) o bien por haber optado a ello el particular en vez de interponer el recurso de alzada. El plazo de interposición es de dos meses.

c) La acción pública urbanística

Introducida en el ámbito urbanístico por la Ley del Suelo de 1956, nació de la necesidad de suscitar la colaboración ciudadana en la función de control de la legalidad urbanística, introduciendo la posibilidad de que cualquier persona, física o jurídica, pudiera exigir la correcta observancia de la legislación y el planeamiento urbanístico, en vía administrativa y contencioso-administrativa. El artículo 223 determinaba a este respecto que “*Será pública la acción para exigir ante los Tribunales Contencioso-administrativos la observancia de la presente Ley y de los Planes de ordenación urbana*”. Sin embargo, los plazos establecidos inicialmente para ejercitar esta acción eran extraordinariamente fugaces²⁴¹, al ser los previstos de forma ordinaria para los recursos contra los actos administrativos, por lo que transcurrían con una rapidez tal que en la mayoría de las ocasiones los potenciales actores no llegaban siquiera a conocer la existencia de los actos ilícitos contra los que podían accionar.

La reforma de la Ley del Suelo de 1975 y correlativamente, el TRLS de 1976 revisaron esta institución con el fin de acomodarla a la nueva regulación de la protección de la legalidad urbanística, y en cuanto se refiere a esta acción, ampliaron este plazo durante todo el tiempo que durase la ejecución de las obras y un año más. Por su parte, el Decreto Ley de 16 de octubre de 1981 amplió este plazo a cuatro años más, línea que fue posteriormente seguida por el TRLS de 1992, en su artículo 304, introduciendo asimismo diversas innovaciones en cuanto a esta acción, para acomodarla a la nueva regulación de la protección de la legalidad urbanística resultante de la reforma de la Ley del Suelo. También la Ley 8/07, de Suelo, contempla la acción urbanística en su artículo 4 f), y el TRLS de 2008 (art. 4 f)), al tiempo que aparece

²⁴¹ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 71.

recogida entre otros muchos textos legales, como la Ley de Patrimonio Histórico Español, de 25 de junio de 1985; en la Ley de Costas, de 28 de julio de 1988 , etc.

La razón de ser de esta institución la recoge COSCULLUELA MONTANER, L.²⁴² del siguiente modo *“Por ello el legislador, consciente de la gravedad de estos peligros, (refiriéndose a las ilegalidades urbanísticas), ha llamado la atención de los ciudadanos para hacerles partícipes, junto a las autoridades competentes, de la función de control del urbanismo moderno. Incapaz, por la lógica del sistema, de atacar a fondo el problema especulativo, lo que supondría yugular uno de los más claros y rentables negocios del momento –y del futuro, dada la irreversible tendencia a la concentración de la población de las grandes ciudades- el legislador no puede por menos que llamar la atención del ciudadano para que sea él quien esté especialmente alerta de los desmanes urbanísticos que se produzcan como consecuencia de los negocios privados que se desarrollan en el marco del urbanismo”*. Se trata, por ello, de la forma de participación más pura en el ámbito de control, ya que se otorga a los particulares sobre la base de su solo título de ciudadanía y sin consideración alguna, por tanto, al posible interés que aquéllos tengan en la actuación urbanística concreta cuyo control se insta. En este sentido, la Sentencia de 21 de enero de 2002 del Tribunal Supremo declara que *“la finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992, (artículo 235 de la Ley del Suelo de 1976), es la de perseguir y conseguir por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando éstas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación”*.

Mediante el ejercicio de esta acción, el particular tan solo podrá obtener la declaración de nulidad de las disposiciones y actividades urbanísticas que infringen el ordenamiento jurídico. No cabe, en ningún caso, cualquier otra petición del actor dado que carece de legitimación a tal efecto, ya que por definición, el actor no tiene la categoría de perjudicado, sino de simple defensor del interés público, (STS de 20 de enero de 1965). Para su ejercicio, ni aquel artículo 304.1 TRLS de 1992, ni tampoco antes el 235.1 TRLS de 1976, exigían ningún requisito de forma para su ejercicio, ni más en concreto, la expresión por el accionante de que es ésta y no otra la acción que ejercita; esta atribución expresada imperativamente y no seguida de exigencia de ningún requisito de forma, elimina de raíz la necesidad de prestar atención al requisito de legitimación para pedir tan sólo el de capacidad de obrar procesalmente (STS de 10 de noviembre de 2004). En la actualidad, esta acción se puede ejercer en los mismos plazos que, en general, rigen para que la Administración adopte las medidas que se soliciten, ya sean las de anulación de actos administrativos ilegales o las de restablecimiento de la legalidad urbanística o las sancionadoras. Por otro lado, en cuanto se refiere al transcurso del plazo ya mencionado para ejercitar dicha acción urbanística en vía judicial - se puede interponer la acción durante la ejecución de las obras y hasta el transcurso del plazo de cuatro años- , la acción queda caducada y no se puede volver a plantear, (SSTS de 20 de febrero y de 21 de diciembre de 2001). Es criterio jurisprudencial reiterado que cuando se tiene conocimiento de la licencia y se dejan pasar los plazos, no se puede ejercer la acción pública, que corresponde a quien no ha

²⁴² COSCULLUELA MONTANER, L., “Acción pública en materia urbanística”, RAP nº 71, 1973, págs. 9 a 58.

tenido conocimiento de aquella, y que de haber dejado transcurrir el plazo se entiende que con ello queda precluida la posibilidad de ejercitar la acción pública.

Por último, conviene puntualizar que a pesar de la legitimación genérica que otorga esta acción dado su carácter reaccional frente a las agresiones al derecho urbanístico, la Ley no puede amparar su ejercicio abusivo. En este sentido, la STS de 26 de julio de 2006 ha declarado que cierto es que la acción pública no exige un ánimo altruista o benéfico en el ámbito de la intención, y en todo caso no resultaría un ejercicio abusivo de la acción pública, aunque el impulso último fuera aquél, si el eventual perjuicio que derivara de un pronunciamiento estimatorio de la acción resulta coincidente con el interés público relevante de hacer efectivo el respeto al ordenamiento jurídico urbanístico; cierto es que el ejercicio de la acción pública en el ámbito urbanístico está sujeto a los límites generales o comunes que nuestro ordenamiento jurídico impone al ejercicio de cualquier derecho, cuales son, básicamente, las exigencias de la buena fe y la proscripción del abuso del derecho. Pero no es menos cierto que la extralimitación ha de quedar perfectamente acreditada, pues es esto lo que exige la titularidad del derecho que se ejercita. Si se es titular del derecho, su ejercicio debe ser amparado, y todo obstáculo que lo impida, amén de estar previsto en el ordenamiento jurídico, debe quedar constatado. En este sentido, la STS de 22 de enero de 1980 declaró que *“la actuación del recurrente no se halla guiada por la buena fe que en el ejercicio de todo derecho exige el párrafo 1º del artículo 7º CC, pues es claro que él ha pretendido el uso de una facultad pública, como es la del artículo 223 de la Ley del Régimen del Suelo, y que por la autoridad municipal se usara de sus atribuciones para satisfacer sus pasiones en contra del denunciado , (...)”*. En el mismo sentido, la STS de 25 de enero de 2000²⁴³.

También prevén el uso de esta acción las leyes autonómicas.

B. Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos:

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, recoge en su título VII, en los artículos 93 a 97, las normas básicas sobre el régimen disciplinario de los empleados públicos.

Junto con las normas del Estatuto básico de 2007, el marco normativo básico vigente del régimen disciplinario de los funcionarios estatales se contiene en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado. Este RD derogó el reglamento anterior, de 1969 (Decreto 2088/1969, de 16 de agosto, de Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración civil del Estado). Este reglamento desarrollo las prescripciones de la Ley de medidas de 1984, definiendo las faltas muy graves en el art. 6 de acuerdo con el catálogo establecido en el art. 31 de la Ley de medidas, y tipificando las conductas constitutivas de falta grave y leve en los arts. 7 y 8. Así

²⁴³ DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., *“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”*. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA”, Op., cit., pág. 73.

mismo, este reglamento prevé la graduación de las sanciones y desarrolla las normas de procedimiento disciplinario. Se trata de una norma que, aunque no tiene carácter básico, ha tenido una gran influencia en la legislación sobre el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, en el medio de la que se han inspirado algunas legislaciones sectoriales y autonómicas²⁴⁴.

En efecto, las Comunidades Autónomas han podido legislar en esta materia, entendiéndolo en su caso que el marco normativo se completa con la aplicación supletoria de la normativa estatal. (Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª, de 18 de noviembre de 2002 (Recurso 632/1998, ponente Sr. Horcajada Moya)).

A los efectos del presente estudio, nos interesa destacar, que el Estatuto básico de 2007 establece un régimen jurídico básico con validez tanto para el personal funcionario como para el personal laboral, de manera que conforma una regulación básica uniforme para todos los empleados públicos (art. 93 EBEP 2007). Considerándose conductas ilícitas las realizadas de manera voluntaria, es decir, con dolo o culpa, por un funcionario público o, en su caso, por el personal laboral al servicio de la Administración.

La naturaleza homogénea de las normas penales y disciplinarias, reiteradamente destacada en la interpretación de la jurisprudencia, ha determinado que los diferentes textos legales reguladores del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, hayan incorporado los principios materiales y formales del ejercicio de la potestad disciplinaria, claramente inspirados en la doctrina que emana del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en la materia.

En esta línea, los artículos 94 y 98 del EBEP han incorporado los principios materiales y formales del ejercicio de la potestad disciplinaria, lo que reviste especial trascendencia desde el momento en que se erigen en norma básica y, por tanto, de aplicación directa a todos los supuestos de ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración y otros entes públicos.

En el ámbito de los principios en el ejercicio de la potestad disciplinaria, el artículo 94.2 del EBEP recoge los principios básicos, que son los siguientes: a) principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, por medio de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos; b) principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor; c) principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y las sanciones, como a su aplicación; d) principio de culpabilidad, y e) principio de presunción de inocencia.

Por lo que respecta a los principios del procedimiento disciplinario, el artículo 98 del EBEP establece la previsión de que el procedimiento disciplinario se estructurara atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto de los derechos y las garantías de defensa del presunto responsable. Así mismo,

²⁴⁴ SOSPREDA NAVAS, F.J., “*Jurisprudència sobre el regim disciplinari dels funcionaris públics*”, Federació de municipis de Catalunya, Barcelona 2008, págs. 14 a 21.

se establece que en el procedimiento quedara definida la debida separación entre las fases instructora y sancionadora, que se encomendaran a órganos diferentes.

El artículo 95 del EBEP recoge la regulación básica de las faltas disciplinarias, y se subroga en gran medida en la legislación precedente²⁴⁵.

Así, y a ciñéndonos a los efectos que aquí nos ocupa, nos encontramos con que el art. 6.1 d) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, considera como falta muy grave “*La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*” y como falta grave “*La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave*” (en el art. 7.1 h) del mismo cuerpo legal).

En el EBEP, en el art. 95.2 b) se castiga como falta muy grave “*La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*” y en el art. 95.2 g) “*El notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas*”.

Finalmente, el Estatuto básico fija las normas básicas sobre prescripción de las faltas, de manera que el artículo 97 establece los términos de tres años para las infracciones muy graves, de dos años para las graves y de seis meses para las leves²⁴⁶. Así mismo, establece las reglas de computo, al disponer, en el segundo párrafo “*el término de prescripción empezara a contarse desde que la falta se hubiese cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas*”.

El art. 96 del EBEP recoge las normas sobre sanciones, definiendo de manera nueva la sanción de demérito, consistente en la penalización a los efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria. Esta sanción ya se encontraba en alguna legislación sectorial de régimen disciplinario, en que se preveían sanciones, como la inmovilización del escalafón por periodo de tiempo determinado o la prohibición de promoción, que también encajan en la nueva sanción de demérito.

Así mismo, y en cuanto al personal laboral fijo, el artículo 96.2 establece de manera preceptiva la readmisión de este en caso de despido disciplinario, cuando este despido sea declarado improcedente por la jurisdicción social.

Por lo que respecta a la prescripción, el art. 97 fija los términos de prescripción de tres, dos y un año, según que se trate, respectivamente, de faltas muy graves, graves o leves, términos que comenzaran su computo desde la firmeza de la resolución sancionadora.

²⁴⁵ SOSPREDA NAVAS, F.J., “*Jurisprudència sobre el regim disciplinari dels funcionaris públics*”, op. cit., pág. 17.

²⁴⁶ Novedad más destacada, pues se adecua el termino de prescripción de las faltas leves a lo establecido en el Código Penal para las faltas, es decir, seis meses, con lo que se amplia de manera significativa el termino de un mes que preveía el art. 87.1 de la Ley de funcionarios civiles del Estado.

El art. 98 del EBEP recoge las reglas básicas del procedimiento disciplinario y la regulación de la suspensión provisional²⁴⁷.

Se mantiene la distinción entre el procedimiento por faltas muy graves, y graves, y el procedimiento simplificado por faltas leves, si bien en este refuerza la garantía de contradicción, ya que se prevé expresamente el derecho de audiencia al interesado.

En cuanto a la suspensión provisional, se mantiene la distinción entre suspensión como una medida cautelar en un procedimiento disciplinario de vigencia limitada en el tiempo con una máximo de seis meses, y la suspensión como una consecuencia de la tramitación de un proceso penal, caso en el que la duración no está limitada, pero que no produce la pérdida del lugar de trabajo, aunque exceda de seis meses. En este punto, la suspensión provisional se limita a los supuestos en que se decreta la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de ocupar el lugar de trabajo (art. 98.3 del EBEP).

A la vista de lo expuesto, nos detendremos en la conducta infractora de adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, al entender que es la infracción que tiene paralelismo con la prevaricación que tratamos.

Los requisitos generales de esta infracción los encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 16 de diciembre de 2003 (Recurso de casación núm. 4996/1998; ponente: Sr. González Rivas) al señalar:

“La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen grave perjuicio a la Administración o a los ciudadanos supone, en primer término, que la conducta desplegada por el sancionado-recurrente sea o pueda ser reputada como un «acuerdo» debiendo de indicarse en este sentido, que el concepto acuerdo a que la normativa sancionadora alude, no representa una decisión que comporte, necesariamente, una voluntad plural o colegiada que marque una elección entre varias alternativas, pudiéndose producir sin esa pluralidad de sujetos activos, en una conducta o comportamiento singular pues el concepto es mucho más amplio y comprende todas las actuaciones de los funcionarios administrativos, operando en forma conjunta o independiente y singular, siendo su característica el que presuponga una decisión que irradie sus efectos sobre los administrados optando ante varias propuestas u opciones, para decidir cuál de ellas, a su juicio, debe de prevalecer por ser nota esencial del «acuerdo» y su característica sustantiva la naturaleza decisoria que el mismo representa ante una coyuntura o encrucijada de encaminar la voluntad o comportamiento en un sentido, respecto de las variables que los hechos que les son ofrecidos o examinados comportan.

Por ello, cuando el sancionado-recurrente realiza un comportamiento al que se ha hecho mención y documentalmente consta en el expediente sancionatorio, está con su conducta desplegando una decisión que conduce a unos determinados resultados que reporta los dañosos resultados que se han explicado, conducta ésta que hay que entender subsumible dentro del contenido sancionador de la nueva normativa establecida, que resulta, por dicha razón, también aplicable a los hechos sancionados

²⁴⁷ SOSPREDA NAVAS, F.J., “Jurisprudència sobre el regim disciplinari dels funcionaris públics”, op. cit., pág. 19.

sin suponer variación sustancial en la calificación, pues conforme a la anterior legislación lo fueron también en «la emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales».

*Respecto del plus adicional, que la nueva legislación exige, referido a que el acuerdo ilegal cause perjuicio grave a la Administración o a los administrados, en este caso, causa un grave perjuicio a la Administración que debe acarrear la sanción impuesta, de separación del servicio, pues como dijo la Sentencia de esta Sala de 8 de octubre de 1984, el objetivo primordial de derecho disciplinario más que el restablecimiento del orden social quebrantado, es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y garantía de la normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fije la Ley, y por ello, **en el derecho sancionador disciplinario predomina la valoración ética de la conducta subjetiva del funcionario sobre los resultados de peligro o lesión de un bien jurídico determinado que con su actuación haya podido causar, aspecto último reservado a la jurisdicción penal y doctrina de plena actualidad pese al cambio normativo introducido**”.*

Por tanto, se configura como requisitos necesarios para determinar que estamos en presencia de una infracción administrativa disciplinaria que sean actos positivos de contenido decisorio de ilegalidad manifiesta y que se acredite perjuicio grave para la Administración o los ciudadanos. Así lo especifica la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 19 de septiembre de 1994 (Recurso núm. 2579/1989; ponente: Sr. Conde Martín de Hijas:

“El (tipo) del artículo 6.ºd) del RD 33/1986, referido a «la adopción de acuerdos», tiene que ver con actos positivos de contenido decisorio, y es claro que los hechos imputados al demandante, no tienen el sentido resolutorio del supuesto de ese tipo.

Se precisan además en el tipo los elementos de ilegalidad manifiesta, que sería ciertamente el menos problemático en su eventual aplicación a los hechos imputados, y el de que se causen perjuicios graves a la Administración o a los ciudadanos, elemento este último cuya prueba en el expediente y con posterioridad en el proceso, ni tan siquiera se ha intentado, no bastando al efecto con la mera alegación, que no prueba, de que la conducta del demandante imposibilita reconstruir la documentación contable de todo su tiempo de servicios...”.

Y lo que distingue la falta grave de la conducta delictiva relacionada con el servicio, es el hecho de que en la falta muy grave se exige apreciar un perjuicio grave para la Administración o los ciudadanos. Así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2002 (Recurso 7667/1997; ponente: Sr. Trillo Torres):

“El segundo motivo de casación invoca la infracción del artículo 25-1 de la Constitución y los artículos 6-d) y 7-1-c) del Reglamento de Régimen Disciplinario de 1986.

Alegan en primer lugar los recurrentes que el tipo de infracción imputado no coincide con los hechos probados, pero, como dice la precitada sentencia de esta Sala de 29 de octubre de 2001, los hechos descritos como probados en la resolución de 9 de

junio de 1994, que no consideramos necesario reproducir, implican la ejecución por los recurrentes de unas conductas manifiestamente ilegales, que fueron calificadas como delito por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 1988, no existiendo una clase de ilegalidad, o contravención del ordenamiento jurídico de carácter más intenso que la que supone la comisión de un delito, sin que pueda ponerse en duda que las conductas aludidas causaron un perjuicio grave tanto a la Administración Penitenciaria, que vio sus servicios cuestionados, como a los agraviados por los delitos cometidos.

Los recurrentes argumentan que la norma del artículo 6-d) del Reglamento de 1986, al mencionar literalmente los acuerdos manifiestamente ilegales, sólo alude a los actos administrativos, con los requisitos formales que ello comporta, no a la realización de cualquier actividad del funcionario. Esta afirmación de la parte recurrente no puede ser aceptada, ya que, como expone la sentencia de instancia y debemos confirmar, es claro que la forma de las decisiones o acuerdos depende de la naturaleza de los mismos y el hecho de que una decisión se realice verbalmente o mediante la materialización de la misma (conducta material) no altera su condición de tal.

Alegan asimismo los recurrentes que los hechos imputados no tienen encaje en el precepto por el que se les sancionó, que califica como falta muy grave la «adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos», sino en el artículo 7-1-c) del mismo Reglamento, que considera falta grave «las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados». La argumentación así sostenida no puede compartirse, pues una vez afirmada la gravedad del perjuicio causado a la propia Administración y a los agraviados por los delitos cometidos, ha de concluirse que los hechos imputados tienen suficiente entidad y consistencia como para rebasar el ámbito de la falta grave del artículo 7-1-c), y pasar a tener perfecto encaje en la infracción muy grave del artículo 6-d), al estar la subsunción de los hechos en uno u otro tipo sancionador supeditada a la valoración de la importancia y trascendencia de los hechos cometidos, que si ocasiona un perjuicio calificable como «grave» dará lugar a la infracción del artículo 6-d), pudiendo rebajarse la calificación de la falta, mediante su incardinación en el artículo 7-1-c) sólo si no se aprecia esa gravedad del perjuicio causado para la Administración y los ciudadanos, lo que no es el caso».

Sobre esta cuestión volveremos al hablar de las formas imperfectas de ejecución del delito que se examina.

C. Infracciones urbanísticas: sanciones penales y administrativas

1. Las Infracciones urbanísticas: aproximación general. Los principios informadores del Derecho sancionador

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son dos expresiones diferentes de un mismo poder punitivo²⁴⁸; y comparten, pues, con ciertos matices, principios comunes, como se cuidó de subrayar la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio.²⁴⁹

Pues bien, estos principios constitucionales, que tienen carácter informador de las disciplinas correspondientes (Derecho penal y Derecho administrativo sancionador), tienen al tiempo un importante papel limitador de las expresiones de la potestad punitiva. La razón es sencilla: el recurso al castigo supone una importantísima restricción de la libertad de los ciudadanos, libertad que el artículo primero de la Constitución Española proclama valor superior de nuestro ordenamiento jurídico; en consecuencia, los principios informadores de nuestro ordenamiento jurídico (recogidos en la misma Constitución) impondrán serios límites para garantizar que esta restricción

²⁴⁸ GUARDIOLA GARCIA, J. “Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas”. LAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, 2008, pág. 5.

²⁴⁹ Esta Sentencia se ocupa en su Fundamento de Derecho segundo “de la medida en que se entiendan o no aplicables a la Administración, en materia sancionadora, los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución”; y afirma:

“A tal efecto debe partirse de que el mencionado precepto contempla de forma directa e inmediata, como indica su propio tenor literal, el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y a determinadas garantías de tipo procesal, con especial referencia al orden penal, sin aludir de forma expresa al ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración. Por ello es necesario determinar su ámbito, teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental.

Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (SS 29 septiembre, 4 y 10 noviembre 1980, Sala 4ª, entre las más recientes), hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio artículo 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas.

Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución Española en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución Española. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional.”

de la libertad sea sólo un último recurso al que no se acuda si existen alternativas menos gravosas para la libertad de la ciudadanía²⁵⁰.

Comprender el sentido y alcance de estos principios constitucionales del Derecho sancionador, su proyección en materia penal y (con los matices pertinentes) en materia de Derecho administrativo sancionador, así como las consecuencias de esta asunción en la determinación de los presupuestos de la imposición de una sanción penal o administrativa, resulta pues imprescindible. Sólo así podremos comprender adecuadamente la regulación penal y administrativa-sancionadora en esta materia, y sólo así podremos detectar, en su caso, supuestos en los que la intervención punitiva no se ajuste a los imperativos constitucionales y resulte, pues, inadmisibles.

2. La concurrencia entre previsiones penales y administrativas sancionadoras

Si, como se ha dicho, la sanción penal y la administrativa son expresiones diferentes de un mismo poder punitivo, es preciso plantear cómo habrá de resolverse la eventual concurrencia entre infracciones administrativas e ilícitos penales en referencia a un mismo supuesto. Será preciso, pues, esclarecer los términos de las relaciones entre estos tipos de ilícitos y las respectivas potestades de las cuales derivan.

Se trata de resolver si pueden configurarse infracciones y sanciones tanto penales como administrativas dirigidas a proteger el mismo bien jurídico (la ordenación del territorio); qué diferencias existen entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, con carácter general, y en qué medida es esta diferenciación trascendente en materia urbanística; qué diferencias hay entre el poder punitivo del Estado y la potestad administrativa sancionadora; y si un solo hecho puede integrar tanto un tipo penal como el presupuesto de una infracción administrativa, debe dar lugar a una sanción penal y a una administrativa cumulativas (es decir, resulta esto compatible con los principios constitucionales que prohíben la duplicidad del castigo con un mismo fundamento), o debe resolverse de otro modo esta sucesión o solapamiento de infracciones y sanciones.

3. Bases constitucionales sobre la naturaleza de la potestad sancionadora administrativa y la penal.

Para GÓRRIZ ROYO, E.²⁵¹, la intervención penal en materia urbanística ha configurado un nuevo ámbito limítrofe donde a la vez concurren ilícitos procedentes del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador surgiendo, por tanto, la necesidad de aclarar los términos de las relaciones entre aquellos ilícitos y las respectivas potestades de donde derivan. Es decir, se plantean cuestiones tales como ¿pueden configurarse infracciones y sanciones en ambos órdenes dirigidos a proteger el mismo bien jurídico “ordenación del territorio”? ¿Qué diferencias existen entre los ilícitos penal y administrativo en materia urbanística? ¿Qué diferencias hay entre las respectivas potestades penal y administrativa sancionadora en general?.

²⁵⁰ GUARDIOLA GARCIA, J. ,“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas” Op., cit., pág. 6.

²⁵¹ GÓRRIZ ROYO, E. ,“Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas” Op., cit., pág. 88.

Para abordar estas cuestiones conviene empezar, en primera instancia, por advertir que esta concurrencia de potestades sancionadoras en el ámbito urbanístico no es más que una proyección específica de la posibilidad de que, en términos generales, en cualquier ámbito donde actúe la Administración, a su intervención se añada, en última instancia, la del Derecho penal. De esta forma puede darse el *fenómeno de la sucesión o solapamiento de infracciones y sanciones penales y administrativas en nuestro ordenamiento jurídico*. Pero esta evidencia, no siempre ha sido admitida sin paliativos; concretamente en nuestro ordenamiento constituye un logro adquirido recientemente merced la introducción en el mismo del llamado *principio de unidad del derecho sancionador*, que adquiere carta de naturaleza gracias a la labor del Tribunal Constitucional (en adelante TC) en aras de su reconocimiento.

Interesa, por tanto, reparar en la labor realizada por la jurisprudencia del TC y también del Tribunal Supremo (en adelante TS) para consolidar dicho principio –no expresamente previsto en la Constitución Española– y para derivar concretas consecuencias, en ámbitos de materias “*limítrofes*” entre el Derecho penal y el Administrativo como puede ser el medio ambiente, la seguridad en el tráfico o, en lo que ahora nos interesa, el urbanismo.

El tratamiento unitario del ordenamiento punitivo estatal puede considerarse un logro constitucional por cuanto con anterioridad a la Constitución de 1978, existía sobre dicha cuestión una polémica doctrinal abierta entre diversos autores administrativistas cuyas posiciones divergían a la hora de determinar la naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración. Más allá de reproducir los términos de dicha polémica en la que se enfrentaron, básicamente, los partidarios de la postura tradicional tendente a reconocer una potestad autónoma a la Administración y quienes entendían que toda potestad sancionadora tenía que estar sometida a los Tribunales de Justicia, interesa constatar que fue el Tribunal Constitucional el que acabó con dicha discusión al reconocer el citado *principio de unidad del ordenamiento sancionador*, sobre la base de lo previsto en el art. 25 de la Constitución Española. Así, en su primer pronunciamiento sobre esta cuestión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981 de 8 de junio, se establece que “...*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo Estatal, tal y como refleja la propia Constitución (art.25, principio de legalidad) (...) hasta el punto que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales si bien en el primer caso con el límite que establece el art.25.3 al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad*” (F.J.2º con cursiva añadida).²⁵²

Como se observa, en esta doctrina se admite expresamente *la posibilidad de concurrencia de tutela penal y administrativa de un mismo bien jurídico* y, por ende, de concurrencia entre las infracciones y sanciones penales y administrativas configuradas a tal efecto. Además se acepta el posible trasvase, con matices, de los principios penales al Derecho administrativo sancionador.

²⁵² GÓRRIZ ROYO, E., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*” Op., cit., pág. 89.

En la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 30 de octubre, se añaden nuevos datos para arbitrar las relaciones entre la potestad penal y la administrativa sancionadora, ya que se justifica la existencia de esta última al amparo del art. 25.3 de la Constitución Española y se la somete a determinados límites. Así el TC establece que “...*nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración sino que lejos de ello la ha admitido en su artículo 25, apartado tercero, aunque, como es sabido, sometiéndola a las necesarias cautelas que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos*” (F.J.3º). Entre los citados límites cabe ahora destacar –aunque posteriormente se estudiará– el de la *subordinación de la Administración a la autoridad judicial*. La importancia de este límite explicitado por el TC es fundamental en la materia que nos ocupa, dado que en aquel momento otorgó un nuevo sentido a las relaciones entre la potestad penal y sancionadora administrativa, pues si bien ambas son dos manifestaciones del *ius puniendi*, a partir de entonces se evidencia con mayor nitidez que las relaciones entre ambas han de configurarse en términos de dependencia entre el ejercicio de ambas potestades en sede procesal. Es decir, el ejercicio de la potestad sancionadora depende o está subordinado al control y revisión “*a posteriori*” de la potestad jurisdiccional y, en su caso, a la penal.

En todo caso, el sometimiento de la actividad sancionadora de la Administración al control judicial, también puede inferirse de lo previsto en el 117.3 de la Constitución Española previéndose, en este último, la atribución expresa de la potestad jurisdiccional al Poder Judicial puesto en relación con el art. 24 de la Constitución Española donde se consagra la garantía jurisdiccional de tutela judicial efectiva. De estos preceptos se deduce que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente al Poder Judicial en lo que parecer ser una atribución constitucional expresa. En consecuencia, puede afirmarse que el establecimiento de límites al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no es más que un requerimiento para que dicha potestad se someta al control de los jueces y tribunales y a los mandatos derivados de los principios inspiradores del ordenamiento punitivo estatal. Así vino a reconocerlo el TC en la citada Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, donde también menciona como límite *el control “a posteriori” de los actos administrativos por parte de la autoridad judicial* (F.J.3º).

Sentado este entendimiento, parece que estemos en condiciones de responder a la cuestión relativa a cuál sea la *naturaleza de la potestad sancionadora administrativa*: lejos de concebirla como tradicionalmente hacía un sector de la doctrina administrativa –esto es, como una potestad implícita en la ordinaria competencia de gestión–, admitiendo así una singularidad ontológica o cualitativa de esta potestad, es posible, sobre la argumentación esgrimida por nuestro TC, afirmar la *identidad ontológica entre aquélla y la potestad penal*. Es decir, no existirían diferencias entre las potestades administrativa sancionadora y penal, por razón de su naturaleza u ontología, sino que cualitativamente serían idénticas, estando además el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa sometido a la revisión de la jurisdicción (tanto contenciosa como, en su caso, penal)²⁵³.

Esta identidad de fundamento entre las potestades penal y administrativa sancionadora vendría ratificada por la previsión del art. 25.1 y 3 de la Constitución Española de manera que admitida la existencia de una potestad sancionadora de la

²⁵³ GÓRRIZ ROYO, E., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*” Op., cit., pág. 90.

Administración con el límite de que no puede imponer penas privativas de libertad, ésta no sería autónoma sino subordinada al Poder Judicial (art.117.3 de la Constitución Española). Asimismo tampoco sería una potestad implícita de la Administración sino una “*atribución*” derivada de la propia Constitución y por tanto, una potestad cuyo ejercicio requiere de una norma jurídica previa que lo autorice. Este razonamiento pudo haber estado en la base de la regulación realizada por parte del legislador administrativo de la potestad sancionadora de la Administración en el Título IX de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC), y desarrollada por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

4. El problema de la naturaleza de los ilícitos penales y administrativos.

De lo hasta ahora expuesto se desprenden concretas implicaciones a efectos de concretar la *naturaleza de los ilícitos y sanciones penales y administrativas, planteada al principio de este epígrafe.*

Pues bien, la pregunta acerca de si los ilícitos –y por ende, también las sanciones– penales y administrativas presentan diferencias, no es, evidentemente, privativa de la materia urbanística, sino que afecta a todos aquellos ilícitos administrativos que, por así, decirlo han sido elevados –añadiéndoles, en su caso, las exigencias típicas correspondientes–, a la categoría de delitos. En cierto modo, así ha sucedido con los llamados “*delitos urbanísticos*” y por ende, están sujetos a la citada problemática de establecer, primero, si existen diferencias con las correspondientes infracciones urbanísticas y, de existir aquéllas, en segundo lugar si responden a razones *de naturaleza* –es decir, si median entre ellos diferencias *cualitativas u ontológicas*–, o no son de dicha índole sino diferencias meramente *cuantitativas*.

Derivadas de estas alternativas –y de alguna más–, se suceden en la evolución histórica de la dogmática penal y administrativa, al menos, tres teorías en la problemática que nos ocupa: las llamadas *tesis cualitativas, las cuantitativas y las eclécticas*.

En un principio cabe remontarnos al siglo XIX para indicar el inicio del enfrentamiento dialéctico entre posturas doctrinales en la ardua problemática acerca de la distinción entre el ilícito penal y administrativo se remontan, si bien desde entonces hasta la actualidad han experimentado una notable evolución en la doctrina penal y administrativa.

La discusión para aclarar aquella distinción adquiere más importancia a finales del citado siglo XIX a raíz, principalmente, del crecimiento de la actividad sancionadora del Estado. Al margen ahora de las preocupaciones que ocuparon a los teóricos alemanes iusnaturalistas de antes del siglo XX, puede decirse que no es sino a partir de principios de este siglo cuando adquiere mayor importancia la duda acerca de la existencia de diferencias ontológicas entre ambas clases de “delitos”. En especial, a raíz de la obra de GOLDSCHMITH: “*Das Verwaltungsstrafrecht*” -1902-, en donde plantea su teoría relativa a la existencia de un “Derecho penal administrativo”, proponiendo diversos criterios conceptuales para distinguir cualitativamente el ilícito penal del

administrativo. Sobre esta base teórica, adquieren gran predicamento las llamadas *teorías cualitativas* en esta problemática.

Frente a este entendimiento, se inició una crítica entre la doctrina alemana a partir de las objeciones realizadas por WELZEL y otros autores, quienes denunciaron la existencia de un dualismo “Administración-orden jurídico.”

También fue criticada, posteriormente, la orientación doctrinal que pretendía justificar la ausencia de bienes jurídicos tutelables mediante ilícitos administrativos.

En definitiva, prevaleció la idea de que *toda la actividad del Estado, incluida la ejercida por la Administración tiene como fin unitario la consecución de un orden útil y justo, y por tanto no es posible diferenciar los intereses de la Administración del resto de bienes jurídicos o de intereses tutelados por el Ordenamiento.*

Este argumento ha sido el principal motivo que ha llevado a negar la existencia de diferencias ontológicas entre el ilícito penal y el ilícito administrativo por parte de una cualificada doctrina penal, tanto extranjera como española, que ha puesto de manifiesto la quiebra de alguno o de todos los presupuestos que sostienen la cantidad ingente de tesis cualitativas.

En la actualidad puede decirse que existe un relativo acuerdo, principalmente en la doctrina penal, en admitir que la naturaleza del interés tutelado no permite fundamentar una diferenciación «*a priori*» entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho Penal. Es decir, se niegan las diferencias ontológicas o sustanciales entre los ilícitos penal y administrativo. De manera que en tiempos recientes ha experimentado un auge las llamadas *tesis cuantitativas*, caracterizadas por admitir como único criterio válido para diferenciar entre los ilícitos penal y administrativo, la gravedad del ilícito, en la mayoría de casos y sin excluir otros posibles criterios. En principio pues, este criterio es el que, -según doctrina y jurisprudencia mayoritarias-, determina que en proporción a la misma se imponga una determinada consecuencia jurídica, esto es, una pena o una sanción administrativa, si bien a su vez se plantea el problema de cómo cuantificar dicha gravedad.

A pesar de ser esta la teoría, la que cuenta con más valedores en la actual doctrina penal con predicamento, en ocasiones, en la jurisprudencia, recientemente han aparecido posturas que podrían calificarse de «*intermedias*» o «*eclécticas*», en cuanto aprecian diferencias entre los ilícitos atendiendo a criterios mixtos cuantitativos-cualitativos. De un lado parecen haber tenido aceptación entre un sector de la doctrina administrativa y también entre la doctrina penal han surgido teorías intermedias que partiendo de una crítica tanto a las tesis de la diferenciación cualitativa entre los ilícitos, como a las de diferenciación cuantitativa pretenden ofrecer criterios cuantitativos-cualitativos para dar solución a esta problemática, denominándolos en ocasiones, criterios “*valorativos*”²⁵⁴.

²⁵⁴ Así, por ejemplo, la postura de TORÍO LÓPEZ, en “*Injusto penal e injusto administrativo*”, cita de GÓRRIZ ROYO, E., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*” Op., cit., pág. 91.

Como conclusión a este breve repaso de opiniones doctrinales relativas a la polémica distinción entre las infracciones penal y administrativa, cabe reconducir las opiniones de los distintos autores a dos opciones: *o bien se aprecia una identidad ontológica entre los ilícitos y por tanto, únicamente distinciones de índole cuantitativas o bien se opta por diferenciar completamente entre ilícito penal y administrativo, en atención a criterios cualitativos.*

Así pues, puede decirse que las tesis eclécticas o cualitativo-cuantitativas, no son sino un nuevo intento de reinventar las tradicionales tesis de la diferenciación cualitativa.

Esto sentado y dando por superadas las tesis cualitativas estrictas, cabe indicar la conveniencia de adherirse a las llamadas *tesis cuantitativas* por diversas razones que conviene ahora aclarar.

En primer lugar, porque las tesis cualitativas parten de la discutible premisa según la cual, la potestad administrativa sancionadora sería un mero refuerzo de la potestad administrativa de mandar o prohibir. De ahí que existan distinciones cualitativas genéricas entre el ilícito penal y administrativa, como por ejemplo, la pretendida ausencia –respecto al ilícito administrativo–, de la lesividad de la conducta sancionada administrativamente en el caso concreto.

Frente a este entendimiento que parece desconocer la doctrina constitucional que permite el trasvase de los principios penales al ámbito administrativo –entre los que indudablemente se encuentra el de ofensividad–, ha de recordarse que las infracciones administrativas –en particular las urbanísticas y medioambientales–, también responden a la pretensión de solucionar, en primera instancia, los conflictos que se manifiestan en la sociedad entre intereses contrapuestos de manera que al otorgar la tutela administrativa a uno de los intereses en conflicto, éste se convierte en un valor para el Derecho, esto es, en un bien jurídico. Es así como muchos intereses aparentemente formales en el ámbito administrativo, reciben tutela jurídica.

En definitiva, también el ordenamiento sancionador administrativo se dirige a tutelar bienes jurídicos surgidos de conflictos sociales y que posteriormente, –con la verificación de determinadas exigencias garantistas–, el Derecho Penal puede tutelar como bienes jurídico-penales.

A este respecto cabe recordar por ejemplo que la preocupación por los intereses medioambientales ni siquiera existía con anterioridad a la Revolución industrial. Ni tampoco la preocupación por los intereses aglutinados bajo el concepto administrativo “*ordenación del territorio*”. Puede decirse que no es sino hasta la aparición reciente de intereses antagónicos a los citados, con los que entran en conflicto (v.gr. intereses económicos, en el desarrollo industrial, constructivo o urbanístico) cuando se manifiesta la necesidad de realizar, por parte del legislador administrativo, una valoración a favor del interés necesitado de tutela. Sobre dicho interés merecedor o necesitado de tutela, particularmente sobre los intereses medioambientales y relativos a la ordenación del territorio, se ha extendido, con posterioridad, la tutela penal, tratando de respetar el principio de “*ultima ratio*.”

Y es que, como sostiene CARBONELL MATEU, “es insostenible, aun cuando todavía haya quien lo pretenda, considerar que las normas administrativas son meramente formales, que no responden a la tutela de interés alguno y que su infracción se consuma con la mera desobediencia. Las normas administrativas que prohíben conductas –y, aun en mayor medida, las que imponen su realización- establecen limitaciones al principio general de libertad y han de responder, por consiguiente, al criterio de intervención mínima: sólo para hacer efectivos los intereses generales, el máximo de libertad, pueden dictarse. Y su trasgresión, por tanto, exige la efectiva lesión o puesta en peligro del interés tutelado.”²⁵⁵

A ello hay que añadir que, concretamente en nuestro ordenamiento jurídico, el art.103.1 Constitución Española establece claramente los objetivos de la Administración pública, entre los que, primordialmente, señala el de servir “con objetividad los intereses generales” así como actuar de acuerdo a determinados principios y, en todo caso, con sometimiento pleno a la ley ya al derecho.

Por todo ello cabe concluir destacando, como sostiene VIVES ANTÓN, T.S.²⁵⁶, que no pueden admitirse en el actual ordenamiento jurídico español la existencia de compartimentos estancos en los que la Administración actúe protegiendo intereses propios y distintos del interés general al que debe someterse; por más que es cuestionable que no actúe así al permitir la pervivencia de las llamadas “relaciones de especial sujeción”²⁵⁷.

5. La tesis cuantitativa y su aplicación a los delitos sobre la Ordenación del territorio.

Sentada y fundamentada la preferencia por los criterios cuantitativos, interesa concretar aquellos que se consideran relevantes para delimitar el delito de la infracción administrativa. A tal efecto, habrá que atender en esencia a los siguientes aspectos:

- por un lado a la posibilidad de que un mismo bien jurídico sea tutelado a través de un delito y de la correspondiente infracción administrativa; no obstante, la ofensa a dicho bien puede producirse en distintos grados.

Es decir la gravedad del ataque, puede ser de distinta entidad y entonces, atendiendo al carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal se tipificará el ilícito como delito o como infracción administrativa. A este respecto, corresponde al legislador establecer el límite o, en otras palabras, el concreto grado de ofensa justificante de la reacción penal o en su caso, administrativa.

- por otro lado, el legislador puede atender a aspectos relativos a la modalidad dolosa o imprudente de comisión, decidiendo si tipifica o no como delito la comisión imprudente de determinada infracción administrativa.

²⁵⁵CARBONELL MATEU, J. C.: “*Derecho penal: concepto y principios constitucionales*”. 3ª Edic. Valencia, 1999.

²⁵⁶VIVES ANTÓN, T. S. “*La libertad como pretexto*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

²⁵⁷ Para un análisis crítico de las mismas vid. GARCÍA MACHO, R.: “*Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*”, Tecnos, Madrid, 1992.

- por último, habrá de establecer en proporción con la conducta tipificada, la sanción correspondiente; decisión que, no hay que olvidar, en última instancia también puede estar condicionada por consideraciones político-criminales.

Con relación a los delitos sobre la Ordenación del territorio y Urbanismo, GORRIZ ROYO, E.²⁵⁸ considera evidente que el legislador ha asumido un criterio cuantitativo en la configuración de los ilícitos previstos en el art. 319 del Código penal (y del art. 320 CP), por cuanto se han tipificado los ataques más graves contra el bien jurídico «ordenación del territorio». Asimismo parece posible afirmar el respeto al postulado de “*ultima ratio*”, en tanto no se ha extendido la intervención penal, a toda clase de conductas realizadas, indistintamente, en cualquier suelo o lugar de nuestro territorio, sino sólo en determinadas clases de suelos y lugares especialmente necesitados de tutela administrativa y vinculados, entre otros, a valores ambientales, paisajísticos, históricos o netamente públicos.

Además ha de tenerse en cuenta, como segundo criterio de diferenciación respecto de las infracciones administrativas, que se ha relegado el castigo de la modalidad imprudente de los delitos del art. 319 del Código penal (y del art. 320 CP) al Derecho administrativo sancionador. Sólo se castigan, por tanto, ilícitos dolosos.

No obstante las indicadas diferencias, no puede obviarse que, en ocasiones, debido a la similitud de conductas típicas entre las infracciones administrativas y los delitos del art. 319 del Código penal (y art. 320 CP), y por la propia dinámica procesal en el enjuiciamiento de estos ilícitos, cabe la posibilidad de solapamiento o yuxtaposición normativa entre ellos, pudiendo dar lugar, como ya se ha indicado, a supuestos de *bis in idem* o, cuanto menos, de interferencias entre un expediente administrativo y el ejercicio de la jurisdicción penal y/o la administrativa.

En estos casos, el ordenamiento jurídico ha arbitrado lo que puede considerarse unos instrumentos que de resolución de conflictos entre el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa y el de la jurisdicción penal.

6. Instrumentos de solución de conflictos en casos de solapamiento normativo entre infracciones penales y administrativas.

Entre los citados instrumentos de resolución de conflictos en casos de interferencias entre infracciones administrativas y penales, interesa, principalmente, analizar los mecanismos que confieren preferencia al enjuiciamiento de los ilícitos urbanísticos por parte de la jurisdicción penal.

Respecto a la llamada regla de preferencia de la jurisdicción penal, ha de partirse de su vinculación a la vertiente procesal del principio “*ne bis in idem*” y, por ende, su estudio ha de enmarcarse en la doctrina jurisprudencial emanada recientemente del TC en relación con el citado principio.

Al respecto, hay que partir, de nuevo, de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre**, en donde dicho criterio de la preferencia se

²⁵⁸ GÓRRIZ ROYO, E., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*” Op., cit., pág. 92.

reconoce como una regla procesal, al afirmarse en su F.J. 3º, «...la subordinación de la Administración a la autoridad judicial.» De dicho límite al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, deduce el T.C. la prevalencia de la jurisdicción ordinaria en el enjuiciamiento de supuestos susceptibles de sanción también sometidos a la Administración. De manera que esta doctrina jurisprudencial supone en la práctica que ante unos mismos hechos tipificados como infracción administrativa y delito o falta de los que tuviera conocimiento la Administración, ésta se halla obligada por una parte, a comunicarlos desde ese momento a la autoridad judicial y por otra parte, a paralizar el proceso sancionador en espera del pronunciamiento del juez penal competente sobre dicho asunto. Esta doctrina jurisprudencial ha sido continuada en posteriores resoluciones de la jurisdicción y ordinaria y plasmada por el legislador en diversas normas, a las que posteriormente se hará referencia.

Este fue, durante largo tiempo, el entendimiento habitual de la citada regla de preferencia de la jurisdicción, hasta que el TC introdujo una nueva doctrina jurisprudencial en la que vino a modificar aquella inicial comprensión de dicha regla. Se trata de la **Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre**, en donde, a grandes rasgos, se enjuicia un supuesto en que la Administración impone una sanción respecto de un hecho que, posteriormente es enjuiciado y castigado por un Juzgado de lo Penal como delito contra el medio ambiente siendo ratificado por la Audiencia Provincial, con imposición de las correspondientes penas. Al acudir el recurrente en amparo ante el TC por vulneración del principio *non bis in idem* –en su vertiente de legalidad penal–, el TC confirma la sanción impuesta a resultas del expediente administrativo sancionador, anulando las dos sentencias penales y concediendo, por último, el amparo.

Aunque puede parecer que, en esta sentencia, el TC adopta una solución de justicia material, haciendo primar la proscripción de *bis in idem*, como derecho a favor del acusado a no verse doblemente sancionado, en realidad, lo preocupante de la misma es que establece una suerte de excepción a la regla de preferencia la jurisdicción penal²⁵⁹; y ello por cuanto, en definitiva, hace primar la sanción que resulta de resolver un expediente administrativo sancionador por infracción medioambiental sobre la condena penal por el correspondiente delito.

La “relajación” que así se realiza de la citada regla de la preferencia de la jurisdicción penal, fue seguida con relativa continuidad, entre otras, en la Sentencia del TC 152/2001 de 2 de julio, en donde el demandante de amparo alega vulneración del *non bis in idem* al haber sido castigado por unos mismos hechos con la pena de un delito contra la seguridad en el tráfico y, a su vez, mediante una sanción administrativa. Sin embargo, finalmente el TC no concedió el amparo en esta ocasión, al entender que el recurrente no alegó la violación del derecho fundamental tan pronto la conoció, debiendo haberlo hecho para evitar demoras inaceptables que pudieran preconstituir indebidamente situaciones de *bis in idem*²⁶⁰.

Finalmente, en este peculiar desarrollo del entendimiento de la regla de preferencia de la jurisdicción penal, vino a incidir la importante **Sentencia del TC**

²⁵⁹ GÓRRIZ ROYO, E., “Sentido y alcance del “ne bis in idem” respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional” Estudios Penales y Criminológicos, vol. 24, 2002-2003, pág.217.

²⁶⁰ vid. GÓRRIZ ROYO, E., “Sentido y alcance del “ne bis in idem”...pág.226 y ss.

2/2003, de 16 de enero de 2003, donde el TC revisa en Pleno la doctrina constitucional anterior y declara su deseo de apartarse de las dos anteriores sentencias²⁶¹. De nuevo en dicha sentencia se examina la posible vulneración del *non bis in idem* por recaer una sanción administrativa y una pena por hechos consistentes en la conducción de vehículo a motor con una tasa de alcohol en sangre superior a la permitida. En este supuesto el TC desestima el amparo solicitado, dado que los órganos de la jurisdicción penal adoptaron como solución, compensar las sanciones impuestas; es decir, descontaron de la multa penal y de la medida de privación del derecho de conducir, respectivamente, la cuantía de la multa administrativa y el tiempo de duración de la privación del carné de conducir. Por todo ello, a grandes rasgos, entendió el TC que desde la perspectiva material, el recurrente no sufrió exceso punitivo alguno.

En conclusión, en los supuestos en que unos mismos hechos hayan sido sancionados como infracción urbanística y lo estén siendo por algún delito del art. 319 C.P.²⁶² resulta preciso constatar que efectivamente concurre la completa identidad objetiva y de fundamento. Pero teniendo en cuenta que dichas identidades no tienen necesariamente que producirse en la generalidad de los casos en que concurra un delito y cualquiera de las infracciones urbanísticas, sino que deben extraerse de una ponderación en el caso concreto. Por otra parte, aun cuando exista dicha identidad entre los hechos y fundamentos de la infracción administrativa y alguno de los delitos del art. 319 C.P., si el conocimiento de los hechos llega al Ministerio Fiscal o al Juez con posterioridad al cumplimiento de la sanción administrativa, no puede acogerse sin paliativos la doctrina de la Sentencia del TC 177/1999, de 11 de octubre. En la actualidad y dada la ausencia de mecanismos procesales para que el Juez de lo Penal adopte la nulidad de lo actuado en el ámbito administrativo, cuanto menos podrá deducir la cuantía de la multa administrativa impuesta de la de la multa penal a imponer en el proceso penal, en la línea de lo propuesto por la Sentencia del TC 2/2003, de 16 de enero. Con ello, se cumpliría efectivamente la regla de preferencia al orden jurisdiccional penal y no cabría a juicio de GORRIZ ROYO, E. entender vulnerada la proscripción de *bis in idem*.

Junto a esta doctrina jurisprudencial, ha de atenderse a la normativa administrativa que regula los instrumentos de coordinación y resolución de conflictos en casos de expedientes sancionadores y procesos penales paralelos.

Con carácter general, hay que partir del **art. 133** (conurrencia de sanciones) de la **Ley 30/1992, de 26 de noviembre**, en donde se consagra el *ne bis in idem* material, al establecerse que:

“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.”

En desarrollo de dicho precepto, el **art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora**, establece al respecto de las «vinculaciones» de la Administración y los tribunales penales, indicando lo siguiente:

²⁶¹ vid. GÓRRIZ ROYO, E., “Sentido y alcance del “ne bis in idem”...pág.235 y ss.

²⁶² A continuación veremos que esta doctrina es de aplicación al art. 320 CP.

«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.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que susciten.»²⁶³

Ciñéndonos a los concretos casos de concurrencia de infracciones urbanísticas y delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo en sentido estricto, la norma básica para dirimir en los conflictos de concurrencia entre la jurisdicción penal y administrativa en materia urbanística, sigue siendo el antiguo art. 274 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (TRLS de 1992)²⁶⁴ actual **art. 42 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo**, donde se establece:

²⁶³ VERCHER NOGUERA, A., con anterioridad a la STC 2/2003, sostenía, con fundamento en el apartado 2 y 3 de este artículo que los hechos declarados probados por resolución penal firme, vinculaban a los órganos administrativos respecto del procedimiento sancionador que se substancien (en el mismo sentido encontraba el art. 137.2 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)Lo cual no impidió que surgiesen otras polémicas sobre algunos matices del art. 45 de nuestra Constitución. Señalaba que la dependencia del Derecho penal respecto del Derecho administrativo no supone anomalía o irregularidad alguna. Concluye que la relación Derecho Penal y Derecho Administrativo en los delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo, en particular, es de dependencia, así la base jurídica, por su naturaleza, se encuentra inmersa en el Derecho Administrativo. **Así, el recurso al Derecho penal, ha surgido ante la reclamación de sanciones más severas para las infracciones a la norma administrativa y la evidente insuficiencia de las incriminaciones clásicas de carácter general al haber aumentado la gravedad de las infracciones.** Y por tanto tampoco en el ámbito de la ordenación del territorio y del urbanismo tiene preeminencia alguna la potestad sancionadora administrativa sobre el “ius puniendi” del Poder Judicial. En “*LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio*”, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.71.

²⁶⁴ “Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística aparezcan indicios del carácter de delito o falta 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.”El artículo 274 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (vigente hasta el 27 de junio de 2008), cuyo contenido fue respetado por la Disposición derogatoria única de la Ley del Suelo y Valoraciones 6/1998 (vigente hasta el 1 de julio de 2007), lo dejaba perfectamente claro.

“Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística aparezcan indicios del carácter de delito o falta 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.”

Como se puede apreciar, este precepto se consagra la regla de preferencia de la jurisdicción ordinaria sobre la Administración en el enjuiciamiento de los hechos que puedan revestir carácter de delito o falta. Además proclama el principio *«ne bis in idem»* al declarar que *«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.»*

Este precepto se dirige a evitar esa doble imposición de sanciones y a tal efecto establece el mecanismo de la paralización del procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre el mismo hecho. Asimismo consagra la exclusión de la sanción administrativa ante la imposición de una sanción penal.

Así pues, cuando aparezcan indicios de que un hecho objeto de expediente administrativo, tiene carácter de delito o falta, la Administración sancionadora deberá acordar la suspensión de los procedimientos administrativos sancionadores hasta que la autoridad judicial no se haya pronunciado. Y en caso de que finalmente la Administración actúe a posteriori, deberá respetar el planteamiento fáctico realizado por los Tribunales, pues se halla vinculada por la resolución judicial penal firme, en virtud de lo dispuesto por el art. 7.3 RPS. En definitiva, también en el ámbito urbanístico la vigencia del principio *non bis in idem* y de la regla de prevalencia del orden penal sobre el administrativo sancionador son incuestionables. Conviene, no obstante lo anterior, realizar unas precisiones con respecto al principio *non bis in idem* contenido a raíz del art. 42 del RD Legislativo 2/2008:

En primer lugar, dicho precepto habla de *«sanción penal»* de manera que debe interpretarse que dicha sanción ha de ser impuesta por los tribunales a través de sentencia que haya ganado firmeza, no pudiendo incluirse aquí ni autos ni providencias.

En segundo lugar, con respecto a la exigencia relativa a que *«aparezcan indicios de carácter de delito o falta del propio hecho que motivó la incoación del expediente sancionador»*, parece evidente que dichos indicios deben deducirse del expediente administrativo en marcha que revele la comisión real o presunta de un ilícito penal, siempre que además este ilícito verifique los mismos hechos, sujetos y fundamento que motivaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En tercer lugar, se revela necesaria la coordinación entre la jurisdicción penal y la administrativa sancionadora para la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción previstas en el art. 42 del RD Legislativo 2/2008 in fine.

Dichas medidas se podrán imponer, incluso cuando la sentencia penal sea condenatoria.

Por último, si la sentencia penal es absolutoria ha de tenerse en cuenta que ello no excluye necesariamente el enjuiciamiento de los hechos no calificados como delito o falta, por la vía administrativa.

Estas son, a grandes rasgos, las implicaciones deducibles de la regulación prevista en el art. 42 del RD Legislativo 2/2008 que ha adquirido mayor relevancia a raíz de la entrada en vigor de los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP y 320 CP, dotando además de protagonismo capital a la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal y al principio *non bis in idem*.

En ambos casos, el incumplimiento de la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal puede acarrear la sanción de multa prevista en el art. 262 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dicha sanción se impone, a los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticias de algún delito público y no cumplieran con la obligación de comunicarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, Tribunal competente, Juez de Instrucción o funcionario de policía, siendo dicha omisión puesta además en conocimiento de su superior, en los casos en que quien la cometa sea empleado público.

Pues bien, frente a la anterior postura doctrinal, encontramos la de VERCHER NOGUERA, A.²⁶⁵, quien, sobre este tema relativo al campo límite entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, se remite a GÓMEZ TOMILLO, M.²⁶⁶ quien, a su vez, mantiene que si bien no puede admitirse hoy en día la existencia de diferencias de índole cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, mantiene que *“tampoco podemos compartir la tesis actualmente mayoritaria que defiende que la distinción entre ambos fenómenos es sólo gradual o cuantitativa y (que) por lo tanto poseen la misma naturaleza”*. Añade además que *“Abona tal conclusión la diferente finalidad que persigue uno u otro sector del ordenamiento jurídico. El Derecho penal se ocupa de la protección de bienes jurídicos, idea que en esencia no parece hoy ser cuestionada, por lo que solo le interesan acciones peligrosas para tales bienes jurídicos. El Derecho administrativo sancionador, por el contrario, persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad, esto es, reforzar mediante sanciones un determinado modelo de gestión sectorial, es el refuerzo de la gestión ordinaria de la Administración. La falta de claridad respecto a tales criterios lleva precisamente al actual fenómeno de administrativización del Derecho penal”*.

VERCHER NOGUERA, A., concluye señalando que, el recurso al Derecho penal, ha surgido ante la reclamación de sanciones más severas para las infracciones a la norma administrativa y la evidente insuficiencia de las incriminaciones clásicas de carácter general al haber aumentado la gravedad de las infracciones. Parecer que compartimos en el presente estudio del art. 320 CP.

²⁶⁵ VERCHER NOGUERA, A. *“LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio”*, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.67.

²⁶⁶ GOMEZ TOMILLO, M. *“Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal”*, en Actualidad Penal, nº 4, semana del 24 al 30 de enero de 2000, págs... 77-80.

La jurisprudencia ha dado luz a la controversia suscitada al definir la actuación de cada ámbito, penal y administrativo, como complementario el uno del otro, sin relación de prevalencia.

En efecto, la magnífica Sentencia de la Sala de lo Penal, sección 1, de 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, referida al tipo penal del art. 320 CP establece, en el FJ DECIMOTERCERO, que:

“Ahora bien, el control de la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública precisa la STS. 766/99 de 18.5 corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que ocupando y desempeñando las funciones propias de órganos de la administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los jueces y tribunales (de la jurisdicción penal²⁶⁷) están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que establece y proclama el art. 9.1 CE . Los Jueces y Tribunales no controlan, pues, a la administración pública, sino que sencillamente, declaran cuando procede ejercer el "ius puniendi" del Estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico.”

Tras tal oportuno acotamiento añade el Fundamento Jurídico DECIMOCUARTO:

“La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho Penal le corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que le corresponde conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, conforme al principio de intervención mínima.

En esta dirección la STS. 1658/2003 de 4.12 nos recuerda que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los

²⁶⁷ Matización que se hace en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 6 de noviembre de 2009, Roj: SAP GR 2061/2009, Nº de Recurso: 210/2009, Nº de Resolución: 571/2009, Ponente: MARIA AURORA GONZALEZ NIÑO, FJ 5º, añadiendo: “La negativa del Ayuntamiento de Almuñécar a revisar de oficio la licencia en este caso y la pasividad de la propia Administración autonómica que se lo requirió al no haber interpuesto la demanda correspondiente ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa ha propiciado que haya sido el propio Juez penal el que por sí realice esa valoración o control de la legalidad del acto administrativo (en este caso, del informe del técnico municipal que dio lugar al acto administrativo)”.

parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras).

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

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

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

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados

prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

*Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que **también** ocurre cuando la arbitrariedad consiste **en la mera producción de la resolución** -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).*

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones

constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

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

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

Conviene resaltar que la **omisión del procedimiento legalmente establecido**, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

(...)

Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad

cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero, antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales. (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).”

Podemos concluir, citando a MIR PUIG, C.²⁶⁸ quienes afirman que, de concurrir sanción administrativa y sanción penal respecto de un mismo hecho y respecto de un mismo sujeto deberá tenerse en cuenta, para no infringir el non bis in ídem, que no haya identidad de fundamento de derecho ni relación de sujeción especial, invocando las SSTC 2/81; 112/90; 234/91 2/03 (Pleno), que cambia la doctrina de la STC 177/99.

7. Cuestiones prejudiciales jurisdiccionales administrativas.

MIR PUIG, C.²⁶⁹ señala que en los delitos contra la Administración Pública, en especial el delito de prevaricación administrativa o no judicial, la norma penal suele utilizar elementos normativos (de orden jurídico extrapenal, que normalmente pertenecen al orden jurídico administrativo) para la integración del tipo. En definitiva, y aplicando al tipo que nos ocupa, si determinada actuación administrativa es contraria a Derecho administrativo y si dicha determinación la deberá hacer el propio órgano jurisdiccional penal que conoce del hecho presuntamente punible o si corresponderá a otro órgano jurisdiccional diferente especializado en la materia, un órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En palabras de ACALE SÁNCHEZ, M.²⁷⁰, una de las derivaciones del principio del *non bis in ídem* es la prevalencia de lo actuado en el orden jurisdiccional penal –con la consiguiente suspensión del procedimiento administrativo hasta que la autoridad judicial penal decida. Es lo que la autora denomina, muy acertadamente a nuestro parecer, el *non bis in ídem procesal*, o cuestiones prejudiciales.

El art. 9 de la LOPJ señala que: “1. Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley.” Estableciendo en el apartado 3 que: “3. Los del orden jurisdiccional penal tendrán atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción de los que correspondan a la jurisdicción militar.” Y en el 4 que: “Los del orden

268 Vide MIR PUIG, C. en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. cit., pág. 888.

269 MIR PUIG, C. “Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal” en Biblioteca de Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, p. 36.

270 ACALE SANCHEZ, M., “Los Nuevos delitos...” op., cit., pag. 378.

contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo,...”.

Señala MIR PUIG, C.²⁷¹ que si el conocimiento de las cuestiones reguladas en las diversas ramas jurídicas, se atribuye a titulares diversos del órgano jurisdiccional, cuando para la resolución de una cuestión es preciso someter a juicio cuestiones de diversa naturaleza jurídica, surge el problema de determinar a que órgano especializado de la jurisdicción se entregara el conocimiento de la cuestión prejudicial.

La regla general la establece el artículo 10 de la LOPJ que dice: “1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”.

Frente a lo anterior encontramos que subsiste, en el proceso penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulando el tema en los artículos 3 a 7, en los que se distinguen dos clases de prejudicialidad. Entendiendo por esta la conexión entre materias penales y otras materias pertenecientes a distintas ramas jurídicas de carácter heterogéneo que necesariamente han de ser resueltas con carácter previo a la resolución de la cuestión penal. Estas dos clases son la no devolutiva o no excluyente (art. 3, 4.2 y 6 de la LECr) y la devolutiva o excluyente (art. 4.1 y 5 de la LECr). Así el art. 4 de la LECr que señala: “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 aquélla 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.

Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, el Secretario judicial, mediante diligencia, alzará la suspensión y continuará el procedimiento. En estos juicios será parte el Ministerio Fiscal.”

Ante esta aparente contradicción la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE en su Fundamento Jurídico Séptimo, ha zanjado el tema señalando:

“A propósito de la primera cuestión hemos de traer aquí el criterio elaborado al respecto por esta misma Sala y que se contiene, por ejemplo en las SS. de 13.7.2001 y 27.9.2002, cuando dicen que “ la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica L.E.Criminal.”. Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más

²⁷¹ Vide MIR PUIG, C., Op. cit., p. 36.

graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4º de la L.E.Criminal impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal."

En la misma línea y con extensa cita de la anterior, la STS. 29.10.2001, afirma también: "Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal (la LECr). Una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional."

Esta regla viene también avalada, precisa la STS. 24.7.2001, por el reconocimiento en el art. 24.2 CE. del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional. El párrafo segundo del art. 10 de la L.O.P.J. añade como excepción que "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. En consecuencia la regla general del art. 10.1º de la L.O.P.J. -que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la L.O.P.J. se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca. Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1º del art. 10º de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta

norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4º de la decimonónica L.E.Criminal.

Otra sentencia de esta Sala, la 1772/2000, de 14 de noviembre, también se pronuncia por la atribución a los Tribunales del orden penal de la competencia para resolver sobre tales cuestiones civiles o administrativas.

A la eficacia de artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también se ha referido la Sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre, en la que se expresa que la determinación de la cuota defraudada constituye efectivamente una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria que conforme a la regla general prevenida en el art. 10.1º de la L.O.P.J. debe resolver el propio Órgano jurisdiccional penal.

Y la Sentencia 1438/98, de 23 de noviembre, también se pronuncia a favor de la competencia del Tribunal Penal, conforme se dispone en el artículo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para resolver una cuestión arrendaticia aunque la afirmación de la existencia del arrendamiento constituya una cuestión prejudicial de naturaleza civil que, por su especial incidencia en el delito de que se trata, determine la culpabilidad o inocencia del acusado.

El Tribunal Constitucional no puede ser utilizado para defender una posición contraria a la que se ha dejado expresada ya que si bien, en un principio y respecto al delito de instrusismo, varias sentencias se pronunciaron por el efecto devolutivo, sin embargo, como se señala en la Sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio, esa doctrina se establece en los supuestos específicos planteados en condenas por esa figura delictiva, doctrina que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado en supuestos ajenos a esa figura delictiva. Así sucede, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 278/2000, de 27 de noviembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa. En esta sentencia se declara que "en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente". Y concluye esta Sentencia del Tribunal Constitucional afirmando que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española.

Conclusión que resulta definitiva en el caso que aquí nos ocupa, dado que en él, se cumple a la perfección la premisa negatoria de la eventual infracción del derecho a

la tutela judicial aducida por el recurrente, toda vez que el pronunciamiento relativo a la legalidad o ilegalidad del acuerdo del Ayuntamiento por ser el proyecto de edificación o la licencia contrarias a las normas urbanísticas vigentes, constituyen la esencia del hecho enjuiciado en el proceso penal (prevaricación urbanística, art. 320 CP.), tratándose, en consecuencia -nos dice la STS. 14.11.2000, de un elemento que se encuentra tan indisolublemente ligado al hecho punible que su separación no resulta racionalmente posible y que fundamentan la atribución a los Tribunales del orden penal de la competencia para resolver de tales cuestiones civiles o administrativas.

Y en el Fundamento Jurídico DECIMOSEXTO reitera

“es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SS. 171/94, 30/96, 50/96, 102/96, 86/97, 190/99, 170/2002) que no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de diferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, corresponde a cada uno de ellos, en el ejercicio independiente de la potestad que les confiere el art. 117.3 CE decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejercitan y que como regla general, carece de relevancia constitucional que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas, unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencia llevado a cabo por el legislador entre los distintos ordenes jurisdiccionales”

En el mismo sentido se pronuncia entre otros, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Penal sección 1 del 03 de Noviembre del 2011 (ROJ: AAP SE 2991/2011) Recurso: 6712/2011 | Ponente: JUAN ANTONIO CALLE PEÑA, en su FUNDAMENTO JURIDICO QUINTO. – “Se alega cuestión prejudicial administrativa. Pretendiendo la suspensión del proceso penal en curso hasta que por la Jurisdicción competente se decida sobre el carácter autorizable la edificación. Pretensión que no puede prosperar. Pues como afirma la STS núm. 363/2006, de 28 marzo (...)” Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha 9 de noviembre de 2005, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 1º que además añade la interesante relación con el instituto de la prescripción:

“No se vulnera ni el principio de seguridad jurídica, puesto que ya existe el previo pronunciamiento y vincula lógicamente al Juzgador de Instancia y a esta Sala, ni causa indefensión a la parte, pues aún cuando se trata de tipos penales en blanco sin embargo existen elementos suficientes para su enjuiciamiento como así expuso el Juzgador. Los alegatos de la defensa relativos a mantener la suspensión del procedimiento supondrían que mediante el ejercicio del derecho al recurso en el ámbito de la jurisdicción administrativa, transcurrieran los plazos prescriptivos establecidos en el Art. 131 del Código Penal para el delito objeto de investigación cuya tramitación se suspenda por mor del planteamiento y admisión de una cuestión prejudicial, habida cuenta que resulta indiscutible que suspendido el procedimiento se paraliza el mismo a los efectos establecidos en el Art. 132.2 del Código Penal abriéndose una vía al fraude procesal prohibido (Art. 11 de L. O.P.J.)”.

DE ALFONSO LASO, D.²⁷² sintetiza en nuestra opinión muy bien el problema, y la posible solución. Así, en los supuestos en que exista un acto administrativo firme y recurrido en la vía contencioso-administrativa, la eficacia de la cuestión prejudicial se reduce, en los delitos relativos a la ordenación del territorio.

El problema se planteará, por lo tanto, al Juez de lo Penal, en la medida en que, a falta de acto administrativo firme y recurrido, no le será posible dirigirse a la jurisdicción contencioso-administrativa para que se pueda manifestar al respecto. Ello supondrá que el juez penal habrá de buscar otras vías, como por ejemplo la existencia de peritos, para traer al procedimiento penal la información necesaria de la Administración competente. Y ello precisamente es lo que en la mayoría de las ocasiones podría hacer surgir en los jueces penales la duda bastante como para decretar el sobreseimiento o la absolución.

En orden al tratamiento procesal, sintetizamos siguiendo a MIR PUIG, C.²⁷³, señalando que puede proponer estas cuestiones, las partes, incluido el Ministerio Fiscal; ante el mismo órgano que esta conociendo; en cualquier momento del procedimiento; el órgano debe decidir sobre la cuestión y en su caso resolverla; finalmente la posible sentencia extrapenal, entendemos en el caso de que paralelamente al proceso penal se declare nulo un instrumento urbanístico, tendrá la eficacia de hecho jurídico.

8. Principio de Legalidad y de Mínima intervención.

Conviene comenzar recordando que según VERCHER NOGUERA, A.²⁷⁴ en la elaboración de la disposición penal contenida en el art. 320 del CP, el legislador tuvo muy en cuenta la normativa administrativa existente en materia de ordenación del territorio. Lo cual es perfectamente comprensible a tenor de la relación existente en esta materia entre Derecho penal-Derecho administrativo.

En efecto, ya hemos señalado anteriormente como VERCHER NOGUERA, A., califica de relación de accesoriedad la de Derecho penal respecto del Derecho administrativo en el contexto de la ordenación del territorio, y como la jurisprudencia la ha definido, muy acertadamente como complementaria.

No obstante, en la situación actual, para VERCHER NOGUERA, A., la accesoriedad no significa que la sanción penal se vincule al puro ilícito administrativo formal. Cabría decir que la ilicitud administrativa es condición necesaria, pero no suficiente, de la punibilidad. En consecuencia, la intervención penal se producirá cuando entre en juego un desvalor de acción y de resultado, adicionales y cualificados, que van más allá del puro ilícito administrativo. Admite que esa accesoriedad o dependencia existe y que la misma es fruto del devenir de los tiempos y de la indiscutible complejidad que la propia sociedad expresa o refleja. Así, los nuevos delitos del Código Penal son antiguas infracciones administrativas, en concreto las del

²⁷² DE ALFONSO LASO, D., “*Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio*”, Cuadernos de Derecho Local (QDL) Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 26, junio de 2011, pág. 93.

²⁷³ Vide MIR PUIG, C. Op. cit., págs. 38 a 40.

²⁷⁴ VERCHER NOGUERA, A. “*LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio*”, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.153.

art. 364.2 del TRLS de 1992 y del art. 57.2 del RDU de 1978²⁷⁵, lo cual explica de entrada la susodicha accesoriadad. Esto no supone que el Derecho administrativo este dotado de una eficacia superior a la hora de resolver los temas sobre los que tiene incidencia, especialmente en el contexto ambiental.²⁷⁶

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en cuanto a que el ilícito administrativo no se identifica con el ilícito penal, sino que este último necesita la concurrencia de alguna circunstancia más en la conducta del sujeto.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, señala que:

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

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

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

²⁷⁵ El Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, 21-9-2002, nº 251/2002, rec. 140/2002, en su FJ 2º señala: “Como dice Antonio Vercher en su Código Penal EDL1995/16398 comentado “posiblemente esta norma penal procede, en esencia, del art. 364.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 EDL1992/15748 y del art. 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, disposiciones ambas que se refieren “... al facultativo que hubiese informado favorablemente el proyecto y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin los informes previos exigibles...”. Nos encontramos pues, ante un tipo especial de prevaricación, según se desprende inmediatamente de su contenido y por la referencia expresa en esta norma al art. 404, aunque agravado en razón del bien jurídico protegido.”

²⁷⁶ VERCHER NOGUERA, A. “LA DELINCUENCIA URBANISTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio”, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.69.

punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

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

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

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

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

En relación con lo anterior la Sentencia del Tribunal Supremo nº: 1127/2009, recaída en el recurso de casación nº:1539/2008, procedente de la Audiencia Provincial de Mallorca, Sección Segunda, de fecha 27 de noviembre de 2009, de la que es Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PÉREZ, recoge que:

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

Ciertamente que la prevaricación, especial por urbanística, que sanciona el art. 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio. Mas tal elemento normativo aparece reflejado en el factum que relata como secuencia sin soluciones de continuidad, dentro del plan unitario, la

irregularidad en el informe, la consiguiente resolución administrativa y el final quebrantamiento de la ordenación territorial. (Véanse sobre los supuestos de tal secuencia unitaria la jurisprudencia en sentencias de 27/9/2004 y en las en ella citadas).

Por lo que atañe al invocado principio del non bis in ídem, que el TC entiende incluido en el de legalidad –sentencia 2/1981 TC-, y que se dice resultaría violado si fuera aplicado el art. 320 con el 319.1, no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa.”

Esa alegación del **principio non bis in ídem**, se estudia, en la precitada sentencia, desde dos puntos de vista:

Uno, en la **relación entre el artículo 319 y 320 del Código Penal**, cuando afirma:

“Se arguye que el tipo penal del art. 319 es un delito de resultado que supone una mera intensificación del injusto tipificado en el art. 320, al progresar por el iter criminis del delito. Que entre los arts. 319 y 320 se dan una relación de exclusión recíproca o de consunción, prevista en la regla 3ª del art. 8, y de subsidiariedad, entre los delitos de peligro y resultado, entre los diversos niveles de desarrollo de una misma agresión, regla 2ª del art. 8.

Ya hemos sentado que la aplicación del art. 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio non bis in ídem, por cuanto no se da coincidencia total de “desvalores” en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado.

Añade el recurso que, en su caso, el delito del art. 319 entraría en concurso con el del art. 404; pero ello implicaría desconocer la especialidad del art. 320 respecto al 404.

7. Al amparo del art. 849.1º, ha sido planteada subsidiariamente por la Defensa de H. en el séptimo motivo la infracción del art. 77 CP, porque, a lo sumo, en aplicación del art. 77, debió haber sido sancionado el concurso de delitos entre el 319 y el 320 con una sola pena, al ser el segundo medio necesario para cometer el primero.

Pero la jurisprudencia tiene establecido que, para apreciar el concurso medial a que se refiere el art. 77 CP, no basta la preordenación psíquica, sino que es necesario que objetiva y realmente, al aplicar el juicio hipotético, resulte que uno de los delitos fue imprescindible para la comisión del hecho. Sentencias de 3/2/2003 y 2/3/1998. Lo que no consta en el presente caso ante la circunstancia de que, para alcanzar la construcción no autorizada, bien pudo ser utilizado instrumento distinto al ilícito informe por el funcionario público, como no es infrecuente en la práctica conocida judicialmente.”

Otro, en relación a las **Infracciones urbanísticas sancionadas administrativamente**²⁷⁷. Cuestión a la que nos hemos referido en el apartado 6).

²⁷⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo nº: 1250/2001, recaída en recurso de casación nº:4416/1999, de fecha 26 de junio de 2001, de la que es ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ, señala el criterio a la fecha de la sentencia, que cambio posteriormente como consecuencia de la STC 2/2003, a tal efecto:

“QUINTO.- Por último, nos resta por examinar el cuarto de los motivos incorporados al escrito de formalización, por infracción del principio constitucional "ne bis in idem", con invocación del artículo 25 C.E. en relación con el principio de legalidad.

La vulneración de dicho principio la sustenta el recurrente en base a las sanciones impuestas al mismo en vía administrativa por la Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes de Galicia en los expedientes administrativos seguidos números 15/96 y 1/97, que concluyen, respectivamente, con las resoluciones de 18/11/96 (folios 13 y siguientes) y de 16/5/97 (folios 176 y siguientes), que tienen por objeto, según su argumento, los mismos hechos que constituyen el objeto del proceso penal, es decir, se produciría la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento que sirve de base a la aplicación del mencionado principio. Se afirma que la Administración prosiguió los expedientes sancionadores obviando que se seguía una cuestión penal, y que siendo "firme una sanción, la primera en el ámbito administrativo, no cabe no sólo iniciar un nuevo expediente, sino acudir a la Jurisdicción Penal hasta conseguir un triple castigo del infractor".

Como recuerda el Ministerio Fiscal en su informe, el planteamiento del presente motivo es una cuestión nueva ausente en el escrito de preparación del recurso, violentando así el principio de unidad de alegaciones, lo que podría determinar sin más la inadmisión del mismo. Sin embargo, el criterio de la Sala, en aras a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 C.E., pasa por orillar tal cuestión formal y proceder al examen del motivo, criterio que también comparte el Ministerio Fiscal cuando contesta a la cuestión de fondo planteada.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la S. 2/1981, como recuerda la mucho más reciente 177/99, ha venido considerando el "ne bis in idem" como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora sancionado en el artículo 25.1 C.E., que proscribe la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecia la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de supremacía especial de la Administración que justificase el ejercicio de "ius puniendi" por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. La S.T.C. 159/87 declara que la sanción repetida de la misma conducta a través de procedimientos distintos que impide el principio mencionado afecta igualmente a la presunción de inocencia, "porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesivos o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado" (con cita de la S.T.C. 77/83, fundamento jurídico cuarto). La S. 177/99, citada más arriba, se ocupa de la vertiente material del principio, configurándolo como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, constituyendo un derecho de defensa de aquél frente a una desproporcionada reacción punitiva, de forma que "la interdicción del <<ne bis in idem>> no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental".

Añadiendo que: *“El artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26/11, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ocupa de la concurrencia de sanciones, disponiendo que no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal y administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. A su vez, el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/93, de 4/8, se ocupa igualmente de esta cuestión en sus artículos 5º y 7º, refiriéndose este último a las vinculaciones al orden jurisdiccional penal.*

En relación con el principio de intervención mínima se encuentra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila (absolutoria), Sección 1, de fecha 30 de octubre de 2008, Roj: SAP AV 318/2008, Nº de Recurso: 207/2008, Nº de Resolución: 157/2008, Ponente: MARIA JOSE RODRIGUEZ DUPLA²⁷⁸. La Sentencia de la Audiencia

Pues bien, aplicando la precedente doctrina al caso concreto no puede llegarse a la conclusión pretendida por el recurrente, es decir, la vulneración del principio que conlleva la interdicción de la doble sanción, administrativa y penal, por unos mismos hechos.

No existe identidad del hecho objeto de la sanción. Ni en los expedientes administrativos mencionados más arriba ni entre éstos y los hechos objeto de la sanción penal. En el expediente 15/96 se fijan como hechos objeto del mismo la construcción de una edificación sin autorización dentro del espacio natural, mientras que en el 1/97 la acotación fáctica se refiere a continuar construyendo dentro de los límites del espacio natural. Las denuncias son formuladas, respectivamente, el 26/5/96 y el 16/1/97. Los hechos probados de la sentencia impugnada se refieren no sólo a los ingredientes fácticos tenidos en cuenta en los expedientes administrativos mencionados, sino que se añade que a los siete días de recibir la notificación de la resolución definitiva de 16/5/97, "los Agentes Forestales comprobaron como se continuaba en la construcción de la vivienda y, en concreto, se procedía a dividir interiormente la planta superior de la vivienda". Es decir, la dimensión fáctica que lleva a la jurisdicción penal al conocimiento y sanción de los hechos no coincide con los antecedentes de hecho de los expedientes administrativos sino que, abarcándolos, se refiere también a una situación fáctica nueva posterior a los mismos que exaspera la indisciplina urbanística del acusado hasta el extremo de hacerla penalmente relevante.

Los nuevos tipos penales que integran el Título XVI, Libro II, C.P. 1995, y concretamente los descritos en el Capítulo I bajo el epígrafe "de los delitos sobre la ordenación del territorio", denominados también delitos urbanísticos, no dejan de constituir la traducción penal de infracciones administrativas preexistentes, lo que plantea problemas de diversa índole, que incluso afectan al principio de legalidad, si tenemos en cuenta la suma de conceptos normativos extrapenales que conllevan y en muchos casos su naturaleza de normas en blanco, habiéndose cuestionado incluso la vigencia del principio de intervención mínima que debe tener en cuenta el Legislador en relación con la Legislación penal. No obstante, la indisciplina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa sin duda ha llevado a aquél a la introducción de la respuesta penal en los supuestos definidos en el Código de 1995. Sin embargo, ello 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. Desde esta perspectiva la reiteración o exasperación de las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación, como sucede en el presente caso, siendo ello compatible con la sanción administrativa concreta y referida a aspectos parciales de dicha conducta que no tienen por qué participar necesariamente del mismo fundamento sancionador que los delitos".

²⁷⁸ Recoge en el FJ: "CUARTO.- No está de más recordar que el principio de intervención mínima informador del Derecho Penal requiere que este sistema de control social sólo actúe frente a las agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la administración, proyectándose no contra meras irregularidades o ilegalidades, que encuentran su mecanismo de control en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sino aquéllas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración. Como en unos términos u otros viene reconocido la doctrina legal, el Derecho tiene medios para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela sin necesidad de acudir a la sanción penal, y el Derecho Penal, integrante del ius puniendi del Estado, tiene, en consecuencia, un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora, por lo que no controla todas las conductas contrarias al ordenamiento jurídico, lesivas del bien protegido por la norma, sino tan sólo las modalidades de ataque más peligrosas, pues, en definitiva, su finalidad es satisfacer la defensa social que nace no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino de la transgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incide significativamente en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo de los intereses de ambos o de la causa pública, y es preciso que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero, vid. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de

Provincial de Bilbao (desestima recurso contra condena), Sección 6ª, de fecha 17 de marzo de 2010, Roj: SAP BI 2190/2010, Nº de Recurso: 28/2010, Nº de Resolución: 276/2010, Ponente: JOSE IGNACIO AREVALO LASSA.²⁷⁹

9. Normas penales en blanco

COBO DEL ROSAL, M.²⁸⁰ afirma que, por lo que respecta a la accesoria administrativa de los delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo, las leyes penales en blanco son un claro ejemplo de esa dependencia o accesoria, definiéndolos como “*supuestos en los que la propia Ley penal remite a normas de rango inferior para la fijación de los contornos de la conducta delictiva...*”.

1993, como otras que consolidando jurisprudencia han tratado de efectuar la diferenciación entre el ilícito que da lugar al control administrativo del que se integra en el tipo penal de la prevaricación, p.e. las sentencias de 12 de diciembre de 1994 y 29 de septiembre de 2004 señalan que la injusticia que requiere el tipo penal de la prevaricación "debe alcanzar la categoría de manifiesta e insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos para sus principios rectores, que las administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución... no se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa... el derecho penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que deba salvaguardar y respetar el ejercicio de la función pública" y en parecidos términos son de citar las de 28 de abril y 18 de julio de 2005, y otras resoluciones constriñen aún más el requisito de la injusticia señalando que debe ser clara y manifiesta hasta tal punto que si en este tema existiera duda razonable, desaparecería el aspecto penal del hecho acaecido, para quedar reducida la cuestión a una mera ilegalidad a depurar en los correspondientes procedimientos administrativos, v. gr .sentencia de 7 de febrero de 1997, pues la línea divisoria entre la ilegalidad susceptible de ser controlada en vía administrativa y la que se integra en el ámbito penal resulta de la "grosería" de la ilegalidad de la actuación administrativa, sentencias de 20 de abril de 1995 y 10 de mayo de 1993, y atiende la doctrina legal a criterios objetivos para la delimitación del contenido injusto de la actuación administrativa, y en los supuestos dudosos considera la injusticia de la resolución "si no existe método racional que permita sostener el criterio adoptado por el acusado"(sentencias de 10 de julio de 1995 y 30 de enero de 1997), por tanto ha de existir un desbordamiento clamoroso de la legalidad o injusticia clara y manifiesta, o ausencia de una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor(sentencia de 21 de diciembre de 1999)."

²⁷⁹ Recoge en su FJ 3º “*La falta de impugnación del acuerdo municipal en la instancia administrativa o en la jurisdicción contencioso administrativa no guarda relación con el principio de intervención mínima. Se trata de un requisito que el Código Penal no exige para la persecución del delito que se está enjuiciando, del mismo modo que sucede en muchos otros supuestos en los que una conducta penalmente relevante se encuentra o puede encontrarse igualmente tipificada como una infracción administrativa. La diferenciación del ámbito de actuación de uno y otro supuesto es, evidentemente, necesaria, pero en modo alguno puede excluirse la intervención del Derecho Penal por la circunstancia de que, por causas muy diferentes, no haya sido sustanciada la eventual infracción previamente en sede administrativa. Esa falta de intervención previa no puede ser suficiente, desde el punto de vista penal, para convertir en lícitas conductas que cumplen con los requisitos establecidos en los respectivos tipos penales.*

(...) lo que se tiene en cuenta como elemento de contraste es la legalidad vigente a la fecha del acuerdo o de la intervención de aquellos a quienes se refiere el artículo 320 CP, sin que sirva para eludir la aplicación de éste la modificación posterior de las normas relativas al planeamiento urbanístico concebida para dar acomodo a lo que en el momento de aprobarse constituía una manifiesta ilegalidad. Como bien se ha dicho, de otro modo el precepto penal quedaría vacío de contenido.

(...)La modificación legal posterior no ejerce como una suerte de convalidación, a efectos penales, de toda la irregular actuación.”

²⁸⁰ COBO DEL ROSAL, M. “Sustitución del I.G.T.E. por el I.V.A.: Principio de legalidad y retroactividad de la Ley Penal más favorable”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 53, 1994, pág. 447.

SILVA SANCHEZ, J.M.²⁸¹ señala, que dado que la normativa penal, por su peculiar naturaleza, no se presta a ser sometida a continuas reformas, el legislador penal procede a dejar en manos de otras esferas competentes, en razón de la materia, la determinación del ámbito concreto de su incidencia, remitiendo a normativas extrapenales de complemento que integran y precisan el supuesto de hecho de la ley penal.

Nosotros entendemos, una vez más, que no estamos en presencia de una relación de accesoriadad sino que se complementan (derecho penal y derecho administrativo), y compartimos el parecer de SILVA SANCHEZ, J.M., en cuanto a que, en las normas penales en blanco se produce una remisión a la normativa urbanística, incluida dentro del derecho administrativo.

De nuevo, y por su importancia, nos referiremos a la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, analiza este aspecto señalando:

“...este reenvío normativo a normas no penales propio de lo que se ha llamado tipos penales en blanco, procederá únicamente si se dan determinados requisitos, como señala la STS. 1664/2002 de 28.3: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la 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 del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STS. 8.2.2000 que resume la doctrina de las SSTC. 122/87, 127/90, 118/92, 111/93, 62/94y 120/98).

Bien entendido que pese a tal necesidad de certeza, el legislador penal (STC. 89/93), "no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo " en cuanto "... una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones".

Igualmente es necesario precisar, de una parte, que la reserva de Ley que se exige para las disposiciones penales, no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues sería degradar la garantía esencial que el principio entraña (SSTC 42/1987 y 219/1991), y de otra, que si bien una norma autonómica no puede prever concretos delitos ni sus correspondientes penas, se puede plantear el problema de si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa, o expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la Ley penal en

²⁸¹ SILVA SANCHEZ, J.M. “Legislación Penal Socio-Económica y retroactividad de disposiciones favorables en el caso de las “Leyes en blanco”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994, nº 1, pág. 91.

blanco. Para dar respuesta adecuada a esta cuestión, dice la STC. 128/98 de 15.6, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1 CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las comunidades autónomas asuman al amparo del art. 148 CE. y de los propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos (SSTC. 194/94, 43/96, 61/97). A partir de esta premisa, es posible que sea diferente **la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional** (STC. 37/81). Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1.9.2, 139.1, y 149.1.1 CE., ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (SSTC. 37/87, 43/96). De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la Ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias.

En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 CE. y que "no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio, doctrina que hemos reiterado en relación con la capacidad sancionadora de las Comunidades Autónomas. Puesto que de acuerdo con nuestra doctrina acerca de las Leyes penales en blanco, el núcleo del delito ha de estar contenido en la Ley penal remitente, la función de la norma autonómica remitida se reduce simplemente a la de constituir un elemento inesencial de la figura delictiva.

VIGESIMO: En el caso que analizamos, el art. 320 constituye, ciertamente, un tipo parcialmente en blanco, pues la norma penal requiere una hetero- integración con la normativa administrativa, como se ve en su propia redacción ("haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes").

Ahora bien el reenvío que la sentencia efectúa no puede entenderse como una interpretación extensiva de un abigarrado conjunto de normas urbanísticas. (...).

Consecuentemente no puede entenderse que las normas administrativas utilizadas por la Sala para integrar el delito del art. 320.1 no satisfagan el principio de certeza jurídica, podrá cuestionarse la interpretación que de las mismas realiza la Sala, e incluso, su concreta aplicación al caso de autos pero ello no afecta al principio de legalidad."

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolución), Sección 2, Roj: SAP GC 1501/2011, de fecha 6 de julio de 2011, Nº de Recurso: 179/2010, Nº de Resolución: 174/2011, Ponente: MARIA DEL PILAR VERASTEGUI HERNANDEZ, en el FJ 3º, al señalar:

“Concretamente, en relación al delito por el que se acusa por el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de junio de 2001, señala que 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, y 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 entendiendo que las infracciones administrativas incardinables en la norma penal solo pueden ser aquellas que "per se" alcanzan un contenido de gravedad suficiente o lo que es igual la conducta atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal debe alcanzar entidad suficiente para justificar su aplicación.”

Podemos destacar también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolutoria), Sección 1ª, de fecha 26 de noviembre de 2002, Roj: SAP GC 3179/2002, Nº de Recurso: 60/2002, Nº de Resolución: 190/2002, Ponente: EMILIO JESUS JULIO MOYA VALDES²⁸². Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (absolutoria), Sección 1ª, de fecha 21 de junio de 2011, Roj: SAP GR 955/2011, Nº de Recurso: 73/2011, Nº de Resolución: 391/2011, Ponente: JESUS FLORES DOMINGUEZ²⁸³.

²⁸² *“CUARTO: El tipo del delito contra la ordenación del territorio remite a las normas urbanísticas vigentes para castigar a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias. Se plantea entonces el problema de que el tipo no viene completamente integrado en el precepto, sino que se utiliza la técnica llamada de la norma penal en blanco, como remisión a otras normas extrapenales, que ha de examinarse con las mayores garantías. Por un lado por la exigencia de intervención mínima propia del Derecho Penal que implicaría que si los mismos hechos llevan aparejada una sanción administrativa, debería abstenerse de sancionarlos por esta vía. Por otro se ha advertido del peligro de que, en algunos casos, será la autoridad administrativa, siquiera indirectamente, la que decidirá el carácter delictivo de un comportamiento, en cuanto es preciso la remisión a norma reglamentaria. Con relación a esta técnica normativa el Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 3/1988, de 21 de enero, 127/1990, de 5 de julio y otras posteriores avaló su constitucionalidad siempre que se cumplan las exigencias que la propia doctrina constitucional establece y que son: a) Reenvío expreso y justificado; b) Norma penal que contenga el núcleo esencial de la prohibición y c) Satisfacción de la exigencia de certeza. Y por su parte la sentencia 120/98, de 15 de junio, después de reafirmar la constitucionalidad de las normas penales parcialmente en blanco, ha señalado, además, que el órgano judicial puede integrar el tipo penal incluso con una norma autonómica de naturaleza administrativa dictada en el marco de sus respectivas competencias, como es el caso de Canarias”.*

²⁸³ *“PRIMERO.- Se conviene con el Ministerio Fiscal en que la aprobación definitiva de la modificación parcial 98 del P.G.O.U. de Almuñécar no determinaría la entrada en juego de lo dispuesto en el artículo 2.2º del C.P. caso de que hubiera sido típica la conducta desplegada por la Junta de Gobierno local del Ayuntamiento de dicha localidad al aprobar, el 25 de Enero de 2005, el proyecto básico para la ejecución del pabellón cubierto en la Herradura. Lo dispuesto en el artículo 57.3 de la L.O. 30/92 está referido a los actos administrativos, no a las normas jurídicas. Y, en cualquier caso, tampoco concurriría el presupuesto de hecho que hace posible su aplicación, pues no se habría dictado en sustitución de ningún acto anulado. Los instrumentos de planeamiento son normas jurídicas extrapenales. Aunque nuestro T.S. en alguna sentencia ha considerado que los efectos retroactivos que el artículo 2.2º atribuye a la ley penal también afecta a la normativa extrapenal que complementa los tipos penales en blanco -SSTS 120/2001, de 11 de Junio y 18 de Mayo de 1992- en otras ha matizado esa idea añadiendo que la retroactividad debe operar únicamente cuando la reforma de la normativa extrapenal refleja un cambio en la valoración de la conducta o afecta al núcleo de la misma. Y en otros pronunciamientos ha añadido -SSTS de 28 de Noviembre de 2003 que cita la de 30 de Abril del mismo año- que no todas las modificaciones de las normas administrativas que contribuyen a complementar un determinado tipo penal tienen efecto retroactivo, aun cuando pudiesen ser calificadas de favorables, pues dicho efecto no concurre en los supuestos de normas temporales (art.2.2º del Código Penal de 1995, in fine), concepto que debe ser interpretado con criterios materiales y teleológicos. No cabe estimar, por*

En cuanto a la posibilidad de que las disposiciones o normativa elaborada por las Corporaciones locales pueda ser utilizada para completar las normas penales en blanco, especialmente en el área ambiental, VERCHER NOGUERA, A. cita a SILVA SANCHEZ, J.M.²⁸⁴, quien señala que “*dado que la Administración local carece, en efecto, por disposición constitucional (artículo 149.1.23º) de competencia para dictar normas protectoras del medio ambiente, esto significa sin más que las Leyes (...) sólo pueden ser de rango estatal o autonómico. Por tanto, no cabe interpretar, en ningún caso, que la infracción de las normas municipales pueda integrar el elemento típico (...)*”.

Por último, VERCHER NOGUERA, A. señala que las normas penales en blanco no son suficientes para atender a toda la problemática y complejidad que suscita la relación, que este autor denomina de accesoriedad, y nosotros entendemos de complementariedad, del Derecho penal respecto del Derecho administrativo, en incluso otras ramas del Derecho que puedan tener incidencia en la materia ambiental. Esta necesidad de atender a toda esta problemática ha llevado a la aplicación de otros instrumentos similares, en cuanto a su función, a las leyes penales en blanco e indicativos de la accesoriedad, para VERCHER NOGUERA, A., complementariedad para nosotros, a la que se viene haciendo referencia. Serían, por ejemplo los conceptos normativos y los conceptos valorativos.

Podría entenderse como **conceptos normativos** “*aquellos términos empleados en los preceptos penales de naturaleza esencialmente jurídica cuyo sentido e interpretación nos vienen dados, a su vez, por preceptos previstos en otras normas jurídicas, ya sean de naturaleza penal o, incluso, pertenecientes a otras ramas del ordenamiento jurídico*”²⁸⁵. Se trata de términos de uso común en el Código Penal, tales como “*sociedad*” o “*junta de accionistas*” cuyo contenido viene descrito en disposiciones normativas ajenas al Código Penal.

A su vez, cabría considerar como **conceptos valorativos** “*aquellos términos de contenido abierto o indeterminado cuya delimitación conceptual viene dada por el común sentido popular, por las reglas habituales de la experiencia, por valores provenientes del mundo científico-técnico, etc., y que tienen por objeto determinar el quantum de antijuridicidad que debe concurrir en el comportamiento realizado para poder ser considerado como penalmente relevante (frente a los ilícitos administrativos) o, en su caso, la subsunción de dicho comportamiento en un tipo básico o en el correspondiente subtipo cualificado*”²⁸⁶. Se trata de los supuestos de determinación de

ejemplo, que una conducta calificada de conducción temeraria por circular en sentido contrario en una vía urbana deje de serlo por el hecho de que con posterioridad una nueva regulación circulatoria cambie el sentido de la vía. Como en el ámbito del derecho comparado ha señalado el Tribunal Supremo de la República Federal de Alemania, se ha de distinguir a estos efectos entre una modificación de la ley que se apoya en un cambio valorativo de perspectiva jurídica, y una variación que se funda en otras razones, como puras apreciaciones de oportunidad (BGH 20, 8 de enero de 1965)”.

²⁸⁴ SILVA SANCHEZ, J.M., “Delito contra el medio ambiente”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 60

²⁸⁵ URRAZA ABAD, J.: “Relaciones Derecho Penal-Derecho Administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: Constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas. Los conceptos normativos y los conceptos valorativos en el Código Penal de 1944 (II)”, en *La Ley*, 6 de julio de 1999, pág. 6.

²⁸⁶ URRAZA ABAD, J.: Op. cit. (II), pág. 7.

la “*gravedad*”, en casos tales como “*alteración grave*”, “*imprudencia grave*” o “*peligro grave*”.

Pues bien, es importante poner de relieve²⁸⁷ que la doctrina legal sentada por el Tribunal Constitucional, igual que ha admitido la constitucionalidad de las normas penales en blanco, ha admitido también que es constitucional el recurso a conceptos abiertos, tanto normativos como valorativos²⁸⁸, para completar preceptos penales. El Tribunal Constitucional ha venido también a afirmar la compatibilidad de las leyes penales en blanco con el principio de legalidad y de reserva de ley orgánica en materia penal²⁸⁹, admitiendo igualmente la **compatibilidad** con los conceptos normativos y valorativos²⁹⁰.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 28 de julio de 2011, Roj: SAP GR 1207/2011, N° de Recurso: 421/2010, N° de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA, en el FJ 14º señala: “*la sentencia del TS de 28 de marzo de 2006, en el "delito urbanístico" no se titula la normativa urbanística -valor formal o puramente instrumental- son el valor material de la ordenación del territorio en su sentido constitucional de "utilización racional del suelo orientada a los intereses generales(art. 45 y 47 de la C.E.)", es decir, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (absolutoria) completa lo anterior, Sección 4ª, de fecha 4 de diciembre de 2006, Roj: SAP PO 3107/2006, N° de Recurso: 55/2006, N° de Resolución: 151/2006, Fecha de Resolución: 04/12/2006, Ponente: ANTONIO BERENGUA MOSQUERA²⁹¹.

²⁸⁷ VERCHER NOGUERA, A.: Op. Cit., pág. 78.

²⁸⁸ Sentencia 62/82, de 15 de octubre del TC.

²⁸⁹ Sentencia 120/1998, de 15 de junio del TC.

²⁹⁰ Sentencia de 29 de septiembre de 1997 del TC.

²⁹¹ FJ 4º: “*la doctrina general del Tribunal Constitucional sobre las normas penales en blanco ,en particular la exigencia de certeza y suficiente concreción ,a los efectos de que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable a la que la penal se remite y resulte de ésta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada(SSTC 118/42 ,111/93 ,62/94 ,24/96 ,122/97 ,120/98) .Exigencias que no pueden predicarse de un Informe incorporado a un PGOU ,aprobado pura y simplemente .”*”

CAPITULO IV

ARTICULO 320 CÓDIGO PENAL. JURISPRUDENCIA

A. Antecedentes

1. Introducción:

Según la Real Academia de la Lengua Española se entiende por Prevaricación²⁹²:

“1. f. Der. Delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta por una autoridad, un juez o un funcionario.”

VERCHER NOGUERA, A.²⁹³ señala que, prevaricación, es un término jurídico cuyo contenido ha sufrido importantes cambios a lo largo de la historia. Así según uno de los diccionarios judiciales al uso en España en la primera mitad del siglo XIX, prevaricador era *“El que falta a las obligaciones de su oficio quebrantando la fe, palabra, religión o juramento”*²⁹⁴. Bierce, en su *“Diccionario del Diablo”*, iniciado en 1881, describía al prevaricador como a *“un mentiroso en estado de crisálida”*²⁹⁵. A su vez, por *“prevaricato”* se entendía *“El vicio del abogado o procurador que falta a la*

²⁹² (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prevaricación)(Del lat. praevaricatio, -ōnis)

²⁹³ *“LA DELINCUENCIA URBANISTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio”*, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.149.

²⁹⁴ D.J.F.A.: *Diccionario Judicial, que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia*, Madrid, Imprenta de Miguel de Burgos, 1834, pág. 190.

²⁹⁵ BIERCE, Ambrose: *Diccionario del Diablo*, Madrid, Edimat Libros, 1998, pág. 125.

*fidelidad de su parte haciéndolo por la contraria*²⁹⁶, sin que la condición de funcionario o autoridad fuera determinante para la existencia del delito.

En la actualidad, según se desprende del artículo 320 y 404 del Código Penal, regulador este último de la prevaricación administrativa o no jurisdiccional, este delito tiene un contenido mucho más amplio que antaño si bien es susceptible de ser cometido, en principio, por autoridades y funcionarios²⁹⁷, dejando al margen la prevaricación judicial (art. 446 y ss. CP).

Para VERCHER NOGUERA, A. la importancia de la prevaricación en el momento presente radica en que, según se ha venido a señalar, constituye, como delito, “una de las mayores fuentes de peligro posibles”, en el contexto social moderno²⁹⁸. Ello explica que las nuevas concepciones de la sociedad y sobre todo el Estado que la sirve no pasan en balde para el Derecho penal. En efecto, en el modelo de Estado actual el poder “*per se*” es el Poder Ejecutivo²⁹⁹, llegándose a decir que la capacidad prestacional de las diversas Administraciones públicas debe pasar a primer plano ya que las irregularidades observadas en ese contexto son ataques “*cuasi*” de lesa majestad, es decir, ataques a la soberanía estatal. Esto explica que la prevaricación venga siendo considerada como una manifestación de ese concepto tan en boga como es la corrupción y a ello obedece que esté incluida entre los trece supuestos delictivos que vienen comprendidos en el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999³⁰⁰.

Según GORRIZ ROYO, E.³⁰¹ el fundamento o justificación para incriminar expresamente la responsabilidad penal de autoridades y funcionarios públicos que ejercen la función pública en el ámbito del urbanismo y la ordenación del territorio, ha suscitado la atención doctrinal planteando un destacado debate acerca de su necesidad. Señala esta autora que el mismo corre paralelo a la discusión acerca de la conveniencia de tipificar figuras similares en el ámbito más amplio de la delincuencia medioambiental³⁰². En definitiva, la opción del legislador de 1995 vino precedida de

²⁹⁶ D.J.F.A.: *Diccionario Judicial, que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia*, Op. cit., pág. 190.

²⁹⁷ Por una parte, la prevaricación es un delito especial propio del que solo puede ser autor un funcionario o autoridad, entendidos éstos en el sentido amplio del artículo 24 del Código Penal. Ahora bien, la jurisprudencia ha venido admitiendo la participación de “*extraneus*”, ya que nada impide que el particular pueda integrarse en el círculo de partícipes en el hecho delictivo como inductor o cooperador necesario, de los apartados a) y b) del artículo 28 del Código Penal, sin necesidad de ser autoridad o funcionario (sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994).

²⁹⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa”, en *Estatuto y Aplicación del Código Penal de 1995*, Tomo II, Parte Especial, Madrid Colex, 1997, pág. 147.

²⁹⁹ “En el fondo del gran debate sobre la justicia que se refleja en su inusitada y cotidiana presencia en los medios de comunicación, late la pretensión del ciudadano de asumir su legítimo papel en el control de los clásicos poderes que forman el Estado de derecho. Y puesto que en el modelo de Estado actual el poder por esencia es el poder ejecutivo, precisamente en relación a éste a donde aquella pretensión se manifieste con especial énfasis”. CALVO ROJAS, E.; SABAN GODOY, A., y PICÓ LORENZO, S.: “El control del poder ejecutivo”, *El País*, 26 de mayo de 1997.

³⁰⁰ “*Convenio Penal sobre la Corrupción*”, European Treaty Series, 173.

³⁰¹ “*Los delitos de prevaricación urbanística*” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 31.

³⁰² También constatan que esta problemática se plantea de modo análogo en materia urbanística y en la ambiental, MORALES PRATS, F./TAMARIT SUMALLA, J.M., en “De los delitos sobre la ordenación del territorio.” Comentarios al Nuevo Código Penal (dir. QUINTERO OLIVARES, G.; coord. MORALES PRATS, F.), Elcano (Navarra), 2001, pág. 1538 y 1539.

diversos intentos en el sentido de introducir figuras específicas de prevaricación en relación con los delitos relativos a la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente. Esta opción del legislador a favor de crear específicas prevaricaciones en Derecho penal del medio ambiente destaca por su originalidad, pues no halla parangón en otros modelos de Derecho comparado de nuestro entorno jurídico.

En opinión de VERCHER NOGUERA, A.³⁰³, el legislador tuvo en su momento más que poderosas razones para proceder a la criminalización de las conductas en relación a la ordenación del territorio que finalmente incorporó el Código Penal de 1995, lo cual, entiende este autor, es fácilmente verificable con la simple remisión a los debates parlamentarios que precedieron a la promulgación del Código, en concreto el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 160, de 29 de junio de 1995.

Por lo que respecta a las razones por las que el legislador de 1995 prefirió configurar tipos específicos³⁰⁴, encontramos que la figura de la prevaricación relativa a los delitos contra la ordenación del territorio, tiene sus precedentes en los artículos 228.2 de la Ley del Suelo de 1976³⁰⁵ (en adelante, TRLS de 1976), 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística³⁰⁶ (en adelante RDU) y 264.2 de la Ley del Suelo de 1992 (en adelante, TRLS de 1992)³⁰⁷.

En la actualidad el art. 264.2 TRLS de 1992 carece de vigencia en el ámbito estatal, pues fue afectado por la Disposición Derogatoria Única 1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril (LRSV de 1998). Sin embargo, en la legislación de algunas Comunidades Autónomas que siguieron el ejemplo del TRLS de 1992, si se recogen infracciones administrativas similares. Y en las Autonomías que no se haya legislado en esta materia, habrá que estar a lo dispuesto por la legislación estatal, en la actualidad por el art. 228.2

³⁰³ “*LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio*”, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.47.

³⁰⁴ Según terminología de esta autora, vide GORRIZ ROYO, E., .. op. Cit., pág. 32 y ss.

³⁰⁵ 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.

³⁰⁶ “*En las obras amparadas en una licencia cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave serán igualmente sancionados:*

El facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin el informe técnico previo, o cuando éste fuera desfavorable en razón de aquella infracción, o se hubiese hecho la advertencia de ilegalidad prevista en la legislación de régimen local.”

³⁰⁷ La similitud de los preceptos enumerados supra con las normas penales de los sucesivos proyectos legislativos, permite constatar, según GORRIZ ROYO, E., la influencia que aquellas disposiciones administrativas ejercieron. Así, según el art. 228 del TRLS de 1976, apartado 2º, “*En las obras amparadas en una licencia, cuyo contenido sea manifiestamente constitutivo de una infracción urbanística grave, serán igualmente sancionados con multa: el facultativo que hubiere informado favorablemente el proyecto y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin el informe técnico previo, o cuando este fuera desfavorable en razón de aquella infracción, o se hubiese hecho la advertencia de ilegalidad prevista en la legislación de régimen local*”. Casi con idénticos términos, el art. 57.2 del RDU con la salvedad de que en este precepto no se hace referencia a la sanción de “multa”.

Por su parte, el art. 264.2 del TRLS 1992, se expresaba en iguales términos, pero haciendo referencia en plural a “... *los informes previos exigibles,*...” y omitiendo cualquier referencia a la ilegalidad prevista en la legislación de régimen local. *Este precepto, fue probablemente el que mayor influencia ejerció en la configuración definitiva del art. 320 CP. Sobre todo porque el TRLS de 1992 era la Ley del Suelo vigente en el momento de la tramitación del Código Penal de 1995.*

TRLS de 1976, respecto a las legislaciones autonómicas que prevén infracciones y sanciones administrativas por conductas irregulares de los funcionarios.

La introducción de la figura de la prevaricación urbanística en el ordenamiento jurídico-penal fue propuesta por primera vez en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 17 de enero de 1980 (en adelante, PLOCP de 1980). Dicha previsión se mantuvo constante hasta la promulgación del Código Penal de 1995 con la única excepción de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (en adelante, PANCP 1983).

En el art. 384 del POLCP de 1980 se preveía, el castigo de los “*funcionarios facultativos*” que hubiesen informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias “*notoriamente contrarios a las normas urbanísticas vigentes*” y –sin habilitar otro apartado- también se contemplaba el castigo de “*los miembros del organismo otorgante que hubiere votado su concesión a sabiendas de su ilegalidad...*”³⁰⁸. En aquel momento, la doctrina penal consideró oportuna la referencia a los autores o partícipes “funcionarios públicos”, con intervención en el ámbito urbanístico³⁰⁹. VERCHER NOGUERA, A.³¹⁰ remitiendo a las consideraciones de HERNANDEZ ALONSO, R.J.³¹¹, manifiesta que se trataba, en el PLOCP de 1980, no sólo de adaptar el Código Penal al nuevo texto constitucional de 1978 sino de introducir además reformas esenciales en el mismo, entre ellas las referidas a los aspectos ambientales previstos en el artículo 45 de la Constitución.

Esta tipificación expresa no fue acogida en la siguiente propuesta legislativa, la PANCP de 1983, pues fue la única que omitió la prevaricación en el ámbito urbanístico, aunque en ella si se preveía una prevaricación en relación con los entonces “*delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”, (art. 311 PANCP de 1983). Por esta razón, algunos autores criticaron la ausencia de una prevaricación en relación con los entonces “*delitos sobre la Ordenación del Territorio*”. Y apuntaron como hipotético motivo de dicha carencia, la posibilidad de acudir a los delitos de “*abusos en el ejercicio de la función pública*” (arts. 391 y 22 de la PANCP de 1983)³¹².

Una de las propuestas de mayor trascendencia, fue el Proyecto de Código Penal de 1992 por que retomó la iniciativa de incriminar la específica prevaricación en el ámbito urbanístico prevista en el art. 384 PLOCP de 1980. A estos efectos, en el art. 311 del Proyecto de 1992, se tipificaba idéntica conducta del “*funcionario facultativo*”.

³⁰⁸ La pena prevista para dichas conductas era la de prisión de uno a tres años o multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, con la de inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos por tiempo de seis a diez años.

³⁰⁹ De esta opinión RODRIGUEZ RAMOS quien sin embargo, propuso la redacción de un precepto de tenor distinto al del artículo 384 del PLOCP de 1980 en “La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)”, Revista de Derecho Urbanístico, nº 81, 1983, pág. 41 y 43.

³¹⁰ “*LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio*”, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.153.

³¹¹ “Prevaricación específica del funcionario público en el área mediambiental”, en “*Actualidad Penal*”, nº 9, semana del 1 al 7 de marzo de 1999, pág. 181 et seq.

³¹² En este sentido DE LA CUESTA ARZAMENDI, “Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente (Tít. XIII, Libro II, PANCP 1983)”, en Documentación jurídica, nº 37/40, 1983, pág. 910.

En esta ocasión, las únicas novedades fueron que en la conducta de informar favorablemente junto a la concesión de licencias y proyectos de edificación, se añadió la de proyectos de derribo. Y además se exigía que las autoridades y funcionarios públicos actuaran “*a sabiendas*” con lo que quedaba excluida sin lugar a dudas, la comisión imprudente de este delito.

En la Memoria de este Proyecto, se justificó la previsión de la actuación ilícita de los funcionarios actuantes en el ámbito urbanístico en la necesidad de castigar actuaciones irregulares que “...*eventualmente hayan dado cobertura legal aparente al atentado urbanístico*”³¹³. Sin embargo, también desde un sector doctrinal se tachó de innecesaria la tipificación específica de esta prevaricación por el agravio comparativo que suponía castigar penalmente a los funcionarios con competencias en materia urbanística y no a los funcionarios y autoridades de otros importantes sectores administrativos, como el alimentario, el sanitario, o el de comunicaciones y transportes.³¹⁴ Pese a las críticas en el sentido expuesto, puede decirse que se afianzó la opinión favorable a la tipificación de específicas prevaricaciones, dado que el Proyecto de 1994 dejó inalterado, entre otros aspectos atinentes a los “*delitos sobre la Ordenación del Territorio*”, la regulación de la responsabilidad de los funcionarios en el ámbito urbanístico, dedicándole el artículo 306.

Las distintas propuestas legislativas realizadas hasta el proyecto de Código Penal de 1995, pusieron de manifiesto las dificultades para configurar un delito de prevaricación específico que se correspondiese con los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto. Señala GORRIZ ROYO, E.³¹⁵ que a pesar de las dificultades, puede decirse que el consenso para la tipificación de dichas figuras fue la nota predominante, puesto que únicamente el grupo parlamentario de Izquierda Unida solicitó la supresión de la prevaricación específica en el ámbito urbanístico, alegando para ello que “...*en este supuesto se halla el tipo de prevaricación, tipo que podría englobar en general estos supuestos que aparecen penados de manera específica en el artículo 306*” (correspondiente al actual artículo 320 C.P.)³¹⁶

No fue sino hasta la tramitación parlamentaria del Código Penal de 1995 cuando se dio la definitiva impronta a las “*prevaricaciones urbanísticas*”, al producirse con respecto a anteriores propuestas, modificaciones de aspectos sustanciales³¹⁷.

GORRIZ ROYO, E. entiende por tales modificaciones, de un lado la distinta configuración de los sujetos activos –que definitivamente quedaron delimitados por referencia a la “*autoridad y al funcionario público*” (y no a los funcionarios facultativos), así como al “*miembro de un organismo colegiado*”-, pero sobre todo el aumento de las penas respecto a los de proyectos anteriores. Y además, la adición de la pena establecida para el delito genérico de prevaricación, definitivamente recogido en el art. 404 C.P.³¹⁸. Pero sobre todo reviste importancia la nueva configuración de las

³¹³ Memoria del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, 1992. Ministerio de Justicia, pág.12.

³¹⁴ En este sentido la opinión de RODRIGUEZ RAMOS, J.L., en “*Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente (Libro II, Título XIII del Proyecto de Código Penal)*”, en I Congreso Andaluz de Ciencias Penales, El Puerto de Santamaría, 1993, pág. 192.

³¹⁵ “*Los delitos de prevaricación urbanística*” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 35.

³¹⁶ Diario de Sesiones del Congreso nº 160, sesión plenaria del día 29 de junio de 1995 (160), pág. 8522.

³¹⁷ En sentido próximo, ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Barcelona, 1997, pág. 339.

³¹⁸ El aumento de la pena de inhabilitación de seis meses a un año a seis meses y dos años, fue propuesto en la Enmienda 1.106 del Grupo parlamentario Coalición Canaria. A favor del mismo, se manifestó el Sr.

conductas típicas, pues se estructuraron en dos apartados distintos y se circunscribió la del apartado 1º a la actuación ilícita de la autoridad o funcionario público consistente en informar favorablemente “*proyectos de edificación*” o la “*concesión de licencias*”. Con ello se buscó el efecto de excluir el ámbito típico del entonces art. 315.2, a la conducta, relativa a informar “*proyectos de derribo*”. Posiblemente la restricción de esta conducta se vio definitivamente influenciada por el hecho de que se escindiera de los “*delitos sobre la Ordenación del Territorio*”, unos delitos que adquirieron sustantividad propia en el Código Penal de 1995, esto es, “*los delitos sobre el Patrimonio Histórico*”. Asimismo éstos, llevaron aparejada una específica prevaricación que constituyó la actual conducta consistente en informar favorablemente “*proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos*” (art. 322.1 CP).

En su redacción original³¹⁹, tipificado por primera vez en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre del Código Penal, la prevaricación urbanística era una modalidad agravada de la prevaricación administrativa regulada en el artículo 404 del CP, en la que se castigaba a las autoridades y funcionarios públicos que, a sabiendas de su injusticia, hubieran informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes (apartado 1º) así como a las autoridades o funcionarios que, igualmente a sabiendas de su injusticia, hubiesen resuelto o votado a favor de la concesión de tales licencias (apartado 2º).³²⁰

De estas modificaciones se deriva además el eminente paralelismo entre la estructura de los delitos previstos en los arts. 320 y 322 del Código Penal: ambos contemplan en el apartado 1º *la conducta irregular del funcionario público o autoridad con competencia en los respectivos ámbitos que, a sabiendas, informe favorablemente sobre un asunto administrativo referido respectivamente a la materia urbanística o al patrimonio histórico*. Mientras que en el apartado 2º de sendos preceptos se prevé idénticos delitos, relativos a *la autoridad o funcionario público que por si mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia*. Y por último, ambos preceptos castigan las

BARRERO LÓPEZ, en cuya intervención ya empleó la calificación de “*prevaricación específica*” para referirse al delito previsto en el entonces artículo 306 del proyecto de Código Penal. *Diario de Sesiones* nº 512, 6 de junio de 1995, pág. 15605.

³¹⁹ QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., “*La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal*”, *Revista de la Guardia Civil*, Enero de 2011, pág. 111.

³²⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (se acusa del art. 404 CP no del art. 320 CP), Sección 8ª, de fecha 16 de octubre de 2003, Roj: SAP B 5378/2003, Nº de Recurso: 30/2003, Nº de Resolución: 828/2003, Ponente: CARLOS MIR PUIG, recoge en su FJ 3º la siguiente precisión importante:

“(…) *los informes de los técnicos no son " resoluciones" a los efectos del artículo 404 del CP, razón por la que en el Propio Código penal se han tipificado tipos como el del artículo 320.1 CP en que expresamente se castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, lo que implica que de no existir el art. 320 CP no se podría castigar al funcionario público por emitir dicho informe en base al art. 404 CP, pues de ser así, no se hubiera introducido el art. 320.1 del CP. Entender que el término "resolución" del art. 404 CP comprende también "los informes" de los técnicos constituye claramente una analogía " in malam partem" o " contra reo" incompatible con el principio de legalidad que informa nuestro Derecho penal y tiene reconocimiento constitucional en el art. 25 de la CE. Pero es que además, y esto es lo importante, no se ha probado que los informes emitidos por el Sr. Luis Pablo fueran " arbitrarios" o " injustos" ni contrarios a la ley, ni que por consiguiente el acuerdo denegatorio de la licencia fuera igualmente injusto, lo que descarta de plano la hipotética posibilidad de construcción de una autoría mediata, como vendría a sostener el Ministerio Fiscal.*

respectivas conductas con idéntica pena. Por todo ello GORRIZ ROYO, E.³²¹ entiende que cabe concluir afirmando que la identidad estructural que manifiestan los arts. 320 y 322 CP es lógica consecuencia del desdoblamiento producido en los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, en la última fase de su tramitación legislativa ante el Senado.

A nivel jurisprudencial es necesario señalar que con anterioridad al Código Penal de 1995, los numerosos supuestos de conductas irregulares de los funcionarios y autoridades con competencia en materia urbanística eran castigados a través de la genérica figura de la prevaricación, contemplada en el art. 358.1º del ACP³²². Así por ejemplo, conforme a este precepto, la STS de 27 de noviembre de 1992 (nº 2550/1992, Sala 2ª) ratificó la condena a un alcalde que concedió una licencia de obras para edificar cuando se hallaba pendiente de aprobación el plan parcial (competencia de la Consejería de la Comunidad Autónoma), habiéndolo hecho en contra del parecer expreso del Secretario de la Corporación y del funcionario público competente. Además como beneficiaria de la resolución adoptada por el alcalde, figuraba una sociedad mercantil de la que éste era presidente, además de accionista. En la citada sentencia, el TS declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el alcalde y acusado contra la sentencia de la Audiencia que le condenó como autor de un delito de prevaricación. Interesa destacar algunos aspectos de dicha resolución, dado que al enjuiciar el primer motivo del recurso por infracción de ley –esto es, la aplicación indebida del artículo 358 ACP-, analiza todos los requisitos del delito de prevaricación apreciando su concurrencia y asentando una doctrina que sería reiterada en posteriores sentencias. Así en el F.D. 2º se constata que *“el Alcalde era funcionario público por elección popular (art. 119 del Código) requisito subjetivo innegable; la resolución que adoptó pertenecía a su competencia ordinaria (art. 24 e) del Texto refundido del Régimen Local...) y está inequívocamente adoptada en un asunto administrativo. Objetivamente esta resolución no era legal pues al plan urbanístico le faltaba la aprobación definitiva (...), que correspondía a la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma (...) y no al Ayuntamiento; además se adoptó en contra del parecer expreso del Secretario de la Corporación y del funcionario técnico competente en la materia. La existencia de esos informes contrarios y la obstinación en prescindir de los requisitos legales señalados es lo que justificaba la aplicación de la norma penal, (...). Tal precipitación en la concesión de licencia prescindiendo de trámites y requisitos, desoyendo asesoramientos contrarios, no era normal, ni fue casual; la*

³²¹ “Los delitos de prevaricación urbanística” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 37.

³²² La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (absolutoria), Sección 10, de fecha 25 de abril de 2002, Roj: SAP B 4264/2002, Nº de Recurso: 83/2000, Ponente: DANIEL ALMERIA TRENCO, recoge en su FJ 2º: *“En segundo lugar, si bien es cierto que el art. 320 del nuevo C. Penal no tiene precedente en el derogado C. Penal de 1973, no lo es menos que dicho tipo penal configura una modalidad especial y agravada de prevaricación, en el ámbito muy específico del urbanismo, hallándose tipificado el delito de prevaricación en el derogado C. Penal. Desde luego, entendemos que, en abstracto, las conductas que tipifica el nuevo art. 320 C. Penal, al menos en lo que respecta al caso presente, resultan subsumibles en la descripción genérica del derogado art. 358 C. Penal sobre prevaricación de funcionario en asunto administrativo. En este sentido, cuando se trata de un órgano colegiado, como lo es el Pleno del Ayuntamiento, la formación de la voluntad de decidir se realiza mediante la votación, por lo que el nuevo C. Penal hace equivalentes la decisión de los órganos unipersonales y la votación en los órganos colegiados. Pero es que esta equiparación ya estaba prevista expresamente para las infracciones administrativas (art. 264.2 TRLS de 1992 y art. 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística); equiparación a la que, por otra parte, también había llegado nuestra doctrina jurisprudencial (SSTS de 26.3.92, 19.12.94 y 28.12.95, en las que se había condenado a todos los concejales que votaron a favor del acuerdo ilegal).”*

beneficiaria de esa resolución expeditiva era una sociedad mercantil de la que el Alcalde era presidente, además de accionista tenedor del 1/7 del capital.”

Así las cosas cabe constatar³²³, al igual que sucedió en relación con la delincuencia ambiental, que el recurso al Derecho penal para castigar actividades ilícitas de los funcionarios competentes en el ámbito urbanístico tuvo lugar en un *contexto de desconfianza hacia la actuación de la Administración*, provocada no sólo por la escasa eficacia y en ocasiones, inactividad de los órganos administrativos ante la actuación de los particulares y entes colectivos con incidencia sobre los bienes jurídicos “ordenación del territorio” y “medio ambiente”, sino también por la tendencia de aquellos órganos a ceder a las presiones procedentes de los sectores económicos donde se manifiestan los intereses antagónicos a aquellos bienes. Esto es, intereses especulativos y lucrativos vinculados al mercado de la construcción³²⁴. A este respecto, conviene recordar que en la Circular de la Fiscalía General del Estado de 1990 se denunciaba tanto “...la falta de rigor urbanístico en muchas de las edificaciones que proliferan por las costas del territorio nacional” como “...la especulación, con grandes beneficios para quienes promueven, así como, en ocasiones, la ausencia del debido control por los Ayuntamientos, a veces más prestos a aliviar las arcas municipales con los ingresos por licencias que a velar por la debida ordenación del territorio y del medio ambiente...”³²⁵.

Las críticas a la actuación administrativa, sobre todo en materia de medio ambiente, se realizaron no sólo por parte de órganos institucionales sino también por los jurisdiccionales, como puso de manifiesto en la trascendental STS de 30 de noviembre de 1990, recaída en el enjuiciamiento del caso de las emisiones de la Central Térmica de Cercs, o la SAP de Murcia de 24 de mayo de 1994 (PA nº 970/92) relativa a los vertidos y contaminación de la Bahía de Portman.

Como bien señala RUFINO RUS, J.³²⁶ la proliferación y gravedad de estos delitos ocasionó su inclusión en el C. Penal de 1995. Pero, según este autor, esta redacción suponía una visión algo limitada de la compleja normativa de la ordenación del territorio y el urbanismo, de modo que la mayoría de los ilícitos que podían cometer las autoridades y funcionarios en este ámbito, casi siempre anteriores al trámite de la licencia, tendrían que perseguirse como delitos contra la Administración Pública. Por otra parte, el precepto no hacía frente a supuestos en los que determinadas autoridades y funcionarios no concedían licencias expresas para obras ilegales, para evitar responsabilidades, pero se “autorizaban tácitamente”, incluso con un “condicionamiento verbal”, omitiéndose posteriormente el ejercicio de las competencias de disciplina urbanística.

Con estos antecedentes, se aprobó la reforma del Código Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, cuya entrada en vigor se produjo el 23 de diciembre de 2010. La reforma, en síntesis, ha modificado la denominación del Título XVI y del Capítulo I al modificarla por “delitos contra la ordenación del territorio y el

³²³ GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación urbanística” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 39.

³²⁴ De opinión similar, MORALES PRATS, F./TAMARIT SUMALLA, J.M., en “De los delitos sobre la ordenación del territorio”. Op. cit., pág. 1539.

³²⁵ Apartado III.B, 2 de la Circular 1/1990, de 26 de septiembre de la Fiscalía General del Estado.

³²⁶ “La investigación preprocesal del Ministerio Fiscal en los Delitos contra el Medio Ambiente”, Ponencia del Encuentro de Magistrados y Fiscales: Medidas cautelares en materia mediambiental en el orden penal y el contencioso-administrativo, Sevilla marzo 2010, pág. 5

urbanismo”, además se amplían los supuestos delictivos y las penas. Amén del cambio de denominación, que a continuación se examinará al profundizar en el bien jurídico protegido, es necesario señalar que entre las novedades destaca la nueva configuración del denominado “*delito de prevaricación urbanística*”, del artículo 320 del CP. El preámbulo de la ley explica que se completa el ámbito de los objetos sobre los que se puede proyectar la conducta prevaricadora con la inclusión de los “*instrumentos de planeamiento*”, y los proyectos de urbanización, parcelación y reparcelación. Y, como venía siendo demandado por la doctrina, se otorga rango típico a la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección y a la omisión de inspecciones que tuvieran carácter obligatorio. En todos estos supuestos, se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de este tipo de conductas, suprimiéndose además en el artículo 320 la alternatividad entre la pena de prisión o multa a fin de evitar que los funcionarios y responsables públicos tengan un tratamiento privilegiado.

2. Cuestiones previas:

Con carácter previo al examen del tipo penal objeto del presente estudio, es necesario analizar una serie de cuestiones que nos sirven para el encuadramiento del mismo. Tales cuestiones son:

a) Prevaricaciones Específicas o Especiales:

La doctrina se plantea la cuestión de si estamos, en el análisis del art. 320 del CP, ante una modalidad específica o especial de prevaricación (en concreto de la tipificada en el art. 404 del CP) referida al ámbito urbanístico, introducida como tal especialidad por primera vez en el CP de 1995.

Es deseo del legislador crear tipos agravados de prevaricaciones especiales, en ciertos sectores sociales, entre ellos el urbanístico, sector (junto al patrimonio histórico y al medio ambiente) en que, considera más sensible, digno y necesitado de protección el bien jurídico hipotéticamente lesionado a través de resoluciones injustas, y es más frecuente la conducta delictiva prevaricadora, dada la rígida intervención administrativa a que esta sometido, existiendo un contexto de desconfianza hacia la Administración. (Art. 320.2 CP).

La cuestión no es baladí, pues la configuración que se le pueda otorgar al tipo del art. 320 CP influye en la participación del sujeto en el delito y por ende en la pena a imponérsele, amén de la incidencia en el posible error.

En efecto, MIR PUIG, C.³²⁷ señala que el artículo 320 CP efectúa una expresa remisión al artículo 404 del propio Código que describe el tipo de prevaricación, aunque sea a efectos de determinación de la pena, si bien dicha remisión es indicativa de la naturaleza de la infracción tipificada en aquel, tal y como se evidencia del examen del mismo.

³²⁷ MIR PUIG, C. “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*” en Biblioteca de Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, p. 88.

El legislador, añade, a dicha infracción, la pena de inhabilitación especial propia del delito de prevaricación del funcionario público no judicial, la pena de prisión y³²⁸ la pena de multa.

No obstante lo anterior se sigue admitiendo que el artículo 320 contempla lo que una parte de la doctrina entiende como “*prevaricación específica*”³²⁹, y que autores como MIR PUIG, C.³³⁰ califican de mal llamadas prevaricaciones específicas, en cuanto que matiza que el legislador ha criminalizado en el art. 320.1 del CP al funcionario público que informa (informar es un *aliud* respecto de dictar resolución por lo que no puede hablarse *strictu sensu* de especialidad) favorablemente, a sabiendas de su injusticia, en dichas materias, con lo que viene a tipificar expresamente conductas de participación en un delito de prevaricación (pues el que informa favorablemente en una materia administrativa contra la norma colabora o contribuye a que otro funcionario dicte una resolución arbitraria o injusta), elevando al participe a la categoría de autor (art. 320.1 CP), probablemente para corregir una errática jurisprudencia (así la denomina) que se mostraba reacia a castigar como participe en una prevaricación a los funcionarios que emitían informes favorables a tomar una resolución injusta, de suerte que para modificar este régimen de impunidad creó estas nuevas figuras delictivas³³¹, pero castigándolas más gravemente (incluso con la pena de prisión) que la prevaricación del art. 404 CP, y, con las mismas penas que a los funcionarios que hubieren resuelto o votado injustamente en dichas materias o ámbitos de actuación, en el presente caso, urbanístico. (En el art. 320.2 CP se tipifican expresamente tipos de autoría y coautoría de verdadera prevaricación específica).

Por ello entre las llamadas prevaricaciones específicas y la figura de la prevaricación contenida en el artículo 404 existe un concurso de normas a resolver a favor de las primeras, según el principio de especialidad (art. 8.1º del CP), art. 320.2 CP en relación al art. 404 CP, y en su defecto por ser los preceptos penales más graves castigados con pena mayor (art. 8.4º CP), art. 320.1 en relación con el art. 404 CP.

La jurisprudencia también califica esta prevaricación de especial, como término más adecuado al de específica.

Así la STS, Penal sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, sienta la siguiente doctrina jurisprudencial en el Fundamento Jurídico DECIMO TERCERO, recuerda que:

*“...el delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, introducido en el actual Código, no es sino una **especialidad** del delito mas genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a*

³²⁸ Tras la reforma del CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, se sustituye “o” por “y”.

³²⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos”, 2ª Ed., Valencia 1997, pág.146.

³³⁰ MIR PUIG, C. “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*” en Biblioteca de Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, p. 88.

³³¹ GONZALEZ CUSSAC, J.L., Ponencia “*La nueva regulación de los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación*” en el curso del Consejo General del Poder Judicial: Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, de 1996.

*pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.*³³²

³³² La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha 9 de noviembre de 2005, Nº de Recurso: 147/2005. Nº de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en su FJ 1º añade a lo anterior: “Por esto la perpetración de este delito requiere, como cualquier otra prevaricación, de los siguientes elementos, explicados en numerosas Sentencias del Tribunal Supremo:

Que una Autoridad o funcionario público dicte en asunto administrativo una resolución, que como dice la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 es cualquier acto administrativo que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los derechos de los administrados (Sentencia de 26 de febrero de 1992), es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral (Sentencia 346/1994, de 21 de febrero)

Que la resolución sea «injusta»; o como dice el vigente Código Penal de 1995 en el Art. 404, «arbitraria»; es decir, no adecuada a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como si se trata de una actividad discrecional -desviación de poder- (Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1981). No basta cualquier ilegalidad, sino que según reiterada doctrina de esta Sala tiene que tratarse de «una contradicción con el ordenamiento tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que puede ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho» (Sentencias de 10 de mayo de 1993, 21 de febrero de mayo y 10 de noviembre de 1994, 25 de marzo y 20 de abril de 1995 14 de marzo de 1996, 7 de febrero, 3 de marzo y 23 de abril de 1997). Concretamente como ha declarado la Sentencia de 14 de noviembre de 1995 la «injusticia» que tal actuación administrativa proclama «puede venir referida en la absoluta falta de competencia del inculpado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la Resolución de modo que ésta implique un torcimiento del Derecho» (Sentencias de 20 de abril de 1995, de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992, y 21 de febrero de 1994). En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la Resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la Resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable.

A este respecto es de mencionar por su importancia y en las pocas ocasiones que el Tribunal Supremo se ha ocupado de estos tipos de delitos en la sentencia de fecha de 31 de octubre de 2.003" hay que comenzar recordando, el 320.1 del Código Penal, que tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas.

En estos casos, se acotan y objetivan aún más los requisitos que han de concurrir en la ilicitud de la conducta, cuales son los relativos a la contravención de las normas urbanísticas vigentes y no ya la más vaga referencia del artículo 404a una genérica "arbitrariedad" de la actuación, que siempre requiere un superior esfuerzo valorativo de parte del Juzgador y que ha conducido al empleo, por esta Sala, de expresiones, más o menos afortunadas, que ponen de relieve el rigor de las exigencias necesarias para la correcta subsunción de la conducta en el tipo de la prevaricación, lo que se concreta en la constatación de que la aplicación del derecho realizada por el inculpado no pueda ser sostenible con ninguno de los criterios interpretativos de las leyes admitidas en la práctica.

Esa contraposición entre la decisión que adoptó el recurrente y la normativa en materia de urbanismo, que en ningún caso precisa ser acompañada de ánimo de lucro alguno, es puesta de relieve en la narración de hechos contenidos en la Resolución de instancia con la suficiente descripción, máxime si acudimos al Fundamento Jurídico Séptimo que, complementando la anterior, especifica la legislación incumplida, tal como la Ley del Suelo (Art. 16.3), Ley autonómica de Cantabria (Art. 12.2 y 14), Ley de Carreteras, Ordenanza NU-1, y Normas Subsidiarias del municipio de Corvera de Toranzo, en lo que a la regulación de los requisitos necesarios para las licencias referentes a fincas sitas en suelo no urbanizable se refieren, y que, a su vez, se remitían a los Art. 85 y 86 de la Ley del Suelo vigente en aquel momento, por lo que, del respeto a ese relato, se desprende la improsperabilidad del motivo Primero".

Continuando en el Fundamento Jurídico DECIMOCUARTO:

*“Efectuada esta precisión debemos insistir en que nos encontramos ante una **prevaricación especial** por razón de la materia sobre la que se realiza, la normativa urbanística, lo que implica algunas diferencias. Así la modalidad genérica del art. 404 exige que el funcionario, además de una actuación "a sabiendas de su injusticia", produzca una resolución arbitraria. En la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente "a sabiendas de su injusticia". En ambos casos, el contenido de la acción es similar pues la arbitrariedad es una forma de injusticia de ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial, la doctrina de esta Sala sobre la genérica, recogida, entre otras en las SSTs. 331/2003 de 5.3, 1658/2003 de 4.12, 1015/2002 de 31.5, bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando en su caso, los criterios de "insignificancia" o de intervención mínima, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad. Un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, un contenido material de antijuricidad.”*

Del mismo ponente la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal de fecha 23 de mayo de 2005 (Roj 3276/2005), nº de Recurso: 2428/2003, nº de Resolución: 663/2005, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, señala en su Fundamento Jurídico TERCERO:

“(…) para alcanzar la subsunción el art. 320 del Código penal, la prevaricación urbanística. Este tipo penal participa de la antijuricidad de la prevaricación del art. 404 con la especificidad derivada de la normativa arbitrariamente infringida, manteniendo el resto de las notas caracterizadoras de la prevaricación, por lo que reproducimos en este fundamento cuando dijimos sobre el contenido esencial de la prevaricación en el primer fundamento de esta Sentencia.”³³³

Es decir esta sentencia es ejemplo de que no sólo se ha de delimitar la normativa vigente en aquel momento relativa a las normas urbanísticas contenidas en el Plan general de Ordenación Urbana, sino toda aquella normativa que resulta incumplida.”

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2006, Roj: SAP MA 1846/2006, Nº de Recurso: 30/2006, Nº de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS.

³³³ *“PRIMERO:(…) La prevaricación se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (arts. 103 y 106 CE). Es claro que la función de control de la actuación funcional puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden Contencioso administrativo como el penal, cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino cuando, además, es arbitraria. Es claro que el control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa administrativa como la penal, reservando ésta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración. Además, el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso administrativo, sino aquéllas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración. El sistema penal tiene, en*

consecuencia, un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora y es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la trasgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública. Se hace necesario que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero (STS 16.10.93)

Numerosas Sentencias de esta Sala han señalado criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito. En la STS 28.11.94, se afirma "debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las Administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución. No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa,... el derecho penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar". En otras Sentencias se refiere que la duda razonable sobre la legalidad del actos administrativo hace desvanecer la idea de hecho delictivo pues la ilegalidad debe ser clara y manifiesta (7.2.97).

Más recientemente la jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone "la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho" (STS 2/99, de 15 de octubre), lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando "queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata", o "cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución".

En el sentido indicado, el funcionario público ha de actuar con vulneración patente de las exigencias establecidas en el art. 103 de la Constitución, a cuyo tenor, la Administración sirve con objetividad los intereses generales, y con sometimiento a la Ley y al Derecho con garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Lo relevante para la conceptualización de arbitraria de una resolución dictada es que la misma sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art.9.3 de la Constitución) significa, ha señalado la doctrina que "tanto que estamos ante una resolución caprichosa, mas estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada".

No es posible determinar los supuestos concretos a los que se ha aplicado el tipo penal. Un examen de la jurisprudencia nos permitirá señalar supuestos puntuales de aplicación. Los más repetidos en la jurisprudencia son los relativos a actuaciones de funcionarios con vulneración de derechos

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, Sala de lo Penal, sección 2 del 06 de Julio del 2011 (ROJ: SAP GC 1501/2011) Recurso: 179/2010 | Ponente: MARIA DEL PILAR VERASTEGUI HERNANDEZ:

*“...la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005, este delito no es sino una **especialidad**³³⁴ del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder Público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun a pretexto de obtener un fin de interés Público o beneficioso para los ciudadanos pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.”*

Por tanto la especialidad del art. 320 del CP frente al art. 404 del CP la encontramos en las conductas típicas³³⁵, pues mientras en el art. 404 CP se sanciona el dictar una resolución administrativa, en el art. 320 CP se sanciona el informar o resolver o votar, actuaciones estas últimas todas ellas anteriores al trámite de dictar la resolución. Pues los demás elementos, sujetos y dictar a sabiendas de su injusticia, son comunes a los dos tipos de prevaricación. El Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala de lo Penal de fecha 25 de noviembre de 2009 (ROJ 8155/2009), nº de Recurso: 417/2009, nº de Resolución: 1219/2009, Ponente: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER afirma: "Es correcto afirmar que los tipos del art. 404 y 320 son homogéneos, dado que el último sólo extiende la autoría a quienes, sin decidir, informan sobre la materia de la resolución administrativa. Pero la inducción por el delito del art. 320 CP y la autoría del art. 404 CP no son homogéneas. En efecto, no ofrece dudas que el recurrente no fue acusado por haber informado en un proyecto de edificación, ni por haber dictado una

fundamentales y las actuaciones con ausencia de competencia o con inobservancia de los derechos de los ciudadanos o con incumplimiento de los requisitos para la adopción del acto.”

³³⁴ La negrita es nuestra

³³⁵ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña (A), Sección 2ª, de fecha 4 de junio de 2007, Roj: SAP C 1504/2007, Nº de Recurso: 123/2007, Nº de Resolución: 235/2007, Ponente: MARIA DEL CARMEN TABOADA CASEIRO, recoge en su FJ 7º: “la diferenciación entre la prevaricación urbanística y la administrativa o genérica radica en la concreta conducta típica y en la pena, y comparten los requisitos a los que también hemos hecho referencia, y que en definitiva lo que se cuestiona es como han sido apreciados en la sentencia de instancia con relación al art. 320.2 C.P y que se analizaron desde la perspectiva del art. 404 C.P. aún cuando vienen a ser coincidentes”.

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 13 de diciembre de 2010, Roj: SAP CC 917/2010, Nº de Recurso: 646/2010, Nº de Resolución: 385/2010, Ponente: VALENTIN PEREZ APARICIO, en el FJ 3º recoge: “Como ha puesto de manifiesto la doctrina, este delito introducido en el Código Penal de 1995 no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el Artículo 404, a cuya penalidad remite en parte, y de cuya naturaleza y requisitos participa pues, al igual que éste, protege el correcto ejercicio del poder público, que en un Estado de Derecho y democrático como es el nuestro no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun con el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos (subrayamos la afirmación dado que ese era uno de los argumentos en virtud de los cuales pretendía justificar su acción el entonces denunciado), debiendo por el contrario ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos. Su única especialidad radica en el ámbito de perpetración, que se ciñe al propio de la actividad administrativa de gestión y control de la ordenación y uso del suelo”.

*resolución en asunto administrativo, sino sólo por haber inducido a quien informaba en los términos del art. 320 CP, es decir por una acción que no consiste en dictar una resolución administrativa injusta en el sentido del art. 404 CP.”*³³⁶³³⁷

³³⁶ SAP Almería 214/2009, Nº de Recurso: 428/2008, Nº de Resolución: 73/2009, Fecha de Resolución: 02/03/2009, Ponente: JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON: FJ 3º “*Del contenido del art. 320 se desprende que nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza, la normativa urbanística, lo que implica algunas diferencias con la prevaricación genérica. Así, el art. 404 exige que el funcionario, además de una actuación "a sabiendas de su injusticia", produzca una resolución arbitraria. En la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente "a sabiendas de su injusticia".*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha 27 de enero de 2010, Roj: SAP GC 1718/2010, Nº de Recurso: 93/2009, Nº de Resolución: 25/2010, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA, FJ 4º:” *Señala al efecto la STS 663/2005, de 23 de mayo, que "Como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina, este delito introducido en el CP. 1995, no es sino una especialidad del delito mas genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder Público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aun a pretexto de obtener un fin de interés Público o beneficioso para los ciudadanos pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las Leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.*

Ahora bien, como enseña la jurisprudencia (SSTS 17.3.95,2.7.97 [RJ 1997,5684] , 10.2.2003[RJ 2003, 2439]), lo característico de la prevaricación es que la resolución ha de ser arbitraria, expresión que sustituye a la anterior de injusta, que había sido entendida como algo más que meramente ilegal, o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso, para incluir en el concepto penal exclusivamente aquella injusticia clara y manifiesta, verdadero y patente torcimiento del Derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así no puede existir una duda razonable sobre la injusticia de la resolución, ni tratarse de una cuestión sujeto a interpretación doctrina o perjudicial, pues en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente y nunca en la penal.

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

³³⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (condenatoria por prevaricación del art. 404 CP), Sección 2ª, de fecha 18 de noviembre de 2010, Roj: SAP OU 1035/2010, Nº de Recurso: 163/2010, Nº de Resolución: 465/2010, Ponente: ANA MARIA DEL CARMEN BLANCO ARCE, es un caso en el que el acusado firmó en su condición de alcalde accidental la autorización de construcción de un polideportivo sabiendo que no se atenía a licencias ni autorizaciones (FJ 5º: “**y todo ello pese a que como alcalde y promotor le incumbía personalmente la obligación de velar por la legalidad urbanística que quebranto**”); fue sucesivamente requerido para la paralización y el Tribunal Superior de Justicia terminó ordenando la demolición de las obras y declarándolas ilegalizables. Absuelto en la instancia, revisa la Sala la prueba documental y, sin necesidad de vista pública, revoca un fallo no dependiente de pruebas personales ni extraño al control apelatorio. El imputado no puede ampararse en error pues estaba impuesto de la necesidad de informes y advertido por el secretario municipal de las deficiencias urbanísticas del proyecto; tenía el deber de asesorarse y despreció la aportación del técnico jurídico a su cargo. La ilegalidad es patente y comporta un ataque a la normativa del suelo, a la vez que determina el concurso de los presupuestos de la prevaricación. La conducta no supuso información favorable de proyecto o licencia y sí resolución arbitraria y claramente apartada de la legalidad; por eso procede la condena por el delito de prevaricación común, cuya homogeneidad con el de prevaricación urbanística es conocida. La desobediencia queda consumida en el comportamiento prevaricador, no cabiendo la punición separada. Así, en el FJ 6º “*...habla de la homogeneidad del art. 320 CP con el art. 404 CP señalando: Ambos tipos por ello son homogéneos, como especifica la sentencia del TS de fecha 25 de Noviembre del 2009, al sostener que: "Es correcto afirmar que los tipos del art. 404 y 320 son homogéneos, dado que el último sólo extiende la autoría a quienes, sin decidir, informan sobre la materia de la resolución administrativa.*

Ello establecido, la Sala entiende que la conducta del acusado no resulta incardinable en el artículo 320 del Código Penal, puesto que el acusado en sentido técnico no informó favorablemente

En efecto, GORRIZ ROYO, E.³³⁸ y MIR PUIG, C.³³⁹, autores, que representan dos posturas doctrinales diferentes cada uno, coinciden en señalar, que tienen en común estos dos tipos, siendo los sujetos activos, “*funcionario público o autoridad*” (art. 24 CP), en atención al cual el delito se configura como especial propio.

Para MIR PUIG, C. también tienen en común, la resolución injusta o arbitraria, y “*a sabiendas de su injusticia*” que entiende, como la doctrina mayoritaria, que este último elemento “*injusticia*”, es el elemento normativo del tipo, formando parte del tipo objetivo, que solo permite la comisión dolosa “*a sabiendas*”, lo que tiene consecuencias importantes en caso de error de tipo, como la de desplazar el tipo de delito incluso en caso de error vencible, que es impune al no castigarse la comisión imprudente. En este mismo sentido se pronuncia la Sentencia del TS de 28 de marzo de 2006 cuando en su Fundamento Jurídico DECIMO QUINTO señala: “*La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso sometido a nuestra revisión casacional conlleva la estimación de los motivos al ser, cuando menos discutible, la concurrencia del elemento normativo de la injusticia de la resolución dictada, esto es que la licencia fuese contraria a las normas urbanísticas vigentes, y del elemento subjetivo, a sabiendas de tal injusticia*”.

Frente a lo anterior, se sitúa ORTS BEREGUER, E.³⁴⁰, quien entiende (como GORRIZ ROYO, E.) que la referencia “*a sabiendas de su injusticia*” forma parte del tipo subjetivo.

Por otra parte, son tres los rasgos diferenciadores que cabe apuntar para sostener la especialidad de los preceptos contemplados en el Título XVI, respecto del delito del artículo 404 C.P.: en primer lugar, la ampliación de la tipicidad a las conductas en que el funcionario o autoridad se limita a informar favorablemente la concesión de determinados actos administrativos que funcionarios distintos tienen que resolver; en segundo lugar, la imputación de responsabilidad penal expresa a los miembros de órganos administrativos colegiados cuando resuelvan o voten a favor de la adopción de decisiones ilegales en las respectivas materias urbanística; en tercer lugar, el aumento de la pena a imponer. MIR PUIG, C. concreta que lo específico del delito del art. 320 CP es además de su carácter pluriofensivo, es que no se precisa que exista una resolución, bastando la emisión de un informe favorable para que se resuelva injustamente.

proyecto alguno, ni tampoco licencia, porque aún entendiendo como dice el Secretario del Concello, que tal obra no la requería, o considerando que la aprobación del proyecto de obra hacía innecesario un acuerdo independiente de concesión de licencia, es lo cierto que el comportamiento del acusado desde un punto de vista activo consistió, en aprobar el pliego de cláusulas administrativas para la contratación de las obras y firmar el acta de comprobación del planeamiento de las mismas, autorizando su inicio, y desde un punto omisivo en no llevar a efecto la paralización de la obra que sabía ilegal y en desatender los requerimientos recibidos en tal sentido, mas ni unos ni otros comportamientos son reconducibles al citado artículo 320 del Código Penal, mas si al artículo 404 del mismo Texto Legal, como con carácter alternativo postula la acusación particular, pretensión que no sería necesaria no obstante, dado el apuntado carácter homogéneo de dichas infracciones.”

³³⁸ GORRIZ ROYO, E. “LOS DELITOS DE PREVARICACION URBANISTICA” en Tirant Monografías 324, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

³³⁹ MIR PUIG, C. “Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal” en Biblioteca de Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, p. 89.

³⁴⁰ ORTS BERENGUER, E. /VALEIJE ÁLVAREZ, I., Comentarios al Código Penal, (coord. VIVES ANTÓN, T.S.), Volumen II, Valencia 1996, pág.1777.

Es por tanto, como bien señala MIR PUIG, C. la aplicación del art. 8.1 del CP, y del principio de especialidad en el contenido, lo que justifica acudir al tipo del art. 320.2 CP.

A lo anterior se ha de sumar que el ámbito de bien jurídico a proteger en el art. 320.2 CP es más amplio que en el del art. 404 CP. En efecto, en este último, como bien señala la rúbrica de su título es el buen funcionamiento de la Administración Pública, sin embargo, en el art. 320.2 CP no sólo es la Administración pública, sino también la Ordenación del Territorio y el Urbanismo (más adelante veremos que también el Paisaje). En efecto, GORRIZ ROYO, E.³⁴¹ y MIR PUIG, C.³⁴², autores que han estudiado los tipos penales del art. 404 y 320.2 CP, destacando similitudes y diferencias que presenta un tipo penal respecto del otro, con la finalidad de determinar si media entre ellos relación de especialidad, coinciden en señalar que, en cuanto al bien jurídico protegido, si bien comparte el art. 320.2 CP, con el art. 404 CP, la lesión o peligro al correcto ejercicio de la función pública (la llamada pureza de la función pública ante los ciudadanos –intereses sociales–)³⁴³ se añade, en el art. 320.2 CP, la afectación a los respectivos bienes jurídicos tutelados, como en este caso la Ordenación del Territorio y el Urbanismo. Por ello, el delito del art. 320.2 del CP tiene de específico, frente al art. 404 del CP, su carácter pluriofensivo.

Así lo específico del art. 320.1 del CP es:

- a) No se precisa que exista una resolución, bastando la emisión de un informe favorable para que se resuelva injustamente³⁴⁴ (o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, tras la reforma del CP por LO 5/2010 de 22 de junio) y
- b) El carácter pluriofensivo de los bienes jurídicos protegidos.

Lo específico³⁴⁵ del art. 320.2 del CP es su carácter pluriofensivo, pues en atención a la gravedad de las penas, además de la lesión o peligro al correcto ejercicio de la función pública ante los ciudadanos –intereses sociales– se añade la afectación al respectivo bien jurídico tutelado (urbanismo)³⁴⁶.

³⁴¹ GORRIZ ROYO, E. “LOS DELITOS DE PREVARICACION URBANISTICA” en Tirant Monografías 324, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

³⁴² MIR PUIG, C. “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*” en Biblioteca de Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, p. 89.

³⁴³ MIR PUIG, C. “*Los delitos contra ...*”, Op. cit, p. 88.

³⁴⁴ Se discute en la doctrina si el tipo del art. 320.1 se refiere a cualquier informe, (consultes, dictámenes, etc.) o solo al informe preceptivo, aunque no sea vinculante, Vide GONZALEZ CUSSAC, J.L., Ponencia..., op. Cit., p.44 y 45, aspecto que se examinará más adelante.

³⁴⁵ Vide MIR PUIG, C., “*Los delitos contra ...*” Op. cit. pág. 89.

³⁴⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha 17 de enero de 2003, Roj: SAP SE 183/2003, Nº de Recurso: 2428/2002, Nº de Resolución: 4/2003, Ponente: ANGEL MARQUEZ ROMERO, señala en su FJ 2º: “*El citado delito, introducido en el Código Penal de 1.995, constituye un supuesto específico y agravado de prevaricación por razón de la materia sobre la que recae la acción, esto es, la normativa urbanística y, en concreto, conforme a los arts 45 y 47 de la CE. que fundamentan su sanción, “la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general” que constituye su bien jurídico protegido y al que sirven las normas urbanísticas y de planeamiento que integran este tipo penal en blanco, para el que el TC. ha venido a resolver, admitiendo*

En cambio, lo común del artículo 320.2 con el delito de prevaricación del art. 404 CP, es:

- a) Sujeto activo: autoridad o funcionario público a efectos penales (art. 24 CP);
- b) La resolución injusta o arbitraria;
- c) “*a sabiendas de su injusticia*”: como ya se ha expresado para un sector mayoritario “*injusticia*” es elemento normativo del tipo, y “*a sabiendas*” indica que sólo permite la comisión dolosa, lo que tiene consecuencias importantes en caso de error de tipo, como la de desplazar el tipo de delito incluso en caso de error vencible, que es impune al no castigarse la comisión imprudente.

b) Recapitulando:

A la vista de todo lo anterior, se puede concluir que, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de fecha 28 de mayo de 2009 (Roj 3285/2009), nº de Recurso: 2454/2008, nº de Resolución: 562/2009, Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA:

“El delito de prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal. La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción de deber del funcionario, que ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la Administración, a través suyo, tutela. La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar.”³⁴⁷

su Constitucionalidad, los problemas de legalidad existentes, dada la necesidad de invocación de normas autonómica y locales (STC 127/90, de 5 de julio) eso sí, siempre que el núcleo del delito este contenido en el Código Penal (STC 120/98 de 15 de junio).

Entre las normas urbanísticas a las que se remite el tipo penal se encuentran los distintos instrumentos de planeamiento que definen el uso de suelo en cada población, que son los instrumentos técnicos materiales para delimitar y definir el contenido de la propiedad y regular el uso del suelo en coherencia con lo que exija el interés general.”³⁴⁷

³⁴⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha 27 de enero de 2010, Roj: SAP GC 1718/2010, Nº de Recurso: 93/2009, Nº de Resolución: 25/2010, Ponente: SECUNDINO ALEMÁN ALMEIDA, FJ 4º: “*En cualquier caso, participando de la misma naturaleza del delito de prevaricación administrativa del art. 404 del CP, se exigen sus mismos requisitos, de modo que será preciso la concurrencia de los siguientes (SSTS 284/2009, de 13 de marzo; 723/2009, de 1 de julio):*

1º Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser una autoridad o funcionario público, debiendo acudir al art. 119 CP 1973 o al 24CP 1995, según los casos, para encontrar la definición de autoridad o funcionario público que debe ser tomada en cuenta para integrar el tipo de prevaricación administrativa.

2º El funcionario o autoridad debe haber dictado una resolución en asunto administrativo que, ante todo, se reputa no adecuada a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder.

Sentado lo anterior, procede analizar el tipo penal del art. 320 del CP desde la perspectiva de la Teoría Jurídica del delito. Entendiendo por esta la generalmente admitida, conceptuadora de que el delito es un comportamiento humano típicamente antijurídico, culpable y punible. En la doctrina actual³⁴⁸ se van imponiéndose dos ideas fundamentales respecto a esta definición:

1º) Sus dos pilares básicos son la antijuridicidad y la culpabilidad.

2º) <<Antijuridicidad>> significa objetiva contrariedad al Derecho penal mientras que <<culpabilidad>> significa posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable.

Postura doctrinal que entendemos no solo es la mayoritaria sino la seguida por la jurisprudencia. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2005, nº de Recurso: 2428/2003, nº de Resolución: 663/2005, de fecha 23 de mayo de 2005, Ponente: JUAN

3º) *No es suficiente, sin embargo, que una resolución administrativa no adecuada a derecho para que constituya un delito de prevaricación. El control de legalidad de los actos de la Administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa y no sería compatible con la correcta articulación entre los poderes del Estado de Derecho diseñado en la CE una criminalización sistemática de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder, como ciertamente ocurriría si todo acto administrativo ilegal fuese considerado penalmente injusto. La injusticia a que se refieren los arts. 358 CP 1973 y 404CP 1995 supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha dicho reiteradamente que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el correspondiente tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa". El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en su art. 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial. No sería del todo exacto entender que con tal asociación de injusticia y arbitrariedad se haya limitado la nueva ley a ratificar la doctrina elaborada por esta Sala en torno al art. 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución administrativa con la mera evidencia de su ilegalidad ponía el acento en el dato, sin duda importante, de la fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. El art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el dato, más objetivo y seguro, del "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa.*

4º) *Ahora bien, para que el delito de que tratamos se entienda cometido, se requiere además que la autoridad o funcionario actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución que dicta. La expresión "a sabiendas" no sólo elimina del tipo en cuestión la posible comisión culposa sino también la comisión con dolo eventual. La exigencia de este elemento subjetivo cualificado no puede llevar, naturalmente, a la llamada "subjetivización" de este delito, que ha sido razonadamente desechada por la reciente Sentencia de esta Sala de 15-10 99 en relación con la prevaricación judicial, pero no puede menos de ser cuidadosamente ponderada cuando se trata de una prevaricación administrativa y el presunto culpable es persona legítima en derecho. Se cometerá, pues, el delito de prevaricación administrativa cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, adopta un determinado acuerdo porque quiere aquel resultado y antepone su voluntad de cualquier otra consideración.*

Se ejerce arbitrariamente el poder cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho o del interés colectivo concurre el elemento objetivo de la prevaricación

³⁴⁸ MIR PUIG, S./M. CORCOY BIDASOLO, M., "Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 47.

RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, señala en su Fundamento Jurídico Quinto, apartado 2, señala:

“Ahora bien, si bien es la parte acusadora quien tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado, su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendiendo el término "culpabilidad" como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprobabilidad jurídico-penal. Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación STC 195/93 y las en ella citadas).”

Para ello, y como premisa, destaca que la descripción del tipo penal de prevaricación urbanística anterior a la reforma del código penal era la siguiente:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o 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 su concesión a sabiendas de su injusticia.”

Y que la descripción del tipo penal de prevaricación urbanística queda de la siguiente forma tras la reforma del Código Penal:

“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.”

B. Bien jurídico protegido: Ordenación del Territorio, Urbanismo, Administración Pública y Paisaje:

La determinación del bien jurídico protegido es la cuestión básica a determinar cuando como en el presente caso, se trata de examinar el alcance de una conducta penal. En este sentido es conveniente comenzar señalando como VERCHER NOGUERA,

A.³⁴⁹ afirma, que el bien jurídico es uno de los aspectos más importantes, por no decir el más importante, o el “*alma mater*” incluso, de toda disposición penal. Añade que nos encontramos ante delitos de nueva planta y con un alto grado de especialización, por ello la determinación del bien jurídico protegido es todavía más importante. Se trata de un valor que se convierte en bien jurídico gracias a su incorporación a la esfera de protección del orden jurídico, generalmente porque así lo demanda la propia sociedad como forma de garantizar la paz y el orden en su seno, y en consecuencia, su propia supervivencia.

La Exposición de Motivo del Código Penal de 1995 fue clara al respecto: “*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 las 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 los recursos naturales*”.

Por todo ello, el precitado autor³⁵⁰ siguiendo la interpretación doctrinal mayoritaria, la instrumentalista, concluye, siguiendo a SANTANA VEGA, M^a D.³⁵¹, que la función instrumental del Derecho penal o, lo que es igual, la protección de bienes jurídico-penales es, además, la que resulta de forma equilibrada más acorde con la declaración del artículo 1.1 de la Constitución Española que constituye a España como un Estado social y democrático de Derecho.

Añade, que al margen de la imprecisión e inseguridad que rodean a la materia de la Ordenación del Territorio, quizá pudiera admitirse que el bien jurídico protegido para este tipo de delitos sea el “*normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo*”.³⁵²

Habiendo quedado patente que el tipo de prevaricación urbanística es un tipo agravado del tipo general de prevaricación, es necesario señalar que en atención al bien jurídico protegido, no es sólo la Ordenación del Territorio y el Urbanismo (tras la reforma de la LO 5/2010) sino también el correcto funcionamiento de la Administración

³⁴⁹ VERCHER NOGUERA, A. “*LA DELINCUENCIA URBANISTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio*”, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.51.

³⁵⁰ VERCHER NOGUERA, A., “*LA DELINCUENCIA...*”, Op. Cit., pág. 52.

³⁵¹ SANTANA VEGA, M^a D., cita de VERCHER NOGUERA, A., “*LA DELINCUENCIA...*” Op. Cit., pág. 52.

³⁵² La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (absolutoria), Sección 10, de fecha 25 de abril de 2002, Roj: SAP B 4264/2002, N^o de Recurso: 83/2000, Ponente: DANIEL ALMERIA TRENCO, en el FJ 4^o recoge: “*Como resultado del fracaso estrepitoso del Derecho Administrativo Urbanístico sancionador y la realidad cada día más evidente en cuanto al fenómeno de la especulación urbanística y la comisión de verdaderas aberraciones de este tipo cometidas al amparo de conductas administrativas defraudatorias de la normativa urbanística o vacíos legislativos, el nuevo Código Penal de 1995 introdujo los denominados delitos sobre la ordenación del territorio, bajo su inclusión sistemática en un Título dedicado a la protección del medio ambiente y ecología en sentido amplio, en tanto que entorno del ser humano.*”

Pública, dado que los sujetos de este tipo penal ocupan una posición de garante de los mismos, que merecen un especial reproche penal³⁵³.

En efecto, la reforma del Código Penal supone una ampliación del bien jurídico protegido, tal y como se refleja de la nueva redacción del Título XVI: “DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO, LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y EL MEDIO AMBIENTE.” Y del Capítulo I “De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” frente a la anterior “DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y DEL MEDIO AMBIENTE” Capítulo I “De los delitos sobre la ordenación del territorio”.

En relación al cambio de denominación, según establece el apartado XX de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, se debe a que se incluye “*el urbanismo como objeto de tutela*”. Sin embargo, en realidad el bien jurídico protegido de estos delitos desde su origen ha sido esencialmente el Urbanismo más que la Ordenación del Territorio, por lo que el cambio de denominación, según CRIADO SANCHEZ, A.J.³⁵⁴, es bastante acertado al ajustarse a la verdadera naturaleza del tipo penal.

Llegados a este punto, es necesario precisar que la diferencia entre Ordenación del Territorio y Urbanismo se encuentra en que: “*Mientras que el primero, tiende a garantizar la ordenación y desarrollo del espacio físico horizontal y vertical de la aglomeración urbana, para acomodarla al modelo ideal predefinido, es decir, se encuentra más asentado en el plano ejecutivo; el segundo, se ocupa de los criterios que resultan de la expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de cada sociedad (Carta Europea de Ordenación del Territorio, Ministros de los Estados miembros 23 de mayo de 1983), con el objetivo reconocido por diversas normativas de las Comunidades Autónomas patrias -entre las que cabe destacar la LOTUR, artículo 25- de conseguir una adecuada relación entre población, territorio, actividades, servicios e infraestructuras*”³⁵⁵.

De ello, según GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.³⁵⁶, se colige el carácter pluriofensivo de las prevaricaciones urbanísticas, puesto que en atención a la gravedad de las penas, cabe advertir que se castiga tanto la ofensa al bien jurídico común, como al bien jurídico “*Ordenación del Territorio y Urbanismo*”.

En opinión de SANTANA VEGA, M^a D.,³⁵⁷ tres son las posiciones que se sostienen sobre el bien jurídico-penal protegido en estos delitos:

³⁵³ CRIADO SANCHEZ, A.J. “*El delito contra la Ordenación del Territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal*”, ESTUDIOS, Revista de Práctica Urbanística Número 100, Enero 2011, pág. 74.

³⁵⁴ CRIADO SANCHEZ, A.J. “*El delito contra la Ordenación del Territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal*”, ESTUDIOS, Revista de Práctica Urbanística Número 100, Enero 2011, pág. 74.

³⁵⁵ Sentencia de TSJ La Rioja (Logroño), Sala de lo Contencioso, 20 de Diciembre de 2001

³⁵⁶ GONZALEZ CUSSAC, J.L. “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, 2^a Ed., Valencia, 1997, pág.150.

³⁵⁷ SANTANA VEGA, M^a D., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 717.

- a) La formal, que considera que es el cumplimiento de la normativa administrativa sobre ordenación del territorio o disciplina urbanística (STS 363/06, 28-3);
- b) La función social de la propiedad o el uso racional del suelo;
- c) El medio ambiente urbano.

Esta última concepción es la que fundamentaría mejor el merecimiento de pena de estos delitos y servirá de base para llevar a cabo esfuerzos interpretativos orientados a subsanar las deficiencias de lesividad y materialidad que presentan estos tipos, además de servir para delimitarlos de los análogos, cuando no idénticos o más graves, ilícitos administrativos, sin olvidar que la misma se ve avalada: por la rubrica del título, por la interpretación sistemática de su articulado (en especial por los arts. 319.1, 338 y 339), así como por la Carta Europea de Ordenación del Territorio, aprobada por los Ministros Europeos responsables de la Ordenación del Territorio en la 6ª Reunión organizada por el Consejo de Europa, el 20 de mayo de 1983.

Para estos autores la reforma operada por la LO 5/2010 ha incorporado nuevas modalidades de conductas más graves que las demandadas por la doctrina, pero ha desaprovechado la ocasión para aclarar cuestiones relativas a la autoría o a conceptos claves³⁵⁸: el de suelo no urbanizable, con la introducción de interpretaciones legales básicas que facilitarían la aplicación de estos tipos penales en blanco y evitarían la disparidad que en materia de urbanismo existe en las normativas autonómicas.

Por otro lado no hay que olvidar que el bien jurídico protegido con carácter general, en los delitos como el presente que ataca a la Administración pública como bien jurídico-penal, es el correcto funcionamiento de la Administración pública de acuerdo con su función constitucional de servir con eficacia y objetividad a los intereses generales (arts. 9.1 y 3, 103 y 106 de la CE), con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (SSTS 959/2005, 18-07, 155/1997, 07-02, 84/1996, 05-02, 593/1995, 29-04, 931/1994, 28-09, 346/1994, 21-02, 52/1993, 18-01, 2455/1993, 06-11, etc.) en su vertiente objetiva, de función pública o servicio público, aspecto externo o social de la relación Administración-ciudadano³⁵⁹.

En este sentido recoge MIR PUIG, C., en su obra³⁶⁰ que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, base del actual Código penal, muy significativamente dice:

“La concepción de la función pública, el servicio a los ciudadanos bajo el imperio de la legalidad no es, en modo alguno, la misma en el marco de la Constitución de 1978 que en la mentalidad del legislador histórico y los que le han ido enmendando. En el actual Código (1973), la fidelidad a la función y a la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuridicidad; el acatamiento de la organización y régimen administrativos aparecen como la mayor manifestación de la legalidad; el bien de la

³⁵⁸ Opinión de la autora SANTANA VEGA, Mª D.

³⁵⁹ Vide MIR PUIG, C., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 887.

³⁶⁰ MIR PUIG, C. “Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal” en Biblioteca de Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000, pág. 20.

cosa publica y el servicio al ciudadano son elementos que, aunque no desdeñados, se manifiestan de modo claramente complementario. En el nuevo Código se invierte el orden de valores, partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía (los intereses generales) y sometida al principio de legalidad; aquello que no trascienda a los intereses perseguidos (vida interna de la Administración) difícilmente podrá tener cabida en el Código penal, de acuerdo con el principio de la “ultima ratio””.

Esto es, el bien jurídico concreto o específico es el principio de legalidad o el interés público en el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho, que se ve afectado cuando una autoridad o funcionario público en sentido penal, dicta una resolución arbitraria, contraria al Derecho objetivo en asunto administrativo, teniendo conciencia de la injusticia o ilegalidad de dicha resolución. Las autoridades y los funcionarios públicos, como poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 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 públicos³⁶¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, se considera que sienta doctrina (según se recoge en sentencias posteriores) al declarar:

“NOVENO: 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 del territorio, pero no exclusivamente la “normativa”, sobre ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia, en el art. 319, y a la prevaricación administrativa, en el art. 320 CP, sino que así como en el delito ecológico(art. 325), no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el “delito urbanístico” no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material de la ordenación del territorio , en su sentido constitucional de “utilización racional del suelo orientada a los intereses generales”(arts. 45 y 47 CE.), es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados “intereses difusos” pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución.

³⁶¹ Vide MIR PUIG, C., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 889.

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

Consecuentemente una cosa es que la realización de estos delitos presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación de los arts. 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal.”

Reproduciendo lo anterior encontramos la STS del 27 de Noviembre del 2009 (ROJ: STS 7703/2009, la STS, Penal sección 1 del 29 de Noviembre del 2006 (ROJ: STS 7479/2006), Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sala de lo Penal, sección 1 del 24 de Octubre del 2011 (ROJ: SAP CR 871/2011) Recurso: 27/2011 | Ponente: LUIS CASERO LINARES, (“*Esta solución representa un cambio respecto a la anterior posición de esta Audiencia, criterio el actual, como se ha dicho, adoptado en Pleno de la Audiencia de 24 de mayo del año en curso y que, por demás, considera la doctrina del T. S. que, en sentencia de 28 de marzo de 2006...*”); la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, Sala de lo Penal sección 2 del 06 de Julio del 2011 (ROJ: SAP GC 1501/2011) Recurso: 179/2010 | Ponente: MARIA DEL PILAR VERASTEGUI HERNANDEZ. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 9 de diciembre de 2011, Roj: SAP GC 2437/2011, N° de Recurso: 26/2010, N° de Resolución: 113/2011, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA³⁶²

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 4ª, de fecha 31 de mayo de 2005, Roj: SAP M 6377/2005, N° de Recurso: 39/2001, N° de Resolución: 77/2005, Ponente: MARIA DEL PILAR DE PRADA BENGOA, en su FJ 1º señala: “*...nos hallamos ante un ámbito relevante y socialmente sensible como es el urbanístico, puesto que como resalta la Sentencia del TS de 18-1-1997-en el urbanismo se encierra, nada más y nada 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 ellos viven-*”

³⁶²FJ 3º: “*Sobre este particular es importante destacar que una cosa es que una obra sea autorizable con el planeamiento en vigor, y otra muy distinta es que los sucesivos planeamientos aprobados por quién tenga competencia legislativa para ello puedan modificar la calificación urbanística de un suelo, generalmente para adaptarlo a situaciones de hecho consolidadas por actuaciones irregulares a fin de no perjudicar derechos adquiridos por terceros de buena fe, más ello no elimina la reprochabilidad penal que pudieren merecer quiénes hayan propiciado justamente esa irregular consolidación, pues de otra forma quedarían vacías de contenido las normas protectoras del medio urbano y natural, al posibilitarse que actuaciones singulares vayan alterando el medio para acabar forzando un cambio legislativo que lo único que pretende a posteriori es justamente dar una respuesta regularizada a los derechos consolidados, con una lesión material de las normas penales que tutelan la materia.*”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha 9 de noviembre de 2005, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, recoge en su FJ 1º: *“A este respecto, debe quedar claro que la lesión del bien jurídico no requiere, que se ocasione con la concesión de las licencias un perjuicio tangible a un ciudadano concreto o a ciertos valores urbanísticos del municipio. La lesión del bien jurídico se produce cuando se dictan resoluciones que se apartan totalmente del ordenamiento jurídico, de su sistema de fuentes y de la jerarquía normativa, sin ajustarse además al principio de legalidad. Resoluciones de esa índole, que quedan totalmente fuera del ámbito de los principios elementales del sistema jurídico de un Estado de Derecho, son palmariamente injustas.*

Una resolución totalmente ilegal, por carecer de legitimidad normativa y no respetar el sistema de fuentes ni los principios de vigencia y validez, no puede decirse en un Estado de Derecho que sea justa, a no ser que situemos el criterio de justicia en un ámbito ideal o natural, totalmente supralegal o metapositivo, ajeno o desvinculado de todo sistema de normas. En tal caso, se abre la puerta a la creación extralegal del derecho con base únicamente a los principios metajurídicos que pudiera implantar un grupo de ciudadanos apartándose de los cauces de legitimidad que para el sistema de fuentes aparece previsto en un Estado de Derecho. Es obvio que las normas creadas por un procedimiento de esa índole carecerían de las exigencias más elementales de juridicidad y no podrían tenerse por vigentes ni por válidas, por muy justas y acertadas que pudieran mostrarse en su contenido sustantivo o material.”

Finalmente, es importante señalar el concepto establecido por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **21 de Junio del 2012**, ROJ: STS 4573/2012, N° de Recurso: 2261/2011 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (Recurso de Casación contra la Sentencia de fecha 21 de julio de 2011, de la Audiencia Provincial de Cádiz (condenatoria de un delito art. 319.2 CP), Sección 4ª, que, en el Procedimiento Abreviado número 45/2010), en el FJ 2º:

*“Para la adecuada resolución del recurso 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 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. 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 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 28.3 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 - 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. 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 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."

1. Protección del paisaje como bien jurídico del art. 320 CP³⁶³.

El paisaje es también objeto de protección jurídico penal. En efecto, la citada Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, contempla también como bien jurídico protegido el **paisaje**³⁶⁴. En efecto, en el Fundamento Jurídico Vigésimo Segundo rebate la alegación de que el paisaje no es uno de los bienes jurídicos protegidos por el art. 320.1 CP., señalando que, en todo caso, tal bien jurídico no se ha visto afectado por la construcción del edificio amparado por la licencia, señalando: *“Recordar que el art. 47 CE. reconoce el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, disponiendo que 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". Asimismo el art. 45.2, después de garantizar el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, dispone que "los poderes públicos velarán por la utilización racional de los recursos naturales" entre los cuales el suelo tiene una gran relevancia pues es un recurso necesariamente limitado.*

En consecuencia, la Constitución contiene un doble mandato a los Poderes Públicos: para que regulen la utilización del suelo conforme al interés general y para que velen por su utilización racional en su calidad de recurso natural.

³⁶³ HERVÁS MAS, J. Realiza un estudio en su libro *“Ordenación del Territorio, Urbanismo y Protección del Paisaje”*, Ed, Bosch, Enero 2009.

³⁶⁴ <https://wikipenal.wikispaces.com/06Mar-+Proteccion+del+paisaje+como+bien+juridico>

La primera norma (art. 47 CE.), no se refiere de modo expreso a la utilización de sanciones penales, pero si la segunda (art. 45 CE). Por tanto desde esta perspectiva de un cumplimiento más respetuoso de lo dispuesto en este art. 45.3 CE (establecimiento de sanciones penales para los supuestos más graves de violación de la obligación de utilización racional de los recursos naturales) como desde la perspectiva de tutelar más eficazmente la utilización del suelo "conforme al interés general"(art. 47 CE) resulta justificado, el recurso a la tutela penal.

No olvidemos, como recuerdan las SS. 26.5.2003 y 18.1.97 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 nada 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 ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen 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 unas normas. En 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.

Es cierto que es un delito contra un bien jurídico comunitario (la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general), aun cuando generalmente coincidirá la infracción de la legalidad urbanística con la lesión del bien jurídico -dado que en un Estado de Derecho las normas deben reflejar precisamente el interés general, concretándolo en una determinada materia-, en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando en su caso los criterios de "insignificancia" o "de intervención mínima" cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad, por cuanto un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuricidad”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 5 de febrero de 2009, Roj: SAP O 1780/2009, Nº de Recurso: 1/2009, Nº de Resolución: 27/2009, Ponente: JULIO GARCIA-BRAGA PUMARADA, enjuicia un caso en el que se produce un ataque a suelo doblemente tutelado por razones ecológicas y paisajísticas³⁶⁵.

³⁶⁵ Señala en el FJ 1º: “La definición del espacio natural protegido se contiene en el art. 10 de la Ley 4/1989, que se refiere a aquellos espacios del territorio nacional, incluidas las aguas continentales, y los espacios marítimos sujetos a la jurisdicción nacional, incluidas la zona exclusiva y la plataforma continental que contengan elementos y sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes. En semejantes términos se manifiesta el TC, en sentencia 102/95, al reseñar cualquier zona localizada e individualizada, dentro del territorio español en la acepción propia del Derecho Internacional, de protección por contener elementos o sistemas naturales de especial interés o valores naturales.

Por otro y dentro de los espacios naturales nos encontramos con las reservas naturales, cuya creación tiene como finalidad la protección de los ecosistemas comunidades o elementos biológicos que, por su rareza, fragilidad, importancia o singularidad merecen una valoración especial y a tales efectos

C. Elemento Subjetivo:

El comportamiento humano y su tipicidad pueden verse como condiciones de la antijuridicidad penal. Como ya se ha señalado anteriormente, antijuridicidad significa objetiva contrariedad al Derecho penal, como juicio intersubjetivo, esto es, válido para cualquier sujeto. Y exige la tipicidad penal y la ausencia de causas de justificación.

En efecto, esta antijuridicidad, penal, supone una doble exigencia³⁶⁶:

a) Lesión o puesta de un bien jurídico penal lo suficientemente grave y necesitada de pena para que el legislador la haya previsto en un tipo de delito.

Se trata, en el presente caso, de evitar la lesión al bien jurídico ordenación territorio y urbanismo. El hecho antijurídico en cuestión ha de verse como un hecho que compromete la existencia de estos bienes jurídicos: principio de dañosidad o lesividad (*nullum crimen sine iniuria*), vinculado al de exclusiva protección de bienes jurídicos, que ha de ser el punto de partida de la antijuridicidad penal.

El tipo penal objeto de estudio, artículo 320 CP dentro del Capítulo I del Título XVI, del Libro II del Código Penal, describe la lesión o puesta en peligro de dos bienes jurídico-penales más graves y necesitados de pena: ordenación del territorio y urbanismo.

Ello exige la producción del resultado típico de lesión o puesta en peligro, pero también, que dicho resultado sea imputable, como tal, a una conducta humana peligrosa ex ante.

b) Que el bien jurídico no entre en conflicto con otros intereses superiores que justifiquen su ataque.

No todo ataque típico a un bien jurídico-penal se halla desvalorado por el Derecho, como contrario a sus intereses globales.

Las causas de justificación (Legítima defensa, Estado de necesidad, ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber) excluyen la antijuridicidad del hecho cuando la lesión del bien jurídico típico resulta necesaria para salvaguardar otros bienes jurídicos e intereses que aquél puede considerar preferentes, en determinadas circunstancias.

1. Sujetos Activos: Funcionario Público y Autoridad:

Pues bien, sentado lo anterior conviene comenzar recordando que **sujeto activo** es el sujeto de la proposición normativa en la que se formula un tipo penal. Es decir, y

debemos tener en cuenta que lo que es ahora objeto de enjuiciamiento, es decir donde se halla ubicada la construcción se trata de un lugar catalogado como suelo no urbanizable de especial protección, ubicado en la Reserva Natural Parcial de Cova Rosa, creada por Decreto 67/1995. “

³⁶⁶ MIR PUIG, S. Y CORCOY BIDASOLO, M., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 47.

según el planteamiento tradicional, sujeto activo es el que protagoniza la acción delictiva³⁶⁷.

La función del sujeto activo es la de limitar el círculo de los posibles autores³⁶⁸: sólo puede ser autor de un determinado delito quien reúne los requisitos del sujeto activo. Y por eso se distingue entre **delitos (tipos) comunes**: los que por tener un sujeto activo indiferenciado pueden ser realizados por cualquier persona. Es el que se describe, en el tipo penal, mediante las expresiones “*el que*” o “*los que*”; y **delitos especiales**: aquellos que tiene un sujeto activo diferenciado y sólo pueden cometerlos determinadas personas, o que si son cometidos por determinadas personas se les aplica una pena distinta a la prevista en el tipo común, como cuando se refiere la conducta a “*el funcionario público*” o a “*la autoridad*”.

Asimismo, hemos de distinguir también entre **sujeto activo y autor**. El sujeto activo es una parte de una proposición, su sujeto, no pertenece a la realidad. El autor, por el contrario, es la persona concreta que realiza la conducta descrita en el tipo de que se trate³⁶⁹.

El objeto de la presente Tesis es el art. 320 CP, delito considerado especial, pues como bien dice la descripción del tipo solo pueden ser sujetos activos del mismo, el funcionario público o la autoridad, esto significa que siempre habrá de ser cometido por una persona física. Rasgo común con el art 404 C.P.³⁷⁰. Esta acotación normativa de los sujetos activos es el presupuesto para calificar al delito de prevaricación (genérica) del art. 404 C.P. y al delito de prevaricación contra la ordenación del territorio y el urbanismo del art. 320 CP como *especial propio*. (GORRIZ ROYO, E.³⁷¹).

³⁶⁷ RODRIGUEZ RAMOS, L., “*COMPENDIO DE DERECHO PENAL, Parte general*” Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2006, pág.103.

³⁶⁸ Conviene recordar que el artículo 28 CP establece que: “*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.*

También serán considerados autores:

a. Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b. Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

³⁶⁹ GONZALEZ CUSSAC, J.L. (CARBONELL MATEU, J.C. y ORTS BERENGUER, E.) “*ILAS INFRACCIONES URBANISTICAS: APROXIMACION GENERAL*” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Universidad de Valencia. Diploma de Especialización Profesional Universitario en Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas, Valencia 2008, pág. 71.

³⁷⁰ La posibilidad de considerar a la persona no física sujeto activo de delitos, sigue siendo excepcional y sólo es viable en determinados supuestos, prácticamente circunscritos al derecho penal económico, como por ejemplo, y entre otros, los delitos relacionados con el urbanismo (art. 319 del Código Penal) (RODRIGUEZ RAMOS, L., Op. cit., pág. 104).

³⁷¹ Vide GORRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación...*” Op. cit., pág. 87, quien añade que con respecto al delito de prevaricación previsto en el art. 358 A.C.P., afirmaban su carácter de *especial propio*, entre otros autores, OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., “*La prevaricación del funcionario público*”, Madrid 1980, pág.405, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “*Enciclopedia jurídica básica, vol. I*”, voz “*Autoridad y funcionario a efectos penales*”, Madrid, 1995, pág.710. En relación con el actual delito del artículo 404 C.P., consideran que se trata de un delito especial propio, entre otros, ORTS BERENGUER, E. Comentarios al Código Penal, (coord. VIVES ANTÓN, T.S.), Volumen II, Valencia 1996, pág.1783.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, 2ª Ed., Valencia, 1997, pág. 98 y 99.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. “*El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal*”, La Ley, 4138, 7 de octubre de 1996, págs.1513 y 1517. En el ámbito de la jurisprudencia, se afirma la configuración del delito del artículo 404 C.P. como especial propio, entre otras resoluciones, en la STS de 14 de julio de 1995, RA 5435 (F.D. 2º)).

Con esta premisa, nos encontramos que en la Administración pública, la función pública puede ser atacada, en sentido penal, desde fuera, por los particulares, o desde dentro por los funcionarios públicos o autoridades, siendo este último ámbito en el que nos vamos a centrar.

Así se ha pronunciado la doctrina científica. En efecto, SANTANA VEGA, M^a. D.,³⁷² señala que “*Los sujetos activos de los delitos cometidos en el art. 320 CP sólo pueden ser la autoridad o funcionario público, al tratarse de un delito especial*”. VERCHER NOGUERA afirma que el tipo del art. 320 CP se califica, en Derecho penal, como un «*delito de propia mano*»³⁷³, pues sólo pueden perpetrarlo autoridades o funcionarios, precisamente por revestir esa condición. GARCIA PLANAS, G.³⁷⁴ señala que es un delito especial propio pues no tiene ninguna correspondencia con un delito común. GORRIZ ROYO, E.³⁷⁵, opina que esta calificación es correcta, fundamentalmente porque son delitos en que sólo determinada clase de sujetos tiene acceso al bien jurídico protegido de ahí que se considere un delito *especial*³⁷⁶. Y *propio*, por cuanto la condición de funcionario público o autoridad, es determinante para la existencia del delito, porque pertenece a su misma esencia, es decir, a su injusto típico³⁷⁷. MIR PUIG, C.³⁷⁸ señala que los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos, **delitos especiales**, el carácter de funcionario afecta a la propia esencia del injusto, porque condiciona el ataque al bien jurídico central en tales tipos. Ello no sucede cuando **se agrava** el tipo por la intervención del funcionario en delitos que atacan bienes jurídicos completamente distintos a la función pública.

MIR PUIG, C.³⁷⁹ añade que al ser normalmente los delitos contra la Administración pública delitos especiales, que solo pueden cometer los funcionarios públicos o autoridades a efectos penales, los particulares, *extranei*³⁸⁰, no pueden ser autores ni directos ni mediatos, pero **sí pueden participar**³⁸¹ en el delito especial (SSTS 1026/09, 16-10; 575/07, 9-6; 226/06, 19-2; 37/06, 25-1; 1159/04, 28-10) pudiéndoseles

³⁷² Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 724.

³⁷³ VERCHER NOGUERA, A.: «LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA, Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio», Madrid, Colex, 2002, pág. 156.

³⁷⁴ GARCIA PLANAS, G. “EL DELITO URBANÍSTICO (DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO)” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 46.

³⁷⁵ Vide GORRIZ ROYO, E., Op. cit., pág. 87.

³⁷⁶ En sentido similar RUEDA MARTÍN, M.^a A., concibe el delito de prevaricación como un «*delito especial de dominio social que, además, es propio*» en “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a Época, n^o 8, pág. 143.

³⁷⁷ De opinión próxima, GIMBERNAT ORDEIG, E. “*Autor y cómplice en Derecho Penal*”, Madrid, 1996, pág.252, QUINTERO OLIVARES “*Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español*”, Barcelona, 1974, pág.31 y VAZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS, F. “*Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*”, Santiago de Compostela 2003, pág.138.

³⁷⁸ Vide MIR PUIG, C., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 888.

³⁷⁹ Vide MIR PUIG, C., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 888.

³⁸⁰ Terminología de los autores.

³⁸¹ Más adelante examinaremos la STS, Penal sección 1 del 04 de Marzo del 2010 (ROJ: STS 1863/2010) Recurso: 1231/2009 | Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO, falla en el sentido de que no ha lugar al recurso de casación contra la SAP de Barcelona, Penal sección 10 del 30 de Marzo del 2009 (ROJ: SAP B 3226/2009) Recurso: 105/2006 | Ponente: JOSE MARIA PIJUAN CANADELL, en la que se declara la responsabilidad del partícipe.

imponer –**atenuación facultativa**–, si fueran inductores o cooperadores necesarios, la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción (art. 65.3). En la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/04, 22-12, se considera que tratándose de un cómplice, habrá que **permitir una doble atenuación penal, por cómplice y por extraneus**. En cambio el funcionario público o intraneus puede ser autor directo o mediato, pudiendo utilizar al particular para la comisión del delito. GORRIZ ROYO, E., sin embargo, opina que si dicha cualidad especial del sujeto no se diera *el hecho devendría atípico*³⁸², dado que no existe correspondencia con otro delito común³⁸³

A la vista de todo lo anterior, esto es, considerar los delitos del art. 320 C.P. como *especiales propios*, GORRIZ ROYO, E.³⁸⁴, considera necesario delimitar con precisión el *círculo de sujetos cualificados para acceder al bien jurídico allí protegido*.

En este sentido, y dado que en la realización de esta actividad puede que tengan que confluir varias Administraciones (por ejemplo, municipal y autonómica o varias municipales), serán autores todos los funcionarios intervinientes. (SANTANA VEGA, M^a.D.³⁸⁵).

ACALE SÁNCHEZ, M.³⁸⁶ va más allá al señalar que los delitos tipificados en el art. 320 CP son delitos especiales propios en los que el sujeto activo, además de ser funcionario público o autoridad, ha de ser competente para informar o para inspeccionar (número 1º) y ha de tener competencias decisorias para votar o resolver los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes (número 2º). (ATS 59/2001, de 17 de enero (RJ 2001/5.648)). Añade esta autora que esta última afirmación no supone restricción alguna del núcleo de la conducta típica: sólo se recurre a un criterio material para restringir el ámbito de los posibles autores. Para BOLDOVA PASAMAR, M.A.³⁸⁷, el fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en estos delitos radica asimismo en el criterio del dominio social típico.

Veamos pues, el concepto penal de funcionario y autoridad y quien puede ser sujeto del tipo.

a) El concepto de Funcionario Público y Autoridad en el artículo 24 del Código Penal:

Así la jurisprudencia ha tenido que aclarar que el Código Penal da "*un concepto de funcionario publico propio y privativo de este cuerpo jurídico*".

El art. 24 del CP señala:

³⁸² Vide GORRIZ ROYO, E., "*Los delitos de prevaricación...*" Op. cit., pág. 88.

³⁸³ En sentido próximo, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*, 5ª Ed., Valencia, 1999, pág. 357 y 358.

³⁸⁴ Vide GORRIZ ROYO, E., "*Los delitos de prevaricación...*" Op. cit., pág. 88.

³⁸⁵ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en "*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*" dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 724.

³⁸⁶ "LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO" Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal. Ed. Bosch, Barcelona 2011.

³⁸⁷ BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "Los delitos urbanísticos", Ed Atelier, pág. 228.

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Respecto a este concepto penal, doctrina y jurisprudencia son prácticamente unánimes, al señalar que el texto legal ofrece un concepto de funcionario público y de autoridad “a los solos efectos penales”.

En efecto, MIR PUIG, C.³⁸⁸ afirma que el art. 24 CP no establece un concepto ontológico de funcionario público o autoridad de validez o eficacia general en todo el ordenamiento jurídico español (derecho administrativo, laboral, tributario, etc.), ni constituye ninguna Ley penal en blanco, que remita a un concepto extra penal de funcionario público o autoridad elaborado por otra rama jurídica, como el derecho administrativo, sino que ofrece un concepto penal. De forma idéntica, GORRIZ ROYO, E.³⁸⁹, señala que con respecto a las nociones penales «funcionario público» y «autoridad», interesa destacar como primer rasgo su *carácter autónomo* respecto del concepto manejado en el Derecho administrativo³⁹⁰. En efecto, no se trata de una ley penal en blanco. Según jurisprudencia mayoritaria, los conceptos penales de autoridad y funcionario son más amplios que los administrativos (STS 27-9-91). Añade esta autora que *la autonomía o independencia* de dicho concepto penal con respecto a otras figuras del ordenamiento administrativo se reconoce desde antiguo en la jurisprudencia³⁹¹. MIR PUIG, C.,³⁹² entiende que el art. 24 ofrece una pauta interpretativa del concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales, añadiendo que la aplicabilidad del art. 24 no exige la incorporación a un cargo escalafonado de la Administración, ni la permanencia de los servicios. A efectos penales lo decisivo es que la persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del Derecho administrativo, y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública (SSTS 2361/01, 4-12; 307/01, 27-02; 73/01, 19-1), parecer que compartimos en su integridad. No basta con actuar como miembro de un órgano para el que el sujeto ha sido elegido en razón de su condición de autoridad o funcionario, cuando la actividad de aquél no

³⁸⁸ Vide MIR PUIG, C. “Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal” Op. cit., pág. 21.

³⁸⁹ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...”Op. cit., pág.88.

³⁹⁰ En el mismo sentido, esto es, afirmando la autonomía del concepto de funcionario público a efectos penales, encontramos a REBOLLO VARGAS, R., cuando sostiene que “... disponemos de un concepto penal y de otro concepto administrativo de funcionario público, lo que supone que sus respectivos ámbitos de aplicación son, lógicamente, diversos” “La revelación de Secretos e Información por Funcionario Público”, Barcelona, 1996, pág.79.

³⁹¹ A tal efecto cita, las SSTS de 27 de marzo de 1982, RA 2029 (Cdo.2º), 25 de junio de 1986, RA 3192 (F.D. 5º), 13 de marzo de 1992, RA 3868 (F.J. 2º) y STS de 12 de mayo de 1992, RA 2087 (F.D. 3º en relación con el Rec. Casación del Acusador Particular) que se remonta a antiguas sentencias, entre otras, de 19 de junio de 1954, 3 de febrero de 1956 y 3 de julio de 1963.

³⁹² Vide MIR PUIG, C., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 888.

supone el ejercicio de una función pública, ni está sometido al Derecho público, ni persigue fines estrictamente públicos (STS 2340/01, 10-12) (MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN³⁹³). Concluyen señalando que nuestro texto legal lo hace de modo análogo a lo que sucede en algunos Códigos penales de Derecho comparado (11.2 a y b StGB alemán) y a diferencia de otros (art. 38 CP nicaragüense), distinguiéndose entre ambos conceptos, y dedicando un apartado a cada uno de ellos.

VERCHER NOGUERA, A., afirma que los sujetos activos de estas conductas son las autoridades o funcionarios públicos definidos en el artículo 24 del Código Penal. Añadiendo que la más importante novedad legislativa del Código Penal de 1995 la constituyó la inclusión en el artículo 24 como autoridad de los miembros de las asambleas legislativas, tanto de la nacional como de la europea y de las autonómicas, así como la referencia a los miembros de órganos colegiados.

Por último, para VALEIJE ALVAREZ, I.³⁹⁴, la naturaleza de la norma prevista en el art. 24.2 C.P. es la de una norma interpretativa contextual auténtica porque indica al juzgador qué debe entenderse por «*funcionario público*».

b) Antecedente inmediato: art. 119 CPA:

Como es sabido, este texto del artículo 24 del Código Penal, apenas ha variado con respecto al del anterior artículo 119, al que sustituye.

En efecto, siguiendo a MIR PUIG, C.³⁹⁵, afirma que dicho precepto procede, en su redacción actual, del artículo 25 del Proyecto de 1994, ubicado bajo el Capítulo VI: “*Disposiciones Generales*” del Libro I, Título I.

Su inmediato antecedente lo constituye el art. 119 del CPA bajo el Título III: “*Disposiciones generales*” del Libro I (1973) que decía así: “*A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como individuo de alguna corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia*”.

“*Se reputaran también autoridades a los funcionarios del Ministerio Fiscal*”.

“*Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas*”.

A su vez, señala este autor, que dicho precepto tiene su antecedente en el artículo 214 del CP de 1928, con eficacia general, y en el artículo 416 CP de 1870 –aunque con eficacia limitada al Título VII y anteriores- que decía: “*Para efectos de este título y de los anteriores del presente se reputara funcionario publico todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*” (el Título VII rezaba: “*De*

³⁹³ MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN., en “*Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 113.

³⁹⁴ VALEIJE ALVAREZ, I. “*El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*”, Madrid, 1995, pág. 481.

³⁹⁵ Vide MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*” Op. cit., pág 21.

los delitos de los empleados públicos –concepto más extenso que el de funcionario publico- en el ejercicio de sus cargos”).

Y en el art. 322 del CP 1848 bajo el Título VIII: “*De los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus cargos*”, decía: “*Para los efectos de este titulo se reputaran empleados todo el que desempeñe un cargo público, aunque no sea de real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado*”.

Procede contemplar la cuestión en el ámbito de la Jurisprudencia. En efecto, parece ilustrativo, en opinión de DOMINGUEZ LUIS, J.A. y FARRÉ DÍAZ, E.³⁹⁶, mencionar algunas resoluciones jurisprudenciales interpretativas de los conceptos de autoridad y funcionario público, al enfrentarse el Tribunal Supremo a los conceptos contemplados por el artículo 119 (“*A los efectos penales, se reputará Autoridad al que por sí sólo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades los funcionarios del Ministerio fiscal. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de Autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas*”) del derogado Código Penal aprobado por Decreto 3.096/1973, de 14 de septiembre EDL 1973/1704 Mº de Justicia. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. BOE 297/1973, de 12 diciembre 1973 Ref Boletín: 73/01715. Derogada excepto los arts. 8.2, 9.3, Regla 1ª art. 20, párrafo 2º art. 22, art. 65 y art. 417 bis por dde. un de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995).

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 8 de octubre de 1990 (El Derecho Jurisprudencia 1990/9077. TS Sala 2ª, S 8-10-1990. Pte: Martín Pallín, José Antonio) declara, en relación con los **Alcaldes y Concejales**, que «*la persistencia de la actual redacción del artículo 119 del Código Penal hace necesaria una interpretación no sólo conceptual sino también político-constitucional para deslindar las distintas categorías funcionales que en él se describen. Los criterios jurisprudenciales elaborados durante el régimen autoritario y personalista deben ser revisados a la luz de los principios rectores de la democracia representativa basada en el principio de la soberanía popular. Por un lado se reputa autoridad al que por sí solo, es decir a título personal, o bien como individuo de una Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. La lectura de su texto pone de relieve la absoluta imprecisión de conceptos, equiparando, sin los debidos matices a todas las Corporaciones de derecho público, lo cual puede ser coherente en un sistema de unidad de poder o diversidad de funciones pero quiebra cuando se pretende trasplantar tan heterogéneas consideraciones a un sistema democrático representativo basado en la división de poderes. Las disposiciones constitucionales que regulan el Poder Judicial confieren a los jueces y magistrados tanto en su condición de titulares individuales de la potestad jurisdiccional como componentes de los órganos colegiados el carácter de autoridad, investida de «potestad» y de jurisdicción propia. Se amplía esta consideración de autoridad por expresa referencia legislativa a los funcionarios del Ministerio Fiscal, e incluso el artículo 281.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye el carácter de autoridad a los Secretarios judiciales. En el ámbito del Poder legislativo no se cuestiona la condición de autoridad de Diputados y Senadores, refrendada por el respaldo popular y reforzada por la inviolabilidad e inmunidad de*

³⁹⁶ DOMINGUEZ LUIS, J.A. y FARRÉ DÍAZ, E. “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”. Ed Revista General de Derecho. Valencia, 1998, pág. 160.

que disfrutaran en el ejercicio de sus funciones por lo que su nivel de protección penal debe situarse en las cotas máximas previstas por el Código Penal. Y por último queda toda la extensa gama de la Administración Pública en sus diversas esferas estatales, autonómicas o locales en la que se integran una serie de personas que bien a título de autoridad o como funcionario de elección o nombramiento participa en el ejercicio de funciones públicas».

Continúa la meritada sentencia diciendo que «para evitar extensas e innecesarias incursiones por toda la gama de disposiciones reguladoras del régimen de funcionamiento de las entidades estatales y autonómicas centraremos el análisis de la cuestión que nos plantea el recurso en el examen de las disposiciones reguladoras del funcionamiento de las Corporaciones locales y más concretamente del Estatuto de sus miembros. El Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 18 de abril de 1986 y el Reglamento que lo desarrolla, recogen las diversas competencias de los miembros de las Corporaciones Locales y su estatuto personal. Las disposiciones mencionadas remiten a la legislación electoral la determinación del número de miembros de las Corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad. (Artículo 6 del Reglamento). Todo el sistema de funcionamiento y Gobierno de las entidades locales está marcado por un cierto matiz presidencialista aunque se dice que el Ayuntamiento es el órgano de Gobierno y Administración del Municipio con carácter de Corporación de Derecho Público (artículo 35 del Reglamento). El Alcalde "goza de un amplio catálogo de atribuciones que se desgranar a lo largo de los 27 apartados del artículo 41 del Reglamento, y entre ellas nombrar y cesar a los Tenientes de Alcalde y los miembros de la Comisión de Gobierno, pudiendo imponer sanciones en los casos de inasistencia injustificada a las sesiones en los términos previstos en los artículos 73 y 59 T.R. antes citado. A su vez pueden efectuar delegaciones especiales en cualquier Concejal para la dirección y gestión de asuntos determinados incluidos en las citadas áreas.

De todo lo expuesto se desprende en principio que la única persona que ejerce de manera personal y directa una jurisdicción propia que le atribuye directamente la condición de autoridad es el Alcalde que dirige el Gobierno y administración municipales (artículo 41.2 del Reglamento), situándose a los Concejales en un segundo plano con facultades delegadas con carácter genérico o específico actuando bajo la supervisión del Alcalde o del Concejal Delegado. El carácter personalista aparece reforzado en el artículo 48 Reglamento cuando se establece que en los supuestos de sustitución del Alcalde, el Teniente de Alcalde que asuma sus funciones no podrá revocar las delegaciones que hubiera otorgado el titular.

El texto constitucional en su artículo 86.1 establece una escala o rango de las instituciones básicas del Estado, afirmando el Tribunal Constitucional en su sentencia 60/86 de 20 de mayo que el Gobierno y la Administración del Estado son instituciones básicas complementándose con una referencia a los derechos y libertades de los ciudadanos el régimen de las Comunidades Autónomas y al derecho electoral general sin que se contenga entre ellas la Administración local que tienen un régimen y una referencia específica en el Capítulo II del Título VIII dedicado por la constitución a la Organización Territorial del Estado».

En este sentido -prosigue el Tribunal Supremo- *«la jurisprudencia postconstitucional ha convivido sin hacer las necesarias correcciones con los conceptos funcionariales elaborados cuando el carácter electivo dependía de una serie de facultades o prerrogativas previamente reguladas por la ley pero no estaba sometida a la decisión de la voluntad popular. Así la sentencia de 13 de diciembre de 1985, en un supuesto de desacato, atribuye al Concejal por elección el carácter de funcionario público a efectos punitivos y además le considera como subordinado jerárquicamente al Alcalde desacatado y estima aplicable la agravación específica del último inciso del párrafo 3.º artículo 240 del Código Penal invocando en auxilio de sus tesis dos sentencias de 2 de abril de 1885 y 16 de diciembre de 1893. En una más reciente sentencia 21 de febrero de 1989 mantiene la tesis de que el Concejal del Ayuntamiento considerado aisladamente no es autoridad y confirma la sentencia que condenó a los procesados como autores de un delito de atentado a funcionario público, «carácter que le es atribuible a los Concejales por el artículo 119 del Código Penal a efectos penales». Se apoya en la cita de las sentencias antes mencionadas y en otra de 13-12-85. No obstante, salvo en el caso de actuaciones ilegítimas o notoriamente desproporcionadas, al Concejal le viene atribuida la condición de autoridad por su pertenencia al Pleno de la Corporación, cuya voluntad conforma con su voto o cuando actúa por Delegación especial referida a un determinado servicio (artículo 43.5 b) del Reglamento de Organización de las Corporaciones Locales -como sucede en el caso presente- en el que el hecho probado se afirma que el Concejal agredido era miembro de la Delegación de la Vivienda del Ayuntamiento y fue insultado y agredido en virtud de resoluciones adoptadas en cumplimiento específico de la misión que tenía encomendada, lo que le dota de la protección que su competencia jerárquica, legitimada democráticamente, le atribuye, que no es otra que la que corresponde a las autoridades».*

En relación a la figura del **Alcalde pedáneo**, el Tribunal Supremo establece (así sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 7 de diciembre de 1989. EDJ 1989/11000. Pte: Moyna Ménguez, José Hermenegildo) que *«el Alcalde pedáneo, ya fuese de designación gubernativa -en el régimen de la Ley de Bases del Régimen Local de 1955-, ya lo fuese por elección directa de los vecinos de la Entidad Menor a partir de la Ley 17 de julio de 1978 de Elecciones Locales, criterio que ratifica y mantiene la Ley de Bases de 2 abril 1985, ejerce dentro del ámbito de su competencia funciones propias, no delegadas, con mando y jurisdicción, de suerte que en su persona se dan cita los requisitos exigidos para la conceptualización de autoridad por el primer párrafo del artículo 119 del Código Penal».*

Con carácter autónomo se refiere Alto Tribunal a la figura del **Concejal** al matizar, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 21 de junio de 1989, que *«es evidente que un Concejal desde el momento en que es elegido para tal cargo se integra en la Corporación Municipal, tiene la potestad de mando y de gobierno que la ley atribuye a dicha Entidad local en los asuntos que son de específica competencia de la misma. Basta con consultar la Ley de Régimen Local para persuadirse de ello. Así, la Ley de Régimen Local, TR, de 24 de junio de 1955, vigente en la época en que ocurrieron los hechos, en su Título 3 que trata de la «Organización Municipal», Capítulo 1 y bajo el epígrafe «autoridades y Organismos Municipales», declara (artículo 58) que el gobierno y administración del Municipio estará a cargo del Alcalde y del Ayuntamiento, uno y otro con atribuciones propias, prosiguiendo, (artículo 73) que el Ayuntamiento estará compuesto por el Alcalde, que lo presidirá y por un número*

de Concejales proporcionado a la población residente en el término. Con cuyos términos administrativos se cumple claramente la exigencia jurídico-penal de que el Concejales, en cuanto miembro de una Corporación de Derecho Público, ejerce mando (gobierno) en el ámbito local de su competencia con atribuciones propias y no delegadas. A igual conclusión se llega consultando la vigente Ley de Régimen Local de 18-4-86, la que desarrolla la Ley de Bases del Régimen Local, cuyo artículo 19 declara que el Gobierno y la Administración Municipal, corresponden al Ayuntamiento integrado por el Alcalde y los Concejales, éstos elegidos por sufragio y que, a su vez, eligen al Alcalde. El artículo 22 declara que el Pleno se integra por todos los Concejales, presidido por el Alcalde, especificándose luego las atribuciones del Pleno (las más importantes), las del Alcalde y las de la Comisión de Gobierno existente en Municipios con población de derecho superior a 5.000 habitantes. Finalmente el artículo 73.2 dice que los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo; estatuto jurídico confirmado por el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF), de 28 de noviembre de 1986 (artículo 6.2 y artículo 11). Tal normativa viene confirmada por la jurisprudencia de esta Sala que, de antiguo, viene confiriendo a los Concejales el carácter de autoridad, principalmente, al ocuparse del delito de atentado -sentencias de 16 de diciembre de 1893, 28 de octubre de 1898, 2 de julio de 1909, 5 de junio de 1918 y la más reciente de 16 de octubre de 1969 según la cual los Tenientes de Alcalde como los Concejales, están integrados en la Corporación Municipal y, colectivamente, tienen mando y jurisdicción propia en los asuntos de la privativa competencia municipal, ya que los Ayuntamientos no son meros órganos deliberantes sino resolutorios y cuando se injuria a sus componentes- como si se atenta contra ellos, -no como simples individuos sino que, por su actuación en la Corporación a que pertenecen, tienen sin duda el carácter y condición de autoridad-. En suma, el párrafo 1º del artículo 119 reputa autoridad a quienes les esté concedido poder o funciones peculiares inherentes al cargo que desempeñan -sentencia de 23 de mayo de 1933».

2. Funcionario público:

a) Supuesto general de funcionario público y su importancia en este tipo delictivo:

Según la Real Academia de la Lengua Española se entiende por funcionario³⁹⁷:

“1. m. y f. Persona que desempeña un empleo público.

2. m. y f. Arg., Ec. y Ur. Empleado jerárquico, particularmente el estatal.”

Señala MIR PUIG, C.³⁹⁸, que existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia de que toda autoridad a efectos penales es funcionario público a tales efectos (VIADA, COBO, RODRIGUEZ DEVESA, DEL TORO) lo que es cierto sin ninguna duda, por lo que procede, en primer lugar examinar el concepto general de funcionario público.

³⁹⁷ (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=funcionario), ria. (De funcionar)

³⁹⁸ Precisa además, que toda autoridad es funcionario público, pero no todo funcionario público es autoridad.

Dicho precepto consta de dos elementos³⁹⁹: el título de incorporación (“*por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente*”) y el ejercicio de la función pública (“*participe en el ejercicio de funciones públicas*”) (SSTS 874/06, 18-9; 663/05, 23-5 F 16; 1544/04, 23-12, F 3; 866/03 16-6, F 2; 68/03, 27-1, F 2; 537/02, 5-4, F 19; 2361/01, 4-12, F 5; 307/01, 27-2, F3; 1952/00, 19-12, F8).

MIR PUIG, C.⁴⁰⁰, señala que si falta cualquiera de estos dos elementos (la participación en el ejercicio de funciones públicas o el título de habilitación o incorporación a tales funciones públicas) –ambos básicos e indispensables– no se es funcionario a efectos penales.

Este autor señala que en cuanto al elemento “*participación en el ejercicio de funciones públicas*” (requisito funcional o material) se ha sostenido que el ejercicio del cargo no constituye un concepto idéntico al participar en el ejercicio de funciones públicas (COBO⁴⁰¹, OCTAVIO DE TOLEDO⁴⁰²), lo que es negado por QUERALT para quien ejercer el cargo y participar en el ejercicio de funciones públicas es lo mismo a efectos penales⁴⁰³, al entender que el lenguaje del código al respecto es coloquial.

Sea lo que fuere, existen principalmente tres concepciones de “*función pública*”:

- a) La teleológica o finalista: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final (ZANOBINI). La función administrativa es la que persigue la satisfacción de necesidades materiales de interés general. Es la que tiende al bien común. La que tiene la finalidad de alcanzar el interés general o público mediante la prestación de determinados servicios (así la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, que la combina con la concepción estrictamente subjetiva: función pública es la función o actividad realizada por un ente público).
- b) La concepción objetiva o formal: Según esta concepción la función será pública o privada según el sector del ordenamiento jurídico que contemple el régimen de giro del ente público; es decir, si su giro, su actividad, esta sometido a Derecho público, serán públicas las funciones y si está sometido a Derecho privado, serán funciones privadas (QUERALT citando a GARCIA DE ENTERRIA⁴⁰⁴).

³⁹⁹ MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 114.

⁴⁰⁰ Vide MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*”, Op. cit., pág. 22. No considera correcta, pues, la opinión doctrinal y jurisprudencial que se contenta exclusivamente con solo “*la participación en el ejercicio de funciones públicas*”, para el concepto jurídico-penal de funcionario público.

⁴⁰¹ COBO DEL ROSAL, M.: “*Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español*” (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales, LRJ, 1962, pág. 247 y 255 y nota 99).

⁴⁰² OCTAVIO DE TOLEDO: “*La prevaricación del funcionario público*”, 1980, pág. 139, afirma que ejercer el cargo supone más que participar en el ejercicio de funciones públicas, porque la participación en tal ejercicio no implica el del cargo; en cambio, el ejercicio de tal cargo sí supone el ejercicio de la función.

⁴⁰³ QUERALT JIMENEZ, J.J., “*El concepto penal de funcionario público*”, op. cit., pág. 484.

⁴⁰⁴ GARCIA DE ENTERRIA Curso de Derecho Administrativo I, 1979, pág. 46 y ss.

- c) La concepción mixta: Combina las concepciones teleológicas-subjetiva y objetiva, exigiendo para la construcción del concepto de función pública tres criterios: el subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público), teleológico (función pública es aquella que persigue fines públicos) y objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al Derecho público). Así VIVES ANTON⁴⁰⁵, MORILLAS-PORTILLA, ORTS BERENGUER, E.⁴⁰⁶, GONZALEZ CUSSAC, J.L.⁴⁰⁷ y DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.⁴⁰⁸. Para esta concepción, sin embargo, el elemento teleológico sería el esencial, en el sentido de que su ausencia privaría en todo caso del carácter público a la función.

La doctrina penal ha establecido estos requisitos para delimitar la existencia de una función pública, sobre la base de una reiterada jurisprudencia, entre otras la STS de 20 de enero de 1978.

De este concepto «mixto» sobresale el último elemento, hasta el punto que según VIVES ANTÓN⁴⁰⁹, la inexistencia de la finalidad pública de la actividad puede impedir dotar de carácter público a la función y por ende al funcionario. Según este autor, este elemento cumple un último papel delimitador. Por otra parte, el llamado elemento objetivo, «... *no puede reconducirse al concepto de acto administrativo, sino que es, necesariamente más amplio, porque comprende tanto los actos de gobierno como los materiales...*».

No se exige, pues, la nota de incorporación a la función pública, propia del concepto administrativo de funcionario público, bastando la mera participación en la función pública, no exigiendo el Código Penal la nota de permanencia, ni tampoco la oposición o el concurso, ni figurar en plantilla (siempre que, además como veremos, dicha participación se conecte con unos de los tres títulos de habilitación establecidos en el artículo 24 CP). Con ello, además, se trata de evitar que el denominado fenómeno de la «*huida al Derecho privado*» de sectores enteros de la actividad estatal-constituyéndose para ello por ejemplo, sociedades mercantiles que prestan servicios públicos-, permita «*destutelar penalmente*» dichos sectores, todo para tratar de paliar las dificultades que en la actualidad surgen para calificar la actividad que desempeñan multitud de organismos periféricos de la Administración.

En cuanto a los **títulos de habilitación** (requisito formal consistente en la posesión de un título habilitante que permita el acceso a la condición funcional (art. 103 CE) en coherencia con lo exigido en este precepto constitucional, “*la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad*” y que a tenor del art. 24.2 C.P. taxativamente debe ser «*por disposición inmediata de ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente*») el Código Penal exige uno cualquiera de los tres siguientes:

⁴⁰⁵ En VIVES ANTÓN, T.S. “Detenciones ilegales”, en VIVES ANTÓN, T.S./GIMENO SENDRA, J.V., La detención, Barcelona 1977, pág. 51.

⁴⁰⁶ En el mismo sentido, ORTS BERENGUER, E., “Comentario al art. 24”, en VIVES ANTÓN, T.S.(coord.), Comentarios al Código penal de 1995, vol. I, 1996, pág. 274.

⁴⁰⁷ GONZALEZ CUSSAC, J.L., El delito de prevaricación... Op cit, pág. 100.

⁴⁰⁸ DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., “Autoridad...” Op. cit., pág. 711.

⁴⁰⁹ VIVES ANTÓN “Detenciones ilegales” Op. cit., pág. 52.

- a) Disposición inmediata de la Ley, es ésta la que habilita inmediatamente a una persona a participar en el ejercicio de funciones publicas.

Así por ejemplo, el art. 135 de la LO 5/1985, de 19 de junio establece: “*1. A los efectos de este Capítulo (delitos e infracciones electorales) son funcionarios públicos lo que tengan esta consideración según el Código penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes, Vocales, Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes*”. (Otro ejemplo es la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1877, art. 23).

RODRIGUEZ DEVESA y QUERALT, entienden que dicha Ley habilitante ha de ser en sentido estricto, Ley formal, o norma con fuerza de Ley (decretos-leyes, decretos-legislativos) estatal o autonómica, pero no disposiciones de rango inferior (en sentido contrario, a favor de esto último DEL TORO y un sector de la jurisprudencia).

Se ha dicho que “*toda disposición inmediata de la Ley que permite adscribir un sujeto al ejercicio de funciones públicas contiene bien un nombramiento, bien una elección*”⁴¹⁰, de modo que los tres títulos habilitantes en realidad vendrían a ser dos: la elección y el nombramiento por autoridad competente por disposición inmediata de la Ley.

Sin embargo, ello puede refutarse diciendo que el art. 24 CP –y antes el artículo 119 CPA- se refiere a tres títulos y no a dos, y que si bien la elección y el nombramiento por la autoridad competente también como origen una disposición legal que regula la elección o el nombramiento, dicha disposición legal no es “*inmediata*”⁴¹¹.

- b) Elección

En todos los Códigos anteriores al de 1944 –así CP de 1870, 1928, 1932- se hablaba de elección popular, si bien a partir de la Reforma de 1944 se suprimió el adjetivo popular, lo que se ha mantenido en el nuevo Código penal, pues, si bien en nuestro contexto democrático el sufragio es universal, sin embargo, ciertos funcionarios a efectos penales, normalmente autoridades, no son directamente elegidos por los ciudadanos (así el Alcalde es elegido por los Concejales). De este modo, cabe la elección secundaria o terciaria. En definitiva, se está contraponiendo, con claridad el acceso al cargo por nombramiento –o designación- al acceso al cargo por voluntad popular –elección-⁴¹².

- c) Nombramiento por autoridad competente

Se trata de actos de la autoridad competente (así Reales Decretos, Órdenes ministeriales, Acuerdos gubernativos, etc.) que tienen por origen mediato una Ley (así por ejemplo, el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial que nombra jueces sustitutos en una Comunidad Autónoma, tiene como origen la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985).

⁴¹⁰ DEL TORO, al comentar el artículo 119 CP 73, en “*Comentarios al Código penal*” (Córdoba-Rodriguez Mourullo-Casabó) Ed. Ariel, 1976, pág. 737.

⁴¹¹ OLAIZOLA FUENTE, Inés: “*Concepto de funcionario público a efectos penales*”, en *Delitos contra la Administración pública*. IVAP 1997, (edición al cuidado de Adela de Asúa).

⁴¹² QUERALT JIMENEZ, J.J., “*El concepto penal de funcionario público*”, op. cit., pág. 488.

En opinión de MIR PUIG, C., dicha disposición legal mediata, ha de tener el carácter de Ley en sentido estricto o con fuerza de Ley, que tras la entrada en vigor de la Constitución habrá de tener probablemente el carácter de orgánica (art. 81.1 CE).

En consecuencia, siguiendo a QUERALT, no será funcionario público a efectos penales quien sea nombrado por autoridad competente sólo en base a una disposición reglamentaria.

Con la enumeración de estos títulos (realizada en términos idénticos a como se hiciera en el apartado 3º del art. 119 ACP, de ahí que, a juicio de GORRIZ ROYO, E.⁴¹³, sea posible trasladar muchas de las consideraciones atinentes al precepto derogado, al vigente art. 24 C.P.⁴¹⁴), se hace referencia a las tres vías para adquirir la posición jurídica del sujeto y delimitar su concepto⁴¹⁵. Se atiende así, al «*status*» del funcionario y si bien todas las formas de incorporación enumeradas en este precepto, pueden reconducirse a la inmediata disposición de la Ley⁴¹⁶, por cuanto es ésta la que regula la elección o el nombramiento, la diferencia entre ellas estriba en que la incorporación por estos últimos títulos no deriva directamente de la Ley. De ahí que -atendiendo al principio de vigencia-⁴¹⁷, debería optarse por dar sentido a cada título de incorporación, para lo cual resulta preferible interpretar la «*ley*» en sentido restrictivo y descartar el sentido amplio comprensivo de normas de inferior rango. De modo que la cuestión acerca de considerar funcionarios a los incorporados por decreto u orden ministerial podría resolverse en sentido afirmativo, reconduciendo esta forma de incorporación al nombramiento de la autoridad competente⁴¹⁸.

⁴¹³ Vide GORRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación...*” Op. cit., pág. 92.

⁴¹⁴ En el mismo sentido se pronuncia la 11. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha 28 de enero de 2010, Roj: SAP GC 170/2010, Nº de Recurso: 114/2006, Nº de Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES, FJ “*TERCERO.- Dicho esto, y comenzando por la auturía, no se ha de perder de vista que los responsables de la prevaricación han de tener la cualidad de funcionario público o autoridad, y para ello se ha de tener presente, atendiendo a la fecha de los hechos y normativa aplicable, lo dispuesto en el art. 119 del C. Penal de 1973, donde se determina que a los efectos penales se considera funcionario público a todo aquel que, por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente, participa en el ejercicio de las funciones públicas. Este concepto extensivo, el cual no tiene porque coincidir con el determinado por el derecho administrativo, ha sido delimitado por el TS para el orden penal, atendiendo a la naturaleza de la función y la oficialidad del organismo, o a la concurrencia de un doble elemento: el subjetivo o personal, (se requiere disposición inmediata de la ley o elección o nombramiento de la autoridad competente); y el objetivo o de actividad, (participación en el ejercicio de funciones públicas). Sin duda estas notas concurren en los tres acusados, quienes ostentaban en el momento de la comisión de los hechos la condición de tenientes de alcalde, (concejales), de la entidad local, Ayuntamiento de Firgas, para la que actuaban en virtud de las facultades conferidas y atribuidas y en cuyo ámbito desarrollaban la función pública que se le había encomendado.*”

⁴¹⁵ GORRIZ ROYO, E. Vide “*Los delitos de prevaricación...*”, pág. 93, en atención a la jurisprudencia, se apoyaba no sólo en el dato formal de obtención de un título, sino que también se exigía tácitamente que participa en el ejercicio de las funciones públicas (en sentido próximo, RUEDA MARTÍN, M^a A. “*Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública*”, Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED), nº 8, 2ª Época, julio, 2001, págs. 127 a 165. Pág. 148.

⁴¹⁶ Y ello porque según MUÑOZ CONDE, F. , «...la elección y el nombramiento tienen que basarse en la ley que las determine.» MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª Ed., Valencia, 2002, pág. 930

⁴¹⁷ Que según VIVES ANTÓN, obliga a dotar de sentido, en la medida de lo posible a todas las cláusulas contenidas en la Ley penal VIVES ANTÓN “*Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*” Revista de Estudios Penales y Criminológicos, nº V, 1981, pág. 139.

⁴¹⁸ Apuntando esta posibilidad está DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., en “*Autoridad y funcionario...*” Op. cit., pág. 711, y también OLAIZOLA FUENTES, I., “*Concepto de funcionario...*” Op. cit., pág. 80.

Por lo general, quien ejerce materialmente funciones públicas será una autoridad o funcionario público en sentido formal. En algunas ocasiones, sin embargo, el concepto material de funcionario público no coincidirá con su concepto formal, por que el sujeto asumirá las referidas funciones únicamente de facto.

Ello ocurre en algunos supuestos del Código Penal, que incorpora a la regulación de los delitos de funcionario otros preceptos que castigan de modo específico conductas realizadas por sujetos que desarrollan una función pública a pesar de no ostentar formalmente el estatus de funcionario público, o por sujetos completamente desvinculados, tanto formal como materialmente, de la función pública. No solo aquellos sujetos que ostentan la condición de autoridad o funcionario público pueden ocupar la posición de sujeto activo en un delito contra la función pública. También algunos particulares que ejercen ciertas funciones públicas considerados por la ley autores de ciertos delitos de funcionario. Para devenir sujeto activo de estos delitos, no será necesario ser un funcionario público en sentido formal. Bastará con serlo en un sentido material. Esto es, con estar “*encargado de cumplir funciones propias de la administración pública en una autoridad o en otra instancia, o por mandato de ella, con independencia de la forma de organización elegida para el cumplimiento de la función*” (11.2 c StGB) (SSTS 866/03, 16-6, F 2; 537/02, 5-4, F 19; 2361/01, 4-12, F 5; 1952/00, 19-12, F 8).⁴¹⁹

Pese a la exigencia relativa al título de incorporación, el precepto también resulta aplicable a los supuestos de funcionario o empleado público sustituto, suplente o interino, siempre que haya accedido al puesto desde el que participa activamente en el ejercicio de la función pública por disposición inmediata de la ley o por elección directa o indirecta o por nombramiento, comisión de autoridad competente o vinculación contractual. El concepto previsto en el art. 24 no requiere, por tanto, que la autoridad, funcionario público o empleado público sea de carrera o de plantilla, ni tampoco la existencia de una determinada permanencia o estabilidad. En aplicación de este criterio, la jurisprudencia considera aplicable el precepto a depositarios judiciales, soldados carteros accidentales, empleados de concesionarios de servicios públicos o gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración pública, decanos de colegios profesionales (STS 310/02, 9-7) o trabajadores contratados en Administración de Lotería del Estado (STS 1544/04, 23-12).

Pero al tratarse de un concepto funcional la cualidad de funcionario público a efectos jurídico-penales no acompaña forzosamente al sujeto como si de un estatuto personal se tratara. Así, quien es funcionario público por ejercer funciones públicas, no lo es si interviene en cuestiones particulares⁴²⁰.

Con respeto al *concepto de funcionario*, cabe deducir de una comparación entre la noción penal de funcionario público y la administrativa que el concepto contenido en el artículo 24.2 C.P. tiene significado más extenso o amplio que el vigente en la legislación administrativa. (GORRIZ ROYO, E.⁴²¹⁴²²). En el mismo sentido, MIR

⁴¹⁹ MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 114.

⁴²⁰ Vide MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*” Op. cit., citando a DEL TORO, p. 727 y STS 12 de mayo de 1992.

⁴²¹ Vide GORRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación...*” Op. cit., pág. 91.

PUIG, C.⁴²³, señala que como puede observarse el concepto de funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el administrativo (STS 11.10.88) comprendiendo no sólo los funcionarios profesionales y permanentes, sino también los funcionarios políticos o electivos (STS 7.2.90).

De modo que *todo funcionario en sentido administrativo lo es en sentido penal, pero no a la inversa*⁴²⁴.

En efecto, el concepto administrativo de funcionario se deduce de la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (Decreto 315/1964, de 7 de febrero). Así en su artículo 1º se define a los funcionarios de la Administración pública como «...*las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo.*» El ámbito de aplicación de dicha ley se extiende únicamente a los funcionarios de carrera o de empleo (art. 3.1), estando los de carrera integrados en Cuerpos generales y Cuerpos especiales (art. 3.2) mientras que los de empleo pueden ser eventuales o interinos (art. 3.3).

Por **funcionarios de carrera** se entiende «...*los que, en virtud de nombramiento legal desempeñen servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones del personal de los Presupuestos Generales del Estado.*» (art. 4).

Funcionarios interinos son los que, «... *por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera*» (art. 5.2).

Por último interesa destacar que **no se consideran funcionarios** a los efectos de esta ley, a los trabajadores al servicio de la Administración civil, esto es, a “...*los contratados por ésta con dicho carácter de acuerdo con la legislación laboral, que será plenamente aplicable...*”. De manera que «*en todo caso, la admisión de trabajadores al servicio de la Administración civil, deberá estar autorizada reglamentariamente*» (art. 7).

Dado que en la realización de la actividad del art. 320 CP puede que tengan que confluir varias Administraciones (por ejemplo, municipal o autonómica o varias

⁴²² Como ya puso de manifiesto en relación con el concepto de funcionario del art. 119 ACP, COBO DEL ROSAL, M. en “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal español”, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, nº 212, 1962, págs. 239 a 241, y entre otras, la STS 13 de marzo de 1992 nº 575/1992 (F.D. 2º). Y con respecto al concepto del art. 24.2 C.P., VALEIJE ÁLVAREZ, I., y la STS 22 de enero de 2003 nº 37/2003 (F.D. 4º), se señala que concepto de funcionario público, a efectos penales, es más amplio que el que se deriva del derecho administrativo ya que en el citado precepto «... *se establece que se «considerarán» funcionario público y no se dice quiénes son efectivamente funcionarios públicos.*»

⁴²³ Vide MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*”, Op. cit., pág. 22.

⁴²⁴ Es decir no todo funcionario en sentido penal merece tal consideración en el ámbito administrativo como acertadamente destacó, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M. “Enciclopedia jurídica básica”, vol. I., voz “*Autoridad y funcionario a efectos penales*”, Madrid, 1995, pág. 710.

municipales), serán autores todos los funcionarios intervinientes. (SANTANA VEGA, M^a. D.⁴²⁵).

b) Casos especiales:

• **Empresas:**

Debido a que en el ámbito del urbanismo, operan con frecuencia empresas tanto públicas como privadas prestando diferentes servicios, se plantea la trascendental cuestión de determinar si éstas -o incluso sus respectivos empleados-, ejercen funciones públicas. Y por ende si pueden considerarse funcionarios públicos a efectos penales, cuando tengan atribuidas funciones de asesoramiento técnico e informe y su actuación condicione el otorgamiento de licencias.

I.- En esta cuestión interesa⁴²⁶ establecer brevemente algunas distinciones preliminares para fundamentar posteriormente las soluciones concretas en relación con los delitos del art. 320 C.P. De entrada, no cabe duda que son función pública tanto las actividades desarrolladas por los llamados organismos públicos de mano pública, como las ejecutadas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración pública, pero pueden plantearse problemas en casos de funciones desarrolladas por organismos privados de mano pública⁴²⁷.

Y ello debido a la variedad de clases y formas que pueden adoptar dichos organismos, de manera que en principio parece lógico restringir la consideración de funciones públicas a la actividad desarrollada por la Administración, ya sea estatal autonómica o local para la prestación o tutela del conjunto de intereses que asume hacerse cargo ya sea directamente o a través de actos de delegación (VALEIJE ÁLVAREZ, I.⁴²⁸ y MUÑOZ CONDE, F.⁴²⁹).

Quizás los **casos de delegación de funciones** -por cualquier método de gestión (concesión, contratación...)-, son los que pueden resultar más problemáticos, en concreto en dos supuestos diversos: cuando dichas delegaciones recaen, en organismos autónomos sometidos a un régimen de Derecho público y cuando recaen en entidades de

⁴²⁵ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 724.

⁴²⁶ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 95.

⁴²⁷ Utiliza dicha clasificación, VALEIJE ÁLVAREZ, I., quien en la primera categoría (**organismos públicos de mano pública**) engloba a “...toda la actividad desarrollada por la Administración de corte tradicional”, en la segunda (**ejecutadas por particulares en virtud de un acto de delegación de la Administración pública**) incluye a “*ciertas actividades que gozan de una especial eficacia reconocida por el Derecho o que se ejercitan haciendo uso de potestades que, en principio, sólo corresponden a la Administración...*” (v.gr. dar fe con presunción de verdad, ejercer la autoridad, imponer sanciones, ejercer la potestad arbitral, etc...). Y en la tercera categoría (**organismos privados de mano pública**) integra las “... *Entidades de Derecho Público que por la ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado...*” (v.gr. RENFE, RTVE, Fabrica Nacional de Moneda y Timbre, etc...). No se duda en admitir que estas últimas ejercen funciones públicas, en la medida en que son fundadas con el asentimiento del legislador y son patrimonios públicos adscritos a fines públicos. (“Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública.” C.P.C. nº 62, 1997, págs. 471 y 472).

⁴²⁸ Vide VALEIJE ÁLVAREZ, I., “El tratamiento penal de la corrupción” Op. cit., pág. 492.

⁴²⁹ MUÑOZ CONDE, F., en “Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal” *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, diciembre de 1997, pág. 482.

Derecho público en régimen de Derecho privado, es decir, en empresas públicas. Tras haber examinado la jurisprudencia creemos que habrá que estar a la casuística para determinar en cada caso concreto si en el momento de cometer la infracción estaba desempeñando una función pública.

II.- Por lo que respecta a la posibilidad de contemplar a los empleados de Entidades privadas como funcionarios públicos, VERCHER NOGUERA, A.⁴³⁰ se plantea si cabría considerar como funcionarios públicos a los empleados de entidades privadas que desempeñan un servicio público en base a una **concesión administrativa**. Este autor, entiende que es evidente que existe en la actualidad una tendencia por parte de la Administración a efectuar concesiones de servicios públicos a entidades privadas. Ello es hasta cierto punto lógico, considerando sobre todo la creciente complejidad del quehacer administrativo. A su parecer tal posibilidad sería viable.

Según GORRIZ ROYO, E., puede admitirse que ejercerán funciones públicas, los organismos que aun adoptando estructuras privadas -por ejemplo una sociedad mercantil-, se nutran de los presupuestos públicos y tengan como objeto social la prestación de un servicio público asignado a la Administración. Es decir, en ambos casos cabe admitir que cumplen con funciones públicas⁴³¹.

Ahora bien, señala GORRIZ ROYO, E.⁴³² que parece lógico negar que realizarán una función pública las sociedades mercantiles que desempeñen actividades privadas o comerciales, aunque se financien con fondos públicos, por ausencia del citado elemento teleológico de la finalidad pública de la actividad desarrollada.

En definitiva, para este sector doctrinal más allá del concreto método de gestión, el dato fundamental para establecer si se ejerce una función pública es si determinada actividad material o jurídica le es imputable directa o indirectamente a la Administración, por cuanto aquella ostenta su titularidad.

III.- Pero, a mayor abundamiento, VERCHER NOGUERA, A.⁴³³ señala que tampoco se imputa a la Administración responsabilidad patrimonial por la actividad dañosa causada por los concesionarios o contratistas administrativos, salvo que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario de ineludible cumplimiento (artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa y 72.3 de la Ley de Contratos del Estado). Ello es debido, en opinión de este autor, a que no se considera a los concesionarios o contratistas como integrados de manera propia en el contexto de la organización administrativa.

⁴³⁰ Vide VERCHER NOGUERA, A.: «LA DELINCUENCIA URBANISTICA...» Op. Cit., pág. 158.

⁴³¹ En sentido próximo a la conclusión propuesta, GORRIZ ROYO, E. considera que se manifiestan VALEIJE ÁLVAREZ, I., en “Reflexiones...” Op. cit., pág. 492. Y también REBOLLO VARGAS, R. , para quien «...a pesar de la pretendida separación entre dos tipos de entes públicos económicos, ambos responden a la misma naturaleza jurídica: están constituidas por patrimonios públicos adscritos a un fin público que consiste, en general, en un servicio público económico.» De ahí que entienda, que «...cuando se persigan fines públicos con una función social indudable y cuando su vínculo con el ente se haga por Ley o por nombramiento de Autoridad competente, el personal que presta sus servicios en ellos debería disponer de la condición de funcionario público a efectos penales,... » en *La Revelación de Secretos...* Op., cit., pág. 119.

⁴³² Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 97.

⁴³³ Vide VERCHER NOGUERA, A.: «LA DELINCUENCIA URBANISTICA...» Op. Cit., pág. 158.

Todo ello sin perjuicio de que cuando se cometa un hecho de naturaleza delictiva por el concesionario, la Administración deberá atender a la responsabilidad civil subsidiaria por los daños causados a consecuencia de tales hechos.

Así se interpretaba anteriormente, aunque no venía expresamente previsto, en base al artículo 22 del antiguo Código Penal, en relación con los artículos 114 y 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, artículos 62 y 65 de la Ley de Contratos del Estado y el artículo 52 de su Reglamento de 25 de noviembre de 1975. El fundamento era perfectamente lógico: aunque la gestión del servicio se había encomendado a particulares, la gestión conservaba su naturaleza pública y la Administración concedente mantenía también poderes de vigilancia, policía y control sobre la actuación del concesionario.

En la jurisprudencia la cuestión se ha planteado en términos similares, pues si bien se ha admitido sin demasiadas dificultades la consideración de funcionarios públicos a todo el personal de las empresas que funcionan sometidas a un régimen de Derecho público⁴³⁴. El problema se plantea principalmente respecto de las empresas reguladas por el Derecho privado⁴³⁵.

Actualmente, el artículo 121 del Código Penal establece, resolviendo definitivamente el problema, que: «*El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma...*». Pero a ello entiende VERCHER NOGUERA, A.⁴³⁶ que esta referencia a los «contratados» no implica en modo alguno, sin embargo, que los mismos queden por ello incorporados a las funciones públicas.

- **Personal laboral del sector público:**

Una vez demostrada la participación en la función pública en casos problemáticos de empresas privadas⁴³⁷, al igual que en el resto de casos, dicho requisito debe converger con la exigencia formal (art. 24.2 C.P.) de que dichas empresas o sus empleados, ostenten un título que les habilite para el ejercicio de esa función pública. En estos supuestos, podría interpretarse que la «*disposición inmediata de la ley*» es el título habilitante «... *si la Ley de creación del ente público es la que dispone las relaciones entre éste y los empleados*». En consecuencia, también el personal laboral del

⁴³⁴ Vide GORRIZ ROYO, E., «*Los delitos de prevaricación...*» Op. cit., pág. 96.

⁴³⁵ Por ejemplo, en la STS de 13 de marzo de 1992, RA 2087, el alto tribunal analiza la condición de empleados de Tabacalera con vinculación a ella por contrato mercantil, llegando a la conclusión de que «... *en cuanto al nombramiento, está fuera de toda duda que ninguno de los acusados fue nombrado por ninguna autoridad, ni por elecciones públicas ni por disposición inmediata de una ley. En cuanto a la función habría que indagarla del organismo o entidad pública, o del carácter público de los efectos manejados...* ». Esta sentencia concluyó que no tenía la condición de funcionario un empleado de Tabacalera, rechazando que el personal de una empresa pública pueda arrogarse, por el simple hecho de serlo, la condición de funcionario público.

⁴³⁶ Vide VERCHER NOGUERA, A.: «*LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA...*» Op. Cit., pág. 158.

⁴³⁷ Vide GORRIZ ROYO, E., «*Los delitos de prevaricación...*» Op. cit., pág. 98.

sector público podría considerarse funcionario a efectos penales⁴³⁸, como por otra parte ya venía reconociendo una línea jurisprudencial destacando en este punto una capital diferencia con el concepto administrativo de funcionario⁴³⁹.

- **Otros títulos de incorporación; expertos, asesores independientes, técnicos privados o contratados:**

Lo anterior no excluye la posibilidad de apelar a otros títulos de incorporación, en casos de particulares que prestan sus servicios a una entidad pública, en concreto al nombramiento de la autoridad competente como se realiza por ejemplo en la STS de 22 de enero de 2003.⁴⁴⁰

Cada vez con más frecuencia la Administración recurre a asesores o despachos de especialistas interesando informes, proyectos y documentos similares, los cuales pueden tener a su vez un efecto decisivo en el resultado delictivo final. VERCHER NOGUERA, A.⁴⁴¹ entiende que es evidente que en el presente caso no se pudo hacer una interpretación extensiva incorporando estos supuestos a los sujetos activos que vienen expresamente referidos en el artículo 320 CP. Ahora bien, señala que no sería en modo alguno descartable que se pudiera proceder contra los mismos en base al artículo 28 b) del Código Penal, considerándolos autores por cooperación necesaria, cuestión esta que se examinará al abordar la participación.

Con respecto a la posibilidad de considerar funcionarios públicos a las empresas o a los empleados de éstas a los que se les encarga la emisión de informes que condicionen el otorgamiento de licencias, según GORRIZ ROYO, E.⁴⁴², no pueden obviarse las dificultades que implica imputarles responsabilidad penal, así como a los

⁴³⁸ En este sentido próximo considera MUÑOZ CONDE, F., con respecto al delito del art. 404 C.P. que «...no hay inconveniente en considerar que a efectos penales también es funcionario público (o autoridad) quien participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la Administración; y el personal contratado, laboral, etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública... » Derecho Penal. Parte Especial. 14ª Ed... Op. cit., pág. 931.

⁴³⁹ En concreto en la STS de 12 de junio de 1990 (RJ 5276), se estima que a efectos penales son siempre funcionarios públicos, los empleados de los entes públicos, de manera que se ratifica la condición de funcionario público de un empleado, cuyo nombramiento por el Instituto Nacional de Empleo respondía a un contrato laboral. Y ello porque «...el Derecho Penal opera con un concepto propio y a este respecto (...) hubo nombramiento de la Autoridad competente y ejercicio de unas funciones públicas en relación con las prestaciones por desempleo gestionadas por el Instituto Nacional de Empleo.» (F.D. 1º). Pero en otros casos, las resoluciones son contradictorias. Así, se consideran a efectos penales a concretos empleados, como a los del Registro de la Propiedad y de las Notarías (STS de 15 de febrero de 1990, F.D. 2º a), RJ 1934). No obstante, se excluye de la noción de funcionarios públicos, a los empleados de una Cámara agraria (STS 23 de febrero de 1990, Sala Penal, F.D. 1º a), RJ 2096).

⁴⁴⁰ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 99. En esta resolución, se considera funcionario público al Gerente de personal de un Ayuntamiento. Y por ende, se desestima el motivo cuarto del recurso según el cual se alegaba que el puesto “...como Gerente de personal, no le confería la condición de funcionario a efectos penales, pues si bien prestaba sus servicios a una entidad pública no todos los actos que realizaba eran propios de un funcionario.” El TS rechazó el citado motivo sobre la base de que «...el recurrente, como Gerente de personal del Ayuntamiento de (...), participaba en el ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente...» (F.D. 4º).

⁴⁴¹ VERCHER NOGUERA, A.: “LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA...” Op. Cit., pág. 159.

⁴⁴² Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 101.

directivos y empleados de las mismas⁴⁴³. Sin embargo, de admitirse la posibilidad de que dichas empresas privadas ejerciten funciones públicas y de interpretar que su incorporación se realiza por “*disposición de ley*” o incluso por nombramiento de autoridad competente, cabría considerar a los directivos de la misma como funcionarios públicos y por ende, habría que acudir al art. 31 C.P. para imputar el delito del art. 320.1 C.P. a los administradores de hecho o de derecho de dichas empresas colaboradoras⁴⁴⁴.

Pues bien, a pesar de la exposición de las anteriores pautas dirigidas a verificar el aspecto formal y funcional del concepto de funcionario, para advertir si efectivamente convergen a la postre será necesario atender a cada concreto tipo delictivo.

De esta opinión, MUÑOZ CONDE, F.⁴⁴⁵ quien, para extraer el aspecto funcional, apela además a «...*la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto; y luego en algún tipo delictivo en particular, habrá que ver también las razones por las que se equiparan a ellos determinados particulares a los efectos de determinar el círculo de los posibles sujetos activos del delito en cuestión*».⁴⁴⁶

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 28 de Marzo del 2006 (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, señalando en su Fundamento Jurídico vigésimo séptimo, último párrafo, que: “*funcionario público del recurrente a efectos del art. 320.1 CP., no siendo ocioso recordar que el art. 24 CP da un concepto de funcionario público más amplio que el que utiliza el derecho administrativo a través del art. 130.2 del Texto refundido del Régimen Local de 18.4.86, al no requerirse la nota de incorporación ni la de permanencia a través de su incorporación a las plantillas de funcionario, y así la jurisprudencia ha tenido que aclarar que el Código Penal da "un concepto de funcionario publico propio y privativo de este cuerpo jurídico, y que no se trata pues, de una norma en blanco que pueda remitir la definición a otras disposiciones del Derecho Administrativo o Laboral, con las que puede no concordar(STS. 11.10.93)"*”.

Y la Sentencia del Tribunal Supremo 3276/2005, nº de Recurso: 2428/2003, nº de Resolución: 663/2005, de fecha 23 de mayo de 2005, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, en su Fundamento Jurídico Decimosexto, añade:

“Así pues, "la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender de su vinculación o calificación administrativa, ni de las

⁴⁴³ Según TERRADILLOS BASOCO, no pueden ser considerados funcionarios públicos los directivos de personas jurídicas participadas con capital público que actúan en ciertas áreas en situación de monopolio en virtud de concesiones administrativas. Y por ello, <<...no pueden ser incluidos entre los sujetos activos de los artículos 320, 322 y 329, en la medida en que éstos describen conductas que no pueden ser realizadas por esos directivos>>, en “Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente” *Estudios Penales y Criminológicos*, nº XX, 1997, págs. 320 y 321.

⁴⁴⁴ En este sentido, pero con relación al delito del art. 329 CP, SILVA SANCHEZ. J.M., *Delitos contra el Medio Ambiente*, Valencia, 1999, pág. 155.

⁴⁴⁵ Vide MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. 14ª Ed... Op. cit., pág. 932.

⁴⁴⁶ También en la citada STS de 9 de febrero de 1976 (RA 371, Csdos. 27 y 28) se advierte que «*toca a la Sala en cada caso determinar, si por el origen del nombramiento y por la participación en funciones públicas un funcionario (presunto) está incluido o no a efectos penales.*»

definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública sino que ha de atenderse al art. 119 del Código Penal, que sólo hace depender tal cualidad del hecho concreto y real que una persona se halle participando más o menos permanente o temporalmente habiendo sido designada para ello en el ejercicio de funciones públicas". (STS. 8.5.92). Y así han de incluirse "los llamados funcionarios de hecho que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas" (STS. 30.9.92), así como internos, sustitutos, pues "los funcionarios de empleo, en contraposición de los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el propio Estatuto de los funcionarios de propiedad (SSTS. 20.5.93 y 9.10.91)".

En idéntico sentido, encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Penal sección 2 del 06 de Octubre del 2011 (ROJ: SAP IB 1972/2011) Recurso: 117/2010 | Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO, al señalar:

"c) Los hechos son constitutivos también de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del CP al haberse concedido la licencia con informe favorable del jurista - que aunque contratado desde el punto de vista funcional ha de ser equiparado a funcionario de carrera ex artículo 24.2 del CP -, el cual era abierta y patentemente arbitrario, discrecional y contrario a la legalidad urbanística, ya que con los datos obrantes en el expediente tendrían que haber abocado a la denegación de la licencia y consecuentemente dictado a sabiendas de que era injusto y que con su emisión se lesionaba la protección y limitaciones que la Ley establece para la construcción en suelo rústico calificado como ARIP."

También resulta interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (absolutoria y condenatoria con conformidad) Sección 1ª, de fecha 26 de Junio de 2012, ROJ: SAP IB 1472/2012, Nº de Recurso: 27/2011, Ponente: ROCIO NOBELDA MARTIN HERNANDEZ, en cuyos Hechos Probados recoge:

*"... el acusado Francisco en tanto que **celador municipal de obras del Ayuntamiento de Andratx en el momento de hechos (...)***

El acusado Francisco pese a su cargo y a sus obligaciones legales no solamente no realizó acto alguno tendente a impedir la edificación de la vivienda ilegal o su legalización si no que, omitiendo su obligación legal de perseguir obras ilegales y delictivas, llevó a cabo cuantos actos eran necesarios para posibilitar que los promotores realizaran y legalizaran su edificación ilegal.

La Ley de Disciplina Urbanística de 23-10-1990 (artículos 20 a 24) le exigía que como agente de la autoridad su función inspectora consistía en comprobar que la edificación y uso del suelo se ajusten al ordenamiento urbanístico y para ello: Constatar y denunciar todas las anomalías que observe y vigilar y controlar la actuación de todos los implicados en el proceso constructivo y de utilización del suelo. Pese a esta obligación legal y conocer que la construcción de una vivienda unifamiliar de nueva planta en terreno protegido estaba fuera de toda normativa, el acusado Francisco permitió que dicha construcción se ejecutara y, además, realizó los actos que se han relatado de emisión de informes inveraces para posibilitar la legalización."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 13 de diciembre de 2010, Roj: SAP CC 917/2010, Nº de Recurso: 646/2010, Nº de Resolución: 385/2010, Ponente: VALENTIN PEREZ APARICIO, recoge en su FJ 3º: “*en el concepto regulado en el artículo 24.2 del Código Penal tiene cabida el arquitecto técnico municipal*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 28 de julio de 2011, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA, recoge en el Antecedentes Tercero: “*el acusado Luis Enrique, en su condición de **Arquitecto Superior al Servicio del Ayuntamiento de Granada en virtud de contrato de consultoría y asistencia para la emisión de informes urbanísticos y atención al público, abarcando entre sus funciones la emisión de informes sobre modificaciones puntuales de las Normas Subsidiarias de Planeamientos, Planes Parciales y sobre otras figuras de planeamiento de desarrollo**, emitió el día 13 de enero de 2005 el correspondiente informe en el que tras analizar algunas determinaciones del PP-B concluye que se ajusta al planeamiento y legislación vigente para empezar su tramitación.(...)*

*el 19 de julio de 2005 elabora la acusada Felicísima en su condición de **Oficial Letrada de la Diputación Provincial de Granada, adscrita a dicho servicio de asistencia**, un informe jurídico que es remitido al Ayuntamiento por la Diputada Delegada del Servicio de Asistencia a Municipios. (...)*

*Por encargo de Leovigildo, el acusado Romeo, en su condición de **Letrado ejerciente del despacho XXX Abogados Asociados S.L.**, suscribió el día 5 de julio de 2005 un informe jurídico sobre el PP-B de las NNSS de Armilla que el Concejal de Urbanismo llevó en mano al Ayuntamiento para ser incorporado al expediente administrativo el 19 de julio siguiente.(...)*

*En escrito que suscribe el 19 de julio de 2005 el acusado Germán, en su **condición de Concejal Delegado del Area de Urbanismo**, expone los antecedentes del PP-B (...)*

El 1 de agosto de 2005 el Alcalde de Armilla remite una certificación del acta del Pleno que aprobó definitivamente el Plan Parcial PP-B a la Delegación de Gobierno de la Junta de Andalucía, organismo que el 19 de agosto siguiente solicitó la remisión de informe de letrado funcionario, informe del Arquitecto Municipal funcionario y copia del informe emitido por la Delegación Provincial de Obras Públicas y Transportes, contestando el Alcalde del Ayuntamiento que no existe en el expediente informe del Letrado funcionario de la Corporación, siendo reiterado el requerimiento de remisión de documentación en oficio de 16 de septiembre que fue contestado por el Alcalde de Armilla adjuntado el informe del arquitecto de 13 de enero de 2005, el informe del Servicio de Asistencia a Municipios de 19 de julio de 2005, el informe de Leovigildo de 3 de junio de 2005, el informe del Delegado Provincial de Obras Públicas de 25 de mayo de 2005 y el informe jurídico de XXX Abogados de 5 de julio de 2005. Seguidamente, el 26 de octubre de 2005, se emitió por la Sección de Régimen Jurídico del Servicio de Administración Local de la Delegación de Gobierno un informe jurídico donde se indicaba la ausencia de informes técnicos suscritos por

*funcionarios de carrera al servicio del Ayuntamiento de Armilla ya que el Arquitecto Luis Enrique no es personal funcionario del Ayuntamiento de Armilla sino contratado, considerando respecto del emitido por el Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial que no está justificado las razones de su petición y no parece darse el supuesto del art. 36.1 b) LBRL y arts. 6 y 11 de la Ley 11/1987, de 26 de diciembre, de Diputaciones Provinciales de Andalucía, puesto que no se da falta de recursos o insuficiente capacidad de gestión por parte del Ayuntamiento de Armilla, que los informes remitidos no entran en cuestiones formales o de tramitación de la figura de planeamiento elegida y se centran en contestar al informe elaborado por la Delegación de Obras Públicas y Transportes, que no aparece informe jurídico suscrito por personal funcionario del Ayuntamiento y según el art. 172.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986 en los expedientes ha de informar el Jefe de la Dependencia a la que corresponde tramitarlas y que si conforme a lo dispuesto en los artículos 172 y 193.2 LOUA y art. 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística es preceptivos informes técnico y jurídico para la emisión de licencias urbanísticas e instrumentos de gestión sobre la adecuación del acto pretendido a las previsiones de la legislación y ordenación urbanística, con más razón en la tramitación del planeamiento deben existir los oportunos informes como se deduce de los arts. 125.2 y 130 del Reglamento de Planeamiento de aplicación supletoria, derivando la falta de informes de funcionarios en la **no validez** a efectos legales de los informes emitidos por personal ajeno al Ayuntamiento o no sujetos al estatuto funcional ya que los preceptos son **los emitidos por funcionarios de carrera** y advierte que si bien de los informes no queda claro que las modificaciones del Plan Parcial a las determinaciones del PGOU son de ordenación pormenorizada potestativa o estructural, si fueran alteraciones estructurales recogidas en el art. 101 LOUA han de tramitarse como innovación y no como modificación lo que conllevaría nulidad radical de la tramitación efectuada por prescindirse absolutamente del procedimiento legalmente establecido y aprobado por órgano manifiestamente incompetente, aconsejando por ello que los servicios técnicos de la Delegación de Obras Públicas se pronuncie sobre esta cuestión y requerir para que el Ayuntamiento remita la documentación completa de la aprobación definitiva.”*

3. Autoridad:

Según la Real Academia Española de la Lengua, se entiende por autoridad⁴⁴⁷, del latín auctoritas, -ātis:

- “1. f. Poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho.*
- 2. f. Potestad, facultad, legitimidad.*
- 3. f. Prestigio y crédito que se reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y competencia en alguna materia.*
- 4. f. Persona que ejerce o posee cualquier clase de autoridad.*
- 5. f. Solemnidad, aparato.*

⁴⁴⁷ (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=autoridad)

6. f. *Texto, expresión o conjunto de expresiones de un libro o escrito, que se citan o alegan en apoyo de lo que se dice.*”

En referencia al ámbito del Derecho Penal el art. 24 del CP en su apartado 1º define la autoridad a efectos penales⁴⁴⁸. Señalando:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.”

Se refiere el carácter de “autoridad” al que “tenga mando o ejerza jurisdicción”. Por tales términos se suele entender “la capacidad que tiene una persona de ejecutar una potestad pública, administrativa o judicial, por sí misma, en un ámbito competencial objetivo y territorial” (STS 793/06,14-7) (MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN)⁴⁴⁹.

Por tanto, como señala MIR PUIG, C., además para ser autoridad se ha de ser, *al mismo tiempo “funcionario público a efectos penales”*, es decir, poseer la habilitación que la Ley penal exige (*nombramiento por disposición inmediata de la Ley, elección o nombramiento por autoridad competente*) y participar en funciones públicas.

Al margen de la novedosa enumeración de sujetos que a partir del Código Penal de 1995⁴⁵⁰ se consideran «autoridad», la característica esencial de este concepto a efectos penales - y distintiva con respecto al de funcionario-, sigue siendo precisamente «tener mando» o «ejercer jurisdicción»⁴⁵¹. Y por ello mismo persiste la necesidad de suplir la carencia del concepto legal de «mando»⁴⁵², con las interpretaciones doctrinales que apuntan a su conexión con los conceptos de «poder» jurídico, «obediencia» y

⁴⁴⁸ Este precepto no sólo incorpora mejoras técnicas con respecto al art. 119 ACP (en este artículo se reputaba autoridad a los efectos penales «... al que por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia. Se reputarán también autoridades a los funcionarios del Ministerio fiscal.»), sino que considera autoridades de forma novedosa, a los miembros de órganos colegiados y a los miembros de la Asambleas legislativas nacional, autonómica y europea. (GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 90).

⁴⁴⁹ Vide MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 113.

⁴⁵⁰ Como pone de manifiesto GONZALEZ CUSSAC, J.L., la modificación operada por el Código Penal de 1995 al hacer referencia específica en el art. 404 C.P. a la «autoridad» confirma una interpretación doctrinal y jurisprudencial consolidada que en la referencia del art. 358 ACP al «funcionario público» ya incluía a la autoridad, de manera que ahora “...la autoridad también está incluida en el concepto penal de funcionario público”, en “El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos”, 2ª Ed., Valencia, 1997, pág. 9

⁴⁵¹ Más aún si se repara en que no sabe identificar esta jurisdicción con las meras competencias atribuidas al funcionario, sino que la autoridad tiene además la facultad de disposición para impulsar los asuntos que por razón del cargo, tiene encomendados con un auténtico poder directivo (GORRIZ ROYO, E., en “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 102).

⁴⁵² La indefinición del mismo se manifiesta desde el Código Penal de 1994. GORRIZ ROYO, E., en “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 102.

«coerción». Si bien, rechazando su entendimiento como la mera “coerción física”⁴⁵³, pues el mando que ejerce la autoridad implica cabalmente la «coerción jurídica» que necesariamente debe ser el presupuesto de aquella⁴⁵⁴.

Para MIR PUIG, C.⁴⁵⁵, el concepto de mando se identifica con el de “imperium”, señalando que tiene diversos ámbitos: la esfera interna y la esfera externa.

La potestad interna del mando hace referencia al poder autoritario del que ciertos funcionarios están revestidos cuando ocupan determinados escalones dentro de la pirámide jerárquica y en relación a sus subordinados.

Esta relación interna del mando, es lo que el art. 24 CP denomina “*tener mando*”, porque la relación externa, es decir, con relación al resto de los ciudadanos, se integran en el elemento de “*ejercicio de jurisdicción propia*”⁴⁵⁶, entendiéndose por jurisdicción, la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionarios que implica la aplicación del Derecho objetivo.

Dicha jurisdicción ha de ser propia, no delegada de otra autoridad.

La tendencia jurisprudencial opta por una tendencia restrictiva, según la cual, se afirma que el concepto penal de autoridad no se identifica necesariamente y en todo caso con el de la periférica normativa administrativa⁴⁵⁷. Así, “*no bastará que en las respectivas reglamentaciones administrativas se atribuya a los funcionarios la condición de autoridad, sino que habrá de comprobar si gozan de mando o jurisdicción propia que son las notas esenciales que vertebran la noción penal de autoridad*” (así la STS de 12.5.92 deniega la condición de autoridad a los Concejales).

Pero GORRIZ ROYO, E.⁴⁵⁸, también considera superada la interpretación de «mando» en idéntica equiparación a «poder» por las reminiscencias autoritarias que conlleva, de manera que define el mando sin más como la facultad de reclamar obediencia, entendiéndolo que dicha facultad deriva de una situación de jerarquía que conlleva la capacidad de ejecución y decisión y -anejas a ella-, la de exigir obediencia.

De forma similar se emplea el concepto de “*jurisdicción propia*”, a pesar de tener mayor tradición histórica⁴⁵⁹, razón que por sí sola ya motiva a juicio de GORRIZ ROYO, E.⁴⁶⁰ un tratamiento diferenciador. De hecho, lo que singulariza el concepto de jurisdicción es el sentido coloquial del término en tanto no sólo abarca la potestad de juzgar sino también la de resolver asuntos sometidos a la consideración del funcionario

⁴⁵³ Sería preciso matizar en este sentido la definición que del «mando» en ocasiones ha realizado el Tribunal Supremo, al concebirlo como «*la legítima posesión de una determinada fuerza coactiva*» (STS de 25 de junio de 1986, RA 3192, F.D. 5º).

⁴⁵⁴ Y ello porque de lo contrario estaríamos ante una vía de hecho, como atinadamente puso de manifiesto QUERALT JIMENEZ, J.J. “El concepto penal de funcionario público” en Cuadernos de Política Criminal, nº 27, 1985, pág. 495.

⁴⁵⁵ Vide MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración pública...*” Op. cit., pág. 27.

⁴⁵⁶ Vide QUERALT JIMENEZ, J.J., “*El concepto penal de funcionario público*” Op. cit., pág. 496 y 497.

⁴⁵⁷ RODRIGUEZ MOURULLO, G. en Comentarios al Código penal. Ed. Civitas, 1996, pág. 159.

⁴⁵⁸ Vide GORRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación...*” Op. cit., pág. 102.

⁴⁵⁹ Dicha referencia ya aparece en los Códigos penales de 1870 (art. 277), de 1928 (art. 213) y de 1932 (art. 270)

⁴⁶⁰ Vide GORRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación...*” Op. cit., pág. 103.

público constituido en autoridad que tenga competencia para resolver asuntos administrativos y para ello aplique el Derecho objetivo⁴⁶¹. A partir de estos rasgos definitorios, doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han considerado «*autoridades*» a ministros, alcaldes, jueces, magistrados, jueces de paz y fiscales. A estos últimos se refiere ahora expresamente el art. 24.1 C.P., así como a los miembros de los órganos colegiados y legislativos anteriormente citados.

A partir de la configuración expuesta de los «*funcionarios públicos*» y «*autoridades*» se hace necesario precisar que los mismos sólo serán sujetos activos del artículo 320 C.P. siempre que -estando incorporados y actuando como tales-, tengan encomendada la específica función de emitir informes, realizar inspecciones o adoptar resoluciones relativas a los respectivos ámbitos competenciales⁴⁶². En definitiva, si se les atribuye capacidad de control sobre las actividades que puedan afectar a los bienes jurídicos ordenación del territorio y urbanismo. Así pues, el requisito material o funcional relativo al efectivo ejercicio de una función pública resulta especificado en atención a estos bienes jurídicos colectivos.

Y en todo caso, queda justificada, al entender de GORRIZ ROYO, E.⁴⁶³, porque a efectos penales se atiende con preferencia a la *perspectiva material o funcional* para la definición del funcionario público⁴⁶⁴.

De manera que, por encima de la «*calificación jurídica*» que corresponda por el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, al legislador penal le interesa la participación del sujeto en el funcionamiento de la misma y si de ese sujeto depende la correcta ejecución del servicio público⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ En sentido próximo, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., quien además recuerda que los agentes de la autoridad en tanto estén incorporados y participen de la función pública, también tendrán la consideración de funcionarios a efectos penales, en “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, 2ª Ed, Valencia, 1997, pág. 101. Sostiene similar opinión OLAIZOLA FUENTES, I., para quien, al requerir que se ejerza jurisdicción propia, cabe considerar autoridad tanto a los jueces que actúen dentro de su competencia, como a los funcionarios que posean competencia para resolver en negocios administrativos, «... *pero con jurisdicción propia y no delegada*», en “Concepto de funcionario público...”, Op. cit., págs. 83 y 84.

⁴⁶² En opinión de TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad del funcionario...” Op., cit., pág. 319.

⁴⁶³ Vide GORRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación...*” Op. cit., pág. 88-89.

⁴⁶⁴ En este sentido LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., para quienes sigue destacando un «... *concepto material de participación en el ejercicio de la función sobre la vinculación orgánica propia del Derecho Administrativo*», en *El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al Texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 176 y 177. También para MUÑOZ CONDE, el concepto de funcionario público, como en su caso, el de autoridad, «... *es ante todo un concepto funcional...*» en *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª Ed... Op. cit., pág. 931.

⁴⁶⁵ Como ya indicara COBO DEL ROSAL, M. «...la participación en la función pública es la esencia de la definición.» En el “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 212, 1962, págs. 239, De similar opinión, OLAIZOLA FUENTES, I.: “Concepto de funcionario público a efectos penales”, en *Delitos contra la Administración Pública*, (ed. ASUA BATARRITA, A.), Bilbao, 1997, pág. 77.

Desde la *perspectiva técnica*, las referencias a la «*autoridad*» y al «*funcionario público*» son *términos normativos reglados*⁴⁶⁶. Y si bien no constituyen remisiones «*en blanco*»⁴⁶⁷, sí encubren una remisión normativa aunque interna, puesto que cuentan con una definición jurídico-penal propia, que se halla en el mismo Código Penal, en concreto en su artículo 24⁴⁶⁸.

Finalmente, creemos conveniente citar a ACALA SANCHEZ, M.⁴⁶⁹ cuando señala, que la finalidad del legislador, al elaborar el CP de 1995, no estaba muy desencaminada de la realidad administrativa, pues en lo que denomina “*la realidad bifásica de concesión de licencias*”, distingue dos fases, una primera de informe y otra segunda de votación, responsabilizándose en cada una de ellas a los sujetos actuantes, así, en la primera, los informes los realizan los facultativos, -independientemente de que sean municipales o pertenecientes a otra Administración pública, cuando por razón de la materia (bienes integrantes del Patrimonio histórico, espacios naturales sometidos a la legislación especial, así como las construcciones excepcionalmente autorizables en suelo no urbanizable) sean preceptivos-, y en la segunda, las votaciones las llevan a cabo los miembros del organismo otorgante, es decir, el pleno municipal, formado por los alcaldes y sus concejales –así como los miembros del organismo otorgante de la Administración estatal o autonómica, cuando sea necesaria, a parte de la licencia urbanística, una autorización especial en virtud de la materia-.

• **Órgano colegiado**

Por lo que respecta a que se entiende por órganos unipersonales, como por órganos colegiados, entendemos que son cuestiones resueltas en la legislación administrativa. La duda surge sobre el concepto de las Comisiones de Gobierno en la Administración Local, cuestión que consideramos resuelta por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2006, Roj: SAP MA 1846/2006, N° de Recurso: 30/2006, N° de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, frente a la alegación de que la Comisión de Gobierno no es un órgano colegiado y por tanto tampoco sería de aplicación el art. 320.2 del Código penal a los acusados, señala en el FJ 2º: “*Las normas han de ser interpretadas sistemáticamente y en su conjunto y si bien es cierto que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común expone en su disposición adicional primera que las disposiciones del Cap. II del título II de la presente ley no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades locales, a los Órganos Colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, ello no significa que no tenga el concepto de órgano colegiado sino que su*

⁴⁶⁶ A pesar del carácter reglado de estos términos, DOVAL PAIS, A., advierte de las dificultades para su determinación y que en opinión de dicho autor provienen de la «*vaguedad extensional que presentan*», esto es, de la indeterminación de su campo de referencia típica, en Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco, Valencia, 1999, pág. 71 y 72.

⁴⁶⁷ Así lo niegan algunas sentencias anteriormente citadas, como las SSTs de 25 de junio de 1986, RA 3192 (F.D. 5º) y 12 de mayo de 1992 (F.D. 3º), RA3868.

⁴⁶⁸ DOVAL PAIS, A. califica de “*remisión encubierta*” a la definición del «*funcionario público*» del art. 24.2 C.P., porque la ley penal se remite una disposición de su mismo texto que es la que reenvía después a otras disposiciones extrapenales, en *Posibilidades y límites...* Op. cit., pág. 91 y 92.

⁴⁶⁹ Vide ACALA SANCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” Op. cit., pág. 314.

funcionamiento y estructura no se regirá por las normas contenidas en los artículos 22 a 27 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública.

*La Sala no tiene la más mínima duda de que **la Comisión de gobierno tiene la consideración de órgano colegiado**, y prueba a de ello es que el Art. 22 del Rgto. Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales establece:*

1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

2. De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente.

Con ello queremos poner de manifiesto que realmente lo que dispone la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública, es que la organización y funcionamiento de los Órganos Colegiados no se regirán por estas normas de carácter general sino a través de las propias contenidas en su legislación específica, es decir la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como los Reglamentos específicos en la materia.

Más claro si se quiere y así lo conceptúa este mismo Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en su Artículo 43:

1. El Alcalde puede delegar sus atribuciones, salvo las mencionadas en los Art. 21,3 y 71 L. 7/1985 de 2 abril, en los términos previstos en este artículo y en los siguientes.

2. El Alcalde puede efectuar delegaciones en favor de la Comisión de Gobierno, como órgano colegiado. En tal caso, los acuerdos adoptados por ésta en relación con las materias delegadas, tendrán el mismo valor que las resoluciones que dicte el Alcalde en ejercicio de las atribuciones que no haya delegado, sin perjuicio de su adopción conforme a las reglas de funcionamiento de la Comisión.

En igual sentido la Ley reguladora de Bases de Régimen local en su Artículo 46 dispone:

1. Los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida y extraordinaria, que pueden ser, además, urgentes.

2. En todo caso, el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones locales se ajusta a las siguientes reglas.

*Es decir son tan órganos colegiados como aquellos que se constituyen por ley en la Administración Central o autonómica **lo único que ocurre es que se regirán en cuanto a sus normas de funcionamiento por su legislación específica**. La existencia del órgano colegiado es un concepto susceptible de aplicar a todo aquel organismo cuya composición se constituye por un número determinado de personas y cuyas*

decisiones se toman por la mayoría de sus miembros. En definitiva sus decisiones como su nombre indica se toman en comunidad o conjunto de personas.

Consideramos por tanto que en el caso concreto los acusados pueden ser sujetos activos del delito, porque "EN SU CONDICIÓN DE MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE GOBIERNO VALIDAMENTE CONSTITUIDA VOTARON FAVORABLEMENTE A LA CONCESIÓN DE UNA LICENCIA DE OBRA QUE NO SE AJUSTABA A LA NORMATIVA VIGENTE A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA E ILEGALIDAD" El hecho de tener o no competencias delegadas en nada afectan al tipo penal."

D. Autoría y Participación:

El Código penal regula la autoría y la participación en los artículos 27, 28 y 29.

Siguiendo a MIR PUIG, S⁴⁷⁰ se puede señalar que según la forma de intervención del sujeto, concurrirá un tipo de autoría o de participación. El **tipo de autoría** requiere la realización de un delito (consumado o no) de la Parte Especial del Código Penal, directamente o por medio de otra persona que actúa como mero instrumento (*autoría mediata*), por sí solo o junto con otros (*coautoría*). Los **tipos de participación** suponen la *inducción* o la *cooperación* con el autor de un delito (consumado o no) de la Parte Especial (arts. 28 y 29 CP).

Este autor⁴⁷¹ considera que el actual Código Penal acoge el concepto de autor dominante en la doctrina, al declarar que "*son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*" (art. 28, primer párrafo). Pero entiende que el CP extiende también el uso del término "autor" a otros casos que no suponen la realización del hecho, sino formas de participación en el hecho realizado por otro especialmente importantes. Añade: "*También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.- b) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se habría efectuado*". Concluye señalando que el Código Penal emplea, pues en dos sentidos el término "autor": en un **sentido estricto** que coincide con el doctrinal del que realiza el hecho como propio, y en un **sentido amplio** que incluye a partícipes especialmente importantes en el hecho de otro: el inductor y el cooperador necesario.

Aún hay otra circunstancia que aconseja partir de lo que la doctrina considera verdadero autor y que el CP acoge ahora como tal: sólo éste realiza un tipo autónomo cuya concurrencia no depende de la presencia de un hecho principal; aquellos a quienes la doctrina considera sólo partícipes, están sometidos, en cambio, al "**principio de accesoriadad de la participación**"⁴⁷² respecto del hecho del autor –por mucho que el CP les considere autores en sentido legal.

Que el art. 28 considere autores a los inductores y a los cooperadores necesarios no significa, pues, que éstos tengan la misma naturaleza que los que el mismo precepto

⁴⁷⁰ Vide MIR PUIG, S., "*Derecho Penal. Parte general*", op., cit., pág. 238.

⁴⁷¹ Vide MIR PUIG, S., "*Derecho Penal. Parte general*", op., cit., pág. 374.

⁴⁷² A diferencia de quien realiza el tipo como autor en sentido estricto, que es punible autónomamente, el "partícipe" sólo puede ser castigado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

dice que *son* autores. Sin embargo, la consideración legal de aquellos como autores tiene el efecto legal de la pena, en efecto, a los autores del art. 28 –tanto a los que lo son como a los que *se consideran* como tales- el **mismo marco penal** (arts. 61 y 62 CP), mientras que a los **cómplices** –participes menos importantes no previstos en el art. 28 sino en el art. 29 –les asigna una pena menor (art. 63 CP)⁴⁷³.

1. **Autoría:**

Según el art.28.1 del Código penal “*son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”.

Por tanto, autor es aquella persona que realiza directamente todo o parte del hecho delictivo, y lo realiza como un hecho propio; es decir, quien realiza algún acto ejecutivo descrito en la conducta típica de la concreta figura delictiva de la Parte Especial, y lo realiza como propio.

Ahora bien, como expresa el citado art. 28.1 del Código penal, existen varias clases de autores.

A- **autor único inmediato**: una sola persona comete el hecho en calidad de autor.

B- **coautores**: dos o más personas, puestas de acuerdo, realizan conjuntamente el hecho; es decir, que cada una de ellas ejecuta parcialmente el hecho delictivo, pero actuando en común⁴⁷⁴. Se rige por el **principio de la imputación recíproca**, todo lo

⁴⁷³ Vide MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte general”, op., cit., pág. 375.

⁴⁷⁴ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6, de fecha **2 de mayo de 2011**, Roj: SAP GC 416/2011, N° de Recurso: 58/2010, N° de Resolución: 46/2011, Ponente: CARLOS VIELBA ESCOBAR., FJ 8º: “*Debemos recordar que la declaración del coimputado es admitida por la jurisprudencia como prueba de cargo y en este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2006, que recogiendo la doctrina constitucional sobre esta materia, señala: En principio, nada se opone a valorar este tipo de declaraciones como prueba de cargo, pues quien declara lo hace sobre hechos de conocimiento propio, en los cuales, además, en muchas ocasiones puede haber intervenido. Habida cuenta de las características de esta prueba, que la hacen sospechosa a causa de los intereses del coimputado en el proceso, que pueden enturbiar su valor inculpatario, es razonable la exigencia de algún elemento de corroboración que apoye la decisión del Tribunal de aceptar su versión como prueba de cargo. Esta exigencia, que podría incluirse en la racionalidad del proceso valorativo, ha sido elevada por el Tribunal Constitucional al rango de requisito de carácter previo a la valoración misma de la declaración, de forma que es necesario verificar la existencia de algún elemento de corroboración de la versión del coimputado antes de examinar su credibilidad. No ha precisado dicho Tribunal qué ha de entenderse por corroboración. Es claro que no es preciso que se trate de otra prueba bastante sobre el mismo extremo, dado que esta exigencia solo es aplicable a los casos en los que la declaración del coimputado es la única prueba, siendo suficiente que se trate de una corroboración mínima. Sí ha precisado, sin embargo, algunos aspectos. En primer lugar, que no constituye corroboración la coincidencia de dos o más coimputados en la misma versión inculpatoria (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, FJ; ó152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3). En segundo lugar, que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3;118/2004, de 12 de julio, FJ; ó147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2). En tercer lugar, que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores externos de corroboración (las mismas sentencias citadas).”*

que haga cada uno de los coautores es imputable (es extensible) a todos los demás, para que pueda tener lugar es preciso el **mutuo acuerdo**, que convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones (SSTS 1339/2004 de 24 nov., 474/2005 de 17 mar., 1003/2006 de 19 oct., y 601/2007 de 4 jul.).⁴⁷⁵

C- **autor mediato**: es quien utiliza a otra persona como instrumento para cometer el delito. Generalmente, esta instrumentalización se realiza mediante el engaño, o mediante el uso de violencia, o intimidación. Un problema distinto es la responsabilidad criminal de la persona instrumentalizada, que en unos casos no existirá y en otros sí. El actual art. 28 CP prevé expresamente la figura del autor mediato al afirmar que “*son autores quienes realizan el hecho... por medio de otro del que se sirven como instrumento*”. MIR PUIG, S. entiende que en los casos de autoría mediata, en que la persona que sirve como instrumento actúa sin antijuridicidad, por falta de concurrencia de la parte objetiva del tipo, el funcionario que utiliza a otra persona como instrumento, en la que no concurre la cualidad funcional, solo puede imputarse el hecho a la persona de atrás, como autor mediato. Si no se le considerara autor, resultaría una absurda impunidad del mismo, que no podría ser castigado como participe (inductor) del instrumento por que éste no realiza ningún hecho antijurídico en el que participa (**principio de accesoriad de la participación**)⁴⁷⁶. La autoría mediata, en cuanto autoría que es, exige en el sujeto la concurrencia de las condiciones requeridas por el tipo para ser autor. De ahí que los “**delitos especiales**” como el que es objeto de estudio en el presente trabajo, al solo poder ser cometidos por determinados sujetos, no puedan ser cometidos en autoría mediata por quien no reúna la cualificación necesaria. En cambio, si cabe en tales delitos la autoría mediata por parte de un sujeto cualificado que utiliza a otro no cualificado como instrumento⁴⁷⁷.

2. Autores del art. 320.1 CP:

Teniendo presente el análisis realizado sobre las personas que pueden tener la condición de funcionario público o autoridad, se puede afirmar que serán autores de esta conducta típica del apartado primero del art. 320 todos aquellos funcionarios públicos, principalmente, y autoridades, de la Administración Local (funcionarios municipales),

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de marzo de 2009**, Roj: SAP MA 4075/2009, Nº de Recurso: 43/2009, Nº de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, en su FJ 1º recoge: “*La STS. 45/2003, de 28 de febrero, resumió la doctrina sobre la declaración inculpativa de un **coimputado** manifestando que “el límite de la validez de la declaración cuando es la única prueba, y tampoco esta prueba es la única que ha tenido en cuenta el Tribunal de instancia, está determinada por la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, la muy reciente 233/2002, ratificada por la 25/2003) teniendo en cuenta lo siguiente: en principio la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional, sin embargo no es prueba suficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima si es la única existente; su aptitud para constituir prueba de cargo válida en estas condiciones exige que su contenido quede mínimamente corroborado; esta corroboración exige la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración, que habrá de realizarse caso por caso. Por otra parte, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que cuando se presten por los acusados o testigos declaraciones contradictorias en la fase sumarial y en el Plenario, partiendo de la regularidad de unas y otras, el Tribunal de instancia es soberano para acoger la versión que estime más verosímil siempre y cuando dichas contradicciones hayan sido puestas de relieve en el acto del juicio oral mediante la lectura de las declaraciones precedentes o a través del mismo interrogatorio”.*

⁴⁷⁵ Vide MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte general”, op., cit., pág. 401

⁴⁷⁶ Vide MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte general”, op., cit., pág. 389.

⁴⁷⁷ Vide MIR PUIG, S., “Derecho Penal. Parte general”, op., cit., pág. 394-395.

pero también Autonómica, Diputación provincial e incluso Entidades comarcales y metropolitanas⁴⁷⁸, siempre que intervengan en el expediente administrativo tramitado, y que sean competentes para la emisión informe favorable **técnico y/o jurídico**⁴⁷⁹, o que omitan una inspección, todo ello de conformidad con el art. 4.2⁴⁸⁰ Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (RDU), sin perjuicio de lo que disponga la legislación autonómica que en su caso regule el procedimiento de solicitud y concesión de las licencias urbanísticas, que será de aplicación preferente al procedimiento previsto en el art. 9.1.1⁴⁸¹ del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (R.S.S.C.C.L.).

GORRIZ ROYO, E., hace referencia a que esta regulación pone de manifiesto la escasa atención prestada a la legislación administrativa donde se regula el proceso de concesión de licencias, pudiendo pensarse que responde más a una pretensión teórica de exhaustividad, que al propósito de delimitar con fidelidad a los funcionarios que en la práctica intervienen en esta primera fase de dicho proceso de concesión de licencias.⁴⁸²

⁴⁷⁸ En el ordenamiento administrativo existen una multitud de preceptos donde se indican los sujetos competentes para realizar informes dentro del organigrama municipal. Así, sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el art. 123.2 del ROF en el que se dispone que las Comisiones Informativas (integradas exclusivamente por miembros de la Corporación) "...informarán aquellos asuntos de la competencia propia de la Comisión de Gobierno, y del Alcalde o Presidente, que les sean sometidos a su conocimiento por expresa decisión de aquellos". En relación con la tramitación de los expedientes administrativos, los artículos 172 a 175 del mismo ROF hacen referencia a los informes del Jefe de la Dependencia a la que corresponda tramitar el expediente, al informe del Secretario, y en su caso, del Interventor, o de quienes legalmente les sustituyan, así como otros informes o dictámenes que puede solicitar el Presidente de la Corporación cuando lo estime necesario. También el art. 54.1 del TRRL de 1986, alude a los informes necesarios y previos del Secretario, y en su caso, del Interventor para la adopción de una serie de acuerdos.

⁴⁷⁹ En el sentido de esta crítica, BETRÁN ABADÍA, R./CORVINOS BASECA, P./FRANCO HERNÁNDEZ, Y. "Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y la disciplina urbanística", RDUMA, nº 151, 1997, pág. 46. También DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "La responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente", Madrid, 1993, págs. 182 y 183, constata que conforme a la legislación administrativa sólo un funcionario público puede realizar la acción punible que se contempla en el párrafo 1º, de forma que lamenta que el art. 320 C.P. no contemple de forma ordenada las atribuciones de los funcionarios y autoridades intervinientes. En sentido próximo, CONDE-PUMPIDO TOURON, C., "Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio", en Empresa y Derecho Penal (II), (dir. BAJO FERNANDEZ, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 188.

⁴⁸⁰ "En todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico, cuando la entidad otorgante cuente con los servicios correspondientes o le sea posible contar con los de la entidad comarcal o metropolitana en que esté integrada. Si la Diputación Provincial tuviese establecido servicio de asistencia urbanística a los municipios, podrá solicitar el Ayuntamiento informe del mismo, si no contase con servicios técnicos o jurídicos propios".

⁴⁸¹ "Se presentarán en el Registro general de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones, deberá acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición."

⁴⁸² No en balde, en los artículos 228.2 del TRLS de 1976 y 264.2 del TRLS de 1992 se sanciona únicamente al "facultativo que hubiere informado..." por lo que en definitiva habrá que entender prioritariamente referido el art. 320.1 C.P. a los funcionarios técnicos. No obsta a lo sostenido el que el art. 172 ROF establezca de forma indefinida que deberá informar "el jefe de la Dependencia a que corresponda..." tramitar el expediente, por cuanto las normas citadas supra, son especiales por razón de la materia, con respecto a ésta última, que en todo caso no las contraría pero sí es más amplia.

Además de poder imputar responsabilidad penal a los *funcionarios autonómicos* con competencias para informar sobre la concesión de licencias específicas como por ejemplo sobre suelo no autorizable⁴⁸³, hemos analizado anteriormente la de otros de los múltiples sujetos que suelen intervenir en la fase de información (v.gr. mediante dictámenes, dosieres, visados...). En concreto, **expertos, asesores independientes o técnicos contratados por la Administración** (v.gr. arquitectos y aparejadores) pueden ser considerados funcionarios a efectos penales según el art. 24 C.P, tal y como se reivindica por un sector de la doctrina penal y administrativa⁴⁸⁴, y recoge la jurisprudencia.

Asimismo, también cabe considerar incluidos en el art. 320.1 C.P. a los funcionarios *interinos*, así como al personal con *contrato laboral al servicio de la Administración*, e incluso a aquellos asesores técnicos independientes vinculados a la Administración mediante un *contrato de servicios o de consultoría* siempre que sean ellos los que materialmente realicen los informes⁴⁸⁵. Veamos ejemplos jurisprudenciales de funcionarios públicos o autoridades con competencias para informar 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, en los términos estudiados:

⁴⁸³ También admite dicha posibilidad, ROMÁN GARCÍA F., en V.V.A.A. *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Granada, 1997, págs. 129 y 130, entendiendo para ello que «...en la medida que sea obligado para obtener la licencia municipal la presentación ante el Ayuntamiento, junto a la solicitud inicial, del documento acreditativo del informe de la Comunidad Autónoma, éste adquiere el carácter de informe urbanístico a que se refiere el art. 320 del Código Penal y, por consiguiente, sería punible la conducta del funcionario de la Comunidad Autónoma que lo prestare a sabiendas de su ilegalidad».

⁴⁸⁴ A este respecto, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., (“Los delitos sobre la Ordenación del Territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística”, *Actualidad Penal-La Ley*, nº 16, 14-20 abril 1997, pág. 383), lamenta que el art. 320 C.P. no incluya a alguno de los citados sujetos <<... pues ellos pueden tener una intervención esencial y decisiva en el resultado final>>. En sentido similar MAGRO SERVET, V., “Las infracciones urbanísticas desde el punto de vista del Derecho Penal”, *Revista Valenciana d’estudis autonòmics*, nº 31 segundo trimestre de 2000, pág. 87, entre los autores administrativistas, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, 2ª Ed., Madrid 1997, pág. 305, sostiene que a pesar de que el art. 24.2 CP prevé un concepto más amplio que el de la legislación administrativa, debería haberse actualizado, para incluir también expresamente a quienes participan en el ejercicio de funciones públicas en virtud de contrato laboral (o administrativo) de prestación de servicios, que son hoy muy numerosos y «aunque la definición del Código pueda extenderse a éstos por vía interpretativa, mejor hubiera sido despejar cualquier tipo de duda».

⁴⁸⁵ La vinculación mediante un contrato de consultoría o de servicio se emplea para solicitar los servicios de técnicos como arquitectos y aparejadores que trabajan provisionalmente al servicio del municipio en cuestión. Y ello porque estos contratos tienen entre otros, los siguientes objetos «estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos», según establece el apartado 2º a) del art. 196 del RD Leg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP).

a) **Informe Técnico:**

• **Arquitecto Municipal:**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 6ª, de fecha **7 de junio de 2005**, Roj: SAP M 16491/2005, N° de Recurso: 26/2004, N° de Resolución: 297/2005, Ponente: JULIAN ABAD CRESPO, en el FJ 1º: *“el acusado ha reconocido ser y ejercer de arquitecto municipal⁴⁸⁶ desde hacía, más de 30 años, lo que las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia obligan a inferir el conocimiento de la normativa urbanística por parte del acusado.”*

• **Arquitecto Técnico Municipal o Aparejador Municipal:**

Estos profesionales pueden ser sujetos del delito, así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **27 de septiembre de 2004**, Roj: STS 5943/2004, N° de Recurso: 1675/2003, N° de Resolución: 1043/2004, Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha 17 de enero de 2003, Roj: SAP SE 183/2003, N° de Recurso: 2428/2002, N° de Resolución: 4/2003, Ponente: ANGEL MARQUEZ ROMERO), que en el FJ 1º de la sentencia de instancia señala: *“De este delito es autor el acusado Lucio, **arquitecto técnico municipal del Ayuntamiento de Castilleja de Guzmán** que el día 17 de marzo de 1.999 informó favorablemente al denominado proyecto reformado de la parcela NUM004 de la 1ª fase de la FINCA000 " presentado por Germán, que determinó su aprobación por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, no obstante ocupar el edificio proyectado y ya construido totalmente en su estructura, suelo cedido a! Ayuntamiento, calificado como "equipamiento social cultural" y perteneciente al ámbito territorial del Plan Especial de Reforma Interior "Divina Pastora", superando los límites establecidos en las NNSS. a la unidad de actuación n° 4 " FINCA000 ”⁴⁸⁷.*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **30 de junio de 2004**, Roj: SAP PO 1712/2004, N° de Recurso: 1011/2003, N° de Resolución: 14/2004, Ponente: ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ, en el FJ 4º señala: *“que mientras la condición de funcionario publico del Aparejador Municipal no se cuestiona (en este sentido SSTS 20-12-74; 13-12-85; 17-11-87; 9-10-92), (...) **Aparejador Municipal** que informó favorablemente a la*

⁴⁸⁶ De San Lorenzo de El Escorial.

⁴⁸⁷ La lectura de los hechos probados de autos permite comprobar que el informe favorable por parte del acusado —del delito contra la ordenación del territorio— existió, puesto que dictaminó de esa forma en distintas ocasiones los proyectos que implicaban sucesivas ampliaciones de la parcela a expensas de suelo destinado a equipamiento. Tal modo de operar, integrado por una secuencia de actuaciones, fue consciente; algo que hay que inferir de la cualificación profesional del autor, de su necesario conocimiento de la legalidad aplicable en su ámbito de actividad y de la misma expresividad de las acciones del dueño de la parcela en sospechoso progresivo crecimiento. Del mismo modo es patente el antagonismo de aquéllas con el orden normativo de referencia. Además de los aludidos requisitos, claramente expresados en el art. 320.1 CP 1995, el tipo penal exige que la actuación producida en la ilegalidad no sea subsanable y que la negativa afectación del orden jurídico no se limite al mero desconocimiento formal de la norma de aplicación. Se reclama como elemento normativo del tipo de prevaricación un coeficiente de injusticia en la conducta, que consiste en realizar un acto administrativo convirtiendo la propia voluntad en fuente exclusiva de una norma particular. Y no hay duda de que es lo que aquí sucedió, puesto que se está ante una patente y reiterada inaplicación de preceptos de claridad meridiana, convirtiendo el propio interés o capricho en ley del caso.

concesión de la licencia, pese a sus conocimientos técnicos en relación con si planeamiento urbanístico del Concello donde ejerce sus funciones, por lo que ha de inferirse un conocimiento cabal del PGOU definitivamente aprobado por la Comisión Provincial de Urbanismo y publicado en el BOP, que incorporara el informe de Patrimonio, de cuyos términos meridianamente claros, según antes se expuso, resultaba la ilegalidad de licencia de construcción solicitada.

(...) la condición de funcionario público del Aparejador Municipal no se cuestiona (en este sentido SSTS 20-12-74; 13-12-85; 17-11-87; 9-10-92)”.

En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de noviembre de 2009**, Roj: SAP GR 2061/2009, Nº de Recurso: 210/2009, Nº de Resolución: 571/2009, Ponente: MARIA AURORA GONZALEZ NIÑO, en el FJ 1º señala: *“se le imputa con arreglo al art. 320-1 del Código Penal, en su calidad de **arquitecto técnico municipal del Ayuntamiento de Almuñécar**, por los informes favorables que emitió al proyecto de edificación que nos ocupa y a la edificación resultante del mismo, determinantes de la licencia municipal de obras y de la de primera ocupación que el Ayuntamiento otorgó a la promotora y propietaria del solar, Sra. Verónica, respecto de la vivienda unifamiliar en él construida”*.⁴⁸⁸

b) Informe Jurídico:

• **Asesora Jurídica en Urbanismo**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **30 de junio de 2004**, Roj: SAP PO 1712/2004, Nº de Recurso: 1011/2003, Nº de Resolución: 14/2004, Ponente: ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ, FJ 4º, señala en referencia a la acusada Araceli *“vinculada al Ayuntamiento mediante **contrato desde el año 1999 asesora técnico- jurídica en temas de urbanismo** (...) ha resultado discutida la de esta acusada, cuyo cometido en el Ayuntamiento según ella misma admitió y resultó probado consistía en asesoramiento técnico-jurídico en materia urbanística. De modo que, resulta aplicable el párrafo 2º del art 24 CP, en tanto que participaba de forma permanente en el ejercicio de funciones públicas, designada por el Alcalde-Presidente, cualquiera que será la calificación, administrativa ó laboral que baya de dársele al contrato vinculante. Pues según tiene reiterado la jurisprudencia, tal condición a efectos penales no viene establecida por las normas Administrativas ó de otro carácter, sino por la participación del designado en actividades dentro de un organismo oficial que afecten más ó menos directamente a la colectividad, por la calidad del interés servido y la finalidad de los actos realizados para conseguir actividades públicas desde dentro de un órgano oficial, como era el caso.”*

⁴⁸⁸ FJ 3º: *“al constatar este Tribunal la infracción urbanística cometida que declara la Juez a quo en la sentencia y, con ello, cumplido elemento objetivo del delito del art. 320-1 del Código Penal: el informe favorable del acusado, en su condición de funcionario público como arquitecto técnico del Ayuntamiento de Almuñécar, tanto al proyecto de edificación que dio lugar a la concesión de la licencia de obras, como el que emitió también para la concesión de la licencia primera ocupación, fueron contrarios a las normas urbanísticas vigentes en dicho municipio”.*

- **Asesor Jurídico de hecho por nombramiento del Alcalde:**

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de marzo de 2009**, Roj: SAP MA 4075/2009, Nº de Recurso: 43/2009, Nº de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, en su FJ 1º señala: “...*el acusado Constancio, actuando como **asesor jurídico de hecho de la Corporación Municipal**, emitió informe verbal, en virtud del cual afirmaba la viabilidad legal de otorgar la licencia solicitada al adecuarse a los parámetros urbanísticos establecidos en el Documento de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella, que se estaba elaborando por la entidad Planeamientos 2000.*

(...) *El Sr. Constancio era el responsable de la asesoría jurídica del ayuntamiento y empresas municipales*”, sin corresponderle el urbanismo.

“(...) *el Sr. Constancio **no ha sido nunca funcionario público**, ni del Ayuntamiento de Marbella ni de ninguna otra Administración, sin embargo esta Sala no comparte el criterio del recurrente, pues tal y como alega el Ministerio Fiscal, el Sr. Constancio fue nombrado por el entonces Alcalde de la localidad, D. Cándido y Cándido, como asesor jurídico de la Corporación Municipal, con independencia de que además asumiera la defensa de los intereses particulares del referido Sr. Cándido, la condición de asesor en esa época y la emisión del informe verbal a efectos de la concesión de la licencia en cuestión así como la capacidad de influir frente a los técnicos municipales, ha resultado acreditada suficientemente en la vista oral, no sólo por el testimonio de los otros imputados, sino por las declaraciones realizadas por algunos de los testigos. El Sr. Constancio fue nombrado por la máxima autoridad municipal y participó activamente en el ejercicio de funciones públicas, por ello, ha de concluirse que detentó la condición de funcionario a los efectos previstos en el art. 24.2 del Código Penal, en el que se establece que "Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 1972/2011, Nº de Recurso: 117/2010, Nº de Resolución: 114/2011, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO, recoge:

*En efecto, los promotores incorporaron el segundo certificado al expediente y el **asesor jurídico informó en abierta contradicción con la legalidad a sabiendas de la legislación aplicable**. Así de manera arbitraria favoreciendo a los promotores, bien por la influencia que estos ejercieron sobre el asesor o a través de terceras personas, ya fuera por mediación del acusado Cristobal , o a través del Alcalde o por otras personas con capacidad o poder de influencia en el asesor se consiguió mediante engaño a la Corporación el otorgamiento de una licencia nula de pleno derecho al no cumplirse lo previsto en la Ley de Espacios Naturales, Plan Territorial de Mallorca y Ley de Suelo Rústico lo que permitió que por el promotor y bajo la dirección del arquitecto, se realizara una vivienda de nueva planta ilegal en terreno protegido.*

Con la licencia así obtenida, el promotor bajo la dirección técnica del arquitecto Gustavo, procedió a la construcción de una vivienda unifamiliar de nueva planta de 139,52 m2 con dos alturas (planta baja y una planta) durante el año 2005 y

2006 sin que conste el informe sobre final de obra emitido por la administración municipal y sin que tampoco se sepa en qué fecha la edificación fue terminada.

(...) c) *El delito de prevaricación lo cometen tanto el jurista que materialmente emitió el informe favorable a la concesión de la licencia a pesar de su manifiesta injusticia, como el arquitecto Gustavo, en calidad de cooperador necesario, en la medida en que a través del proyecto ocultó y encubrió una construcción ilegal, concediendo apariencia de legalidad a lo que en origen era ilegal y afirmando en su proyecto con valor de documento público y deber de veracidad que incumbía a su autor, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Disciplina Urbanística (art.7.5 Ley 10/1990), que las obras para las que se solicitaban licencia eran conformes a derecho, cuando sabía que no era verdad, contribuyendo con su conducta (si quiera con dolo eventual al crear o incrementar el riesgo o peligro de realización del tipo), a provocar error en la administración, y en concreto en el técnico del Ayuntamiento Raimundo, sabedor de que no iba a acudir al lugar de las obras sino que se fiaría de las manifestaciones que contiene el proyecto por el deber de veracidad que afecta a su autor, y que, por tal motivo, valoró que los aspectos técnicos del proyecto eran conformes con la legislación urbanística y se respetaban los coeficientes aplicables, y a favorecer que pudiera ser concedida la licencia, tal y como así ocurrió.*

La conducta de inducción y de colaboración podría ser igualmente predicable respecto de los acusados Jesús Manuel y de Ofelia, respectivamente, en cuanto al delito de prevaricación urbanística, pero no entraremos en ello al no haberse formulado acusación por el Ministerio Fiscal.

Los tres delitos - aunque a juicio de esta Sala la falsedad y la prevaricación se cometieron en relación de concurso medial -, han de ser penados en relación de concurso real por respeto al principio acusatorio y porque su punición separada es más favorable.”

c) Inspecciones:

• Celador:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (absolutoria y condenatoria con conformidad) Sección 1ª, de fecha 26 de Junio de 2012, ROJ: SAP IB 1472/2012, Nº de Recurso: 27/2011, Ponente: ROCIO NOBELDA MARTIN HERNANDEZ, en los Hechos Probados recoge: “*el acusado Francisco en tanto que celador municipal de obras del Ayuntamiento de Andratx en el momento de hechos) (...)*

El acusado Francisco pese a su cargo y a sus obligaciones legales no solamente no realizó acto alguno tendente a impedir la edificación de la vivienda ilegal o su legalización si no que, omitiendo su obligación legal de perseguir obras ilegales y delictivas, llevó a cabo cuantos actos eran necesarios para posibilitar que los promotores realizaran y legalizaran su edificación ilegal.

La Ley de Disciplina Urbanística de 23-10-1990 (artículos 20 a 24) le exigía que como agente de la autoridad su función inspectora consistía en comprobar que la edificación y uso del suelo se ajusten al ordenamiento urbanístico y para ello:

*Constatar y denunciar todas las anomalías que observe y vigilar y controlar la actuación de todos los implicados en el proceso constructivo y de utilización del suelo. Pese a esta obligación legal y conocer que la construcción de una vivienda unifamiliar de nueva planta en terreno protegido estaba fuera de toda normativa, el acusado Francisco permitió que dicha construcción se ejecutara y, además, realizó los actos que se han relatado de emisión de informes inveraces para posibilitar la legalización.”*⁴⁸⁹

- **Inspector Urbanístico:**

Como consecuencia de la reforma de la LO 5/2010, del CP entendemos que, del tipo omisivo del art. 320.1 CP, pueden ser sujetos activos del mismo, el funcionario público o autoridad doblemente obligado a realizar inspecciones y a denunciar las violaciones de las normas de carácter general que las regulen⁴⁹⁰.

Así por ejemplo en Andalucía, la LOUA ha creado el cuerpo de la Inspección Urbanística (arts. 179 y ss.), posteriormente desarrollado por el RDU (art. 30 y ss.)⁴⁹¹. Ello con independencia de reconocer que “*los municipios y la Consejería con competencias en materia de urbanismo deben desarrollar dichas funciones inspectoras en el ámbito de sus respectivas competencias, en el marco de su planificación y de la cooperación y colaboración interadministrativas*”.

3. Autores del art. 320.2 CP:

Parece evidente que con el art. 320.2 C.P., el legislador ha querido trasladar a este precepto la posibilidad de responsabilizar penalmente a todas las personas intervinientes en la última fase del proceso de votación o resolución de 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.

En la práctica la conducta del art. 320.2 C.P. será achacable a las autoridades las que por lo general voten o resuelvan, más que al funcionario público.

Generalmente la conducta se atribuye con carácter primigenio al alcalde, salvo cuando el propio alcalde delegue aquella competencia, como con frecuencia sucederá a favor de la Junta o Comisión de Gobierno, cuyos miembros nombrados por el alcalde suelen ser personas de su confianza y habitualmente de su mismo grupo político local.

⁴⁸⁹ También recoge: “*Francisco en fecha 12-2-2008 de manera voluntaria compareció ante la autoridad judicial y confesó su intervención en los diversos delitos que eran objeto de investigación en esta pieza separada y en otras y facilitó información sobre dichos hechos así como sobre otros trascendentes para el descubrimiento de nuevos delitos que hasta entonces, no se conocían.*”

⁴⁹⁰ ACALE SANCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...*”, Op. Cit, pág. 334.

⁴⁹¹ Dirigido a: “*comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y de uso del suelo y del subsuelo se ajustan a la legislación y ordenación urbanística y, en particular a lo dispuesto en esta Ley.*”

En caso de delegación de esta competencia, ello deberá realizarse por Decreto del alcalde en el que deberá concretarse las facultades que se deleguen y las condiciones específicas de su ejercicio (art.44.1 ROF).⁴⁹²

En algunos casos puede suceder que una vez delegada la competencia de otorgar licencias en la Junta de Gobierno, se opte por constituir un Comité Técnico de Urbanismo o una Comisión Informativa, que será la que evalúe la solicitud de licencia y eleve una propuesta de informe a la Junta. Estos organismos estudiarían el asunto de la concesión de licencia sometido a decisión del Pleno o del Alcalde o de los Concejales en quienes deleguen. Por ello no serían responsables por el delito del art. 320.2 C.P. aunque parece que podría exigírseles responsabilidad por el delito del art. 320.1 C.P.

El resto de órganos municipales en que se haya delegado la concesión de licencias en los términos concretado en el decreto que les habilite, pueden integrarse en la referencia a los sujetos activos “*autoridades o funcionarios*” del delito del art. 320.2 C.P. De modo que, en calidad de autoridades será posible exigir responsabilidad penal a título individual al alcalde si no hubiera delegado la competencia sobre la concesión diligencias. Y si lo hubiere hecho a favor de un órgano colegiado, se exigiría responsabilidad a sus miembros como por ejemplo a los concejales como integrantes de órganos colegiados tales como la Junta o Comisión de Gobierno. También, aunque remota cabe la posibilidad de que se vote y resuelva en el Pleno el otorgamiento de licencias si bien con frecuencia, en las grandes ciudades, dicha competencia puede recaer en los miembros de las Gerencias de Urbanismo. Junto a estas autoridades municipales, también cabrá exigir responsabilidad penal ex. art. 320.2 C.P. a los miembros de organismos provinciales, autonómicos o estatales cuando éstos tengan atribuida la competencia para otorgar las autorizaciones pertinentes para llevar a cabo las construcciones y edificaciones previstas en el art. 319 C.P., (v.gr. autorizaciones en suelo no urbanizable, especialmente protegidos por sus valores culturales, o ambientales, etc...) ⁴⁹³. E incluso es plausible exigir responsabilidad penal por la comisión del delito previsto en el art. 320.2 C.P., a los miembros de las Comisiones Provinciales de Urbanismo, allí donde hubiesen sido constituidas para otorgar, entre otras, licencias de parcelación o de construcción de bienes inmuebles (art. 9.1.7º a) RSCL).

También, según el citado precepto, licencias de modificación de la estructura de dichos inmuebles, implantación de nuevas industrias o reformas mayores existentes.

Veamos ejemplos jurisprudenciales

⁴⁹² En la delegación de la facultad para conceder licencias habrá que atender a los términos de dicho Decreto, porque permitirán verificar si ha habido una extralimitación de las facultades que exoneraría al alcalde delegante de las acciones realizadas por el órgano delegado o si se revocó la delegación adecuadamente. A este respecto téngase en cuenta que por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 27 de septiembre de 1999, RA 2754, declaró la anulabilidad de una licencia otorgada por el alcalde de un municipio cuando éste había delegado la competencia en la Comisión de Gobierno y en el Teniente de Alcalde, sin que constase que se hubiera revocado la delegación en la fecha en la que se dictó el acuerdo de concesión de licencia. No se incurrió en vicio de nulidad, porque la incompetencia no se calificó de manifiesta.

⁴⁹³ (ACALE SANCHEZ, M., “*Delitos urbanísticos*” Barcelona, 1997, pág. 359). NARVAEZ RODRIGUEZ, A. (“*Los delitos sobre la Ordenación del Territorio...*” Op. Cit., pág. 389).

a) El Alcalde o Concejales en quien delegue:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **5 de febrero de 2009**, Roj: SAP O 1780/2009, Nº de Recurso: 1/2009, Nº de Resolución: 27/2009, Ponente: JULIO GARCIA-BRAGA PUMARADA, condena al Alcalde de Sardeu-Ribadesella, por unos hechos situados en la Reserva Natural Parcial de Cova Rosa (Asturias). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **16 de julio de 2010**, Roj: SAP MA 1884/2010, Nº de Recurso: 172/2010, Nº de Resolución: 439/2010, Ponente: MARIA LUISA DE LA HERA RUIZ-BERDEJO condena al Alcalde de Canillas de Albaida. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 9ª, de fecha **20 de octubre de 2010**, Roj: SAP MA 2386/2010, Nº de Recurso: 154/2010, Nº de Resolución: 528/2010, Ponente: MARIA BELEN AROZA MONTES, condena al Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Canillas del Aceituno. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **16 de noviembre de 2010**, Roj: SAP CO 1632/2010, Nº de Recurso: 22/2010, Nº de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO, condena al Alcalde-Presidente de la Entidad Local Menor de Encinarejo de Córdoba. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **13 de diciembre de 2010**, Roj: SAP CC 917/2010, Nº de Recurso: 646/2010, Nº de Resolución: 385/2010, Ponente: VALENTIN PEREZ APARICIO, condena al Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Ceclavín. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª, de fecha **20 de mayo de 2011**, Roj: SAP AL 234/2011, Nº de Recurso: 25/2010, Nº de Resolución: 176/2011, Ponente: TARSILA MARTINEZ RUIZ, señala en los Hechos Probados: “*La licencia de obras para almacén agrícola fue concedida en fecha 26 de enero de 2005 por el igualmente acusado Carlos Miguel -mayor de edad, sin antecedentes penales y en esas fechas Alcalde de Lubrín*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, Nº de Recurso: 263/2006, Nº de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en la que se condena al Alcalde accidental y a los Concejales de la Corporación Municipal de Marbella, analiza los argumentos impugnatorios efectuados por las defensas relativos a que los acusados no puede ser sujetos activos del delito, ya que no le habían sido delegadas las competencias en materia de urbanismo y por tanto carecían de competencia para la concesión de licencias de obras, la Sala lo rechaza^{494 495}.

⁴⁹⁴en el FJ 3º expone: “*De la documental aportada a las actuaciones al inicio del juicio oral se incorporó un Informe realizado por el Catedrático de Derecho Penal Don José Miguel Zugaldia Espinar en el que tras efectuar diferentes valoraciones considera que nos encontramos ante un supuesto de autoría inidónea, y ello en base a que no puede ser sujetos activos del delito los acusados, ya que no le habían sido delegadas las competencias en materia de urbanismo y por tanto carecían de competencia para la concesión de licencias de obras*”

La Sala no comparte tal criterio...” exponiendo el criterio que reproduce en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2006, Roj: SAP MA 1846/2006, Nº de Recurso: 30/2006, Nº de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, señalando al respecto en el FJ 2º:

“*Cierto es que el Art. 21 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que la competencia para la concesión de licencias es una atribución que corresponde al Alcalde, ahora bien también es cierto que es admisible y susceptible de delegar esa facultad conforme a lo especificado en el apartado tercero del propio Art. 21 en la Junta de Gobierno.*”

Igualmente el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en el Artículo 44 dispone:

1. Todas las delegaciones a que se refiere el artículo anterior serán realizadas mediante Decreto del Alcalde que contendrá el ámbito de los asuntos a que se refiere la delegación, las facultades que se deleguen, así como las condiciones específicas de ejercicio de las mismas, en la medida en que se concreten o aparten del régimen general previsto en este reglamento.

2. La delegación de atribuciones del Alcalde surtirá efecto desde el día siguiente al de la fecha del Decreto, salvo que en ella se disponga otra cosa, sin perjuicio de su preceptiva publicación en el Boletín Oficial de la provincia y en el municipal, si existiere.

3. Las normas de los apartados anteriores serán aplicables a cualquier modificación posterior de las delegaciones.

4. De todas las delegaciones y de sus modificaciones se dará cuenta al Pleno en la primera sesión que éste celebre con posterioridad a las mismas.

Por su parte el art. 45 dispone que "Las delegaciones que puede otorgar el Alcalde a tenor de lo dispuesto en el Art. 43,3 Párr. 2º, deberán adaptarse a las grandes áreas en que el reglamento orgánico, en el caso de que hubiera sido aprobado por la Corporación, distribuya los servicios administrativos del Ayuntamiento.

(...) ello no implica que no puedan ser sujetos activos del delito, y ello por un motivo fundamental consistente en que existía una apariencia de que tenían delegadas la competencias en materia de concesión de licencias, el Alcalde Accidental estaba presente y no se hizo constar ninguna circunstancia que revelara una falta de competencia para la concesión de las mismas, ni tampoco por parte del Sr. Secretario del Ayuntamiento se hizo alegación alguna en ese sentido.

(...) la falta de delegación expresa en nada impide que la concesión de la licencia haya surtido aparentemente plenos efectos, como así ha sido, y por tanto ello no supone que los acusados no puedan ser sujetos activos del delito. Estos forman parte de un órgano colegiado, han votado favorablemente a la concesión de una licencia que no se ajusta a un Plan General de Ordenación Urbana previo a su concesión y además no tenían competencias para dictar dicha resolución. Tal circunstancia si se quiere es aún más un plus de antijuridicidad. El tipo penal no exige que tengan la delegación expresa y en la forma establecida en la legislación local aplicable.

Para que no fuese de aplicación el tipo penal del art. 320-2º C.P. por no concurrir la cualidad necesaria en el sujeto activo del delito serían necesarias dos condiciones negativas: que no fuesen concejales los acusados y que no perteneciesen a la comisión de Gobierno o no fuese alcalde accidental. Pero no es el caso, es evidente que los acusados habían sido elegidos concejales por la mayoría del pueblo de Marbella, que estos en su día juraron o prometieron sus cargos, es decir eran concejales de dicho Ayuntamiento, y en su condición de tal pertenecían a la Comisión de Gobierno. Por tanto no es que no sean Autoridad o funcionario en los términos del art. 320-2º C.P, lo que ellos no tenían eran delegada las competencias. No se puede confundir la condición del sujeto activo del delito, con la falta de competencia, en este último caso con mayor razón cometen el delito por ser, un órgano manifiestamente incompetente. Los acusados eran concejales y pertenecían a la Comisión de Gobierno, eso sí, sin competencias que les respaldase, lo que significaba un mayor retorcimiento del derecho al objeto de aplicar el art. 320-2 del C. penal. En el caso que nos ocupa podría existir duda sobre si tenían o no delegadas las competencias lo que nadie ha cuestionado es que eran concejales y pertenecían a la Comisión de Gobierno o como actualmente se denomina Junta de Gobierno Local (Art. 23de la L. R. local.)."

⁴⁹⁵ Con idéntico contenido continúa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, Nº de Recurso: 263/2006, Nº de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS "Las normas han de ser interpretadas sistemáticamente y en su conjunto. Es cierto que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común expone en su disposición adicional primera que las disposiciones del Cáp. II del título. II de la presente ley no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades locales, a los Órganos Colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, pero ello no significa que no tenga el concepto de órgano colegiado sino que su funcionamiento y estructura no se regirá por las normas contenidas en los artículos 22 a 27 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública.

La Sala no tiene la más mínima duda de que la Comisión de gobierno tiene la consideración de órgano colegiado, y prueba de ello es que el Art. 22 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales establece:

1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

b) Comisión de Gobierno:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 15ª, de fecha **29 de junio de 2002**, Roj: SAP M 8611/2002, N° de Recurso: 208/2002, N° de Resolución: 323/2002, Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO, condenó al Alcalde y Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Brunete, teniendo por sujetos activos del delito a la Comisión de Gobierno.

Se ha planteado la cuestión de **si la Comisión de Gobierno tiene la consideración o no de órgano colegiado**. Al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en su FJ 3º:⁴⁹⁶

2. De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente.

Con ello queremos poner de manifiesto que realmente lo que dispone la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública, es que la organización y funcionamiento de los Órganos Colegiados no se regirán por estas normas de carácter general sino a través de las propias contenidas en su legislación específica, es decir La ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como los Reglamentos específicos en la materia.

Más claro si se quiere y así lo conceptúa este mismo Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en su Artículo 43:

1. El Alcalde puede delegar sus atribuciones, salvo las mencionadas en los Art. 21,3 y 71 L 7/1985 de 2 abril, en los términos previstos en este artículo y en los siguientes.

2. El Alcalde puede efectuar delegaciones en favor de la Comisión de Gobierno, como órgano colegiado. En tal caso, los acuerdos adoptados por ésta en relación con las materias delegadas, tendrán el mismo valor que las resoluciones que dicte el Alcalde en ejercicio de las atribuciones que no haya delegado, sin perjuicio de su adopción conforme a las reglas de funcionamiento de la Comisión.

En igual sentido la Ley reguladora de Bases de Régimen local en su Artículo 46 dispone:

1. Los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida y extraordinaria, que pueden ser, además, urgentes.

2. En todo caso, el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones locales se ajusta a las siguientes reglas.

Es decir son tan órganos colegiados como aquellos que se constituyen por ley en la Administración Central o autonómica lo único que ocurre es que se regirán en cuanto a sus normas de funcionamiento por su legislación específica. La existencia del órgano colegiado es un concepto susceptible de aplicar a todo aquel organismo cuya composición se constituye por un número determinado de personas y cuyas decisiones se toman por la mayoría de sus miembros. En definitiva sus decisiones como su nombre indica se toman en comunidad o conjunto de personas.

Consideramos por tanto que en el caso concreto los acusados pueden ser sujetos activos del delito porque, "EN SU CONDICION DE MIEMBROS DE LA COMISION DE GOBIERNO VALIDAMENTE CONSTITUIDA VOTARON FAVORABLEMENTE A LA CONCESIÓN DE UNA LICENCIA DE OBRA QUE NO SE AJUSTABA A LA NORMATIVA VIGENTE A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA E ILEGALIDAD" El hecho de tener o no competencias delegadas en nada afectan al tipo penal, sino que es un plus más de antijuridicidad."

⁴⁹⁶ *"que la interpretación de las normas se ha de efectuar en su conjunto y si bien es cierto La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común expone en su disposición adicional primera que las disposiciones del cap. II del título. II de la presente ley no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades locales, a los Órganos Colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, si bien ello no significa que no tenga el concepto de órgano colegiado sino que su funcionamiento y estructura no se regirá por las normas contenidas en los artículos 22 a 27 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública.*

La Sala no tiene la más mínima duda de que la Comisión de gobierno tiene la consideración de órgano colegiado, y prueba a de ello es que el **Art. 22 del Rgto. Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales** establece:

1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

2. De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente.

Con ello queremos poner de manifiesto que **realmente lo que dispone la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública, es que la organización y funcionamiento de los Órganos Colegiados no se regirán por estas normas de carácter general sino a través de las propias contenidas en su legislación específica, es decir La ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como los Reglamentos específicos en la materia.**

Más claro si se quiere y así lo conceptúa este mismo **Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en su Artículo 43:**

1. El Alcalde puede delegar sus atribuciones, salvo las mencionadas en los Art. 21,3 y 71 L 7/1985 de 2 abril, en los términos previstos en este artículo y en los siguientes.

2. El Alcalde puede efectuar delegaciones en favor de la Comisión de Gobierno, como órgano colegiado. En tal caso, los acuerdos adoptados por ésta en relación con las materias delegadas, tendrán el mismo valor que las resoluciones que dicte el Alcalde en ejercicio de las atribuciones que no haya delegado, sin perjuicio de su adopción conforme a las reglas de funcionamiento de la Comisión.

En igual sentido la **Ley reguladora de Bases de Régimen local en su Artículo 46** dispone:

1. Los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida y extraordinarias, que pueden ser, además, urgentes.

2. En todo caso, el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones locales se ajusta a las siguientes reglas.

Es decir son tan órganos colegiados como aquellos que se constituyen por ley en la Administración Central o autonómica lo único que ocurre es que se regirán en cuanto a sus normas de funcionamiento por su legislación específica. La existencia del órgano colegiado es un concepto susceptible de aplicar a todo aquel organismo cuya composición se constituye por un número determinado de personas y cuyas decisiones se toman por la mayoría de sus miembros. En definitiva sus decisiones como su nombre indica se toman en comunidad o conjunto de personas.”[□]

Asimismo se plantea **si concurre el elemento subjetivo del tipo al no haberles sido delegadas, a la Comisión de Gobierno las competencias en materia de urbanismo.** Al respecto la Sentencia anteriormente citada de la Audiencia Provincial de Málaga, señala en su FJ 4º: “Cierto es que el Art. 21 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que la competencia para la concesión de licencias es una atribución que corresponde al Alcalde, ahora bien también es cierto que es admisible y susceptible de delegar esa facultad conforme a lo especificado en el apartado tercero del propio Art. 21 en la Junta de Gobierno.

Igualmente el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en Artículo 44 dispone:

1. Todas las delegaciones a que se refiere el artículo anterior serán realizadas mediante Decreto del Alcalde que contendrá el ámbito de los asuntos a que se refiere la delegación, las facultades que se

Las anteriores sentencias referenciadas y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de marzo de 2009**, Roj: SAP MA 4075/2009, Nº de Recurso: 43/2009, Nº de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, condena a “*Los acusados, Cosme, Jacobo, Demetrio, Cipriano y José Daniel, todos ellos concejales del Ayuntamiento de Marbella, integrantes de la Comisión de Gobierno de la citada Corporación Municipal*”.

Y en el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO

deleguen, así como las condiciones específicas de ejercicio de las mismas, en la medida en que se concreten o aparten del régimen general previsto en este reglamento.

2. La delegación de atribuciones del Alcalde surtirá efecto desde el día siguiente al de la fecha del Decreto, salvo que en ella se disponga otra cosa, sin perjuicio de su preceptiva publicación en el Boletín Oficial de la provincia y en el municipal, si existiere.

3. Las normas de los apartados anteriores serán aplicables a cualquier modificación posterior de las delegaciones.

4. De todas las delegaciones y de sus modificaciones se dará cuenta al Pleno en la primera sesión que éste celebre con posterioridad a las mismas.

Por su parte el art. 45 dispone que "Las delegaciones que puede otorgar el Alcalde a tenor de lo dispuesto en el Art. 43,3 Párr. 2º, deberán adaptarse a las grandes áreas en que el reglamento orgánico, en el caso de que hubiera sido aprobado por la Corporación, distribuya los servicios administrativos del Ayuntamiento.

Desde luego en el presente caso no se ha acreditado que el Alcalde en su día efectuase la delegación correspondiente y además se procediese a su inmediata publicación.

Por tanto tal extremo no puede ser obviado, pero ello no implica que no puedan ser sujetos activos del delito, y ello por un motivo fundamental consistente en que existía una apariencia de que tenían delegadas la competencias en materia de concesión de licencias, el Alcalde Accidental estaba presente y no se hizo constar ninguna circunstancia que revelara una falta de competencia para la concesión de las mismas, ni tampoco por parte del Sr. Secretario del Ayuntamiento se hizo alegación alguna en ese sentido.

A tenor de la certificación del Sr. Secretario del Ayuntamiento aportada a actuaciones, parece que todas las resoluciones dictadas por la Comisión de Gobierno habrían sido dictadas por un órgano manifiestamente incompetente, no ya sólo esta licencia sino cuantas haya resuelto la Comisión de Gobierno.

Ahora bien llegados a este punto y sin perjuicio de que esta cuestión deba resolverse en la jurisdicción contenciosa administrativa, la falta de delegación expresa en nada impide que la concesión de la licencia haya surtido aparentemente plenos efectos, como así ha sido, y por tanto ello no supone que los acusados no puedan ser sujetos activos del delito. Estos forman parte de un órgano colegiado, han votado favorablemente a la concesión de una licencia que ha sido anulada por el Tribunal Superior de Justicia por no ajustarse a ningún planeamiento vigente y además no tenían competencias para dictar dicha resolución. Tal circunstancia si se quiere es aún más un plus de antijurisdicción. El tipo penal no exige que tengan la delegación expresa y en la forma establecida en la legislación local aplicable.”

RAMOS ALMENARA, señala en su FJ 6º que: “La Sala no tiene la más mínima duda de que la Comisión de gobierno tiene la consideración de órgano colegiado.”⁴⁹⁷

c) Alcalde Accidental, Concejales, Teniente de Alcalde, Alcalde de Barrio y Diputado Provincial:

Con la referencia del art. 24.1 C.P. relativa a los miembros de las corporaciones cabe incluir en ella a los cargos locales, entendiendo por estos, a los concejales, tenientes alcaldes e incluso “*alcaldes de barrio*” (Se trata de aquellos representantes de un alcalde en un núcleo de población que ni siquiera es entidad local menor⁴⁹⁸).

Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de noviembre de 2004**, Roj: SAP SG 429/2004, Nº de Recurso: 73/2004, Nº de Resolución: 71/2004, Ponente: IGNACIO PANDO ECHEVARRIA,

⁴⁹⁷ y prueba de ello es que el art. 22 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales establece...”, añadiendo: “No nos cabe duda que los acusados votaron a sabiendas de la injusticia de aquella licencia, puesto que estos en su condición de Concejales de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Armilla, intervenían activamente en la actividad política municipal y habían otorgado bastantes licencias de obras, sabiendo los pasos esenciales para su aprobación. Pero si encima el secretario dio cuenta de la licencia en cuestión, e hizo advertencia de ilegalidad, y pese a ello la votaron afirmativamente, ello infringe las más elementales normas que deben observar los concejales, puesto que **la llamada actual Junta de Gobierno antiguamente llamada la Comisión de Gobierno, es el Órgano que colabora de forma colegiada en la función de dirección política que al Alcalde corresponde y ejerce las funciones ejecutivas y administrativa que se señalen en el art. 127 de esta Ley (art. 126 de la L. B.R.L.). Disponiendo por su parte el art. 77 de la L.B.R.L. la disponibilidad que tienen todos los miembros de las Corporaciones locales a obtener los datos o informaciones en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.**

Por tanto no pueden limitarse a votar, sino que su obligación es la de cerciorarse que aquellas decisiones que tomen se ajusten a la legalidad, caso contrario es de aplicación lo dispuesto en el **art. 78 del mismo cuerpo legal, es decir que "los miembros de las corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de la misma que los hubiesen votado favorablemente.** □

Con ello queremos poner de manifiesto que difícilmente es admisible que los miembros de la Comisión de gobierno fuesen ajenos a la cuestión relativa a la aprobación de la licencias urbanística, del Nevada, siendo su votación como algo meramente automático, al margen de la notoriedad de la misma.

Además es obligación de estos de informarse previamente para estar lo suficientemente ilustrados sobre el contenido de los expedientes, así lo faculta **el art. 16 de Reglamento de Organización funcionamiento y Régimen jurídico de las entidades locales** en las que se dispone “El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentre de manifiesto a partir de la convocatoria”. Es decir corresponde a los concejales recabar la información necesaria al objeto de estar lo suficientemente instruidos, teniendo en cuenta las decisiones de peso que se adoptan en el ámbito de la dirección local”..

⁴⁹⁸ Así por ejemplo se establece en la Ley autonómica gallega 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia (art. 73.4) en la que se les reconoce como autoridad, en cuanto que representan al primer edil del municipio), así como otros representantes elegidos democráticamente como pueden ser los diputados provinciales.

condena “los acusados, Fermín , Ángel , Jesús Ángel , Alicia , Vicente , Francisco , y, Lázaro , todos ellos mayores de edad, el primero como **Alcalde**, y los demás, como **concejales del Ayuntamiento de Navafria**.”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (condenatoria), Sección 4, de fecha **26 de mayo de 2010**, Roj: SAP CA 1205/2010, Nº de Recurso: 36/2010, Nº de Resolución: 216/2010, Ponente: MARIA INMACULADA MONTESINOS PIDAL, condena al: “*Teniente de Alcalde de El Puerto de Santa María y Delegado del Área de Urbanismo del ayuntamiento*”.

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA, FJ: *Tal situación es importante valorarla, porque ello justifica que no eran meros autómatas, y eran libres para decidir, tenían la obligación de estar debidamente informados, asesorados en orden a cumplir con las funciones que les encomendaron cuando fueron elegidos concejales, y jurídicamente seguir tales directrices, por tanto no se puede sostener su ignorancia, pues no tienen ningún tipo de amparo legal. Además el Secretario General les informó legalmente sobre la cuestión principal para no aprobar la licencia y si lo hicieron ahora tienen que pechar con su responsabilidad penal.*

Por ello el Tribunal considera que también los acusados, concejales de la Comisión de Gobierno, Edmundo, Aureliano, Regina y Héctor, sabían cuales eran sus obligaciones, pues en los asuntos de sus respectivas área, el procedimiento de aprobación era similar, y por tanto son coautores del delito contra la ordenación del territorio del artículo 320-2 del Código Penal, que les imputaba el Ministerio Fiscal y otras acusaciones, al tomar parte directa y voluntaria en su ejecución.”

4. Otras formas de participación:

Son partícipes las personas que no realizan directamente el hecho, sino que contribuyen, colaboran o ayudan a que el autor o autores lo realicen. Participan, por tanto, en un hecho ajeno, en el hecho del autor. No es, pues, la participación una conducta principal, sino **accesoria**⁴⁹⁹, de modo que el hecho delictivo no aparece como propio sino como algo ajeno al partícipe.

En efecto, MIR PUIG, S. habla del **principio de accesoriad limitada de la participación**. Esto significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que depende de éste hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea contrario a Derecho (antijurídico). Un importante problema particular que plantea la accesoriad de la participación es si deben comunicarse al partícipe las condiciones personales del autor o, por el contrario, cada sujeto interviniente debe responder de aquellos elementos personalísimos que sólo en él concurren. En este orden de cosas, este autor entiende que se ha de distinguir entre: si el elemento personal determina una figura del delito específica, será un **delito especial** (por tanto los sujetos que no tengan la condición personal requerida no podrán ser autores de tales delitos, pero sí partícipes en ellos, como inductores o cooperadores necesarios (art. 28 CP) o como cómplices (art.29 CP), teniendo en cuenta que aunque el art. 28 considera autores a los inductores y cooperadores necesarios, por lo que en principio les correspondería la misma pena que el autor y coautor en sentido estricto, el nuevo nº 3 del art. 65 CP, permite imponerles en este caso, como a los cómplices, la

⁴⁹⁹ MIR PUIG, S. habla de *principio de accesoriad limitada de la participación*. En “*Derecho Penal...*”, Op. Cit., pág. 408 y 409.

pena inferior en grado, lo que parte ha venido a responder a una corriente de la jurisprudencia del TS (SSTS 12 feb. 97, 12 jul. 99). Y cuando suponen un **elemento típico accidental**, la modificación de la pena sólo afectará al sujeto que tiene dicha condición, con independencia de si su intervención es a título de autor en sentido estricto o de partícipe.⁵⁰⁰

De forma gráfica puede decirse que mientras el autor tiene el dominio del hecho delictivo, el partícipe es absolutamente accesorio, dependiendo siempre de la decisión del autor. Por ello, puede existir un hecho criminal sin partícipes, pues basta con la existencia de un autor. Pero nunca puede darse un delito sin autor. De aquí que nunca pueda castigarse a los partícipes si no existe un autor (aunque el autor no sea castigado, por ser inimputable, por ejemplo).

Llegados a este punto, es necesario destacar la STS, Penal sección 1 del 04 de Marzo del 2010 (ROJ: STS 1863/2010) Recurso: 1231/2009 | Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO, falla en el sentido de que no ha lugar al recurso de casación contra la SAP de Barcelona, Penal sección 10 del 30 de Marzo del 2009 (ROJ: SAP B 3226/2009) Recurso: 105/2006 | Ponente: JOSE MARIA PIJUAN CANADELL. La sentencia del Tribunal Supremo en el FJ Tercero señala:

TERCERO.- 1.- En el tercero de los motivos se impugna la posibilidad de que el recurrente pueda ser partícipe del delito de prevaricación si no se proclama cometido el tipo del injusto de ese delito por falta del componente subjetivo, que el mismo requiere.

La sentencia de la instancia decide absolver al coacusado, que era Conseller de Treball, al que, en tal calidad, se le imputaba el delito de prevaricación. La razón de tal absolución se predica en los hechos probados donde se dice que: no ha quedado acreditado que el acusado Imanol participara o tuviera conocimiento del acuerdo entre el aquí recurrente y el tercero de los acusados. Este acuerdo entre acusados consistía, según se proclama en el mismo lugar, en: distraer fondos del Departament de Treball mediante la concesión de subvención y el otorgamiento de ciertos contratos.

Declara la sentencia que está probado que el Conseller "firmó la resolución" que concedió la subvención y que también firmó las respectivas resoluciones de adjudicación de las realizaciones de estudios y las que mandaban hacer los correspondientes pagos.

También considera la sentencia que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación. Y afirma tal subsunción de los hechos en el tipo delictivo argumentando que "es evidente que las resoluciones eran prevaricadoras por sí mismas" (?) lo que justifica con la premisa fáctica de que no tenían otra finalidad que la ilícita sustracción de fondos públicos (FJ segundo).

No obstante proclama que no ha quedado acreditada la participación dolosa de la persona que las firma, el Conseller acusado (FJ séptimo). Y, a continuación, tras reconocer que dicha decisión puede resultar "extraña", explica con más detalle que no

⁵⁰⁰ Vide MIR PUIG, S., en "Derecho Penal...", Op. Cit., pág. 411 y 412.

consta acreditado que el citado Conseller tuviera perfecto conocimiento de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones que el aquí recurrente le informó y propuso...⁵⁰¹

2.- Lo anterior ya haría innecesario entrar a considerar si la accesoriedad de la participación, como exigencia de que el hecho en el que se participa sea típico y antijurídico, se satisface si la intervención concurre a un hecho de antijuridicidad meramente objetiva. Es decir, si cabe responsabilizar al partícipe con independencia del componente subjetivo del tipo ejecutado por el autor. Y si por ello, cabría participar en un hecho antijurídico cuyo autor principal está incurso en un error de tipo vencible o que, para él, es invencible.

Nadie puede verse obligado a responder si no es por su propio comportamiento y no por el de otro. Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad del partícipe no es ajeno al carácter injusto de lo hecho por otro, es decir por el autor. Se ha podido decir que en estos supuestos de pluralidad de intervinientes existe una **unidad de hecho** que deriva del **sentido conjunto** de las acciones de autor y partícipe. Si bien con la

⁵⁰¹ la misma no parte de la exclusión de dolo, sino que parte de una exclusión de la culpabilidad del autor del hecho injusto. Así el Conseller vendría exculpado por aplicación del error de prohibición conforme al artículo 14.3 del Código Penal tenido por invencible.

En los hechos probados se relata cómo la tramitación previa y la decisión de propuesta incumbía al recurrente, y que el coacusado Conseller se limitó a firmar la resolución concediendo la subvención y las cuatro resoluciones que adjudicaban la contratación. Lo que hizo según el hecho probado, desconociendo el pacto entre los otros dos acusados penados.

En la fundamentación jurídica, la sentencia recurrida entiende que el citado Conseller no actuó "dolosamente" (FJ séptimo). Pese, a que, entiende que sus resoluciones eran "prevaricadoras". Y, como razón de esa consideración, se establece que no existe prueba de que "tuviera perfecto conocimiento de la injusticia y arbitrariedad de las resoluciones que le fueron informadas y propuestas".

A los efectos de calificar el desconocimiento que se proclama, podría estimarse que el error versa sobre los datos de hecho que el recurrente conocía y ocultó al Conseller: no necesidad de los estudios, inutilidad de sus contenidos, y, más aún, real finalidad malversadora. No obstante, al proclamar que lo desconocido es el carácter injusto de la resolución que firma, lo que se está proclamando es que el sujeto desconocía, no un hecho, sino su naturaleza ilícita.

De ello deriva que el error que funda la absolución atañe exclusivamente al elemento personal del reproche culpabilístico, - conocimiento de la antijuridicidad del comportamiento- cuya ausencia exculpa al autor del acto injusto. Cuando la recurrida afirma que el Conseller actuó sin dolo se está refiriendo pues al denominado *dolus malus*.

El elemento "a sabiendas" expresado en la descripción del tipo de prevaricación, de obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la cuestión de su integración en la determinación del injusto - configurando el dolo- o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento al autor - conciencia de antijuridicidad-. Si advertimos que, con o sin tal conocimiento, las resoluciones eran injustas, poca dificultad acarrea subsumir aquel elemento entre los personales propios del juicio de culpabilidad.

Cuando el tipo objetivo incluye elementos normativos -ajeneidad de la cosa mueble que se toma-, el conocimiento de su concurrencia es, en lo subjetivo, una de sus exigencias. Sin ella el hecho -la toma de esa cosa- no es ilícito. En el delito de prevaricación administrativa la "arbitrariedad" de la resolución es un elemento normativo del tipo. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la del acto de dictarla -posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta - constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el artículo 404 del Código Penal, "a sabiendas de su injusticia" no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición.

Pues bien, siendo así, la absolución del Conseller no implica necesariamente que la sentencia proclame que los hechos cometidos por aquél -resoluciones concediendo subvención y adjudicando contrataciones- no eran injustos. Y así es claro que la objeción puesta a la participación -como supuestamente inviable respecto de un hecho justo- carece de fundamento

advertencia de que, justificada así la responsabilidad, la medida de la misma se determina en función solamente del propio comportamiento.

El problema se suscita en relación al establecimiento de los elementos de ese injusto que pueden considerarse excluibles sin que por ello deje de justificarse la responsabilidad del partícipe, porque lo realizado por el autor sigue siendo injusto.

Se ha dicho por sectores de doctrina autorizados que para dictar un juicio de antijuridicidad, cuando concurren las circunstancias que colman el tipo de una norma prohibitiva, sin que, simultáneamente, concorra ninguna circunstancia objetivamente justificadora, las representaciones del autor acerca de su hecho y la situación no siempre son requeridas en la misma medida. Puede ser suficiente que el autor debiera o pudiera conocer la realización del tipo. La imputación al autor sería a título de imprudencia.

*El artículo 28 del Código Penal, lo que exige, es que los intervinientes, ya sean los "considerados" autores, como inductores o cooperadores necesarios, ya sean los cómplices, participen en la ejecución de **un hecho**. El que realiza el autor principal.*

Tal precepto concibe la participación conforme a la denominada accesoriedad limitada. Basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho del autor está justificado. Es decir, no se admite que la participación esté condicionada, sólo por una accesoriedad mínima.

Cuestión distinta es la admisibilidad de la participación cuando el acto ilícito del autor no reúne todas las exigencias típicas. Nada ha impedido al respecto la admisión como partícipe del sujeto en el que no concurren las objetivas condiciones típicas del autor en los denominados delitos especiales propios. Así no se cuestiona la figura de la inducción por el particular extraneus del delito del funcionario intraneus.

*En cuanto a la relevancia del componente subjetivo del tipo, el autor ha de actuar dolosamente. (Si actuara imprudentemente la participación lo sería en delito de esa naturaleza y solamente en el caso de que existiera la previsión típica de tal modalidad). Pero no se requiere que el dolo del autor sea el denominado *dolus malus* que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el Derecho. Es suficiente el denominado dolo natural o, si se quiere, dolo típico, referido al hecho típico.*

*En el delito de prevaricación ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la **arbitrariedad** debe predicarse de dicho contenido, la valoración de ésta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la transcendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad.*

En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que

dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe.

Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de prevaricación por no actuar "a sabiendas" de la injusticia de su resolución. En consecuencia debe responder como inductor. Sin que tal actuación implique utilización del funcionario como mero instrumento, por lo que no cabe hablar de una verdadera autoría mediata."

El Tribunal señala que "El motivo debe ser rechazado."

Pues bien, en el Código penal existen tres clases de partícipes: **inductores, cooperadores necesarios y cómplices**. Antes de definirlos es preciso aclarar que en los tres casos se trata, desde el punto de vista material, de actos de participación, es decir, de conductas accesorias. Ahora bien, por fundadas razones político-criminales, a los **inductores y a los cooperadores necesarios** se les castiga con la misma pena que a los autores materiales (art. 28, apartado segundo del Código penal), mientras que a los **cómplices** se les castiga con la pena inferior a la señalada a los autores materiales (art. 29 en relación al art. 63 del Código penal).

Se ha discutido si el art. 320 encierra tipos autónomos o si lo son de participación en las conductas descritas en el art. 319.

Para unos autores tanto la conducta de informar como las de resolución o votación del nº 2 serían participaciones en las conductas del art. 319, cuyos sujetos activos son los que tienen el dominio del hecho y son, por tanto, los autores de la edificación o construcción lesiva para la ordenación del territorio. En consecuencia, para que se de el art. 320, delito de participación accesorio, es necesario que se de el de autoría, ya que, se aduce además, que si no se lleva a cabo la edificación o proyecto difícilmente se puede menoscabar el bien jurídico ordenación del territorio, no comportando un mero informe o votación favorable peligro alguno, ni siquiera abstracto para aquel bien jurídico. Por el contrario, si se opta por considerar al art. 320 como prevaricaciones específicas agravadas, esto es, como un delito autónomo de peligro concreto para la ordenación del territorio, no será necesario para su consumación que se lleve a cabo la construcción o edificación. (SANTANA VEGA, M^a D.⁵⁰²) opción esta última que sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como examinaremos al estudiar el concurso con el art. 319 CP, y los tipos de realización imperfecta, y que compartimos.

Como ejemplo de participación encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2^a, de fecha **29 de junio de 2010**, Roj: SAP MA 1769/2010, N^o de Recurso: 155/2010, N^o de Resolución: 394/2010, Ponente: LUIS MIGUEL MORENO JIMENEZ⁵⁰³. Y el Auto de la Audiencia Provincial de

⁵⁰² Vide SANTANA VEGA, M^a D., en "Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)" dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 727.

⁵⁰³ Declara en los Hechos Probados: "Queda probado, y así expresamente se declara, que: Primero.- El acusado Oscar , mayor de edad y sin antecedentes penales, es propietario de la parcela nº NUM000 del

Huelva, Sala de lo Penal sección 2 del **20 de Septiembre del 2011** (ROJ: AAP H 931/2011) Recurso: 168/2011 | Ponente: ANDRES BODEGA DE VAL, señala en su FJ “**SÉPTIMO.- En cuanto a las conductas que se imputaban a la Sra. Lourdes, lo será como partícipe en el delito del artículo 320 a que se refiere el punto 5º de este auto, al ser una beneficiaria del acto administrativo y de la acción que podría declararse penalmente ilícita, y de la que no puede desacatarse su implicación como promotora.**”

polígono NUM001 del término municipal de Salares (Málaga), finca catalogada catastralmente como terreno agrícola y actualmente terreno rústico, quedando el suelo clasificado como no urbanizable, ubicándose dentro de los límites de la Reserva Nacional de Caza "Sierras Tejeda y Almijara", y fuera, aunque próxima, de los límites del Parque Natural de las Sierras Tejeda, Almijara y Alhama", siendo competencia del ente Municipal y de la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía la ordenación urbanística del sector donde se encuadra la parcela.

Con fecha 20/04/1999, el acusado solicitó al Ayuntamiento de Salares licencia de obras para la construcción de vivienda familiar unifamiliar aislada consistente en 120 metros de obra nueva, según informe técnico, licencia que nunca llegó a concederse tanto por la falta de presentación del preceptivo proyecto técnico, que nunca llegó a presentar, así como informa la Secretaria del Ayuntamiento en sentido desfavorable a la autorización, al tener en cuenta la clasificación del suelo y la no aportación de Proyecto Técnico visado. **A pesar de ello, y con pleno conocimiento de la conculcación de la legalidad urbanística, el referido acusado procedió, entre los años 2.001 y 2.007, y en la parcela nº NUM000 del polígono NUM001 del mismo término municipal de Salares (Málaga) de su propiedad, (a) la ejecución de obras de construcción de una vivienda unifamiliar aislada de unos 160 m2.**

Con fecha 12.09.2006, el acusado solicitó y obtuvo autorización para cercado de protección consistente en colocación de alambrada perimetral de la finca sita en " DIRECCION000 ", polígono NUM001 , parcela NUM000 , interesando igualmente en su solicitud autorización para una plantación de especies forestales tales como castaños, nogales...etc; ello no obstante, con pleno conocimiento de su ilicitud, procedió a la construcción de un muro de hormigón, construcción que requería del movimiento de tierras y que tenía por objeto servir a la edificación principal.

Segundo.- El acusado **Remigio**, mayor de edad y sin antecedentes penales, **es Alcalde del Municipio de Salares, habiendo tomado posesión de tal cargo** en el mes de noviembre de 2001. Dicho acusado tuvo, desde el inicio, pleno conocimiento de la ilicitud (de) las obras (que) por el coacusado, Oscar , (se) realizaba en la parcela nº NUM000 del polígono NUM001 del término municipal de Salares, siendo informado en reiteradas ocasiones por la Sra. Secretaria del Ayuntamiento, Doña Elisenda , sobre el estado y contenido en que se encontraba el expediente administrativo, así como de la irregularidad urbanística de dicha construcción, sin embargo, el acusado, plenamente consciente de la ilegalidad, hizo caso omiso a las reiteradas denuncias formuladas por el propietario de la parcela NUM002 del polígono NUM001 , colindante a aquella en la que se realizaba la ilegal obra, así como a la solicitud de información de la Junta de Andalucía respecto al contenido de la denuncia presentada el 18.07.2005, no ordenando la iniciación de actuaciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, y, a los fines de dar a la construcción que se realizaba apariencia de legalidad, a petición del otro acusado, expidió en fecha 4.09.06, "certificado", afirmando que la vivienda unifamiliar aislada situada en " DIRECCION000 ", Polígono NUM001 , Parcela NUM000 , de Salares, construida por D. Oscar está totalmente terminada y reúne las condiciones necesarias de habitabilidad para concederle la calificación de apta para Primera Ocupación.

Tercero.- **Don Victoriano** , es propietario de la parcela NUM002 , polígono NUM001 situada en " DIRECCION000 " y colindante con la parcela NUM000 de dicho polígono, habiendo formulado, ante el Ayuntamiento de Salares y con fecha 18.07.05, **denuncia sobre la irregularidad urbanística de las obras que se realizaban en la parcela colindante.** Dicha denuncia fue igualmente presentada ante la Junta de Andalucía, quien reclamó información al respecto al Ilre. Ayuntamiento de Salares, sin que el ente municipal haya dado respuesta alguna al denunciante, ni haya atendido al requerimiento de información interesado por la Junta de Andalucía. Ante el silencio de la corporación municipal, don Victoriano reiteró en más de nueve ocasiones la denuncia presentada teniendo el acusado y Alcalde de la localidad pleno conocimiento de las mismas. Igualmente, Don Victoriano solicitó del Ayuntamiento, con fecha 29.01.07, y reitera el 27.02.07, licencia para la construcción de naves destinada a actividad apícola, resultando denegada la licencia por lo próximo de la vivienda construida por Oscar y colindante al solicitante de la autorización”.

a) Inducción:

El art. 28, segundo a), castiga “a los que inducen directamente a otros” a cometer un delito. La inducción consiste en determinar, persuadir, instigar o mover a otra persona para que realice un hecho criminal. Supone hacer nacer en otra persona la voluntad criminal que no tenía. Los medios para inducir son indeterminados, pudiendo ser la intimidación, el mandato, el consejo o cualquier otro medio eficaz. Siempre ha de ser mediante influjo psíquico (SSTS 26 mayo 76, 15 dic 78)⁵⁰⁴, y le ha de ser imputable objetivamente al inductor, y de ser directa, que determine a realizar un delito concreto y a un ejecutor determinado (STS 11 ene. 89). Por supuesto, en tipos como el que estudiamos, en que no cabe la imprudencia, se exige dolo en el inductor.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal sección 1 de fecha **25 de Noviembre del 2009** (ROJ: STS 8155/2009) Recurso: 417/2009 | Ponente: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, resolviendo, en sentido estimatorio parcial, el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 2ª, dictada en fecha 14 de noviembre de 2008, afirma: *"Es correcto afirmar que los tipos del art. 404 y 320 son homogéneos, dado que el último sólo extiende la autoría a quienes, sin decidir, informan sobre la materia de la resolución administrativa. Pero la inducción por el delito del art. 320 CP y la autoría del art. 404 CP no son homogéneas. En efecto, no ofrece dudas que el recurrente no fue acusado por haber informado en un proyecto de edificación, ni por haber dictado una resolución en asunto administrativo, sino sólo por haber inducido a quien informaba en los términos del art. 320 CP, es decir por una acción que no consiste en dictar una resolución administrativa injusta en el sentido del art. 404 CP. Por lo tanto, no pudo haber sido interrogado con sentido acusatorio sobre una cuestión que, de acuerdo con la acusación del Fiscal, no formaba parte del objeto del proceso. Por tal razón, el recurrente no pudo conocer la acusación por hechos que, desde el punto de vista de la Audiencia, podrían haber sido calificados como autoría de la acción del tipo del art. 404 CP. Por esta razón, se ha vulnerado el principio acusatorio"*.

La STS, anteriormente citada, Penal sección 1 del 04 de Marzo del 2010 (ROJ: STS 1863/2010) Recurso: 1231/2009 | Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO, falla en el sentido de que no ha lugar al recurso de casación contra la SAP de Barcelona, Penal sección 10 del 30 de Marzo del 2009 (ROJ: SAP B 3226/2009) Recurso: 105/2006 | Ponente: JOSE MARIA PIJUAN CANADELL. La sentencia del Tribunal Supremo en el FJ Sexto señala:

"SEXTO.- De los delitos continuados de prevaricación y de malversación de caudales son criminalmente responsables en concepto de autores los acusados Sebastián y Carlos Ramón.

Respecto del delito continuado de prevaricación, el acusado Sebastián lo es a título de inductor del artículo 28. a) del Código Penal, mientras que respecto del delito continuado de malversación de caudales lo es a título de autor material del mismo artículo 28 primer párrafo, del Código Penal.

⁵⁰⁴ MIR PUIG, S. “Derecho penal...” Op. Cit., pág. 413 a 415.

La Jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que en los delitos denominados de propia mano, o delitos especiales propios como es en el de prevaricación en el caso que nos ocupa, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica, extraneus, sea inductor o cooperador necesario (SSTS 30 de abril de 2003, 21 de diciembre de 1999, 25 de marzo de 1997, 20 de mayo de 1996, 18 de enero y 24 de junio de 1994). Y en el presente caso se dan las notas exigidas para la inducción que, señala la STS 539/2003 de 30 de abril, es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible. Más propiamente, dada la mecánica de los hechos, la participación del acusado Sebastián en el delito continuado de prevaricación es doble, como inductor y como cooperador necesario pues realizó actos sin los cuales las resoluciones prevaricadoras no se habrían dictado. Esta doble participación, como inductor y como cooperador necesario, ha sido admitida por la Jurisprudencia en el citado STS 539/2003 aunque no se debe descartar la posibilidad de que el inductor no se limite a hacer que nazca la resolución criminal en el inducido sino que colabore activamente con actos propios en la realización del hecho, en cuyo caso nos encontraríamos ante una participación dual que reuniría elementos de la inducción y de la cooperación necesaria.

Concurren las notas de la inducción, recordadas en la citada STS 539/2003 a) anterior al hecho punible puesto que es su causa, b) directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado, c) eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido, d) dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce y e) productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito.

Finalmente, la misma STS también señala que la inducción, como cualquier otra forma de participación está regida por el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de «accesoriedad media o limitada» conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare.

El acusado Sebastián fue quien indujo al acusado Norberto a dictar las cinco resoluciones prevaricadoras y lo hizo con plena conciencia de la injusticia y arbitrariedad de tales resoluciones”.

b) Cooperación necesaria:

En el art. 28 segundo b) se contempla la cooperación necesaria, al decir “*los que cooperan con un acto sin el cual no se habría ejecutado*”. Por tanto, se castiga con la misma pena que al autor, a los partícipes que contribuyen de tal modo con su colaboración, que sin la misma los autores no habrían podido ejecutar el hecho. En este sentido, la contribución para ser calificada de necesaria ha de medirse en el caso

concreto, y atendiendo fundamentalmente al apoyo moral o a la contribución motivacional ofrecida al autor, a los medios aportados, etc⁵⁰⁵.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria de un delito de cohecho), Sección 4ª, de fecha **10 de julio de 2007**, Roj: SAP M 12900/2007, N° de Recurso: 44/2001, N° de Resolución: 97/2007, Ponente: JUAN JOSE LOPEZ ORTEGA, señala: “*SSEXTO.- Por idéntica razón debe declararse extinguida por prescripción la responsabilidad de los acusados don Pedro Miguel y doña Celestina*⁵⁰⁶, *cuya conducta es meramente accesoria de la imputada al autor principal.*”

En cualquier caso, es preciso referirse a la tipicidad de su conducta como cooperadores necesarios del delito de cohecho cometido por el funcionario. Someramente, puesto que su responsabilidad también se encuentra excluida, resulta necesario realizar alguna aclaración sobre el régimen de responsabilidad exigible a don Pedro Miguel y doña Celestina, quienes actuaron favoreciendo la realización del delito de cohecho.

Estos acusados, por una parte, mediaron por cuenta de los directivos de SEAT ante el técnico responsable de informar las licencias de obra; por otra, a través de ellos se instrumentó el pago de la remuneración, prestando cuentas invisibles para realizar los trasvases monetarios, en el caso de doña Celestina, y realizando materialmente el pago al funcionario municipal, en el caso de don Pedro Miguel. En ambos casos, aportaciones esenciales para la realización del delito de cohecho, el cual no se habría realizado, o al menos no se habría hecho en las mismas condiciones, de no haber sido por la contribución prestada por estos acusados a la ejecución del hecho delictivo.

*Un supuesto similar al enjuiciado, en el que la contribución al cohecho consistió en fraccionar y entrecruzar cheques, así como desviar fondos a terceras personas utilizando sociedades instrumentales, es el resuelto por el Tribunal Supremo en la STS de 28 de marzo de 2001, en el que tal contribución fue considerada como “**cooperación necesaria**”.*

Ahora bien, puede suceder, como de hecho acontece en el caso enjuiciado, que el intermediario actúe en la doble condición de favorecer la conducta del funcionario y del particular, es decir, participando tanto en un tipo de cohecho pasivo como en uno activo. Supuesto que da lugar a un concurso de leyes entre los dos tipos cumplidos, que se resuelve otorgando preferencia al castigado con la penalidad más grave.”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **5 de febrero de 2009**, Roj: SAP O 1780/2009, N° de Recurso: 1/2009, N° de Resolución: 27/2009, Ponente: JULIO GARCIA-BRAGA PUMARADA, confirma la condena de los acusados Eugenio e María Cristina (unidos en matrimonio, siendo él el Alcalde y ella la que presenta la solicitud de licencia de una propiedad que les pertenece en común), como **autor** él y **cooperadora necesaria** ella del delito de prevaricación cometido, recogiéndose en el FJ 6º: “*existiendo en este sentido una 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*

⁵⁰⁵ MIR PUIG, S., “*Derecho Penal...*” Op., cit., pág. 420 y 421.

⁵⁰⁶ particulares

normativa que esta infringiendo y menos tratándose de una persona que como en este caso **es Alcalde** de un municipio donde se desarrollaron los hechos y que por su condición y cargo que desempeñaba, era más que evidente y ello no deja lugar a duda que tenía que conocer que **la persona estaba solicitando la licencia de obras era su mujer la también acusada María Cristina**, que la obra a ejecutar estaba situada en una zona no edificable y de especial protección, dentro de un espacio incluido en una Reserva Natural Parcial de Cova Rosa, por lo tanto dentro del propio Municipio, que **el terreno en cuestión también era de su propiedad** al ostentar su titularidad juntamente con su esposa la solicitante de la licencia, que de esta manera **se la otorgó así mismo, obviando con ello la obligación que tenía de abstenerse dada su relación tan estrecha de parentesco con la persona que la instaba** y máxime como acabamos de indicar si el también era parte interesada en el asunto, saltándose además el trámite de la CUOTA⁵⁰⁷ ya que no es de recibo que el Alcalde de un Ayuntamiento desconociese que en supuestos como ese, era dicho organismo el que correspondía el autorizar la ejecución de tales obras, dándose por último la circunstancia de que las obras a realizar no se tratan simplemente de reparar unos muros en estado ruinoso y colocar una cubierta sobre los mismos, sino el levantar una nueva construcción auxiliar de una explotación de turismo rural de la que igualmente eran titulares ambos acusados.”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 1972/2011, Nº de Recurso: 117/2010, Nº de Resolución: 114/2011, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO, recoge:

“(…) c) El delito de prevaricación lo cometen tanto **el jurista que materialmente emitió el informe favorable a la concesión de la licencia a pesar de su manifiesta injusticia, como el arquitecto Gustavo, en calidad de cooperador necesario, en la medida en que a través del proyecto ocultó y encubrió una construcción ilegal, concediendo apariencia de legalidad a lo que en origen era ilegal y afirmando en su proyecto con valor de documento público y deber de veracidad que incumbía a su autor, a tenor de lo dispuesto en la Ley de Disciplina Urbanística (art.7.5 Ley 10/1990), que las obras para las que se solicitaban licencia eran conformes a derecho, cuando sabía que no era verdad, contribuyendo con su conducta (si quiera con dolo eventual al crear o incrementar el riesgo o peligro de realización del tipo), a provocar error en la administración, y en concreto en el técnico del Ayuntamiento Raimundo, sabedor de que no iba a acudir al lugar de las obras sino que se fiaría de las manifestaciones que contiene el proyecto por el deber de veracidad que afecta a su autor, y que, por tal motivo, valoró que los aspectos técnicos del proyecto eran conformes con la legislación urbanística y se respetaban los coeficientes aplicables, y a favorecer que pudiera ser concedida la licencia, tal y como así ocurrió.**

La conducta de inducción y de colaboración podría ser igualmente predicable respecto de los acusados Jesús Manuel y de Ofelia, respectivamente, en cuanto al delito de prevaricación urbanística, pero no entraremos en ello al no haberse formulado acusación por el Ministerio Fiscal.

Los tres delitos - aunque a juicio de esta Sala la falsedad y la prevaricación se cometieron en relación de concurso medial -, han de ser penados en relación de

⁵⁰⁷ Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias.

concurso real por respeto al principio acusatorio y porque su punición separada es más favorable.”

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (absolutoria y condenatoria con conformidad) Sección 1ª, de fecha 26 de Junio de 2012, ROJ: SAP IB 1472/2012, Nº de Recurso: 27/2011, Ponente: ROCIO NOBELDA MARTIN HERNANDEZ, dictada con la conformidad de los acusados con el escrito de acusación, recoge: “*Es responsable del delito continuado de prevaricación urbanística del art. 320.1º del Código Penal en concepto de **autor material** conforme al artículo 28 Paulino*⁵⁰⁸”.

*Es responsable en concepto de **cooperadora necesaria** del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1º del Código Penal la acusada Adela*⁵⁰⁹ *conforme al artículo 28 del Código Penal.”*

⁵⁰⁸ “Una vez presentada la documentación, el día 28 de julio de 1999, las licencias fueron informadas favorablemente por el acusado Paulino que era el Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx en el momento.

Paulino , ejecutoriamente condenado por dos sentencias firmes de fecha 28-12-2009 y 14-1-2010 por delitos de prevaricación urbanística y falsedad, emitió su informe favorable a la licencia junto con Claudio , asesor jurídico del área de urbanismo del Ayuntamiento en el momento de la comisión de los hechos.

Estos dos técnicos informaron favorablemente pese a que en el expediente se advertía claramente que se no cumplían los requisitos exigidos por la legislación urbanística para otorgar la licencia.

En efecto, no constaba en el expediente administrativo documentación alguna acreditativa de la existencia de una vivienda, sino todo lo contrario, de las fotografías obrantes en el expediente se deducía claramente la imposibilidad de rehabilitar legalmente las construcciones existentes y además resultaba evidente que éstas habían perdido el uso de vivienda. Ello estaba corroborado por las descripciones de las notas registrales.

Apartándose deliberadamente del contenido y sentido de la ley aplicable y haciendo un uso torticero e indebido de la disposición transitoria 2ª de la Ley de Suelo Rústico se permitió que unas meras ruinas figurasen como construcción en uso de vivienda y posibilitaron así que se realizase unas viviendas de nueva planta donde la ley lo prohibía.

Gracias a estos informes técnicos y jurídicos la licencia fue concedida en la Comisión de Gobierno de fecha 30 de julio de 1999.

El 11 de junio de 2001, Bárbara , renunció a los proyectos de ejecución y dirección de obras de dichas licencias, con lo cual la comisión de gobierno municipal en fecha 19 de julio de 2001 acordó la paralización de las obras.

La nueva propiedad, XXX S.L. estaba participada, administrada y controlada por Victorino y Laureano . Esta sociedad, solicitó en fecha 13 de febrero de 2002 el cambio de titularidad de las licencias, presentando proyecto de ejecución y estudio de seguridad, redactado por los acusados Juan Manuel y David , ambos arquitectos, en libertad de la que no han estado privados por esta causa. Estos dos arquitectos, asumieron el proyecto básico redactado por Bárbara , e igualmente, asumieron las mismas falsedades que se contenían en el proyecto puesto que era obvio que el mismo no se ajustaba a la realidad fáctica.

Todo ello se efectuó con la misma finalidad de dar cobertura de legalidad a la construcción de unas viviendas prohibidas por disposición legal.

En fecha 12 de abril de 2002 se aprobó, con informe favorable del acusado Paulino , el cambio de titularidad de la licencias.

Ambos arquitectos dirigieron la ejecución de las obras. En el curso de las mismas, derruyeron totalmente las ruinas existentes sin comunicar, en absoluto, al ayuntamiento esta situación.

Ello suponía de facto, la construcción de viviendas de nueva planta, que habría sido de imposible autorización y ejecución dadas las circunstancias de terreno protegido (ARIP) y la escasa superficie del mismo.

⁵⁰⁹ “propietaria de la finca (...)

Añadiendo: “Concurre la circunstancia prevista en el artículo 65.3 del Código Penal⁵¹⁰ de no ser funcionario público en relación al delito de prevaricación urbanística respecto de Adela.”

Pues bien, sin querer hacer una interpretación extensiva, es necesario señalar que los **expertos, asesores independientes, técnicos privados, contratados** y otros casos similares, que no siendo funcionarios o autoridades pudieran tener una intervención esencial y decisiva en una construcción o edificación de las previstas en el artículo 320, podrían ser castigados como cooperadores necesarios. Es evidente que la Administración recurre por ejemplo, y cada vez con más frecuencia, a asesores o despachos de especialistas interesando informes, proyectos y documentos similares, los cuales pueden tener a su vez un efecto decisivo en el resultado delictivo final, no es descartable que se pudiera proceder contra los mismos en base **al artículo 28 b) del Código Penal** que considera autores a «*Los que cooperaren a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado*».

Como es sabido, la jurisprudencia ha venido considerado autor por **cooperación necesaria** al que participa en el delito mediante una actividad indispensable, de modo que sin ella no se hubiera llevado a cabo el hecho delictivo en cuestión (Sentencias de 15 de diciembre de 1935, 24 de mayo de 1948, 21 de enero de 1981, 13 de junio de 1985). En la cooperación necesaria lo decisivo es su eficacia, su necesidad y su trascendencia en el resultado finalístico de la acción. En consecuencia, será absolutamente necesario estar a estos requisitos con el fin de saber, en cada caso

Estos terrenos tenían la consideración de suelo Rústico Protegido por estar clasificados en virtud de la Ley de Espacios Naturales de las Islas Baleares (Ley 1/1991 de 30 de Enero), como suelo No Urbanizable de Especial Protección con la categoría de Área Rural de Interés Paisajístico (ARIP).

Dado el nivel de protección legal vigente y la escasa superficie de la parcela, era imposible, legalmente, autorizar la construcción en dicho terreno de una vivienda unifamiliar aislada de nueva planta.

En efecto, legalmente no podía construirse una vivienda nueva en ninguna de las parcelas y dado que en ese momento no existía ninguna vivienda en uso, tampoco podía reformarse vivienda alguna.

En fecha 19 de agosto de 1999 esta acusada, en libertad de la que no ha estado privada por esta causa, actuando en nombre propio y en representación de Dña. Cristina, Dña. Miriam , y D. Víctor , vendió, a Victorino que actuaba como legal representante de la mercantil MIRADOR DE PONENT S.L. las dos fincas indicadas por valor de 25 millones de las antiguas pesetas (se escrituran en 11 millones de pesetas la NUM019 y en 14 millones la 392). Debe señalarse que la acusada había adquirido la finca NUM020 el 27-1-1997 por precio de únicamente de 1,5 millones de pesetas.

Previamente a la venta, Adela realizó cuantas gestiones fueron necesarias para que en esos terrenos, pese a la imposibilidad legal, se otorgase licencia que amparase una vivienda y así incrementar el valor de los terrenos.

Con esta intención, el día 18 de noviembre de 1998, Adela solicitó certificación acreditativa de la antigüedad y superficie de las edificaciones existentes parcelas anteriormente referenciadas.”

(...)

“Las fotografías que la promotora Adela aporta en ambos expedientes de solicitud de licencia corresponden a la misma ruina. Ello propició, la concesión de las licencias lo que aumentó considerablemente el valor de venta de las parcelas con el consecuente beneficio para la propietaria/promotora.”

⁵¹⁰ Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.

concreto, si pudiera o no ser factible el recurso a esa forma de autoría que es la cooperación necesaria. Recuérdese además que, según el artículo 121 del Código Penal, el Estado, la Comunidad Autónoma, etcétera, responden subsidiariamente por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando éstos sean «...contratados de la misma».

Se trata de un planteamiento doctrinal, avalado por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 y de 24 de junio de 1994, entre otras), en el sentido de que en los delitos especiales, tanto los propios como los impropios, cabe la participación punible de terceros a título de cooperadores necesarios o de inductores, admitiendo incluso la autoría mediata. De tratarse de inductores habría que remitirse, lógicamente, al **artículo 28 a) del Código Penal** (también serán consideradas autores de un delito «los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo»).

En cualquier caso, es necesario afrontar el tema con un importante grado de cautela, ya que una interpretación extensiva sin una adecuada base o fundamento podría llevar a considerar autorías que no son sino meras formas de participación intentada VERCHER NOGUERA, A.⁵¹¹. Tal sería el caso de las intervenciones en la materia de los miembros de las Comisiones Informativas de los Ayuntamientos, que llevan a cabo estudios, informes o respuestas a consultas que han de ser sometidas a la decisión del Pleno.⁵¹²

La STS 5 feb. 2001 declara que el TS viene afirmando, desde la STS 11 de junio de 99, que mientras que la actividad del cómplice es secundaria, accesoria o auxiliar, el cooperador necesario aporta: 1) una *conditio sine quae non* del delito; 2) que constituye un bien escaso; y 3) que implica dominio del hecho porque su retirada impediría el delito. Así también SSTs 245/2003, 21 feb., 1315/2005 de 10 nov., 37/2006 de 25 en., 891/2006 de 22 set., 1018/2006 de 26 oct., 575/2007 de 9 jun., 790/2007 de 8 oct., 856/2007 de 25 oct., y 891/2006 de 22 set.⁵¹³

c) **Complicidad:**

Por fin, el art. 29 define como cómplices a: “los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

Como forma de participación, consiste en una contribución al hecho dominado y ejecutado por el autor material. La contribución se concreta en la realización de actos de colaboración anteriores o simultáneos a la ejecución del delito.

Por lo general la calificación de **cómplice** deberá reservarse a los casos en que los expertos externos -sin título habilitante como funcionarios-, no realicen materialmente los citados informes sino que coadyuven o colaboren en la tarea de informar proyectos o licencias que materialmente realice otro funcionario de la Administración local, regional o autonómica.

⁵¹¹ Vide VERCHER NOGUERA, A.: “LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA...” Op. Cit., pág. 160.

⁵¹² SIERRA LÓPEZ, M.V., “La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del artículo 404 del Código Penal”, Actualidad Penal, nº 36, 8 de octubre de 2000, pág. 777.

⁵¹³ MIR PUIG, S., “Derecho Penal...” Op., cit., pág. 420 y 421.

Así encontramos los siguientes ejemplos jurisprudenciales:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha **31 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 2205/2011, Nº de Recurso: 72/2010, Nº de Resolución: 126/2011, Ponente: MONICA DE LA SERNA DE PEDRO:

*“Son responsables del delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1º del Código Penal en concepto de **autores materiales** conforme al artículo 23 Moises que informó favorablemente la licencia urbanística. Es responsable en concepto de **cómplice del delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1º del Código Penal la acusada Elvira conforme al artículo 29 del Código Penal puesto que realizaron actos que facilitaron completar un expediente administrativo con una cierta apariencia de legalidad que posibilítase la licencia ilegal.**”*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **9 de diciembre de 2011**, Roj: SAP GC 2437/2011, Nº de Recurso: 26/2010, Nº de Resolución: 113/2011, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA, declara en su FJ: *“PRIMERO.- Como primer punto es importante destacar que el suelo afectado por la actuación urbanística que ha dado lugar a los hechos objeto de enjuiciamiento, es suelo rústico que exigía preceptivamente la calificación territorial que competía al Cabildo de Lanzarote, pues así claramente lo señala la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 2 de Las Palmas de fecha 13 de noviembre de 2003 -folios 715 a 719-, que fuere confirmada por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 4 de mayo de 2005 -folios a 720 a 723-, sin que este órgano de la jurisdicción penal sea competente para alterar dicha determinación, pues correspondiendo a la jurisdicción contenciosa en su ámbito jurisdiccional propio el control de los actos de la Administración conforme a la normativa sectorial de aplicación, no puede llegar esta Sala a consideraciones jurídico-administrativas distintas, **de tal forma que una cosa es que con base al principio de improrrogabilidad de la jurisdicción penal, los órganos de esta última jurisdicción extiendan su competencia a los solos efectos de la represión, a las cuestiones administrativas prejudiciales propuestas con los hechos perseguidos, y otra muy distinta es modificar un criterio jurídico ya expresado por la jurisdicción definitivamente competente para conocer del asunto, lo cuál está vedado a este órgano de enjuiciamiento conforme al principio de división de jurisdicciones**”.*

Condenando a:

- el acusado Millán -aparejador municipal- emite informe técnico el 21 de octubre de 1993 -folios 133 y 134- en el que ubica los terrenos en cuestión en zona de poblados rurales según Plan General de Ordenación de Yaiza, haciendo mención a la posibilidad de edificación cumpliéndose determinadas condiciones, a la par que hace mención al PIOT de Lanzarote que lo calificaba como suelo rústico de asentamiento rural en el núcleo de población de Las Brenas, autorizándose la edificación con determinados condicionantes.(...)

- Coincide con esta apreciación el también acusado Gustavo, al reconocer en su declaración plenaria "que cree que el Plan de Yaiza del 73 no está adaptado al Plan

*Insular de Lanzarote", manifestación que debe entenderse mucho más tajante de la que pretende aparentar al venir de quién fuere **Alcalde** de dicho municipio -según sus propias palabras- desde 1994 hasta 2007, siendo concejal desde 1983, y por tanto debiendo conocer fuera de toda duda razonable cuál era la situación urbanística general de su municipio.(...)*

-FJ 3º.- Respecto de las licencias de segregación obrantes a folios 395 y ss., el acusado Abel señala que la unidad mínima de cultivo en suelo rústico es de 10.000 metros -Decreto 80/1994, de 22 de abril-, si bien el PIOT de Lanzarote lo fija en 1.000 metros cuadrados cuando se encuentra el terreno dentro de un asentamiento rural, entendiéndose que por darse esta característica, era viable la parcelación.

FJ 4º.- Con todo y recapitulando, todas las licencias urbanísticas concedidas -salvo y con las reservas que acaban de exponerse, la correspondiente a la parcela 1-, contrarían de forma manifiesta la normativa urbanística de aplicación, al recaer sobre suelo rústico, siendo exigible la previa calificación territorial, tal y como señala la jurisprudencia contencioso en las resoluciones indicadas, habiéndose pues concedido en contraposición con dicha normativa. (...)

FJ 6º.- Nos encontramos pues con una torticera interpretación de la normativa urbanística en vigor, puesta al servicio particularizado de intereses ajenos a la función pública con inmediata finalidad de alterar el régimen jurídico del suelo para -contrariamente a la legalidad aplicable- crear suelo urbano donde no lo había, y posibilitar luego una consolidación de las nuevas edificaciones con una apariencia de legalidad y con afectación de terceros de buena fe -los compradores- que forzarán en su momento una modificación de esa normativa urbanística con acomodación a esa realidad que lesionará de forma manifiesta el interés general que preserva la norma penal objeto de examen.

*Indudablemente dicha interpretación la aprecia esta Sala en la actuación del **técnico del Ayuntamiento de Yaiza, el acusado D. Millán**, que con una particularísima interpretación de la normativa urbanística, llega a calificar literalmente el suelo afectado por la actuación sometida a la consideración de esta Sala como solares (...)*

Su conducta se ajusta pues, al entender de los miembros de esta Sala, al tipo penal objeto de acusación del art. 320.1 del CP vigente en la fecha de los hechos, y que en lo que ahora interesa no ha sido objeto de modificación en términos que le resulten más favorables por la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio.

*SÉPTIMO.- En parecidos términos cabe calificar la actuación del acusado D. Victorino, a la sazón **Secretario del Ayuntamiento de Yaiza** en las fechas en que se concedieran las licencias urbanísticas en cuestión, y que **como garante de la legalidad en su concesión, faltando a su deber jurídico, diera viabilidad con su pasividad a que se aprobasen**, máxime en cuanto era consciente de la verdadera situación de las parcelas en cuestión, realizando una conducta que va más allá del mero impulso procedimental en cuya defensa se ampara, al señalar que se limitara a emitir informes de tramitación.(...)*

Con todo, para dicho acusado -y dada su posición jurídica en el Ayuntamiento- era conocido la necesidad de un informe de compatibilidad que no constaba en los

expedientes, pese a lo cuál daba viabilidad a su aprobación con su firma en los sucesivos Decretos de concesión dictados.

Por tanto y en suma, entendemos que su actuación encaja en el tipo penal objeto de acusación del art. 320.1 del CP.

*OCTAVO.- Respecto del también acusado D. Abel” (el aparejador municipal), “ya hemos señalado que **informara favorablemente a las licencias de segregación obrantes a folios 395, aplicando un planeamiento municipal que no estaba en vigor, incluyendo pues la finca matriz dentro de un núcleo de asentamiento rural sin ser ello así conforme al PIOT de Lanzarote (...), pues precisamente englobó -aun indebidamente- la finca en cuestión dentro del núcleo de Las Brenas para posibilitar con ello su segregación en varias parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo,(...)”.***

Finalmente la Sentencia examinada absuelve al Alcalde.

Por último, y siempre que haya habido acuerdo previo entre, el **Colegio profesional, y el funcionario encargado de informar,** se podrá castigar como complicidad, al no ser determinante de la decisión final que adopte el funcionario facultativo con capacidad para informar.

5. Colegios Profesionales: Visado:

Se plantea la cuestión de si estarían incluidos los facultativos privados (arquitectos o ingenieros) que como miembros de Colegios profesionales emiten informes para la Administración relativos a materias urbanísticas.

Para un sector de la doctrina no cabría incluir a estos técnicos miembros de Colegios profesionales dentro del elenco de posibles autores del art. 320 CP bien porque no se considera que el visado pueda tener la consideración de informe, o bien porque se estima que simplemente tales profesionales por imperativo legal no reúnen la condición de funcionario, siendo todo lo más cooperadores necesarios o no.

En efecto, dicho sector doctrinal entiende que este es un supuesto ya analizado ampliamente por la doctrina (BOIX REIG, J., y JUANATEY DORADO, C.⁵¹⁴; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A.⁵¹⁵; FARRÉ DÍAZ, E., y DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.⁵¹⁶; MATELLANES RODRÍGUEZ, N.⁵¹⁷) y podría resumirse en la siguiente cuestión: ¿los miembros de los colegios profesionales, han de considerarse autoridad o funcionario público a los efectos del artículo 320? La respuesta dada en un primer momento, tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 fue la de que «*si no se quiere extender*

⁵¹⁴ BOIX REIG, J., y JUANATEY DORADO, C.: “Comentarios al Código Penal de 1995. Coord. T. Vives Antón, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 1582.

⁵¹⁵ NARVAEZ RODRIGUEZ, A.: “La responsabilidad penal de la Administración”, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 270, 21 de noviembre de 1996, pág. 2.

⁵¹⁶ FARRÉ DÍAZ, E., y DOMÍNGUEZ LUIS, J. A.: Los delitos relativos a la ordenación del territorio, Valencia, Ediciones de la Revista General de Derecho, 1998, pág. 168 et seq.

⁵¹⁷ MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: Medio ambiente y funcionarios públicos, Barcelona, Bosch Editorial, 2000, pág. 257 et seq.

excesivamente el ámbito de aplicación del artículo 24, habrá que responder a esta cuestión de manera negativa» (BOIX REIG, J., y JUANATEY DORADO, C.⁵¹⁸).

Sin embargo, otros autores los consideran sujetos activos de este delito por las siguientes razones: **en primer lugar**, por que estos al expedir los visados certifican que un determinado proyecto cumple con la normativa específica, esto es, informan que el proyecto en cuestión se adecua a la normativa urbanística correspondiente.

A este respecto, y teniendo en cuenta que el artículo 242.7 del anterior TRLS de 1992 (cuya redacción era «*Los Colegios Profesionales que tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos, si observaren el incumplimiento de la legislación urbanística pondrán en conocimiento de la administración competente dicha presunción, denegando el visado*»), fue declarado inconstitucional, tras lo cual remite al artículo 228.3 del Texto Refundido de 1976, y a los artículos 46 a 50 del Reglamento de Disciplina Urbanística, todo ello en relación con lo dispuesto en la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, resulta muy significativa la rubrica del Capítulo V (arts. 45 y ss. que desarrollan este principio de manera más casuística y detallada) de dicho RDU al señalar: “*Otras medidas tendentes a la protección de la legalidad en materia de licencias*”, estableciendo concretamente el artículo 46 que “*Los Colegios profesionales que tuvieran encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencias denegarán dicho visado a los que contuvieran alguna infracción grave y manifiesta de normas relativas a parcelaciones, usos de suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas*”.

GORRIZ ROYO, E., entiende que ciertamente la redacción de estos preceptos parece llevar a la conclusión de que, en este supuesto concreto, los colegios profesionales afrontan una labor de colaboración directa con la Administración para el control de la legalidad, asumiendo por lo tanto la función pública propia de la misma. En principio, no parece, sin embargo, que los colegios profesionales tengan por cometido asumir el ejercicio de la función pública que es propia de la Administración.

Para esta autora, el artículo 1 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, modificada por la Ley 64/1978, de 26 de diciembre, define a los colegios profesionales como corporaciones de Derecho público, pero cuyos fines esenciales son la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.

En consecuencia, como señala la sentencia de 8 de marzo de 1990 de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la configuración de estos colegios como corporaciones de Derecho público, en contraste con sus fines preponderantemente sectoriales, implica que no son administraciones públicas en sentido estricto.

Además, según señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, en sentencia de 19 de febrero de 1990, «*sin perjuicio de reconocer que los colegios profesionales son corporaciones de Derecho público de carácter sectorial que*

⁵¹⁸ BOIX REIG, J., y JUANATEY DORADO, C., “Comentarios al Código Penal de 1995...” Op. cit, pág. 1582.

defienden el interés objetivo de la profesión -artículo 36 de la Constitución-, su cometido no puede ampliarse a aquellos ámbitos reservados a la Administración...».

En cualquier caso, en lo que respecta a los colegios profesionales en el contexto urbanístico y específicamente a los Colegios de Arquitectos, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha excluido otra función que la de servir de instrumento preventivo y auxiliar de la disciplina urbanística de los Municipios, sin que ello suponga en ningún momento la sustitución del control urbanístico que ha de venir representado por el acto formal de la concesión de la licencia (Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1981). Todo ello sin olvidar, además, que en la actualidad ya no puede mantenerse, al menos con carácter general, que el proyecto técnico debe presentarse con visado colegial y que éste último constituye un requisito esencial DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.⁵¹⁹). De hecho las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas han suprimido el visado del proyecto por parte del Colegio como requisito para la concesión de las licencias (tal es el caso del artículo 2.2 de la Ley 3/87, de 8 de abril de Asturias).

En segundo lugar, el TC ha considerado que los Colegios profesionales ostentan ciertas potestades públicas (SSTC 153/96; 219/89) entre las que se encuentran la de visar un proyecto. Además, estas razones se ven reforzadas por el carácter instrumental que de funcionario público se recoge en el art. 24 del CP. Por esta razón, también se incluirán los arquitectos e ingenieros que, como contratados específicos al servicio de las Administraciones públicas, emitan informes para ellas. (SANTANA VEGA, M^a D.⁵²⁰).

Hay que reconocer, no obstante, que el planteamiento acabado de formular no es unánime.

GOMEZ TOMILLO, M., por ejemplo, mantiene, remitiéndose a la doctrina administrativista, que la labor de los colegios profesionales es una labor de auténtica función pública⁵²¹. Destaca, además, que en el ámbito concreto objeto de análisis, y remitiéndose de nuevo a la doctrina administrativista, *«el visado es un acto administrativo emanado de un ente público en el ejercicio de una potestad administrativa y, evidentemente, no persigue un interés individual, sino general, social o colectivo»*⁵²². No parece, sin embargo, que pueda ser admitida dicha postura, en opinión de VERCHER NOGUERA, A.⁵²³, pues, este autor mantiene que, además de lo dicho con anterioridad, y que supone rechazar de plano esta última perspectiva acabada de exponer, el hecho de que las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas hayan suprimido el visado del proyecto por parte del Colegio como requisito para la concesión de las licencias, implicaría que en algunas Comunidades Autónomas los colegios podrían ser autores del delito del artículo 320 y en otras no. Esto último repugna (VERCHER NOGUERA, A.⁵²⁴), de entrada, a cualquier perspectiva

⁵¹⁹ DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: *Intervención en el uso del suelo, en Derecho Urbanístico Estatal y Autonómico*, Tomás Quintana López, Coord. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 666.

⁵²⁰ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en *“Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)”* dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 725.

⁵²¹ GOMEZ TOMILLO, M., “Urbanismo, Función pública y Derecho Penal”, Granada, 2000, pág. 85.

⁵²² GOMEZ TOMILLO, M., “Urbanismo, Función pública...”, Op. cit., pág. 86.

⁵²³ Vide VERCHER NOGUERA, A., *“LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA, Aspectos penales prácticos sobre urbanismo...”* Op. cit., pág. 162.

⁵²⁴ VERCHER NOGUERA, A., *“LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA, Aspectos penales prácticos sobre urbanismo...”* Op. cit., pág. 161.

medianamente racional en el contexto penal, por tratarse de un claro quebranto del principio de igualdad de los españoles ante la Ley reconocido en el artículo 14 de la Constitución (“*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”).

Una cosa es que exista normativa autonómica de diverso contenido que pueda ser utilizada para completar una norma penal en blanco en el contexto ambiental. Es evidente que las diferencias que pudieran aparecer a la hora de aplicar la norma penal como consecuencia de esa complementación, están hasta cierto punto justificadas en base al principio conocido como «*diferencia locacional*»⁵²⁵.

Pero otra cosa muy distinta es que la existencia de diferentes sistemas organizativos o formas de funcionar en los Colegios Profesionales competentes en materia de urbanismo u ordenación del territorio, pudieran llegar a modificar o ser incluso determinantes de la forma de aplicar el artículo 320 del Código Penal.

De todas formas, y esto es importante ponerlo de manifiesto⁵²⁶, aunque en la actualidad el control previo que representa el visado colegial se refiera más a aspectos urbanísticos, su naturaleza inicial, ciertamente desbordada, lo concebía como una técnica de control corporativo referida únicamente a la verificación de la identidad y habilitación del profesional, la corrección e integridad formal de la documentación técnica integrante del trabajo y la observación de las normas colegiales sobre ejercicio profesional y deontología en relación a los encargos y contratación de los servicios ACALE SÁNCHEZ, M.⁵²⁷. Hoy en día la actuación de los Colegios Profesionales está todavía encaminada a controlar la actuación profesional de los colegiados, por más que a la supervisión y observación de la legalidad urbanística esté también prevista, como destacan los artículos 46 a 50 del Reglamento de Disciplina Urbanística.

FERNANDEZ APARICIO, J.M.⁵²⁸ plantea la cuestión de si alguna responsabilidad penal puede derivarse para la persona encargada de visar los proyectos de los técnicos en donde se evidencie la conculcación de la legalidad urbanística y pese a ser conocedor los vise. Al respecto indica que el art. 46 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 establece un control de legalidad similar a los establecidos respecto a notarios y registradores, lo que debe conducir a la conclusión de existir, dificultades para tachar tales conductas de delictivas aunque que duda cabe de

⁵²⁵ RODRIGUEZ RAMOS, L., señala que: “... *las Comunidades Autónomas tienen competencia, según el artículo 149.1º.23 para dictar normas adicionales de protección del medio ambiente, que también marcarán los límites de lo lícito y lo ilícito en cuanto a la contaminación de cada Comunidad Autónoma diversidad, posible diversidad de vigencia material de la ley penal en diversas Comunidades Autónomas que no tiene nada de extraño, dada la también diversidad de necesidades de protección de cada uno de los recursos naturales y de sus conjuntos en los distintos espacios geográficos, pues precisamente en las cuestiones ambientales se suele admitir la “diferencia locacional”. Entiende este autor que este punto es de enorme importancia al suscitarse el posible uso de disposiciones ya no sólo de rango autonómico sino incluso locales para completar el artículo 319*”. En “*Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente*”, en *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación*, nº 1, 1994, pág. 905.

⁵²⁶ VERCHER NOGUERA, A., “*LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA, Aspectos penales prácticos sobre urbanismo...*” Op. cit., pág. 162

⁵²⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.: “La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Título XVI del Código Penal: Especial referencia al artículo 320”, en *Poder Judicial*, nº 47, 1997, pág. 129.

⁵²⁸ Vide FERNANDEZ APARICIO, J.M., “*Novedades en la protección penal...*” Op. cit., pág. 28v.

que si hubieran actuado correctamente podría haberse al menos entorpecido la conducta del delincuente urbanístico.

Y en lo que hace al visado del Colegio de Arquitectos y su pretendido alcance, se ha de poner de relieve que los Estatutos Particulares del Colegio de Arquitectos de Sevilla, aprobados en Asamblea General Extraordinaria de 29 de enero de 2002, en su art. 38 b) dicen que *"El visado tiene por objeto comprobar la suficiencia y corrección formales de la documentación integrante del trabajo, en especial con respecto a las normas legales y colegiales sobre especificaciones técnicas obligatorias y requisitos de presentación sin entrar en el contenido propio de la documentación"*. Por lo que entiende este autor que su constancia en un proyecto en modo alguno prejuzga la plena adecuación de éste a la normativa urbanística en vigor.

Así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 27 de septiembre de 2004, Roj: STS 5943/2004, N° de Recurso: 1675/2003, N° de Resolución: 1043/2004, Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBÁÑEZ (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha 17 de enero de 2003, Roj: SAP SE 183/2003, N° de Recurso: 2428/2002, N° de Resolución: 4/2003, Ponente: ANGEL MARQUEZ ROMERO) al señalar en su FJ 2º: *"Aduce también el recurrente que las actas de deslinde no habrían sido declaradas nulas por la jurisdicción administrativa, pero no es así, sino que la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía afirma de los expedientes de deslinde que "su ilegalidad es evidente por lo burdo del procedimiento". Y en lo que hace al visado del Colegio de Arquitectos y su pretendido alcance, se ha de poner de relieve que los Estatutos Particulares del Colegio de Arquitectos de Sevilla, aprobados en Asamblea General Extraordinaria de 29 de enero de 2002, en su art. 38 b) dicen que "El visado tiene por objeto comprobar la suficiencia y corrección formales de la documentación integrante del trabajo, en especial con respecto a las normas legales y colegiales sobre especificaciones técnicas obligatorias y requisitos de presentación sin entrar en el contenido propio de la documentación". Por lo que su constancia en un proyecto en modo alguno prejuzga la plena adecuación de éste a la normativa urbanística en vigor."*

Finalmente, ACALE SANCHEZ, M., también entiende que la intervención de los Colegios Profesionales resulta sobrevalorada al no tener todos ellos (los Colegios) encomendado el visado de proyectos técnicos, y, añade esta autora, además aunque se configuren como un informe, ciertamente preceptivo, carece de todo valor vinculante para el Ayuntamiento, en la medida en que la negativa del visado colegial en modo alguno puede impedir la incoación del correspondiente procedimiento administrativo sobre otorgamiento de licencias: *"otra cosa sería tanto como trasladar una competencia que es propia de la Administración pública local a la Administración corporativa"*, parecer que compartimos.

Como ejemplo de la anterior postura encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **24 de junio de 2002**, Roj: SAP S 1336/2002, N° de Recurso: 5/2002, N° de Resolución: 15/2002, Ponente: JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA. Recurrida en Casación (La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 31 de octubre de 2003, Roj:

STS 6782/2003, N° de Recurso: 1843/2002, N° de Resolución: 1440/2003, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN), que recoge entre los Hechos probados:

“El proyecto había obtenido el Visado de dicho Colegio Profesional el 12 de febrero de 1996, pero en él dicho colegio había hecho constar un sello advirtiendo que "aun incurriendo -en parte-, en infracciones establecidas en el art. 226,2 de la Ley del Suelo, figura ya ejecutada la construcción correspondiente que cumple con las condiciones técnicas exigibles...”.

E. Sujeto Pasivo:

El sujeto pasivo del delito es el titular del bien jurídico protegido, es decir, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro.

Es un concepto distinto del sujeto pasivo de la acción, que es la persona sobre la que recae la conducta típica.

Sujeto pasivo pueden serlo tanto personas físicas como personas jurídicas. Entre éstas destacan el Estado o las sociedades mercantiles, civiles o públicas.

En el tipo penal objeto de estudio, el sujeto pasivo es la colectividad, en los términos exigido en el apartado.

F. Tipo Objetivo: Conductas Típicas:

En nuestro Derecho Penal⁵²⁹ se consagra el principio de responsabilidad por el hecho por el que la conducta humana voluntaria es presupuesto del delito y determina la interdicción del castigo de pensamientos o ideas (STS 1166/99, 16-7). La acción y la omisión son las dos formas posibles de exteriorización del comportamiento humano que pueden generar responsabilidad penal (SSTS 2230/01, 27-11; 1877/00, 7-12). Se trata de un concepto normativo de comportamiento, no puramente natural, por lo que la cuestión de cuándo concurren uno o varios hechos depende de la descripción típica (STS 348/04, 18-3). La omisión de una determinada conducta será típica cuando así se prevea expresamente en un tipo –omisión pura- y cuando en los delitos de resultado concurren los requisitos de la comisión por omisión (art. 11). El principio de responsabilidad por el hecho no excluye el castigo de los delitos cometidos a través de una persona jurídica art. 31 bis.

⁵²⁹ CORCOY BIDASOLO, M., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 50.

Se acoge aquí, como en el art. 5, el principio de responsabilidad subjetiva que excluye la responsabilidad objetiva y, en consecuencia, el denominado caso fortuito. Consecuencia de este principio es que está proscrita la preterintencionalidad, en sentido estricto en los delitos cualificados por el resultado. La conducta humana debe ser dolosa o imprudente y sólo a éstas se puede imputar el resultado. (Preámbulo apartado 3). En el tipo objeto de estudio no se contempla la modalidad imprudente por lo que no se puede castigar ex art. 12 del CP.

Para poder afirmar que un comportamiento es típico es necesario comprobar que está previsto en la ley como delito⁵³⁰. Y para ello hay que analizar cada uno de los elementos o requisitos recogidos en el concreto tipo penal que se estime aplicable⁵³¹. Debe verse si ese comportamiento ha afectado al bien jurídico protegido en dicho tipo, si el autor reúne las características previstas en el mismo, si la conducta coincide con la descrita, entre otros aspectos.

El tipo penal objeto de estudio contempla la acción y la omisión en el art. 320.1 CP y la acción y la comisión por omisión en el art. 320.2 CP, pero con carácter previo debemos detenernos en la incidencia de la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, y en la vigencia de la normativa a aplicar.

Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (aplicación de la Ley temporal) y Publicidad de las normas (art. 9 C-78)

Como consecuencia de la entrada en vigor de la reforma citada, seis meses después de su completa publicación en el BOE, han aparecido actuaciones en las que no se puede sancionar al ser atípicas en el momento de cometerse. En efecto, veamos algunos ejemplos jurisprudenciales.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 28 de julio de 2011, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA, recoge en el FJ 5º:

⁵³⁰ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (absolutoria), Sección 10, de fecha 25 de abril de 2002, Roj: SAP B 4264/2002, Nº de Recurso: 83/2000, Ponente: DANIEL ALMERIA TRENCO, recoge en su FJ 2º: “*son principios constitucionales consagrados en nuestro ordenamiento el de legalidad y prohibición de retroactividad de las normas penales (arts. 9.3 y 25.1 de la Constitución así como art. 1 del C. Penal), según los cuales nadie puede ser condenado sino por hechos definidos como delito o falta en una ley anterior a su comisión, habiendo recordado la STC 16/81 de 18 de mayo que dicho principio se deriva también de los pactos internacionales ratificados por España como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16.12.66 y el convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos de 4.11.50.*”

⁵³¹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha 28 de enero de 2010, Roj: SAP GC 170/2010, Nº de Recurso: 114/2006, Nº de Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES, FJ 1º: *Al presente caso es de aplicación el Código Penal aprobado por Decreto 3096/1973, de 14 de Septiembre, y no el Código Penal aprobado por LO 10/1995, de 23 de Noviembre pues, atendiendo a la fecha de comisión de los hechos delictivos, (2 de Diciembre de 1994 y 25 de Marzo de 1995) y conforme a lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del último texto legal mentado, resulta que lo regulado y recogido en la primera norma es más favorable para los referidos acusados. Para ello, se ha tenido en cuenta la pena con la que se castiga los hechos enjuiciados en uno y otro Código. En el de 1973 el tipo aplicable se corresponde con el art. 358...*”

“Los acusados alcalde y concejal por sus cargos no informan el plan parcial, y aunque lo votan no conceden licencia y por tanto no cometen este delito.

De otro lado ampliando lo expuesto por el Juzgador a quo, el anterior artículo 320-1 no penalizaba cualquier figura urbanística, como el vigente, (instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción) sino sólo informar proyectos de edificación y concesión de licencias, y por tanto conforme al principio de legalidad penal, los informes elaborados para la aprobación del plan parcial fueran o no contrarios a las normas no eran constitutivos de ilícito penal, aunque tuviesen bastantes irregularidades administrativas.”

ACALE SÁNCHEZ, M.⁵³² afirma, en el mismo sentido, que con la LO 5/2010 se ha ampliado los proyectos objeto de informe típicos del art. 320.1 CP (añadimos y de votación y resolución del art. 320.2 CP) a los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y construcción, junto a los de edificación (y licencias) que ya estaban desde 1995, pues, añade esta autora, que a la vista de la estrechez del tipo en lo que a los proyectos informables se refería y su amplitud en los que a las licencias –cualquiera- se trataba, se daba la paradoja de que no era típica la conducta del funcionario que informara (votará o resolviera) favorablemente un proyecto de parcelación, pero sí la de aquel que informara (votará o resolviera) favorablemente *la concesión de la licencia* para realizar esa misma parcelación proyectada.

En el mismo sentido encontramos la siguiente sentencia, que va un poco más allá al señalar la necesidad de la publicación de las normas para su vigencia, dato fundamental. En efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 24 de junio de 2002, Roj: SAP S 1336/2002, Nº de Recurso: 5/2002, Nº de Resolución: 15/2002, Ponente: JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA, en su FJ: *“SEXTO: 1.- El análisis de la adecuación o no a derecho de la licencia de obra que nos ocupa debe hacerse desde el punto de vista del **derecho vigente en el momento en que se dictó al acto administrativo**, que lo es la licencia de obra sin lugar a dudas, pues lo que sanciona el delito de prevaricación es precisamente la vulneración del derecho vigente, el ejercicio del poder en disconformidad con las normas jurídicas que lo disciplinan en un momento histórico concreto, con independencia de que con posterioridad se produzcan modificaciones legislativas, pues pese a esto el delito se habrá consumado. Surge así la necesidad de estudiar la adecuación a derecho del acto administrativo en cuestión, confrontándolo con las normas vigentes entonces, y como primera cuestión, suscitada por la defensa en la última sesión del juicio, la vigencia y eficacia de las Normas Subsidiarias de (...). La jurisprudencia de lo contencioso administrativo no ha dudado en calificar de **imprescindible esa publicación para la vigencia** y eficacia de las normas urbanísticas de los ayuntamientos, incluso aunque su aprobación no les competa, siendo doctrina, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 2000, "firme y permanente" desde la sentencia de 11 de Julio de 1991.”*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (declaración de nulidad y retroacción de actuaciones), Sección 15ª, de fecha 29 de diciembre de 2001, Roj: SAP M 18497/2001, Nº de Recurso: 342/2001, Nº de Resolución: 447/2001, Ponente:

⁵³² Vide “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE...” Op. Cit., pág. 322.

ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO, declara en el FJ: “En ningún momento entra por tanto a examinar la Juez el delito que se le imputaba por el Ministerio Fiscal a la acusada, el de prevaricación urbanística previsto en el art. 320.2 del C. Penal de 1995. Simplemente, se le responde que los hechos integran el delito de prevaricación del C. Penal anterior, sin cerciorarse de que los hechos tuvieron lugar con posterioridad a que dejara de estar en vigor.”⁵³³ Dispone en el Fallo: “Se estima parcialmente el recurso de apelación formulado por Regina contra la sentencia dictada el 24-VII-2001, que se declara nula de pleno derecho en lo que respecta a la condena de la recurrente. Y, en consecuencia, sin entrar a examinar en el momento presente los recursos formulados por las restantes partes apelantes, se retrotraen las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarla con el fin de que se redacte otra con arreglo a derecho en la que se solviente el error en que se ha incurrido con respecto a la

⁵³³ Continúa: “A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 67/2001, se ha pronunciado en los siguientes términos: “en la reciente sentencia 271/2000, de 13 de noviembre, FJ 2, hemos recordado que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada que se ajuste al núcleo de las pretensiones deducidas por las partes, de modo que si la resolución que pone término al proceso guarda silencio o deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que constituyen el centro del debate procesal se produce una falta de respuesta o incongruencia omisiva contraria al mencionado derecho fundamental (SSTC 116/1986, de 8 de octubre, 4/1994, de 17 de enero, 26/1997, de 11 de febrero, 136/1998, de 29 de junio, y 130/2000, de 16 de mayo, entre otras muchas).

De otra parte, en la STC 82/2001, que a su vez se remite a la STC 256/2000, se argumenta lo siguiente: “...hemos afirmado también en diversas Sentencias, ya sea como mero “obiter dicta” sin trascendencia en el fallo, ya como “ratio decidendi” del mismo, que para que pueda considerarse, desde la perspectiva del art. 24. 1 CE, que una resolución judicial está razonada en Derecho es necesario que el razonamiento en ella contenido no sea arbitrario, irrazonable o incurra en un error patente (SSTC 23/1987, de 23 de febrero; 24/1990, de 15 de febrero; 90/1990, de 23 de mayo; 180/1993, de 31 de mayo; 22/1994, de 27 de enero; 126/1994, de 25 de abril; 112/1996, de 24 de junio; 5/1998, de 12 de enero; 147/1999, de 4 de agosto, entre otras)”.

“Sigue diciendo dicha Sentencia que, “en relación con la interpretación y aplicación de normas legales sin afectación de los contenidos típicos del art. 24.1 CE (tales como el acceso a la jurisdicción o, con distinta intensidad, el derecho a los recursos) o de otros derechos fundamentales, hemos precisado en la STC 214/1999, de 29 de noviembre (FJ 4), que tan sólo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento. Y ello, según prosigue la Sentencia citada, porque si bien es cierto que, en puridad lógica, no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad debe tenerse por inexistente; .. también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas”.

En el presente caso la Juez, después de omitir todo razonamiento en lo que respecta a la pretensión acusatoria realmente formulada, da una respuesta que incurre sin duda en un error patente sobre la norma a aplicar. Pues aplica a los hechos probados una norma que no les corresponde por haber perdido ya su vigencia y omite en cambio toda referencia a la norma en vigor.

Ello quiere decir, a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anteriormente expuesta, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el art. 24.1 de la CE, al dictarse una sentencia incongruente y patentemente errónea, a tenor del relato de hechos probados.

En el escrito de recurso no se contiene suplico alguno, por lo que se ignora cuál es la pretensión concreta que formula la parte recurrente. No obstante, vistas las infracciones constitucionales que alega y los razonamientos que acabamos de exponer, procede declarar nula la sentencia de instancia en lo que respecta a la condena de Regina y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarla con el fin de que se redacte otra en la que se solviente la omisión y el error reseñados (art. 238 de LOPJ y 24.1 CE).”

condena de la referida apelante y se resuelva sobre la pretensión punitiva formulada contra ella. Se declaran de oficio las costas de esta instancia.”

Consideramos muy importante citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha 9 de noviembre de 2005, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en su FJ 1º, al señalar la **necesidad de publicación de la normativa urbanística para su vigencia**, en efecto: *“Tales Normas fueron aprobadas por la Comisión Provincial de urbanismo, y el Acuerdo de aprobación definitiva fue publicado en el «Boletín Oficial. Sin embargo, **no se publicó** entonces ni con posterioridad el texto de dichas normas, **infringiéndose** así lo que desde la promulgación de la **Ley de Bases de Régimen Local de 1985 exigía su Art. 70.2**. La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo no ha dudado en calificar de imprescindible esa publicación para la vigencia y eficacia de las normas urbanísticas de los ayuntamientos, incluso aunque su aprobación no les compete, siendo doctrina, como dice la **Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000, «firme y permanente» desde la Sentencia de 11 de julio de 1991**. Por esto, en el momento de examinar la legalidad de la licencia se debe prescindir de tales Normas, que en realidad y por lo dicho no era una norma jurídica vigente.”* En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2006, Roj: SAP MA 1846/2006, N° de Recurso: 30/2006, N° de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS.

O por último la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (absolutoria), Sección 3ª, de fecha 2 de noviembre de 2010, Roj: SAP MA 3315/2010, N° de Recurso: 278/2010, N° de Resolución: 614/2010, Ponente: JOSE MARIA MUÑOZ CAPARROS, absuelve al Alcalde del Ayuntamiento de Villanueva del Trabuco al entender que: *“En la sentencia se estudia exhaustivamente que las normas subsidiarias del Plan Urbanístico para el municipio de Villanueva del Trabuco, **no estaban totalmente publicadas, lo que impedía estuvieran en vigor**, aun cuando en el uso administrativo se siguieran interpretando de manera más o menos exacta. Por otra parte, los pronunciamientos del acusado, lo eran tras oír a sus técnicos, de forma que no existió ausencia total de procedimiento, y todo ello lleva, como se establece en la sentencia, que falta el elemento objetivo y también el subjetivo o dolo, para entender cometido el delito por el que acusa el Ministerio Fiscal...”*

Sentado lo anterior, procedemos a realizar el estudio de las conductas típicas conjugando, al igual que realiza el Código, dos perspectivas. El art. 320 CP en su conjunto viene a contemplar las dos fases del procedimiento de concesión (básicamente de una licencia), en la que tras la presentación de la solicitud, se ha de, primero Informar (art. 320.1 CP), y posteriormente Votar y Resolver (art. 320.2 CP). Asimismo, la primera fase de Informe se realiza por autoridad o funcionario público (principalmente este último), según el concepto ya expuesto del art. 24 CP, pero realizada de forma individual, esto es, un individuo o dos, las solicitudes de licencia deben ser informadas favorablemente desde el punto de vista técnico y jurídico. La segunda fase Votación y Resolución se puede realizar individualmente o por órgano colegiado (que será principalmente autoridad).

En una segunda parte se analizará la forma omisiva.

1. Artículo 320.1 CP:

“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.”

a) Emitir informe favorable:

En todo expediente de concesión de licencias se exige⁵³⁴ que conste un informe técnico y otro jurídico. Sin embargo, no aclara el tipo a qué clase de informes se refiere, ni da base alguna para excluir una determinada modalidad, por lo que habría que entender que se incluyen todos (preceptivos o no, técnicos o jurídicos) que se hayan pronunciado en sentido favorable y en el ámbito previsto en el precepto siempre que sean contrarios a las normas urbanísticas (injusticia).

En el ámbito administrativo, según opinión de esta autora, se exige para que se produzca la infracción administrativa no sólo que se emita el informe favorable, y se conceda la licencia, sino también la efectiva realización de la obra, sancionando luego solamente al que concede la licencia y no al que construye. El legislador ha recurrido a la técnica, utilizada en otros lugares del Código Penal, consistente en equiparar penológicamente la participación (inducción mediante emisión de informes) a la autoría (votación o resolución), lo cual en estos delitos viene respaldado por el nivel técnico o especialización requerida para adoptar la decisión a adoptar que hace del informe emitido una *conditio sine qua non* de aquella (SANTANA VEGA, M^a D.).⁵³⁵

Examinaremos pues cada uno de los aspectos:

- **Informar:**

La actividad consistente en «*informar*» por parte del órgano consultivo competente, es en puridad un acto de trámite al que cabe dotar de consideración de acto administrativo en cuanto consiste en emitir un juicio, deseo o conocimiento sobre la viabilidad de un asunto consultado al funcionario competente. (GORRIZ ROYO, E.⁵³⁶). En este sentido también VIRTO LARRUSCAIN, M.J.⁵³⁷.

⁵³⁴ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 725.

⁵³⁵ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 725.

⁵³⁶ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 227.

⁵³⁷ VIRTO LARRUSCAIN, M.J., “El delito de prevaricación del funcionario público”, Op. cit., págs. 143.

Con carácter genérico define GÓMEZ TOMILLO, M.⁵³⁸, la acción de informar como «...suscribir un dictamen en el que se formula un juicio sobre la viabilidad de un asunto determinado».

La conducta de informar prevista en el art. 320.1 del CP se presenta como tipo delictivo nuevo. Pues la referencia constante al art. 404 del CP, entendemos que es trasladable al art. 320.2 CP, como prevaricación especial (la urbanística) pero no al art. 320.1 CP, al no poder equipararse la conducta de informar con la de resolver (art. 404 CP) pues informar es un acto de trámite y resolver es un acto decisorio.

En este sentido, para GORRIZ ROYO, E., no cabe duda de que sólo podrá afirmarse la tipicidad si el acto de informar se realiza en el ejercicio del cargo del funcionario, pero no es posible trasladar la exigencia del contenido decisorio en la resolución del delito del art. 404 C.P. al acto de informar para considerarlo típico (GONZALEZ CUSSAC, J.L.⁵³⁹ exige estos requisitos para considerar típicos los actos de trámite), por la sencilla razón de que al informar no se emite una decisión, de modo que si se atendiera a ello prácticamente nunca podría verificarse la conducta del art. 320.1 C.P.

Precisamente la ausencia de una decisión o declaración de voluntad en el acto de informar, permite justificar el rechazo que a juicio de GORRIZ ROYO, E.⁵⁴⁰, la doctrina penal manifiesta hacia la equiparación de la conducta consistente en emitir un mero informe con la conducta prevista en la figura genérica de prevaricación (art. 404 C.P.) consistente en “resolver” sobre un asunto administrativo.

En efecto, el primer requisito típico del art. 404 es que la autoridad o funcionario público, a efectos penales, dicte una resolución –elemento normativo-, que debe ser de carácter decisorio. Según se deriva de la legislación administrativa (arts. 53, 89 y 107 LRJAPPAC), es una declaración de voluntad, un acto administrativo, que tiene carácter ejecutivo y que, normalmente pone fin al procedimiento, aunque también son “resoluciones” los actos administrativos que decidan cuestiones a lo largo del procedimiento, y afectan al ámbito de los derechos e intereses de los administrados (STS 38/98, 23-1).

Según MIR PUIG, C.⁵⁴¹ quedan fuera del concepto de resolución los informes y dictámenes, consultas, circulares, propuestas de resolución y las certificaciones administrativas (STS 1158/02, 23-1), por que son actos-trámite que expresan un juicio o conocimiento, pero no una declaración de voluntad, es decir, porque no tienen carácter decisorio. En el art. 320 CP, como prevaricación especial, se castiga expresamente al funcionario público que hubiera informado favorablemente sobre: proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos, etc., lo que pone de manifiesto que cuando no se castiga expresamente el efectuar un informe, como ocurre en el art. 404, la conducta es atípica (STS 38/98, 23-1, niega expresamente que un informe sea una resolución). Ahora bien, el Tribunal Supremo ha condenado a un

⁵³⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función pública y Derecho Penal...* Op. cit., pág. 94.

⁵³⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *El delito de prevaricación...* Op. cit., pág. 96.

⁵⁴⁰ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 228.

⁵⁴¹ Vide MIR PUIG, C., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 889.

arquitecto municipal como cooperador necesario de un delito de prevaricación por haber efectuado un informe que contribuye esencialmente a la adopción de la resolución administrativa injusta (STS 1312/94, 24-6).

De la misma opinión, GONZALEZ CUSSAC⁵⁴², para quien quedan excluidos del concepto de “*resolución*” al que se refiere el artículo 404 C.P. y por tanto son atípicos en relación con este precepto “...*cuantos actos administrativos no tengan carácter decisorio, como por ejemplo los actos de trámite, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc...*”.

También OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.⁵⁴³, considera que el concepto de “*resolución*”, “*no abarca (...) declaraciones de conocimiento, de juicio o de deseo, aunque los actos con este contenido pueden merecer la estimación de actos ejecutivos del propio sujeto que, más tarde, emitirá la declaración de voluntad a la que aquellos actos se preordenan, fundándola, o pueden suponer una forma de «participar» (en sentido penal) en la ejecución por otro de la conducta incriminada*”.

- **Clase de Informes:**

- a) Favorable o Desfavorable**

De lo que no hay duda, pues el tipo así lo exige, es que el informe ha de ser **favorable**⁵⁴⁴ y por tanto los desfavorables son atípicos (GORRIZ ROYO, E.⁵⁴⁵). Todo lo más, podría dar lugar al castigo del funcionario informante como partícipe – complicidad, caso de no ser vinculante o cooperación necesaria, caso de serlo- de los funcionarios autores de las conductas descritas en los números 1 ó 2 del art. 320 CP⁵⁴⁶.

No obstante, puede suceder que *a sabiendas de su injusticia*, el funcionario emita un informe **desfavorable** sobre 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. En este caso, y dado que únicamente puede considerarse lesionado el correcto ejercicio de la función pública, de comprobarse la connivencia de este funcionario con el que, en atención a dicho informe desfavorable, resuelve desestimando la concesión de licencia, por lo que esta autora entiende, que cabe responsabilizar al funcionario competente en la emisión del informe como partícipe (cooperador necesario, art. 28 b CP) del delito de prevaricación previsto en el artículo 404 C.P. En sentido próximo, TERRADILLOS BASOCO, J.M., ACALE SANCHEZ, M., DE LA MATA BARRANCO, N. y CATALÁN SENDER, J.

⁵⁴² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *El delito de prevaricación...* Op. cit., pág. 50.

⁵⁴³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “*El delito de prevaricación...*”, Op. cit., pág. 1519.

⁵⁴⁴ GORRIZ ROYO, E.: “*Los delitos de prevaricación...*” Op., cit., pág. 259 “...es decir en sentido estimatorio respecto de la consulta realizada. Ello pudiera deberse a la aptitud lesiva que el informe en este sentido manifiesta en relación con el bien jurídico “*correcto desarrollo de la función pública*” y también por su mayor potencialidad lesiva con respecto al bien jurídico “*ordenación del territorio*”.

⁵⁴⁵ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pág. 259, nota 513.

⁵⁴⁶ ACALE SANCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” Vide, Op. Cit., pág. 324.

En este caso de informes desfavorables, aún resta expedita la vía para que la autoridad que posteriormente deba resolver, pueda otorgar la licencia urbanística, sin incurrir por ello dicha concesión en vicio de nulidad (POZUELO PÉREZ, L.⁵⁴⁷. Sea o no favorable, el informe que se emita compondrá el expediente administrativo que se someterá a consideración de la Administración municipal que, a la vista de aquéllos y de cuantos otros datos se hayan adjuntado, otorgará o denegará la licencia (art. 50 RDU).

b) Preceptivos o Facultativos, Vinculantes o no:

En particular, habrá que discernir acerca de si estamos ante informes preceptivos o facultativos dependiendo de si se imponen o no con carácter imperativo en el procedimiento; y además si son vinculantes o no, según si el órgano que resuelva viene obligado o no a los términos del mismo.

Desde una perspectiva genérica, puede decirse que los informes a los que se refiere el art. 320 C.P. deberán ser **preceptivos** en tanto que -como exige el art. 82.1 LRJAPPAC (“a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose, el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos.”), se requiere por disposiciones administrativas su emisión dentro del procedimiento de otorgamiento de licencias urbanísticas. En concreto por los citados art. 9.1.1 RSCCLL y 4.2 RDU⁵⁴⁸, dado que en este último precepto se establece que “en todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico...”. Ahora bien, como ha quedado apuntado, esta legislación es supletoria de las autonómicas, aunque por regla general la normativa de las mismas sigue en este punto a la estatal.

Algunas normas autonómicas en las que se establece que los informes técnico y jurídico serán preceptivos, son por ejemplo en la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (art. 195.2) o en la Ley Foral de Navarra 35/2002 de 20 de diciembre de ordenación del territorio y urbanismo (art. 191.2 c).

A pesar de ello, en la doctrina se ha sometido a debate la exigencia de que los informes a que se refieren el artículo 320 C.P. sean preceptivos o no (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.⁵⁴⁹) destacando de un lado la postura de quienes entienden que es indiferente que los informes sean preceptivos o vinculantes (de este parecer DE LA MATA BARRANCO, N.⁵⁵⁰, para quien dada la ausencia de diferenciación legal es indiferente a efectos de subsunción de la conducta en el tipo, que el informe tenga o no carácter vinculante o que sea preceptivo o facultativo), pasando por quienes exigen que

⁵⁴⁷ POZUELO PÉREZ, L., “Notas sobre la denominada “expansión del Derecho Penal”: un análisis al hilo de los delitos contra la Ordenación del Territorio” en Revista de Derecho y Proceso Penal, 2003 -1, nº 9, Elcano, pág. 46.

⁵⁴⁸ **Vigente para las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, y con carácter supletoria para todo el Estado (art. 149.3 in fine C-78), y para aquellas CCAA que no hayan aprobado hasta la fecha su correspondiente Reglamento de Disciplina Urbanística.**

⁵⁴⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en *El delito de prevaricación...* Op. cit., pág. 150 y 151.

⁵⁵⁰ DE LA MATA BARRANCO, N. “El art. 320.1: prevaricación específica...”, Op. cit., pág. 144 y 145.

al menos sean informes preceptivos⁵⁵¹, hasta quienes como OCTAVIO DE TOLEDO entienden que deben excluirse del tipo penal (estudio que realiza referido a la prevaricación contra los recursos naturales y el medio ambiente art. 329.1 CP) aquellos informes obligatorios y vinculantes. Y ello porque el citado autor considera que las conductas de informar basadas en semejantes informes, deberían reconducirse correctamente a hipótesis de cooperación necesaria (art. 28 a o b C.P.) en el delito del apartado 2º (art. 329 C.P.), de modo que la acción de informar favorablemente a los órganos resolutores (art. 329.1 C.P.), sólo puede albergar casos de complicidad (art. 29 C.P.) en el dictado de la concesión injusta (OCTAVIO DE TOLEDO, E.⁵⁵²).

Lo cierto es que esta propuesta resulta sugerente por cuanto ofrece un criterio lógico para delimitar los casos de cooperación necesaria de la que no lo es, pero desde la concepción que asume GORRIZ ROYO, E.⁵⁵³, según la cual, en los apartados 1º y 2º se regulan respectivamente delitos autónomos, no considera que haya que atender al principio de accesoriidad limitada para interpretar los dos apartados de las prevaricaciones específicas (art. 320 o del 329 C.P.). Por parte de esta autora, entiende que la exigencia de que el informe sea preceptivo, se justifica en que garantiza mejor el principio de ofensividad, por cuanto los informes que tengan dicho carácter evidencian una mayor lesividad al convertirse, por su carácter obligatorio, en presupuesto idóneo para ofender al bien jurídico ordenación del territorio.

RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./VILLACAMPA ESTIARTE, C., entiende que dado que sobre la base de dicho informe otro órgano decidirá acerca de la viabilidad de otorgar la correspondiente licencia y a falta de disposición expresa que determine su carácter vinculante (como exige el art. 83.1 LRJAP-PAC, según el cual “*salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes*”), en ninguna de las dos modalidades de conducta el informe debe ostentar dicho carácter.

También CATALÁN SENDER, J.⁵⁵⁴, cuando afirma que “*el informe nada dice el precepto que deba ser vinculante, aunque en principio en materia urbanística no lo son, sino que son meramente preceptivos, ...*”.

Lo cierto es que el tipo no exige que sea preceptivo o facultativo, vinculante o no, por tanto entendemos que cualquiera que sea el informe favorable, la conducta será típica, solo que en el caso de ser preceptivo y/o vinculante, el reproche será mayor, lo

⁵⁵¹ En sentido próximo PAREDES CASTAÑÓN, J.M. “Los delitos sobre la Ordenación del Territorio”, *Revista Quincenal de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Pamplona, Septiembre, nº 8, 2000, pág. 25, sostiene que los informes deben ser preceptivos “...cobrando con ello toda su importancia -toda su lesividad- el acto de informar”; además entiende que dichos informes no deben ser necesariamente vinculantes.

⁵⁵² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “*Un ejemplo de norma jeroglífica: el artículo 329 CP (RDL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) – Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al artículo 329 (y figuras afines)*” *Revista de Derecho y Procesal Penal*, Elcano, 2000, págs. 31 y 32.

⁵⁵³ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación urbanística” *Op. cit.*, pág. 231.

⁵⁵⁴ CATALÁN SENDER, J., *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)*, Barcelona, 1999, pág. 497.

que se puede traducir en la imposición de mayor pena al graduarla de conformidad con el art. 66.1.6⁵⁵⁵ y 72 CP⁵⁵⁶.

c) Oral o escrito

Por otra parte, al no explicitar el precepto penal nada al respecto, cabe no sólo la posibilidad de informar por escrito sino también de forma oral (CATALÁN SENDER, J.⁵⁵⁷ y GÓMEZ TOMILLO, M.⁵⁵⁸), si bien en todo caso, el informe deberá reunir los requisitos precisos para ser admitido en el procedimiento de otorgamiento de licencia o al menos tener apariencia formal suficiente.

A entender de GORRIZ ROYO, E.⁵⁵⁹, no existen impedimentos para requerir estas exigencias formales en el informe, tal y como planteó OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO⁵⁶⁰, pero con referencia a la “*resolución*”. Lo anterior no implica, como sostiene el citado autor, la total ausencia de posibilidades de anulación o nulidad, sino la exigencia de que ofrezca una apariencia formal suficiente, para ingresar en el tráfico jurídico.

Por ello entendemos que el informe oral o escrito, emitido con las formalidades legales, es válido.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 23 de marzo de 2009, Roj: SAP MA 4075/2009, Nº de Recurso: 43/2009, Nº de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, declara en los Hechos Probados: “*el acusado Constancio, actuando como asesor jurídico de hecho de la Corporación Municipal, emitió informe verbal, en virtud del cual afirmaba la viabilidad legal de otorgar la licencia solicitada al adecuarse a los parámetros urbanísticos establecidos en el Documento de Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Marbella*”.

Delimitadas las características de los informes con relevancia típica a efectos del artículo 320.1 C.P., procede a continuación analizar las diferentes modalidades de conducta deducibles del mismo precepto.

- **Objetos materiales de las conductas típicas:**

La LO 5/2010 ha ampliado los objetos materiales de las conductas típicas, las cuales, tras la citada reforma, pueden afectar o recaer sobre:

i) **Instrumentos de planeamiento**, entendidos estos como el conjunto de instrumentos técnicos y normativos que se redactan para ordenar el uso del suelo y

⁵⁵⁵ “Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

⁵⁵⁶ “Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”.

⁵⁵⁷ CATALÁN SENDER, J., Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos..., Op. cit., pág. 496.

⁵⁵⁸ GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo, función pública... Op. cit., págs. 94 y 95.

⁵⁵⁹ Vide GORRIZ ROYO, E., Op. cit., pág. 232.

⁵⁶⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El delito de prevaricación...”, Op. cit., pág. 1519.

regular las condiciones para su transformación o, en su caso, conservación. Comprende un conjunto de prácticas de carácter esencialmente proyectivo con las que se establece un modelo de ordenación para un ámbito espacial, que generalmente se refiere a un municipio, a un área urbana o a una zona de escala de barrio. Su inclusión persigue evitar las recalificaciones de terrenos contrarias a los intereses públicos; SANTANA VEGA, M^a D..⁵⁶¹

Según la CIRCULAR 7/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo "los instrumentos de planeamiento", tal como precisa, entre otras muchas, la sentencia de 6 de noviembre de 2007 de la Sala III del Tribunal Supremo, "conforman el ordenamiento jurídico urbanístico". A tal efecto, la sentencia en cuestión añade que "los instrumentos de planeamiento tienen naturaleza normativa, aún con las peculiaridades muy acusadas que los singulariza del resto de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, y así dentro de las disposiciones reglamentarias, ha de admitirse que constituyen una especie singular dentro del género de las disposiciones generales. Conforman, pues, el ordenamiento jurídico urbanístico, siendo predicable de los mismos los principios que caracterizan y conceptúan el Derecho positivo. Como disposición de carácter general, se reproducen las técnicas y efectos de su impugnación. Como disposición de carácter general, para su eficacia necesitan su publicación en periódicos oficiales". Es decir, el planeamiento urbanístico es norma y, por ende, es necesario sujetarse al mismo. El planeamiento, por lo demás, disfruta de las mismas características y condiciones que cualquiera otra disposición normativa de carácter general.

Con los instrumentos de planeamiento⁵⁶², en atención a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante TRLS de 2008), se lleva a cabo en el ámbito urbanístico la distribución de los usos del suelo. Su carácter precisamente "urbanístico" determino que el legislador nacional lo dejara fuera del contenido del TRLS de 2008 y que se remitiera directamente a las normativas autonómicas su delimitación.

Con la reforma de la LO 5/2010 del CP, en la actualidad, si individualmente se informa un PGOU (Plan General de Ordenación Urbana), o un Plan de desarrollo del mismo de forma contraria a las normativas urbanísticas vigentes, la conducta será típica. En este sentido la STS 663/2005, de 23 de mayo (RJ/2005/7.339), entiende que tanto la planificación inicial como la de desarrollo, conforman el cuerpo de las normas de ordenación territorial y urbanísticas vigentes.

GORRIZ ROYO, E.⁵⁶³ defiende que, hablar de los Instrumentos de planeamiento, es decir, cualquier plan urbanístico o relativo a la ordenación del territorio susceptible de ser aprobado en el ejercicio de la potestad de planeamiento (de común, correspondiente a los municipios, pero no sólo a ellos). De este modo se estaría dando entrada al castigo, en concepto de prevaricaciones, de supuestos no relacionados con el proceso de otorgamiento de licencias, sino con el de aprobación o modificación

⁵⁶¹ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en "Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)" dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., págs. 726 y 727.

⁵⁶² Vide ACALE SÁNCHEZ, M., "LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...", Op., cit., pág. 326.

⁵⁶³ GORRIZ ROYO, E., en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Directores ALVAREZ GARCIA, F.J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch reformes, Valencia 2010, pág. 379.

de cualquier plan de ordenación del suelo. Por esta vía, parece que se podría intervenir penalmente en la adopción de informes relativos a todo tipo de planes cuya configuración corresponde, por lo general, a las corporaciones municipales, aunque también pueden apuntarse aquí excepciones de modo que intervienen otros órganos territoriales. En definitiva, con la inclusión de esta referencia normativa, se ha favorecido que la intervención penal se extienda al tan discutido proceso de reclasificar y recalificar el suelo y el territorio.

Para QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M.⁵⁶⁴ se trata de normas reglamentarias que contienen una serie de determinaciones, manifestadas de forma complementaria por una documentación gráfica (los planos) y una normativa urbanística. Como reglamentos que son, no adquieren vigencia sino tras su publicación y están sujetos al principio de jerarquía normativa. La necesidad de publicación es una exigencia jurídica elemental que se recuerda respecto de los planes urbanísticos municipales por el artículo 70 de la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL). Además, de conformidad con el artículo 70 ter LBRL, las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener, a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos. También publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración. Con todo, resulta sorprendente que todavía existan municipios que no han publicado la normativa de sus instrumentos de planeamiento; a los sumo se publican los acuerdos de aprobación. La falta de vigencia del planeamiento municipal sería causa para la nulidad de todos los actos dictados a su amparo, cuyo último eslabón serían las licencias urbanísticas⁵⁶⁵.

Aunque pueden existir diferencias autonómicas, entre los instrumentos de planeamiento podemos distinguir “*planes de ordenación del territorio*”, de ámbito regional o subregional, cuyas determinaciones tienen distinto grado de vinculación sobre los “*planes urbanísticos*” propiamente dichos, circunscritos normalmente al ámbito municipal. Dentro de estos últimos se distingue el “*planeamiento general*”, con el Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) como figura más importante, y “*planeamiento de desarrollo*”, en el que podemos encontrar instrumentos como el Plan Parcial de Ordenación (PP), el Plan Especial (PE) y el Estudio de Detalle (ED)⁵⁶⁶.

Así en Cataluña, el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, y la Ley 3/2012, de 22 de febrero, de modificación del texto refundido de la Ley de urbanismo, aprobado por el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, que da nueva redacción al art. 55 regulador de los tipos de planes urbanísticos, señalando:

⁵⁶⁴ QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., “*La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal*”, Op. cit., pág. 111.

⁵⁶⁵ Sobre este tema ya hemos tratado que fue el problema del Ayuntamiento de Marbella.

⁵⁶⁶ En la página web:

http://www.stvalora.com/es/ext/pdf/informacion_mercado/cuadro_comparativo_legislacion_urbanistica_estatal_y_autonomica.pdf, se recoge la un cuadro comparativo de legislación urbanística revisado a 2 de marzo de 2011, en él se recogen los instrumentos de planeamiento de las diferentes CCAA.

“1. La planificación urbanística del territorio se realiza mediante el planeamiento urbanístico general, que está integrado por los planes directores urbanísticos, por los planes de ordenación urbanística municipal y por las normas de planeamiento urbanístico. Los programas de actuación urbanística municipal forman también parte del planeamiento urbanístico general y lo complementan.

2. El planeamiento urbanístico general se desarrolla mediante el planeamiento urbanístico derivado, que está integrado por los planes especiales urbanísticos, por los planes de mejora urbana, por los planes parciales urbanísticos y por los planes parciales urbanísticos de delimitación.

3. El planeamiento urbanístico derivado está supeditado a las determinaciones del planeamiento urbanístico general. No obstante, los planes especiales urbanísticos pueden introducir en la ordenación del planeamiento urbanístico general modificaciones específicas necesarias para el cumplimiento de sus funciones en los términos regulados por los artículos 67 y 68. En el caso de los planes de mejora urbana, es de aplicación lo establecido por el artículo 70.4.”

De lo que no cabe duda es el carácter normativo de los planes urbanísticos.⁵⁶⁷

Por regla general, la tramitación de los instrumentos de planeamiento es relativamente compleja. Dependiendo del caso concreto, la aprobación definitiva corresponderá a la Consejería competente o al Ayuntamiento. En este último caso, cabe la posibilidad de que Consejería tenga que emitir algún informe o que no tenga intervención alguna, como ocurre en el Estudio de Detalle. La falta de “control” de otras administraciones ha permitido que en algunos municipios se haya conseguido, mediante el planeamiento de desarrollo, lo que el planeamiento general no contemplaba. Los recursos ante la jurisdicción contencioso-administrativa contra estos instrumentos de planeamiento o contra los actos dictados en su ejecución podían ser resueltos transcurridos varios años, cuando por ejemplo las viviendas estaban habitadas.

En efecto, la iniciativa para presentar instrumentos de planeamiento está tanto en manos de la Administración, como de los particulares. En este sentido, puede ser un Municipio quien presente la modificación de la planificación urbanística, pero también prevé la posibilidad de que los particulares puedan llevar a cabo este tipo de iniciativas. La Exposición de Motivos (en el apartado IV) del TRLS de 2008 destaca que se trata de una “*actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa*”, concluyendo que “*allí donde se confíe su ejecución a la iniciativa privada, ha de poder ser abierta a la competencia de terceros, lo que está llamado además a redundar en la agilidad y eficiencia de la actuación*”. De ahí la importancia que tiene la actividad de control que debe ejercer la Administración pública en estos casos.⁵⁶⁸ Competente para aprobar los instrumentos de planeamiento es

⁵⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Delitos contra el medio ambiente*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 60

⁵⁶⁸ ACALE SÁNCHEZ, M., señala que no pueden pasar desapercibidas las críticas que desde la doctrina administrativista se hacen a la intervención de los particulares en la gestión urbanística. En este sentido, PARADA VÁZQUEZ (*Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, cit. pág. 303) ha afirmado que se trata de una “*moda comercial o contractual que esta introduciéndose ad nauseam en el Derecho público*”, caldo de cultivo de verdaderas corruptelas dentro de la Administración (como veremos fue uno de los problemas del Ayuntamiento de Marbella); “*así los planes, por mor de los convenios urbanísticos –cambalaches muy cercanos a la figura penal del cohecho o la prevaricación (“te ofrezco*

la autoridad municipal. Así, el art. 22.2 LBRL, en la redacción dada al mismo por el TRLS de 2008 establece que corresponde, en todo caso, al pleno municipal y a la Asamblea vecinal en el régimen de Consejo Abierto, las siguientes atribuciones: “c) la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, así como los convenios que tengan por objeto la alteración de cualquiera de dichos instrumentos”. Ello no impide que las Comunidades Autónomas sean competentes en algunos casos. Cuando ello ocurra, tanto en fase de informe como posteriormente de votación o resolución, sujeto activo de las conductas previstas en el art. 320.1 y 2 CP será un funcionario público autonómico, no local, como hasta este momento.

❖ Especial referencia a los Estudios de Detalle

Nos detenemos en los Estudios de Detalle que constituyen el último escalón del planeamiento. Lo anterior, entendemos no impide entenderlos incluidos dentro de los instrumentos de planeamiento.

Son un claro ejemplo de conducta que, con la reforma de la LO 5/2010, ha resultado tipificada, pues antes de la reforma, la actividad informante de los mismos se consideraba atípica, y se castigaba, en todo caso, como participe del art. 404 CP.

En efecto, en este sentido se pronunciaba la Doctrina⁵⁶⁹ y la jurisprudencia recaída al respecto, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña (A), que es anterior a la reforma de 2010, solo contemplaba licencias y proyectos de edificación, esto sumado a que: “no se imputa a la acusada votar a favor de la concesión de licencia, sino a favor de la aprobación definitiva del E.D.; en consecuencia los hechos imputados no pueden encuadrarse en la conducta contemplada en el art. 320.2, sino teniendo en cuenta la naturaleza del E.D. estaríamos ante una prevaricación genérica del art. 404 C.P. y no ante una prevaricación específica o agravada” (FJ 2º), provoca que no se condene por la acusación del art. 320 CP en concurso con el art. 404 CP, si no

*Ayuntamiento, tanto, de aprovechamiento urbanístico y otras prestaciones si me reconoces tales usos y edificabilidades sobre estos terrenos”)- se convierten en todo o en parte en comparsas rituales para legitimar lo previamente acordado entre el municipio y los promotores, una práctica incompatible con la filosófica inspiradora de la planificación urbanística, que sólo debe racionalizar la mejor utilización del territorio, y a cuyo servicio la Ley articuló asépticos y exquisitos procedimientos de aprobación y modificación “, acusando a estos instrumentos de ser la causa de la crisis económica actual que ha creado “la mayor burbuja inmobiliaria de todo Occidente” (pág. 305). En este sentido, ACALA SÁNCHEZ, M., entiende que, en efecto, si bien la participación pública en la ejecución de los planes urbanísticos aprobados por las Autoridades competentes pueden ser un instrumento idóneo para agilizar el urbanismo, lo que ya ha de ser sometido a duda es la posibilidad de que se participe en la propia labor de planificación. Vid. PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, cit., pág. 366 y ss; ROSA RUIZ, J.A., “El sistema de actuación por compensación. El proyecto de reparcelación”, en GUTIERREZ COLOMINA, V., y GUTIERREZ JULIÁN, F.J., *Manual práctico de Derecho urbanístico de Andalucía*, cit., pág. 639 y ss; BUSTILLO BOLADO, R., y CUERNO LLATA, J.R., *Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares*, ed. Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 129 y ss.*

⁵⁶⁹ NARVAEZ RODRIGUEZ, A., entendía en este sentido que “cualesquiera informes favorables a la concesión de las actuaciones que indican en tales preceptos quedarán subsumidos en el tipo penal» del art. 320.1 C.P., si bien excepciona los informes que se practiquen en relación con los supuestos en que se ejercita el derecho a urbanizar...” y “...los que, a sabiendas de su ilegalidad, fueren favorables a determinados estudios de detalle o proyectos de urbanización que fueren contrarios al planeamiento general establecido...”.En “Los delitos sobre Ordenación del Territorio...” Op. cit., pág. 386 y 387.

por la acusación del art. 404 CP. En efecto, la citada sentencia de la Sección 2ª, de fecha 4 de junio de 2007, Roj: SAP C 1504/2007, Nº de Recurso: 123/2007, Nº de Resolución: 235/2007, Ponente: MARIA DEL CARMEN TABOADA CASEIRO, en su FJ 1º declara:

“Conviene hacer referencia a la naturaleza jurídica del E.D., así la St.T.S. de 21-1-1981(Sala 3ª contencioso-administrativo) considera que "es un instrumento introducido con carácter general en nuestro ordenamiento positivo por la Ley de 2 de mayo de 1975 y regulado en el art. 14 del texto refundido vigente T.R.L.S. de 9 de abril de 1976 que tiene por finalidad arbitrar un procedimiento flexible y de tramitación rápida que permita completar o adaptar a la realidad urbanística los Planes Generales, si se trata de suelo urbano, y los Parciales en los demás casos, reajustándolos y detallándolos en las deficiencias o imprevisiones de que adolezcan en relación exclusiva con las alineaciones, rasantes y ordenación de volúmenes y en este sentido es legalmente concebido para responder a la limitada y específica función de complemento o adaptación de una ordenación urbanística previa a la cual viene imperativamente subordinado el E.D., hasta el punto de que carece en absoluto de carácter innovativo o determinante en forma tal que ni siquiera en los dos supuestos citados, que constituyen su único contenido admisible, puede dejar de cumplir y respetar sustancialmente las alineaciones, rasantes y volúmenes que vengán establecidos y predeterminados en el Plan General o Parcial al que sirven de detalle o especificación”.

Los E.D. integran el planeamiento urbanístico, participan de la naturaleza jurídica de los Planes de Ordenación Urbana, pero están limitados a aquella función específica de cumplimiento o adaptación de una ordenación previa. Constituyen el último escalón de los Planes de Ordenación, y dada su función no pueden infringir las determinaciones de rango superior.

Las sts. de la Sala 3ª del T.S. hacen referencia a los límites conforme al art. 14 T.R.L.S. y las sts. 25-11-99, 9-12-97 y 27-7-01 y esta última señala asimismo que incurren en ilegalidad tanto si contradicen el Plan como si, excediéndose de su finalidad subordinada o complementaria, intentan colmar un vacío de ordenación urbanística adoptando determinaciones originarias que son propias de los planes.”

En el FJ 10º se añade: *“También reiterar que la sentencia del T.S. Sala 3ª de 23-10-03 viene a señalar y a reiterar la St. de 5-10-01 considerando que los E.D. son normas. Así como debe también considerarse el contenido del art. 14 R.D. 1346/1976 que es el que contempla la delimitación y contenido de los E.D”.*

En el mismo sentido encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 4ª, de fecha 31 de mayo de 2005, Roj: SAP M 6377/2005, Nº de Recurso: 39/2001, Nº de Resolución: 77/2005, Ponente: MARIA DEL PILAR DE PRADA BENGUA, en su FJ 7º señala: *“Y por lo que se refiere a la Ley Sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, RDL 1/92, de 26 de junio, en su art. 91.1 y 2 tampoco impone los estudios de detalle sino que los prevé facultativamente y con una finalidad distinta de la ahora examinada, al disponer, que -"los estudios de detalle podrán formularse cuando fuere preciso, completar o, en su caso, adaptar determinaciones establecidas en los Planes Generales para el suelo urbano y en los*

Planes parciales- y -su contenido tendrá por finalidad prever o reajustar, según los casos: a) El señalamiento de alineaciones de rasantes; y/o b) La ordenación de los volúmenes de acuerdo con las especificaciones del planeamiento- (en iguales términos el art. 65 del Reglamento de Planeamiento para desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Decreto 2159/1978 de 23 de junio).”

Junto a los informes sobre los instrumentos de planeamiento⁵⁷⁰, el art. 320 castiga además el informe favorable sobre una serie tasada de “proyectos”, esto es, los de “urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación”, esto ha venido a ampliar la conducta típica considerablemente.

Los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, si están relacionados con el proyecto de otorgamiento de licencias, dado que suelen ser los instrumentos que, dependiendo del tipo de obra, pueden integrar el llamado expediente de concesión de licencias que, por lo general, se compone del informe técnico y jurídico y de la propia solicitud de una licencia. Frente al art. 320 CP en donde el informe estaba restringido al proyecto de edificación, la reforma de 2010 también amplía mediante estas referencias, la acción típica de este delito, pues ahora no solo podrá intervenir el Derecho penal frente a las infracciones cometidas en el informe de proyectos relativos a edificaciones –en el sentido anteriormente expuesto de “vivienda”-, sino también a los relacionados con otros actos y usos del suelo, incluso “parcelaciones y reparcelaciones”. Esto es, actos susceptibles de ser autorizados pero más alejados del momento de la edificación (art. 1 RDU). (GORRIZ ROYO, E.⁵⁷¹)

ii) **Proyectos de urbanización** son meros proyectos de obras, cuya finalidad es llevar a la práctica las determinaciones del planeamiento general en suelo urbano y del planeamiento de desarrollo en suelo urbanizable. Se distinguen de los proyectos de obras ordinarias ya que estos no tienen por objeto el desarrollo integral del conjunto de determinaciones de un Plan de ordenación, sino que “pretenden dar una solución aislada a un problema urbano, aun cuando tenga una incidencia urbanística indirecta, por lo que los proyectos pueden no ser globales, por que se entiende que los diferentes elementos urbanísticos serán realizados en forma individualizada por progresiva y formando un Plan de conjunto, pero ello no quiere decir que se haya de confundir un proyecto de urbanización de un elemento individualizado, por razones económicas o de otra naturaleza, con un proyecto de obra aislada que no precisa tenga su apoyo en un Plan” (SSTS 10-4-85; 23-5-05); SANTANA VEGA, M^a D.⁵⁷².

QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M.⁵⁷³ analiza este segundo posible objeto de la prevaricación urbanística. Señalando que según el Tribunal Supremo, no son instrumentos de ordenación sino proyectos técnicos de obras, con la finalidad de ejecutar materialmente las determinaciones del plan, limitándose en su contenido a detallar y programar con la precisión necesaria para que puedan ser ejecutadas por

⁵⁷⁰ ACALE SÁNCHEZ, M. Vide “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...”, Op. Cit., pág. 328.

⁵⁷¹ GORRIZ ROYO, E., en “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, Op. cit., pág. 379.

⁵⁷² Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., págs. 726 y 727.

⁵⁷³ QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., “La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal”, Op. cit., pág. 111.

técnicos distintos de su autor, las obras de urbanización, tales como abastecimiento de aguas, alcantarillado, energía eléctrica, alumbrado público, así como cualquier otra necesaria conforme al planeamiento. El procedimiento de aprobación previsto en el Reglamento de Planeamiento Urbanístico (RPU) sería coincidente con el de aprobación de los Planes Parciales, con una aprobación inicial, sometimiento a información pública, emisión de informes y aprobación definitiva por el Alcalde, en virtud de lo que dispone el artículo 21.1.j) de la LBRL, que deberá publicarse en el BOP (artículo 130 RPU).

Con respecto al art. 320.1 CP se castigará al funcionario público o autoridad que informe a favor del proyecto técnico que tiene que acompañar al proyecto de urbanización. Y aprobado el proyecto de urbanización, ya no es necesario solicitar licencia para llevar a cabo la urbanización. Con respecto al art. 320.2 CP, el anterior castigo al funcionario informante es independiente, del que corresponda al funcionario o autoridad que vote/n o resuelva/n a favor, así como de la conducta del particular que, a su amparo lleve a cabo la obra de urbanización, a la que expresamente se refiere el art. 319. CP.⁵⁷⁴

En la misma línea PARADA VAZQUEZ, R., afirma que los proyectos de urbanización “*son a la urbanización, lo que las licencias de obras son para la edificación de los solares resultantes de aquella*”⁵⁷⁵.

iii) **Parcelación** es la división simultánea o sucesiva de una finca en varias independientes con susceptibilidad de constituir un núcleo de población. Una interpretación acorde con el bien jurídico protegido en este delito excluye del ámbito de protección del mismo a las parcelaciones y reparcelaciones agrarias o rústicas que son aquéllas que no puede dar lugar a la formación de un núcleo de población y que se realiza a los fines del aprovechamiento agrario o de la explotación de los recursos naturales de las fincas; SANTANA VEGA, M^a D.⁵⁷⁶.

La CIRCULAR 7/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo, recoge que, según señalaba el artículo 257 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, la parcelación es la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando puede dar lugar a la constitución de un núcleo de población. Esa misma norma consideraba ilegal la parcelación, a efectos urbanísticos, cuando era contraria a lo establecido en el planeamiento aplicable o infringía lo dispuesto en la legislación urbanística. A su vez, la Ley de Suelo y Valoraciones de 1998, en su artículo 20.2, prohibía las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable o rústico. La regulación actual, plasmada en el artículo 17.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, establece que “*la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes, sólo es posible si dos o más de las resultantes reúnen las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se*

⁵⁷⁴ ACALE SÁNCHEZ, M., Vide “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...”, Op., cit., pág. 329.

⁵⁷⁵ PARADA VAZQUEZ, R., *Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico*, cit., pág. 358.

⁵⁷⁶ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., págs. 726 y 727.

atribuya en derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva"⁵⁷⁷.

Según se pone de manifiesto en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1991, las parcelaciones ilegales constituyen una de las mayores agresiones que se puede producir contra el ordenamiento urbanístico, por lo que tienen régimen disciplinario propio. De hecho, según se desprende del artículo 207.3 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y del Medio Rural de Galicia, la declaración de legalidad de una parcelación conlleva la imposibilidad de considerar solares y, por tanto, de edificar en los lotes resultantes de la parcelación ilegalmente efectuada. En consecuencia, la Administración deberá proceder a aplicar la correspondiente sanción, así como las medidas necesarias para restablecer la realidad física alterada.

QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M.⁵⁷⁸ entiende que es un concepto que va asociado a la división o segregación de fincas. En principio, las parcelaciones están sujetas a licencia o declaración de su innecesaridad. La razón de la modificación del CP quizá responda a la proliferación de las parcelaciones urbanísticas en el suelo no urbanizable, fenómeno prohibido que ha dado lugar a la formación de numerosos grupos de población. En ocasiones, la intervención de notarios y registradores no ha evitado estas ilegalidades pese a lo fácil que resulta comprobar la unidad mínima de cultivo. Siempre ha existido un oportuno certificado de la autoridad municipal fundamentado en un informe del técnico municipal subordinado, a solicitud del particular que previamente ha recibido determinadas indicaciones en una notaría.

iv) **Reparcelación** se define como la agrupación de las fincas comprendidas en un ámbito de ejecución sistemática (polígono, unidad de ejecución, etc.) para su nueva división ajustada al planeamiento, con adjudicación de las parcelas restantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos. La reparcelación se plasma en el Proyecto de reparcelación. La reparcelación es, sin embargo, algo más, es fundamentalmente un instrumento jurídico, ya que resuelve o puede resolver en un solo acto varias operaciones jurídicas: agrupación de fincas, segregación de fincas, cesión de viales, terrenos destinados a dotaciones y el aprovechamiento que corresponda a la Administración, adjudicación de parcelas a los propietarios, regularización de fincas, distribución de los costes y cargas de la ejecución, etc. En suma, lo que caracteriza a la reparcelación es su carácter de instrumento de servicio público para obtener como finalidad la ejecución del planeamiento. SANTANA VEGA, M^a D.⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ La normativa autonómica desarrolla esta previsión y, así, la Ley sectorial andaluza recoge, incluso, aquellos actos que consideran indicativos de una posible parcelación urbanística. Así, el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, entiende que son actos reveladores de una posible parcelación urbanística "*aquellos en los que mediante las asignaciones de usos o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior, sin que la voluntad manifestada de no realizar pactos sobre el uso pueda excluir tal aplicación...*".

⁵⁷⁸ QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., "*La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal*", Op. cit., pág. 111.

⁵⁷⁹Vide SANTANA VEGA, M^a D., en "*Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*" dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., págs. 726 y 727.

QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M.⁵⁸⁰ señala que se trata de instrumentos de gestión urbanística mediante los que se definen los derechos aportados por los propietarios del suelo, se distribuyen los beneficios y cargas y se adjudican a cada interesado las fincas resultantes en proporción a sus derechos, al tiempo que transmiten al Ayuntamiento los suelos y aprovechamiento edificables que por ley correspondan. Desde el punto de vista procedimental, el proyecto de reparcelación ha de ser aprobado por el alcalde –artículo 21.1.j) LBRL-, previo procedimiento administrativo con trámite de audiencia a los interesados e información pública general.

Al igual que ocurre con los proyectos de urbanización, los de reparcelación, exceden con mucho a los tradicionales proyectos técnicos. Hay que tener en cuenta que supone una redistribución de los suelos de los que son propietarias varias personas y no puede desconocerse las previsiones que específicamente señala al respecto la legislación. En este sentido, en esta fase del art. 320.1 se castiga al funcionario que informa técnicamente el proyecto de reparcelación, dejando para el número 2, la votación a favor o resolución política del mismo.⁵⁸¹

v) **Proyectos de edificación**

Son aquellos que tienen por objeto la construcción de un edificio o instalación complementaria al mismo (SANTANA VEGA, M^a D.)⁵⁸².

Para QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M.⁵⁸³ la referencia a los “*proyectos de edificación*”, junto a los “*proyectos de construcción*”, le parece un gran acierto ya que el concepto más restringido de edificación dejaba impunes, al menos con arreglo a este precepto, infracciones urbanísticas que podían tener una gran relevancia.

El proyecto de edificación viene definido en el artículo 4 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), como “*conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras...*”. Por tanto, el proyecto técnico es, **un documento técnico, que acompaña a la licencia para edificar**, así si ésta “*tiene por finalidad comprobar que las actuaciones previstas son conformes a lo dispuesto en la legislación y en el planeamiento urbanístico vigente*”, el proyecto simplemente desarrolla técnicamente el contenido de aquella. De ahí que el contenido del informe típico a los efectos del nº 1 del art. 320 CP sea también puramente técnico, esto es, los funcionarios informantes emitirán un informe en el que resolverán con criterios técnicos sobre la viabilidad de su contenido.⁵⁸⁴

El art. 6.3 del Real Decreto 314/2006 por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (Texto refundido con modificaciones del RD 1371/2007, de 19 de

⁵⁸⁰ QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., “*La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal*”, Op. cit., pág. 111.

⁵⁸¹ ACALE SANCHEZ, M., Vide, “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” Op., cit., pág. 330.

⁵⁸² Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., págs. 726 y 727.

⁵⁸³ QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., “*La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal*”, Op. cit., pág. 111.

⁵⁸⁴ Al respecto cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (absolutoria), Sección 1^a, de fecha **21 de junio de 2011**, Roj: SAP GR 955/2011, N^o de Recurso: 73/2011, N^o de Resolución: 391/2011, Ponente: JESUS FLORES DOMINGUEZ.

octubre, y corrección de errores del BOE de 25 de enero de 2008) señala: “A efectos de su tramitación administrativa, todo **proyecto de edificación** podrá desarrollarse en dos etapas: la fase de proyecto básico y la fase de proyecto de ejecución. Cada una de estas fases del proyecto debe cumplir las siguientes condiciones:

a) el proyecto básico definirá las características generales de la obra y sus prestaciones mediante la adopción y justificación de soluciones concretas. Su contenido será suficiente para solicitar la licencia municipal de obras, las concesiones u otras autorizaciones administrativas, pero insuficiente para iniciar la construcción del edificio. Aunque su contenido no permita verificar todas las condiciones que exige el CTE, definirá las prestaciones que el edificio proyectado ha de proporcionar para cumplir las exigencias básicas y, en ningún caso, impedirá su cumplimiento; y

b) el proyecto de ejecución desarrollará el proyecto básico y definirá la obra en su totalidad sin que en él puedan rebajarse las prestaciones declaradas en el básico, ni alterarse los usos y condiciones bajo las que, en su caso, se otorgaron la licencia municipal de obras, las concesiones u otras autorizaciones administrativas, salvo en aspectos legalizables. El proyecto de ejecución incluirá los proyectos parciales u otros documentos técnicos que, en su caso, deban desarrollarlo o completarlo, los cuales se integrarán en el proyecto como documentos diferenciados bajo la coordinación del proyectista.

4. En el Anejo I se relacionan los contenidos del proyecto de edificación, sin perjuicio de lo que, en su caso, establezcan las Administraciones competentes”.

vi) **Proyectos de Construcción**

La definición puede ser igualmente válida para los proyectos de construcción, que tienen una amplia casuística.

Así podemos pensar en intervenciones parciales en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica, los de demolición, los de reforma, reparación, conservación, fabricación, instalación, montaje o explotación de bienes muebles o inmuebles, ejecución e instalaciones auxiliares de obras de arquitectura, un cercado de una finca, pavimentado y encintado de aceras, los proyectos de las denominadas obras menores... Además de los anteriores, vinculados al mundo de la arquitectura, existirían proyectos de construcción propios de la ingeniería (presas, canales, carreteras, vías férreas, redes de transporte de energía...).

Los proyectos de construcción y edificación suelen ser visados por los correspondientes colegios profesionales. A veces se piensa que el visado es garantía de adecuación del proyecto a la normativa urbanística. Esto no es exacto: inicialmente se trata de un control corporativo sobre la identidad y habilitación del profesional, la corrección e integridad formal de la documentación técnica integrante del trabajo y la observancia de las determinadas normas colegiales.

vii) **Licencias** – de construcción, edificación, de obras menores-, son aquellas que habilitan para la realización de una vivienda o edificio o modificación de aquellos.

No se incluyen las de apertura, ya que no entrañan modificación urbanística alguna (SAP de Toledo, 2ª, 28-6-05). SANTANA VEGA, Mª D.⁵⁸⁵.

La licencia urbanística

En cuanto a la “licencia urbanística”, procede recordar que la doctrina jurisprudencial la define reiteradamente como “*acto administrativo de autorización o declarativo de derechos, de carácter reglado, por virtud del cual se lleva a cabo un control previo de la actuación proyectada por el administrado verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público tal y como han quedado plasmadas en la ordenación vigente*”, o «*un acto administrativo de autorización en virtud del cual se controla la actuación proyectada por el solicitante, verificando si se ajusta o no a las exigencias del interés público urbanístico plasmado en el ordenamiento vigente*» (Sentencias de 16 de marzo y 2 de abril de 1998 de la Sala III del Tribunal Supremo) VERCHER NOGUERA.

Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse las de edificación, obras e instalaciones, las de parcelación, las de ocupación y utilización, las de usos y obras provisionales o las de demolición.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2ª, de fecha 9 de noviembre de 2005, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2006, Roj: SAP MA 1846/2006, N° de Recurso: 30/2006, N° de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 2º indica: “*Es preciso delimitar que la licencia administrativa es un acto de autorización reglado por el cual los ayuntamientos, previa comprobación de que el acto que se solicita se ajusta a la normativa urbanística aplicable remueve los obstáculos para el ejercicio de derechos preexistentes y que como tal acto reglado supone que han de cumplirse las condiciones establecidas en la legislación urbanística y en el correspondiente planeamiento de aplicación. Es la Administración y más concretamente el Alcalde o en su caso la Comisión de Gobierno quien concede la licencia de obras conforme al planeamiento vigente en aquel momento. De forma tal que será la Administración local en la persona del Alcalde y en su caso cuando estén delegadas las competencias la Comisión de Gobierno quien debe determinar si la solicitud de la licencia se acomoda a la normativa urbanística aplicable para su concesión.*”

En el caso concreto sometido a consideración de la Sala se infringió lo dispuesto en el art. 120.1 Reglamento de planeamiento Urbanístico puesto que la aprobación inicial de los Planes, Normas, Programas, Estudios de Detalle o de su reforma determinará por sí sola la suspensión del otorgamiento de licencias para aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento, cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanístico vigente.

⁵⁸⁵ Vide SANTANA VEGA, Mª D., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., págs. 726 y 727.

Consideramos que se infringió el ordenamiento jurídico, pues se otorgó la licencia de obra al margen de cualquier planeamiento.

La Sala llega a tal conclusión pues si no era de aplicación el plan de 1986 porque no había sido publicado en su integridad, y tampoco lo era la Revisión del plan de 1998 porque había sido suspendida la ejecutividad del acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Marbella en fecha 7 de Agosto de 1998 como medida cautelar urgente es claro que la licencia de obra no se ajustaba a ningún planeamiento vigente. ”

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 4ª, de fecha 31 de mayo de 2005, Roj: SAP M 6377/2005, Nº de Recurso: 39/2001, Nº de Resolución: 77/2005, Ponente: MARIA DEL PILAR DE PRADA BENGOA, en su FJ 1º recoge: *“Se debe tener presente que la licencia es una autorización municipal de carácter reglado que, sin perjuicio de tercero, permite la ejecución de obras o la utilización del suelo que los instrumentos urbanísticos han previsto en cada momento. Reúne las características de ser una autorización objetiva, real, neutral, reglada y motivada, y constituye uno de los supuestos más genuinos de aplicación de la técnica autorizatoria, entendida como remoción o alzamiento de una prohibición legal de ejercicio de un derecho subjetivo perfecto, impuesta por la necesidad de contrastar previamente si dicho ejercicio se atiene a los límites que configuran el propio derecho según la Ordenación Urbanística”.*

-Concesión de licencias: este sigue siendo un acto administrativo cuyo informe previo es preceptivo, de modo que, como ya sucedía conforme a la anterior redacción del CP, en la fase en que el funcionario competente realice el informe sobre dicha solicitud puede incurrir en responsabilidad penal. Ahora bien, si bajo el anterior texto la doctrina dudaba acerca de si la licencia había de referirse a cualquier acto o uso del suelo (de los previstos en el art. 178.1 del TRLS de 1976 y el art. 1 RDU, v.gr. movimientos de tierras, excavaciones, parcelaciones urbanas, modificaciones de estructuras, demoliciones, etc...) GORRIZ ROYO, E.⁵⁸⁶ indica que en atención al nuevo art. 320.1 CP parece que pueda admitirse que el control penal pueda recaer sobre la solicitud de licencia relativa a cualquiera de dichos actos, dado que en general se ha ampliado la intervención exigiendo que sólo pueda ser susceptible de sanción penal, las solicitudes de licencia urbanística que, al menos, incurran en infracción grave de las normas urbanísticas y de ordenación del territorio.

Por otra parte, la inclusión novedosa de todos estos proyectos, actos y usos del suelo susceptibles de ser informados, podría estar relacionada con la introducción, en el art. 319 CP, de la referencia a *“obras de urbanización”* tratando así el legislador de favorecer una mejor coordinación entre ambos preceptos y, por ende, de ampliar la intervención penal –tanto en el ámbito privado como en el de la función pública- a estadios previos al acto de construir en sentido estricto.

Muy relacionada con esta modificación, resulta estar la introducción de la referencia a la infracción de *“normas de ordenación territorial...”* junto a la ya existente referencia a la infracción de las normas urbanísticas vigentes. Con este reenvío en blanco a las normas de ordenación del territorio puede ponerse fin *“ex lege”* al complejo debate doctrinal que, anteriormente se planteó, acerca de si estas normas –además de las

⁵⁸⁶ Vide GORRIZ ROYO, E., en *“Comentarios a la Reforma Penal de 2010”*, Op. cit., pág. 380.

urbanísticas- podrían o no ser incluidas en el ámbito de remisión de este precepto. Es decir, si sólo se aplicaría el delito del art. 320.1 cuando, entre otros requisitos, se verificara una infracción bien a las normas urbanísticas o también en casos de violar las de ordenación del territorio. Bajo el anterior texto éstas últimas sólo podrían integrar la remisión típica mediante una interpretación teleológica, no siempre compatible con el tenor literal del precepto. Pero ahora cualquier violación de normas relativas a la ordenación del territorio en la concesión de licencias o de alguno de los proyectos a que se refiere el art. 320.1 CP, integra “*ex lege*” un elemento del delito allí previsto. No obstante lo anterior, puede seguir admitiéndose que dicha violación o infracción no necesariamente haya de constituir delito –v.gr. uno de los del art. 319 CP-sino incluso una infracción administrativa, que al menos sea grave.

QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M.⁵⁸⁷ señala que el tipo exige que la contrariedad se refiera precisamente a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes. Así, cabe pensar en una concesión de licencia de demolición de un inmueble protegido por la normativa de patrimonio histórico. Este supuesto está contemplado por el artículo 322 CP, en el que curiosamente no se hace referencia a la normativa que ha de vulnerar la autoridad o el funcionario público. Este planteamiento enlaza como la cuestión de la denominada “*normativa sectorial*”. Existen en el territorio una serie de “*limitaciones*”, “*hechos*” o “*actividades*” como las costas, las aguas continentales, las vías pecuarias, los espacios naturales protegidos, las carreteras, los aeropuertos, la agricultura, el patrimonio histórico... que tienen una protección en leyes estatales o autonómicas que condicionan la ordenación del territorio y el urbanismo, hasta el punto de que se habla del “*urbanismo sectorial o especial*”. En principio, los instrumentos de planeamiento deberían recoger todas las limitaciones de la normativa sectorial, en cuyo caso no se plantearía ningún problema. Pero no siempre es así. Surge entonces la duda de la tipicidad del otorgamiento de una licencia congruente con un instrumento de planeamiento pero que viola flagrantemente una ley sectorial, de modo que daría cobertura a unas obras no autorizables por el ordenamiento jurídico. Una solución razonable para este autor sería entender que las leyes sectoriales, al menos algunos de sus preceptos, son “*normas urbanísticas especiales*”, cuya vulneración tendría relevancia en cuanto al artículo 320 CP. En otro caso, se trataría de una posible prevaricación del artículo 404.

ACALE SÁNCHEZ, M.⁵⁸⁸, explica el **procedimiento de concesión de la licencia** señalando que comienza mediante la presentación de una solicitud por parte del particular, que acompañará de la documentación necesaria que identifique suficientemente la actuación urbanística que se pretende realizar. El art. 9 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCCLL) regula el procedimiento de concesión de tales licencias, estableciendo en su nº 1.1 que “*Se presentarán en el Registro general de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones, deberá acompañarse proyecto técnico con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición*”. Esto habrá de ser informado por el funcionario público, es en este momento donde, si emite informe favorable a sabiendas de que es contrario a la normativa urbanística o de ordenación del territorio vigente, esta incurriendo en la

⁵⁸⁷ Vide QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., “*La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal*”, Op. cit., pág. 113.

⁵⁸⁸ Vide “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*”, Op. Cit., pág. 315.

conducta sancionada en el art. 320.1 del CP. Esos informes pueden ser tanto técnicos como jurídicos.

En el organigrama funcional municipal, el sujeto encargado de realizar los citados informes, será, de conformidad con el art. 172 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales, *“el jefe de la dependencia a la que corresponda tramitarlos”*.⁵⁸⁹ Por el carácter eminentemente técnico, y siguiendo a GONZÁLEZ PÉREZ, deberán ser informados por los Servicios de Arquitectura, Ingeniería o Urbanismo del Ayuntamiento, que en virtud de lo establecido en el art. 248.3 del Decreto de 30 de mayo de 1952 por el que se aprueba el texto del Reglamento de Funcionarios de Administración Local, les corresponde: *“Fiscalizar la edificación privada con arreglo a las Ordenanzas y a la legislación general, e informar los expedientes de licencias para la construcción y reforma de edificios, ya sean de uso público o privado, con el fin de conseguir el más perfecto y armónico desarrollo urbano.”*

Por lo que respecta al informe jurídico, todo apunta a que serán los asesores jurídicos municipales.⁵⁹⁰

Como ejemplo de lo anterior encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 16 de noviembre de 2010, Roj: SAP CO 1632/2010, Nº de Recurso: 22/2010, Nº de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO⁵⁹¹. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de abril de 2007, Roj: SAP MA 1829/2007, Nº de Recurso: 263/2006, Nº de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el mismo sentido continua, FJ 3º: *“Cierta es que para calificar de prevaricación urbanística el otorgamiento de la licencia no basta y por*

⁵⁸⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Las licencias de urbanismo*, ed. El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1978, pág. 213.

⁵⁹⁰ En sentido crítico VERCHER NOGUERA, a., *“Delitos contra la ordenación del territorio”*, cit., pág. 555, afirma que existe un importante número de funcionarios o autoridades que pueden intervenir a través de informes, dossiers, proyectos, etc., y cuya intervención puede ser determinante de la decisión final y cuya intervención puede ser determinante para la decisión final: *“lamentablemente el artículo no comprende otras figuras tales como los expertos o asesores independientes, técnicos contratados, etc., que aun no siendo funcionarios o autoridades pueden tener también una intervención esencial y decisiva en ese resultado final.”*

⁵⁹¹ FJ 3º: *“El Sr. Everardo , a la sazón Alcalde de la entidad local menor de Encinarejo, en virtud de las atribuciones que en su día le concedió el Pleno por delegación, dictó “Resolución de Alcaldía” acordando “Conceder la Licencia de Primera Ocupación a la Empresa Ramar de Córdoba S.L.”, firmando el correspondiente documento. La referida licencia no podía ser expedida, y su otorgamiento ha infringido diversas disposiciones.*

Ya el art. 1.10 del Reglamento de Disciplina Urbanística aprobado por R.D. 2187/78, de 23 de junio, dispone que estará sujeta a previa licencia la primera utilización u ocupación de los edificios e instalaciones en general, cuya licencia se otorgará, según el art. 4, conforme a lo establecido en la legislación de Régimen Local. Del mismo modo, el art. 5 de la Ley 33/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, establece que la ocupación de los edificios precisará de las preceptivas licencias y demás autorizaciones administrativas procedentes, requisito que también es exigido por el art. 169 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 17-12-02.

Y por su parte, el art. 172 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía de 17-12-02 regula el procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas, exigiendo en su nº 4 que las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y de la ordenación urbanística de aplicación, debiendo constar en el procedimiento informe técnico y jurídico sobre la adecuación del acto pretendido a dichas previsiones.”

supuesto no es suficiente que no se hayan incorporado los correspondiente informes jurídicos y técnicos, pero si denota una cierta irregularidad, que considerada en su conjunto con los demás infracciones de normas urbanísticas nos pone de relieve, la ilegalidad en la concesión de las licencias urbanísticas, que no solo bordean la ilegalidad sino que caen de lleno en ella.

El art. 120.1 Reglamento de planeamiento dispone que "la aprobación inicial de los planes, Normas determinará por sí sola la suspensión del otorgamiento de licencias para aquellas áreas del territorio objeto del planeamiento, cuyas nuevas determinaciones supongan modificación del régimen urbanísticos vigente. No obstante, podrán concederse licencias basadas en el régimen vigente, siempre que se respeten las determinaciones del nuevo planeamiento". Es decir no se debió conceder ninguna licencia cuando existía una revisión del planeamiento y la calificación del suelo que se preveía no coincidía con el anterior planeamiento.

Igualmente se quebranta el Reglamento de disciplina urbanística donde se exige que en todo expediente de concesión de licencia urbanística conste informe técnico y jurídico. Así se acredita que se ha infringido el Art. 3 y 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, el primero de ellos determina que las licencias se otorgarán de acuerdo con las previsiones y determinaciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación Urbana y programas de actuaciones Urbanística, y en su caso las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento de las normas y ordenanzas reguladoras sobre uso del suelo y edificación. Así como el art. 4 párrafo segundo, dispone: "Que en todo expediente de concesión de licencia constará informe técnico y jurídico, cuando la entidad otorgante cuente con los servicios correspondientes".

Así pues los sujetos que intervienen de esta forma⁵⁹², en los casos en que actúen previo acuerdo con los funcionarios públicos o autoridades competentes para conceder la licencia, podrán ser castigados como participes en el delito ajeno y, en los casos en los que dicho informe sea determinante para la posterior decisión de los funcionarios y autoridades que tienen que informar, serán castigados como cooperadores necesarios. Si, por el contrario, el informe no es vinculante, serán castigados como cómplices.

Ahora bien, los anteriores informes no son los únicos que se pueden realizar, en la medida en que según establece el art. 82.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92) "A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos".

Una vez emitido el informe, sus efectos serán los generales, es decir, no serán vinculantes, salvo disposición expresa en contrario, según lo dispuesto en el art. 83 de la Ley 30/92.⁵⁹³

⁵⁹² Vide ACALE, M., "LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...", Op. Cit., pág. 317.

⁵⁹³ Vide ACALE, M., "LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...", Op. Cit., pág. 317.

❖ Especial referencia a las Evaluaciones de Impacto ambiental.

La evaluación del impacto ambiental, regulada por la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos⁵⁹⁴, no hace más que adaptar el Derecho interno a la Directiva 85/337/CEE, modificada posteriormente por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, se constituye en un instrumento preventivo consistente en el estudio de las repercusiones de determinados proyectos sobre medio ambiente.

Para ACALE SANCHEZ, M.⁵⁹⁵, aunque estas evaluaciones carecen del carácter de licencias administrativas, autorizan la realización de actividades urbanísticas⁵⁹⁶, como parece que admite la STS 449/2003, de 24 de mayo (RJ/2003/4.387): si se acepta que dicha evaluación cumple las veces de una verdadera autorización ambiental, integraría la conducta típica la de la autoridad o funcionario que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado resolvieren o votaren a favor del mismo⁵⁹⁷. En todo caso afirma TERRADILLOS BASOCO, J.M., “*nada se opone a que el informe favorable a la concesión de la licencia sea manifiestamente ilegal precisamente por no contarse con el estudio de impacto ambiental o por ignorar las conclusiones que impone*”⁵⁹⁸. En este sentido el art. 15.1 RDLTRLS: “*Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso*”⁵⁹⁹.

La evaluación de impacto ambiental constituye un procedimiento de análisis de los resultados ambientales de una decisión contemplada⁶⁰⁰ cuyo objetivo es determinar mediante un procedimiento específico la viabilidad ambiental de unos listados de proyectos⁶⁰¹, detallados en los Anexos I⁶⁰², y II⁶⁰³ 1º del RDL 1/2008, de 11 de enero, caracterizados por ser obras de gran envergadura.

⁵⁹⁴ Según establece su Exposición de Motivos señala que el “*texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental no ha incorporado a su cuerpo disposiciones sobre evaluación ambiental de planes o de programas, contenidas en la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y se limita a refundir las normas vigentes en materia de evaluación de impacto de proyectos*”, por lo que ambas normas están en vigor. Leyes que vinieron a sustituir al Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, desarrollada reglamentariamente por el RD 1131/1988 de 30 de septiembre.

⁵⁹⁵ Vide “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” cit., pág. 339.

⁵⁹⁶ PARADA VÁZQUEZ, R., Op. Cit., pág. 375-376.

⁵⁹⁷ En sentido contrario, PRATS CANUT, J.M., “*Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública*”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, cit., pág. 125; del mismo, “*Responsabilidad penal de las autoridades y funcionarios municipales en materia ambiental*”, cit., pág. 39; CANCIO MELIÁ, M., “*La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español*”, cit., pág. 313.

⁵⁹⁸ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “*Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*”, cit., pág. 324.

⁵⁹⁹ BASSOLS COMA, M., “*Las obras públicas y el urbanismo*”, Madrid, 1994, pág. 33.

⁶⁰⁰ MARTÍN MATEO, R., “*Tratado de Derecho Ambiental*”, cit., pág. 303.

⁶⁰¹ JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, cit., pág. 220.

⁶⁰² Entre los que se encuentran los proyectos de infraestructuras (carreteras, por ejemplo), las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva, cuando

El art. 2 del RDL 1/2008 define la evaluación de impacto ambiental como “*el conjunto de estudios y análisis técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente*”, teniendo en consideración los efectos directos e indirectos del proyecto sobre el ser humano, la fauna y la flora; el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje; los bienes materiales y el patrimonio cultural, así como la interacción entre todos estos factores, según establece el art. 1.3 del mencionado RDL. Con ello pues, la protección del ambiente, del patrimonio histórico y de la ordenación del territorio se unifica, así pues, dentro del primero en la evaluación de impacto ambiental.

b) Omisiva inspectora: Silenciar infracciones detectadas u Omitir las inspecciones:

La otra modalidad de conducta del Ap. 1 del art. 320 CP, son las omisivas inspectoras, castigándose cuando: con motivo de inspecciones **se haya silenciado** la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes o **se haya omitido** la realización inspecciones de carácter obligatorio. La inclusión de estas conductas venía siendo reivindicadas por la doctrina debido, no sólo a que guardan paralelismo con otras análogas en el seno de la protección del medio ambiente, sino también por la dificultad de castigar por la misma, en comisión por omisión, al funcionario. Estas conductas se encuentran en relación de subsidiariedad, habiéndose incluido la segunda para evitar que con la simple no realización de inspecciones se evitara siempre cometer el delito (Informe del CGPJ). SANTANA VEGA, M^a D.⁶⁰⁴.

Según la CIRCULAR 7/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo, en la redacción previa a la reforma de 22 de junio de 2010, el artículo 320 parecía incompleto al no contemplarse expresamente la hipótesis de responsabilidad omisiva. Lo cual parecía un tanto incomprensible, especialmente considerando que se trataba de una posibilidad que ya venía expresamente prevista en el artículo 329 en caso de prevaricación ambiental, al referirse a autoridades o funcionarios que “*con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen*”. Con este tipo de ausencias se podía dar pie a que terceros atentasen contra el ordenamiento urbanístico, ya que previsiblemente podían ampararse en una autorización jurídicamente eficaz. En todo caso, la aceptación jurisprudencial de la comisión por omisión en la prevaricación ordinaria del artículo 404 del Código Penal (sentencias de 29 de octubre de 1994, 27 de diciembre de 1995, 5 de enero de 2001, etc.) consecuencia del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997⁶⁰⁵, vino a abrir, sin duda, nuevas posibilidades a la

dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas, o los proyectos de urbanización y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas.

⁶⁰³ Entre otros, los proyectos de concentración parcelaria, los de infraestructuras (como los proyectos de urbanización), así como las urbanizaciones de vacaciones.

⁶⁰⁴ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 725.

⁶⁰⁵ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolución), Sección 6^a, de fecha 23 de junio de 2009, anterior a la reforma LO 5/2010 del CP, Roj: SAP GC 1797/2009, N^o de Recurso: 52/2007, N^o de Resolución: 105/2009, Ponente: EMILIO JESUS JULIO

aplicación de la comisión por omisión en el contexto del artículo 320. Un ejemplo de que los Tribunales no han tenido demasiados problemas a la hora de afrontar esa posibilidad es la sentencia de 19 de abril de 2010 del Juzgado de lo Penal número 7 de Málaga, entre otras. En este caso, el Juzgador, después de condenar al autor de una construcción ilegal, condena igualmente al Alcalde-Presidente de la Corporación dado que el mismo “*tenía la obligación legal de velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística en el territorio de su Municipio...*”.

En cualquier caso, la Circular de la FGE, entiende que el problema ha quedado definitivamente resuelto con la nueva redacción que la reforma de 22 junio de 2010 ha proporcionado al artículo 320. La nueva redacción del precepto se refiere a la autoridad

MOYA VALDES, hace referencia a la posibilidad de la prevaricación por omisión referida, así en el FJ 2º: “*sobre la posibilidad de **prevaricación por omisión**, la cuestión quedó definitivamente resuelta a partir del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 30 de junio de 1997, en que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. De modo que tanto se realiza la conducta típica (“... la autoridad... que... dictase resolución arbitraria...”)* de manera positiva, es decir dictando la resolución, como **no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta también se produce por la negativa a responder** (en este sentido, son ya muchas las sentencias que admiten la comisión por omisión de este delito: SSTS 1880/1994, de 29 de octubre; 784/1997, de 2 de julio; 426/2000, de 18 de marzo y 647/2002, de 16 de abril, entre otras). De ahí que se haya dicho que, como tal delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión con el claro apartamiento de la actuación de la autoridad del parámetro de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y por tanto arbitraria. **El Tribunal Supremo para la existencia de este delito en su modalidad de comisión por omisión requiere que concurren los siguientes presupuestos: a) una situación típica, b) ausencia de la acción determinada que le era exigida y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.**

Ahora bien, el hecho de que la conducta se pueda cometer por omisión, dada la posición en el alcalde y concejal de urbanismo imputados de garantes de la no producción del quebrantamiento de la normativa urbanística, no implica que no sean exigibles los restantes requisitos de este tipo penal, como son el elemento subjetivo, en este caso de forma necesaria el dolo de la acción (u omisión), es decir, no basta la inactividad de la Administración por el hecho de no haber dictado una resolución expresa. La obligación de resolver(art. 42.1 LRJPAC) es una obligación de la Administración, cuyo incumplimiento no causa ni puede causar perjuicios ni a los intereses generales ni a los administrados que cursen una solicitud a la Administración, precisamente porque a este incumplimiento le está prevista una **consecuencia legal** como es la del **silencio administrativo**, positivo en algunos casos y negativo en otros. Cuando el silencio es negativo la no resolución comporta la denegación de la petición, convirtiendo así una omisión en un acto contra el cual el administrado puede utilizar los recursos previstos legalmente (art. 43.3, LRJPAC). La STS (Sala 3a.) de 2 de octubre de 1997es clara cuando afirma que “*ante la falta de resolución expresa de la Administración, en el caso de silencio negativo, el interesado puede optar por tener por denegada su pretensión y ejercitar los recursos pertinentes en los plazos legalmente establecidos, contados desde que se presume producida la denegación, o bien esperar a que la Administración se pronuncie, ya lo haga cumpliendo sus obligaciones y resolviendo expresamente, aunque sea con retraso, o simplemente vuelva a confirmar tácitamente aquella primera denegación presunta*”. En el caso que nos ocupa, **precisamente por la previsión legal del silencio, el hecho de no resolver de conformidad con la obligación impuesta en el art. 42 de la repetida ley citada entendemos que no comporta la comisión del delito que se les imputa a los acusados**. Se reconoce el derecho a obtener una respuesta de la Administración, en el marco de los Principios Generales a que se refiere la Ley 30/1992 y más concretamente, de acuerdo con el art. 42 y, por tanto, la obligación de responder por parte de la Administración es una obligación jurídica exigible, pero lo que no puede sostenerse es el intento de crear una responsabilidad penal por el hecho de la presentación de los escritos referidos por los querellantes solicitando se defina el ancho de la vía, sin haber obtenido respuesta por parte de la Administración Municipal, por lo que el motivo debe desestimarse.”

o funcionario público “*que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*”. Dada su homogeneidad, la referida conducta ha de ser interpretada en los términos en los que el Tribunal Supremo ha hecho aplicación de la prevaricación medioambiental, y, en particular, de acuerdo con los criterios establecidos en la Sentencia de la Sala II de 24 de mayo de 2003. En este supuesto, continua la Circular, que la jurisprudencia se adelantó al legislador y acabó dando una solución a esa situación de ausencia de regulación. La citada sentencia señala “*la acción típica viene integrada no sólo por conductas activas (informar favorablemente), sino también omisivas (silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de sus inspecciones). Nadie discute que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en si el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión. Partiendo del hecho de que, en ningún momento, se realizó la inspección como señala la sentencia recurrida, lo cierto es que después del reproche de esa inactividad, llega a la consideración de que esta conducta omisiva no encaja en el tipo del artículo 329 del Código Penal. Con ello entra en la paradoja, señalada acertadamente por el Ministerio Fiscal, de penalizar conductas activas, como es llevar a cabo la inspección, cuando el funcionario la realiza, se supone que por motivos ilícitos, silencia la infracción de normas reguladoras del medioambiente y sin embargo, la tolerancia, consentimiento e inactividad ante una industria contaminante resultaría impune. La función fiscalizadora y garante del Alcalde se declara en la sentencia de 29 de septiembre de 2001*”. Es por ello por lo que con la reforma de 2010 se ha añadido a la primera conducta omisiva una segunda consistente en que “*hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*”.

En similar sentido GORRIZ ROYO, E.⁶⁰⁶ señala que junto a estas novedades, puede decirse que la más importante de las introducidas en este precepto es la precisión de dos modalidades de conducta omisivas consistentes, respectivamente, en **silenciar** la infracción de las normas relativas a la ordenación del territorio o urbanísticas, con motivo de inspecciones y en **omitir** la realización de inspecciones de carácter obligatorio. Como se observa no sólo se iguala así las modalidades del delito del apdo. 1º del art. 320 CP a las de la prevaricación en medio ambiente del art. 329.1º CP⁶⁰⁷ sino que incluso se va más allá, al introducir una nueva modalidad de conducta omisiva: la referida a omitir el deber de inspeccionar cuando ello sea obligatorio.

a) La introducción de la primera modalidad de conducta omisiva consistente en **silenciar infracciones**, había sido demandada por una parte de la doctrina penal especializada y ello a pesar de los riesgos que en materia de autoría y participación pueda generar, según indica otro sector de dicha doctrina. Entre otros aspectos, su previsión implica que ahora los funcionarios con competencias en la inspección quedan

⁶⁰⁶ GORRIZ ROYO, E., en “*Comentarios a la Reforma Penal de 2010*”, Op. cit., pág. 380.

⁶⁰⁷ ACALE SANCHEZ, M. Señala que el legislador se ha olvidado de modificar en semejantes términos al art. 320 CP, el art. 322 CP (320, 322 y 329 castigan prevaricaciones especiales por razón de la materia), si bien, en la medida en que se entienda que el delito del art. 321 es uno de resultado, habría que recurrir a la posibilidad de considerar autor del mismo al funcionario omitente caso de que se llevara a cabo el derribo del edificio singularmente protegido por el particular. De todas las formas, esta solución tiene la desventaja de que en los artículos 320 y 329 se castigaría por la mera omisión del funcionario, siendo así que en el art. 322 sería necesario que a consecuencia de ella, el particular se llevara a cabo el derribo de un edificio que, además, ha de ser singularmente protegido por sus valores histórico artístico, con lo que el deterioro para dicho bien jurídico es irreversible. Vide, Op. cit, pág. 333.

incluidos en el círculo de sujetos activos de este delito especial. Concretamente la conducta requeriría demostrar que concurre una situación típica consistente en que, *con motivo de una inspección, el funcionario competente para realizarla presencia la comisión de una infracción urbanística*; si bien, finalmente ha de probarse que el funcionario omite dar cuenta de ella, por ejemplo al no hacerla constar cuando levante el correspondiente acta de inspección.

Como ejemplo de lo anterior encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (absolutoria y condenatoria con conformidad) Sección 1ª, de fecha 26 de Junio de 2012, ROJ: SAP IB 1472/2012, Nº de Recurso: 27/2011, Ponente: ROCIO NOBELDA MARTIN HERNANDEZ, en los Hechos Probados recoge: “*el acusado Francisco en tanto que **celador municipal de obras del Ayuntamiento de Andratx en el momento de hechos*** (...)”

*El acusado Francisco pese a su cargo y a sus obligaciones legales no solamente no realizó acto alguno tendente a impedir la edificación de la vivienda ilegal o su legalización si no que, **omitiendo su obligación legal de perseguir obras ilegales y delictivas**, llevó a cabo cuantos actos eran necesarios para posibilitar que los promotores realizaran y legalizaran su edificación ilegal.*

*La Ley de Disciplina Urbanística de 23-10-1990 (artículos 20 a 24) le exigía que como agente de la autoridad **su función inspectora consistía en comprobar que la edificación y uso del suelo se ajusten al ordenamiento urbanístico y para ello: Constatar y denunciar todas las anomalías que observe y vigilar y controlar la actuación de todos los implicados en el proceso constructivo y de utilización del suelo. Pese a esta obligación legal y conocer que la construcción de una vivienda unifamiliar de nueva planta en terreno protegido estaba fuera de toda normativa, el acusado Francisco permitió que dicha construcción se ejecutara y, además, realizó los actos que se han relatado de emisión de informes inveraces para posibilitar la legalización.***”⁶⁰⁸

b) Ahora bien, con respecto a la segunda modalidad de conducta omisiva, esto es, la **omisión de realizar inspecciones de carácter obligatorio** parece que el Derecho penal estaría yendo demasiado lejos en opinión de GORRIZ ROYO, E.⁶⁰⁹. Y ello porque se trataría de castigar conductas que son puros incumplimientos formales de la normativa administrativa. Esto es, la pura omisión de quien, *estando obligado a inspeccionar, deja de hacerlo, sin exigir un ulterior resultado, es decir, con independencia que de ello se derive alguna infracción o delito urbanístico o no*. Puede decirse que esta modalidad plantearía un déficit de lesividad dado que, en principio, para verificar dicho precepto no sería preciso demostrar la ofensa a bien jurídico alguno, simplemente bastaría con el incumplimiento de la obligación de inspección. No obstante, esta interpretación puede llevar a ampliar tanto el ámbito de aplicación del precepto que parece necesario restringirla en atención, entre otros, a los principios de proporcionalidad y culpabilidad (en el parecer de GORRIZ ROYO), a los principios de

⁶⁰⁸ También recoge: “Francisco en fecha 12-2-2008 de manera voluntaria compareció ante la autoridad judicial y confesó su intervención en los diversos delitos que eran objeto de investigación en esta pieza separada y en otras y facilitó información sobre dichos hechos así como sobre otros trascendentes para el descubrimiento de nuevos delitos que hasta entonces, no se conocían.”

⁶⁰⁹ GORRIZ ROYO, E., en “Comentarios a la Reforma Penal de 2010”, Op. cit., pág. 381.

proporcionalidad y elemento subjetivo (de la omisión o silencio “*a sabiendas de su injusticia*”), en nuestro parecer.

Añade, esta autora, que una forma de conseguir esta restricción sería exigir que mediante el incumplimiento de la obligación de inspeccionar se afectaran los dos bienes jurídicos tutelados en este precepto, esto es, la ordenación del territorio y el correcto funcionamiento de la Administración urbanística como servicio a los ciudadanos. De manera que, al menos dicho incumplimiento favorecieran la comisión de infracciones urbanísticas graves, cuando no de un delito urbanístico.

En todo caso, ambas conductas omisivas han de ser cometidas con dolo, quedando excluidas del ámbito penal las conductas imprudentes que, en su caso, habrán de depurarse por vía administrativa⁶¹⁰.

La opinión de GORRIZ ROYO, es que a pesar de las exigencias dirigidas a restringir la segunda modalidad de conducta omisiva, su previsión expresa podría haberse evitado de manera que, en su caso, cuando semejantes incumplimientos tuvieran un resultado perjudicial para la Ordenación del territorio (añadimos nosotros o el Urbanismo) podría haberse acudido al instituto de la comisión por omisión, o incluso optar por su impunidad y relegar estas conductas al ámbito administrativo sancionador y disciplinario. Pero no ha sido esta la postura finalmente adoptada por el legislador penal, pudiendo resultar criticable la previsión de esta conducta en opinión de GORRIZ ROYO⁶¹¹, al convertir la intervención penal en excesiva y por ende contraria a los principios de proporcionalidad y sus postulados de fragmentariedad y subsidiariedad, que paradójicamente deberían regir en la tipificación penal de nuevas conductas en ámbitos ya regulados por el Derecho administrativo.

Finalmente ACALE SANCHEZ, M., concluye señalando que al hilo de las características que deben presentar los informes para verificar el requisito típico del art. 320.1 C.P., admitiendo el legislador (con la reforma LO 5/2010) que cabe la comisión por omisión, y teniendo en cuenta que sujeto activo del mismo, no puede ser cualquier funcionario público o autoridad, sino el doblemente obligado a realizar inspecciones y a denunciar las violaciones de las normas de carácter general que las regulen, en muchas legislaciones autonómicas se ha previsto la figura de los **Inspectores Urbanísticos**⁶¹², se cierra el debate doctrinal abierto a si cabía o no el castigo del funcionario que omitía la realización de inspecciones⁶¹³.

- **El silencio administrativo en materia urbanística:**

Cuestión importante es la referida al silencio administrativo en materia urbanística.

Es necesario detenerse en la cuestión surgida a tenor de la normativa estatal supletoria en esta materia, esto es, a raíz del art. 9.1.3º del RSCCLL según el cual si antes de los diez días para que trascurren los plazos legales para resolver las licencias

⁶¹⁰ GORRIZ ROYO, E., en “*Comentarios a la Reforma Penal de 2010*”, Op. cit., pág. 381.

⁶¹¹ GORRIZ ROYO, E., en “*Comentarios a la Reforma Penal de 2010*”, Op. cit., pág. 382.

⁶¹² LOUA en Andalucía.

⁶¹³ ACALE SÁNCHEZ, M. “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*”, Vide, Op., cit. pág. 334

(plazos que a su vez se prevén en el apartado 5º del mismo art. 9.1 RSCCLL), no se han remitido los informes a la Corporación, la solicitud de licencia se entenderá informada favorablemente.

El problema que se plantea es de interpretación del art. 9.1º.3 RSCCLL debido a la falta de actualización del mismo al régimen del silencio administrativo previsto en la LRJAPPAC.

De este régimen únicamente interesa destacar que ahora el art. 43.3 LRJAPPAC establece respecto al silencio administrativo positivo que “*la estimación por silencio positivo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento*” y por otra parte, el silencio negativo o desestimación por silencio administrativo “*...tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente*”.

En concreto a raíz de la reforma operada por Ley 4/1999, de 13 de enero, se han agudizado las discordancias entre los plazos establecidos entre el art. 9.1º.3 RSCCLL y el art. 42.2 LRJAPPAC surgiendo la duda de a qué norma acudir en defecto de legislación autonómica aplicable. La opción de atender al art. 9.1º.3 RSCCLL resulta, según GORRIZ ROYO, E.⁶¹⁴, la más lógica e implica que el informe es un acto de trámite, no resolutorio, a cuya ausencia atribuye la ley un sentido favorable. De modo que si el órgano competente no evalúa el informe en plazo no es un supuesto de silencio administrativo positivo, porque no sufre resolución alguna. Se trataría de una actividad administrativa tácita, porque el órgano puede expresar su parecer callando.

Para GÓMEZ PUENTE, M.⁶¹⁵, el órgano informante sólo tiene obligación de emitir su parecer expreso cuando se oponga a la pretensión objeto del expediente.

La solución entendemos que se encuentra, al tener en cuenta que, rige la prohibición de que el silencio administrativo produzca efectos contra legem ((art. 242.6 TRLS de 1992). Precepto expresamente excepcionado de derogación por la Disposición Derogatoria única de la LRSV de 1998 y a tenor del cual: “***en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico.***”) sin existir fisuras acerca de la vigencia de esta regla, como se reafirma en la jurisprudencia (STS de 5 de diciembre de 1995 (Sala 3ª, RA 8994, F.D. 4º)). Y en consecuencia, las conductas «contra legem» no pueden beneficiarse del silencio administrativo positivo, de modo que será indiferente que pueda acreditarse dicho silencio mediante la certificación potestativa a la que hace referencia el art. 43.5 LRJAPPAC.

Los casos en que a falta de informe expreso de la Administración, se entiende éste otorgado no son en absoluto teóricos ni escasean en la práctica, sino que han llegado a plantear situaciones de auténtico colapso en las Administraciones competentes abrumadas ante la cantidad de infracciones cometidas por particulares que han comenzado a construir a falta de informe o resolución expresa.

⁶¹⁴ Vide GORRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación...*” Op. cit., pág. 252.

⁶¹⁵ GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad de la Administración*, 3ª Ed., Elcano, 2002, pag. 471.

ACALE SÁNCHEZ, M.⁶¹⁶, señala que la incorporación al Código de estas conductas omisivas, no ha de ser interpretada como si se quisiera someter a control desmedido la actuación de los funcionarios encargados del control. En efecto, una cosa es la conducta del **encargado de la inspección** que “*a sabiendas de su injusticia*”, no realiza una inspección para no detectar irregularidades, o que realizada la misma, las silencia, y otra muy distinta que a la vista de la falta del personal existente en muchos casos en las inspecciones urbanísticas, las personas que allí trabajan no den abasto con su trabajo y no puedan realizar todas las inspecciones que debieran: en estos casos, faltaría el elemento subjetivo, en todo caso.

En algunos casos incluso, la pasividad del funcionario se debe a la sospecha de que la solicitud de licencia que se somete a su consideración incurre en ilegalidad de modo que para eximirse de responsabilidad de cualquier clase, el funcionario deja pasar los plazos sin informar.

Así por ejemplo, se constata en los hechos probados de la SAP de Cantabria de 24 de junio de 2002⁶¹⁷, cuando se acredita que el Alcalde imputado, sabía que la autorización solicitada tenía un Visado en el que se advertían que el proyecto incurrían en infracciones administrativas y asimismo contaba con un informe urbanístico, en el que se acreditaba que dicho proyecto incurría en diversos excesos, por todo lo cual pidió consejo a un aparejador. Según el relato de hechos probados, dicho aparejador asesoraba habitualmente al Alcalde imputado, si bien «... *le dijo que a él le parecía legal por tratarse de una rehabilitación, pero que no quería intervenir en el asunto ni emitir informe oficial alguno por ser el arquitecto técnico de la misma obra, y que preguntara a otro técnico. Ante ello, J. L.Q.T. , el mismo día (...) se desplazó a (...), donde se entrevistó con el arquitecto superior E.L.A., a quien entregó el proyecto en cuestión con dicho sello e informe y la autorización de la demarcación de Carreteras; (dicho arquitecto), a la vista de tales documentos, no se atrevió a informar favorablemente la concesión de licencia , ...*” (Antecedentes de Hecho, Hechos Probados, punto 1º). Como con acierto⁶¹⁸ (GORRIZ ROYO, E.), posteriormente estableció el tribunal, «*la opinión del aparejador Sr. M. fue, pese a todo, claramente evasiva de compromiso alguno, pues no quiso intervenir oficialmente; y en cuanto al informe del arquitecto superior, lejos de poder amparar la conducta del alcalde no hace sino poner de manifiesto su decidida voluntad de conceder la licencia pese a las infracciones urbanísticas puestas de manifiesto por el Colegio de Arquitectos y de todo punto claras en cuanto a la necesidad de autorización, pues no sólo no es un informe favorable que desde el punto de vista técnico y con buen o mal criterio sostenga la legalidad de la obra ejecutada y el proyecto de construcción del hotel, sino que por su propia ambigüedad, pone de relieve el serio fundamento del informe de dicho Colegio ...*» (F.D. 3º, 2).

2. Artículo 320.2 CP:

En el iter procedendi es llegado el momento de la resolución de la Administración urbanística correspondiente, tema que es objeto de la segunda parte del

⁶¹⁶ ACALE SÁNCHEZ, M. “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...”, Vide, Op., cit. pág. 334.

⁶¹⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 24 de junio de 2002, Roj: SAP S 1336/2002, Nº de Recurso: 5/2002, Nº de Resolución: 15/2002, Ponente: JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA

⁶¹⁸ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 254.

artículo que se analiza, y que la doctrina y la jurisprudencia identifican como prevaricación propiamente dicha. Dice la redacción:

“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.”

Una vez concluida la fase de informes sobre las actuaciones urbanísticas incluidas en el número 1º del art. 320, el número 2º del art. 320, secuencialmente procede a castigar a los funcionarios públicos o autoridades que resuelva por sí solos o voten a favor, de la concesión de la licencia o autorización, en el seno de un órgano colegiado a sabiendas de su injusticia⁶¹⁹.

Así, en relación a la inclusión de esta conducta típica en el Título XVI del Código Penal⁶²⁰, se ha destacado la novedad que supuso la introducción, en el CP de 1995, de las cláusulas de responsabilidad funcional en los apartados 2º de los artículos 320 CP⁶²¹ (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.⁶²²; GÓMEZ RIVERO, M.C.⁶²³), dado que -junto a la modalidad individual-, se ha incriminado de forma expresa una suerte de prevaricación colegiada (PAREDES CASTAÑON, J.M.⁶²⁴), en cuanto se requiere la participación colectiva en la emisión de resoluciones en materia urbanística⁶²⁵. A tal efecto se ha diferenciado de forma innovadora, con respecto incluso a las previsiones de alguno de los proyectos legislativos anteriores al Código Penal de 1995⁶²⁶, las conductas de “votar” y “resolver” refiriéndolas tanto al sujeto que lo hace “por sí mismo” como en calidad de “miembro de un órgano colegiado”. Así configuradas, las modalidades del art. 320.2 CP se aproximan estructural y valorativamente a la prevaricación del art. 404 CP, razón por la que no se ha dudado en denominarlas en rigor, “prevaricaciones específicas” (ALASTUEY DOBON, M.C.⁶²⁷).

⁶¹⁹ ACALE SANCHEZ, M. “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...” Op., cit., pág. 335.

⁶²⁰ Vide GORRIZ ROYO, E., “Los delitos de prevaricación...” Op. cit., pág. 269.

⁶²¹ Así como en el art. 322 CP y en el art. 329 CP.

⁶²² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio”, en *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio, Seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz*, (coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.), Enero de 1997, pág. 142 y 143.

⁶²³ GÓMEZ RIVERO, M.C., *El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*, Valencia, 2000, pág. 68.

⁶²⁴ PAREDES CASTAÑON, J.M., “Los delitos sobre la Ordenación del Territorio”, *Revista Quincena de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Pamplona, Septiembre, nº 8, 2000, pág. 26.

⁶²⁵ De patrimonio histórico y medioambiental.

⁶²⁶ En el PLOCP de 1980, se preveía en el art. 384, junto a la conducta de informar la conducta de «...los miembros del organismo otorgante que hubiere votado su concesión a sabiendas de su ilegalidad...» Idéntica redacción adoptan los Proyectos de 1992 y 1994 en sus respectivos artículos 311 y 306, mientras que como es sabido, en la PANCP de 1983 no se contempla precepto alguno relativo a la responsabilidad funcional.

⁶²⁷ ALASTUEY DOBON, M.C., “El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 9, 2002, pág. 34.

En efecto, como ya se mencionaba en el epígrafe de prevaricaciones específicas o especiales (con respecto a la tipificada en el art. 404 CP), la doctrina, encabezada por MIR PUIG, C., califica como tales las del art. 320.2 del CP.

Así la prevaricación urbanística del art. 320.2 CP, es denominada por la Doctrina “*prevaricación específica en sentido estricto*”⁶²⁸. En su estudio, se constatan una serie de similitudes entre el art. 404 y las conductas castigadas es el art. 320.2 CP⁶²⁹, hasta el punto de que el propio legislador se remite al art. 404 a efectos de imposición de pena. Además, en ambos preceptos, el sujeto activo ha de ser un funcionario público o autoridad que ha de obrar a sabiendas de su injusticia⁶³⁰. Las diferencias las resalta la STS 1440/2003, de 31 de octubre (RJ/2004/1767): “*en estos casos, se acotan y objetivan aún más los requisitos que han de concurrir en la ilicitud de la conducta, cuales son los relativos a la **contravención de las normas urbanísticas vigentes** y no ya la más vaga referencia del artículo 404 a una genérica “arbitrariedad” de la actuación, que siempre requiere un superior esfuerzo voluntario de parte del Juzgador y que ha conducido al empleo, por esta Sala, de expresiones, más o menos afortunadas, que ponen de relieve el rigor de las exigencias necesarias para la correcta subsunción de la conducta en el tipo de la prevaricación, lo que se concreta en la constatación de que la aplicación del derecho realizada por el inculcado no pueda ser sostenible con ninguno de los criterios interpretativos de las Leyes admitidas en la práctica*”.

ORTS BERENGUER, E.⁶³¹, afirma que la relación que se establece entre el art. 404 y el artículo 320⁶³², es la de ley general-ley especial, en la que la materia sobre la que recae el acto prevaricador (la ordenación del territorio y el urbanismo⁶³³), especializa a este precepto respecto a la ley general contenida en el art. 404 CP.

⁶²⁸ SANTANA VEGA, M^a D., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 726; VERCHER NOGUERA, A., “*Delitos contra la ordenación del territorio*”, cit., pág. 556; BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C., “*Delitos sobre la ordenación del territorio*”, cit., pág. 1582; GARCIA ARAN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., “*El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*”, cit., pág. 160; DE VEGA RUIZ, J.A., “*Delitos contra el medio ambiente*”, en La Ley, 1996 (4.061), pág. 6; PÉREZ DE GREGORIO, J.J., “*Los delitos contra el medio ambiente*”, en La Ley, 1996/3.981, pág. 4; MORALES PRATS, F. y TAMARIT SUMALLA, J.M., “*Delitos sobre la ordenación del territorio*”, cit., pág. 1693; TAMARIT SUMALLA, J.M., “*De los delitos sobre el patrimonio histórico*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pág. 1700; PRATS CANUT, J.M., “*De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*”, cit., pág. 891; GÓMEZ RIVERO, M.C., “*Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*”, cit., pág. 3; TOLEDO Y UBIETO, E.O., “*El delito de prevaricación de los funcionarios públicos*”, en La Ley, 8 octubre 1996 (4139), pág. 9; ORTS BERENGUER, E. “*De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*”, en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., pág. 1783. Por su parte, BOLDOVA PASAMAR (*Los delitos urbanísticos*, cit., pág. 218) entiende que aunque existen diferencias entre la conducta castigada en el art. 404 y las previstas en los artículos 320, 322 y 329, “*tales diferencias no son decisivas o no son tan llamativas como para que los delitos de prevaricación especiales o específicas de los artículos 320, 322 y 329 en los aspectos en que son comunes no puedan ser interpretados unitariamente...*”; GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pág. 83 y ss.

⁶²⁹ Y por ende en los art. 322 y 329 CP.

⁶³⁰ Por todos, vid. CANTERO CERQUELLA, C.J., *La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales*, cit. pág. 234 y ss.

⁶³¹ “*De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*”, cit., pág. 1783.

⁶³² 322 y 329 CP

⁶³³ Patrimonio histórico y medio ambiente.

En el mismo sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo 363/2006, de 28 de marzo (RJ2007/1848), lo que lleva a PAREDES CASTAÑÓN, J.M., a considerar que se está ante una figura de “*prevaricación colegiada*”.⁶³⁴

Pues bien, hasta el momento de aprobación del Código de 1995 estas conductas se castigaban como tales (siempre y cuando tras la valoración, se plasmaran en una resolución injusta la decisión arbitraria del propio órgano administrativo que resolvía). Como afirmó la STS 1312/1994, de 24 de junio (RJ/1994/5031) “*no sólo pueden llevar a cabo la acción delictuosa los funcionarios en cuanto ejercientes de un órgano unipersonal, sino también los miembros de un órgano colegiado*”⁶³⁵. Tanto quienes lo presiden como o que de él forman parte, siempre que concurran en cada uno de ellos las exigencias establecidas en la norma penal”. En la misma línea, la STS 1717/1994, de 19 de diciembre (RJ/1994/10.231) afirmaba “*es llano que todos los que han contribuido con su voto en unidad de acto al acuerdo decisorio responden personalmente de su contenido y consecuencia*”. Con posterioridad a la aprobación del Código Penal, se castigan de conformidad con el art. 320.2 CP en aplicación del principio de especialidad del art. 8.1 del CP⁶³⁶.

a) «Votar» o «resolver» favorablemente

En el art. 320.2 C.P. se prevén *prima facie* dos modalidades de conducta típica: «votar» o alternativamente «resolver» a favor de la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes. En pura lógica, cabría entender que la conducta de «votar» se cometerá cuando dicha concesión se someta a la decisión de un órgano colegiado, mientras que la de «resolver» acaecerá si se trata de la decisión de un órgano unipersonal (DE VICENTE MARTÍNEZ, R.⁶³⁷), sin embargo es éste un aspecto que el precepto no clarifica con la precisión que de nuevo sería deseable. De modo que como propone OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, también es plausible sostener que en realidad se contemplan hasta cuatro modalidades de conducta:

a) la central –por cuanto guarda mayor paralelismo con la prevaricación del art. 404 C.P.-, se verificará cuando **el funcionario o autoridad por sí sólo hubiese resuelto a favor** de la concesión de la licencia⁶³⁸;

⁶³⁴ PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “*Los delitos sobre la ordenación del territorio*”, cit., pág. 26.

⁶³⁵ En el supuesto examinado, precisamente, es el Ayuntamiento en Pleno.

⁶³⁶ Y como decíamos en el epígrafe prevaricaciones Especiales o Específicas, por aplicación del precepto penal más grave castigado con pena mayor (art. 8.4 CP), art. 320.1 CP en relación al art. 404 CP.

⁶³⁷ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “*La responsabilidad penal...*”, Op. cit., pág. 187.

⁶³⁸ Un ejemplo lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (condenatoria con conformidad), sección 2ª del 16 de Abril del 2012, ROJ: SAP H 130/2012, Nº de Recurso: 3/2012, Ponente: FRANCISCO JOSE MARTIN MAZUELOS, en cuyos Hechos Probados declara: “*Los acusados, Juan Pedro, ALCALDE de Linares de la Sierra, desde 2003 y su pareja sentimental desde hacía 17 años, Ascensión (ambos mayores de edad y sin antecedentes Penales). decidieron en 2008, llevar a cabo en calidad de promotores, una edificación para vivienda, en la finca, propiedad familiar de Ascensión, sita en la Parcela NUM008 del Polígono NUM009 del término municipal de Linares de la Sierra.*

La parcela donde proyectaban la edificación no cumplía los requisitos de superficie mínima y distancias a linderos, carecía de actividad agrícola o ganadera y además se encontraba situada en suelo no urbanizable de especial protección por estar enclavada dentro del "Parque Natural de la Sierra de Aracena y Picos de Aroche": por lo que concibieron, valiéndose de la cualidad de Alcalde del imputado, un procedimiento fraudulento que les permitiese llevarla a cabo, sin riesgo de sanción y sin coste económico.

b) en segundo lugar, **resolver igualmente a favor de la concesión pero en régimen de coautoría, esto es, como miembro de un órgano colegiado;**

c) la tercera modalidad se daría cuando **la autoridad o funcionario votara por sí sólo a favor y**

d) en último lugar, estaría la más compleja de todas las conductas por consistir también en **votar a favor pero en calidad de miembro de un organismo colegiado.**

Adoptando como presupuesto estas conductas que *literalmente* son deducibles del art. 320.2 C.P. -aunque en atención a determinados criterios interpretativos pueden reducirse, como se detallará-, interesa a continuación analizar los elementos típicos fundamentales de las mismas.

- a) La **conducta de “resolver”** no ofrece excesivas dificultades para su definición, en tanto cabe acudir a la sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en relación con el delito del art. 404 C.P., para concebirla como emitir “*cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad, de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea expresa o tácita, escrita u oral*” (vid. STS nº 460/2002 de 16 de marzo, F.D. 2º) RA 4932⁶³⁹.

En ejecución de dicho plan, el acusado, en nombre de su pareja, solicitó en el mes de Mayo del año 2008, licencia municipal para construir caseta de aperos de 20 NUM009 con altura máxima de 3,5 metros.

Dicha solicitud la entregó personalmente a la auxiliar administrativa municipal, Consuelo , a la que le dijo que era para la Parcela NUM010 del Polígono NUM009 (de mayor superficie y propiedad de Noemí), entregándole además la certificación catastral de dicha parcela y requiriéndole, que tramitase la autorización preceptiva de la Dirección del Parque Natural, dependiente de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía.

Tramitado el Expediente de Licencia con nº 35/08, la autorización del Parque Natural, se concedió con fecha 6 de junio de 2008, con carácter condicionado, exclusivamente para la construcción de caseta de aperos para usos agrícolas y prohibiéndose expresamente que la misma contase con servicios higiénicos-sanitarios generadores de vertidos.

El día 12 de Junio el Arquitecto Municipal y la Secretaria Municipal, informan favorablemente, pero igualmente de forma condicionada, al respecto de lo establecido por el Parque Natural y en el mismo día el acusado concede la licencia a nombre de su pareja Ascensión, y se liquida la tasa, llegando a firmar personalmente la notificación de la licencia a su pareja y también la de liquidación de la tasa con el fin de agilizar los trámites y por ser el auténtico promotor e interesado. Inmediatamente los acusados empezaron las obras, sin intención de respetar la licencia ni el condicionado del Parque Natural y para la Construcción de una Vivienda de 45 m2 en dos plantas (una subterránea) que contara con salón con chimenea, cocina y baño, y con el fin de "segunda residencia" incompatible con la legislación protectora del Parque aprobada por el Decreto 210/2003 de 15 de Julio (PORN y PRUG) y también con las NNS del Municipio (incumple lo relativo a superficie mínima y distancia a linderos).

En la ejecución de las obras y dado que sus ingresos económicos en 2008, no superaban los 28.000 (caso del acusado) y 6.000 (la acusada); aquel decidió prevalerse de su condición de Alcalde y con grave quebranto de sus deberes como servidor público, decidió costear con fondos públicos la construcción, valiéndose de su buena relación con constructores y proveedores municipales y del absoluto control que realizaba sobre las obras municipales y la contratación temporal de trabajadores.”

⁶³⁹ GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, Op., cit., pág. 275.

- b) La *conducta de “votar a favor”*, como veremos a la hora de tratar la consumación, la doctrina entiende que esta conducta de votar, al ser previa a resolver, no se entiende incluida dentro de la prevaricación específica, al no producirse “*una resolución injusta*”. Asimismo, para que la conducta de “**votar**” favorablemente adquiriera sentido sería deseable que se entendiera referida exclusivamente a la forma en que se adoptan decisiones en el seno de órganos colegiados, pues carece de lógica, en opinión de GORRIZ ROYO, E.⁶⁴⁰, que un órgano unipersonal, como por ejemplo el alcalde, vote por sí solo la concesión de licencias. Sobre este tema volveremos más adelante.

Abundando pues en lo expuesto, frente a los informes, lo que caracteriza a la resolución es el contenido ejecutivo y decisorio que aquellos otros actos no poseen⁶⁴¹ por lo que tanto éstos como otros actos de trámite por ejemplo consultas, circulares o dictámenes aún cuando fueran contra las normas urbanísticas vigentes, carecerían de relevancia típica en relación con el art. 320.2 C.P.⁶⁴². En todo caso, la resolución tiene que afectar a la órbita de los derechos de los ciudadanos⁶⁴³, esto es, a los administrados y a la colectividad en general. Y ello con independencia de que dicha resolución se alcance por *mayoría o por unanimidad*. En principio nada obsta a entender que la conducta de «resolver» puede albergar tanto tomas de decisión *individuales como colectivas*⁶⁴⁴ en las que la resolución sería la decisión adoptada tras una votación en un órgano colegiado, si bien no es posible trasladar estas consideraciones a la conducta consistente en «votar.»

La reforma del CP de 2010, en coherencia con las modificaciones previstas en el apdo. 1º del art. 320 CP prevé, en el apdo. 2º, las referencias a “*los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias*”. Según GORRIZ ROYO, E.⁶⁴⁵ puede decirse que con la introducción de estas referencias se corrige una imperfección técnica de la anterior redacción, dado que este apartado no aludía específicamente al objeto de lo resuelto o votado (sólo se hacía referencia genérica a “*su concesión*”). De manera que, antes de la reforma de 2010, se planteaba la duda de a qué iban referidas las acciones de votar y resolver optándose por lo general por entender, que se aludía a la concesión de licencias. Ahora resulta evidente que las acciones de votar o resolver han de ir referidas a todos los instrumentos, proyectos y licencias indicados en el apdo. 1º del art. 320 CP. Entre otras consecuencias, ello comporta que actualmente pueden calificarse de delictivas las votaciones o resoluciones con que se aprueben un plan o

⁶⁴⁰ GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, Op., cit., pág. 276.

⁶⁴¹ Como señalan MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “...con independencia de cuál sea la forma que revista la resolución, lo esencial es que ésta posea en sí misma un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la Administración” en “Delitos contra la Administración pública”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.) 2ª Ed., Elcano (Navarra), 2001, pág. 1776 y jurisprudencia allí citada.

⁶⁴² Excluye la tipicidad de dichos actos administrativos con respecto a la prevaricación del art. 404 C.P., GONZALEZ CUSSAC, J.L. “*Responsabilidad criminal por la adopción colegiada de resoluciones arbitrarias*”, en *Estudios Jurídicos*. Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, nº III, 2002, pág. 206.

⁶⁴³ ORTS BERENGUER, E., *Comentarios al Código Penal*, Volumen II, Op. cit., pág. 1778.

⁶⁴⁴ De ahí precisamente que OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., califique de superflua la modalidad consistente en resolver <<Como miembro de un organismo colegiado>> por cuanto “...aunque el art. 329.2 no la incluyera, existiría igualmente e implicaría las mismas consecuencias”, en “Un ejemplo de norma jeroglífica...”, Op., cit., pág. 21.

⁶⁴⁵ GORRIZ ROYO, E. “*Comentarios...*” Op. cit., pág. 382 y 383.

modificación del planeamiento injustos y arbitrarios. Y desde la entrada en vigor de la reforma de 2010, también pueden considerarse delitos la votación y resolución a favor de proyectos que aquí se indican, además de las licencias urbanísticas que, asimismo, sean susceptibles de ser consideradas arbitrarias e injustas. Por el contrario, los proyectos de edificación sólo se informan y junto con otros datos, pasan a formar parte de un expediente administrativo que sí se somete a resolución.

ACALE SÁNCHEZ, M.⁶⁴⁶, señala que, como consecuencia de la reforma operada, ya no es posible afirmar con carácter general como se hacía anteriormente, que los proyectos no se votan, pues algunos de ellos sí son sometidos a votación, a salvo de que no se trata de “*proyectos técnicos*”, sino de instrumentos que requieren de una valoración de contenido político para decidir sobre la posibilidad de llevarlos a la práctica teniendo especialmente en consideración la participación de los particulares a través de los convenios urbanísticos en las labores de gestión de la planificación urbanística.

Así pues, habrá que distinguir entre:

i) **Instrumentos de planeamiento**: son las normas a través de las que se lleva a cabo en el ámbito urbanístico la distribución de los usos del suelo. Sobre ellos ha de “*resolverse*” o “*votarse a favor*”.

ii) **Proyecto de urbanización**: la naturaleza de estos proyectos es híbrida⁶⁴⁷, en la medida en que no puede decirse que se trate de simples proyectos técnicos o meras memorias explicativas de las actuaciones urbanizadoras a llevar a cabo. Los funcionarios con capacidad para informar técnicamente sobre ellos responderán en atención a lo dispuesto en el art. 320.1 CP, mientras que aquellos otros que en atención a **critérios** no ya técnicos, sino de **oportunidad política, voten o resuelvan a favor**, responderán por el nº 2. Proyectos que pueden ser presentados por la propia Administración, como por particulares a través de un convenio urbanístico: de ahí la importancia que tiene el control de la Administración, sobre todo en este segundo caso.

iii) **Parcelación**, esta clase de proyectos no son más que los documentos técnicos que acompañan a la solicitud de licencia para llevar a cabo la parcelación⁶⁴⁸. En opinión de ACALE SANCHEZ, M., no tiene ningún sentido que el art. 320.1 se refiera a ellos, puesto que **no se someten a votación**, simplemente se informa sobre ellos y **se vota a favor o en contra de la licencia** para parcelar ajustándose a la legislación urbanística y a los instrumentos de planeamiento aplicables.

iv) **Reparcelación**, su naturaleza es distinta de los de parcelación, lo que les asimila más a los de urbanización. En efecto, planteada por la Administración o por los administrados la reparcelación de una unidad de ejecución, y vistos los informes

⁶⁴⁶ ACALE SANCHEZ, M. “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” Op., cit., pág. 336

⁶⁴⁷ ACALE SANCHEZ, M. “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” Op. Cit., pág. 336, en relación con la página 328 donde señala que son proyectos de obras que tienen por finalidad llevar a la práctica las previsiones y determinaciones de los instrumentos de planeamiento.

⁶⁴⁸ Se trata de un informe técnico sobre la viabilidad de la parcelación en atención a la planificación urbanística vigente. ACALE SANCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” Op., cit., pág. 330.

técnicos emitidos por los funcionarios competentes, ese “proyecto” ha de entrarse a **valorar políticamente** sobre el. En efecto, recuerda PARADA VAZQUEZ, R., “*en el caso de haber sido formulado por iniciativa privada el proyecto de reparcelación, el Ayuntamiento, tras un trámite de información pública, deberá, si procede, aprobarlo*”⁶⁴⁹, teniendo como efecto más importante la cesión a la Administración de todos los terrenos de cesión obligatoria.

v) **Proyectos de construcción y de edificación**, no tiene mucho sentido la inclusión en el tipo puesto que ni uno ni otro proyecto son objeto de votación o resolución con criterios políticos: lo único que se somete a votación es la licencia a la que acompañan⁶⁵⁰.

ACALE SÁNCHEZ, M.⁶⁵¹, a modo de recapitulación, entiende que la inclusión de los “*proyectos*” mencionados en el art. 320 plantea dudas en torno a la necesidad fundamentalmente de proceder a su castigo en el número 2º, en la medida en que ni los proyectos de parcelación, ni los de construcción o edificación se someten a votación, simplemente acompañan a las solicitudes de licencia para parcelar, construir o edificar a las que se refiere los números 1 y 2 del art. 320 cuando castiga al funcionario que vota a favor o resuelve sobre las licencias “*contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes*”. Sin embargo, la inclusión en el mismo número 2 del art. 320 de los proyectos de urbanización y de reparcelación, está completamente justificada, en atención al dato de que se trata de “*proyectos*” muy distintos a los anteriores. Para esta autora, el actual urbanismo español queda abierto a la participación de los ciudadanos que pueden proponer a la Administración proyectos para urbanizar o reparcelar parte de su territorio.

vi) **Licencias**, es típica la votación o resolución de la concesión de licencias, esto es, de cualquier licencia, que sea contraria a las normas de *ordenación territorial o urbanísticas vigentes*. Los actos sometidos a licencias urbanísticas son múltiples⁶⁵². Damos por reproducido el contenido del epígrafe Especial referencia a las Evaluaciones de Impacto Ambiental comprendido en el art. 320.1 CP.

Sirva como ejemplo de lo anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 29 de junio de 2010, Roj: SAP MA 1769/2010, Nº de Recurso: 155/2010, Nº de Resolución: 394/2010, Ponente: LUIS MIGUEL MORENO JIMENEZ, declara en los Hechos Probados: “*Primero.- El Plan General de Ordenación Urbana de Benalmádena se incluía la parcela DIRECCION000 en la subzona unifamiliar NUM000 de la NUM001 que contempla como tipología de construcción la de unifamiliar según proyecto urbanística de reparcelación. La*

⁶⁴⁹ PARADA VÁZQUEZ, R., Derecho Administrativo, Op. cit., pág. 394.

⁶⁵⁰ En efecto, el art. 9 del RSCCLL establece que “*las solicitudes de licencia se resolverán con arreglo al siguiente procedimiento, cuando no exista otro especialmente ordenado por disposición superior o igual jerarquía: 1. Se presentarán en el Registro General de la Corporación, y si se refieren a ejecución de obras o instalaciones, deberá acompañarse de proyecto técnico*”. Vid VALERA ESCOBAR, G., “Las licencias urbanísticas de obras y de primera ocupación. Licencias de parcelaciones”, en GUTIÉRREZ COLOMINA, V., y GUTIÉRREZ JULIÁN, F.J., Manual práctico de Derecho urbanístico de Andalucía, cit., pág. 902-903.

⁶⁵¹ Vide ACALA SÁNCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” Op., cit., pág. 337 y 338.

⁶⁵² Un análisis casuístico puede verse en BOLDOVA PASAMAR, M.A., Los delitos urbanísticos, Op., cit., pág. 121 y ss.

edificabilidad permitida era de una densidad de 559 metros cuadrados por vivienda con una altura máxima de dos plantas por construcción, y una edificabilidad de 0,27 metros cuadrados.

Segundo.- En sesión extraordinaria del Pleno del Ayuntamiento de 23 de mayo de 2002, se aprueba el convenio urbanístico firmado entre el ayuntamiento y un particular. En el convenio se modifica la tipología autorizada y se permite una edificación con 46 viviendas con tipología de pueblo mediterráneo., la aprobación se hizo sin que el ayuntamiento que era el competente tramitara y aprobara el preceptivo estudio de detalle ni se requiriera informe previo de la Junta de Andalucía, que contemplara y permitiera el cambio de tipología constructiva contemplada en el plan general. Según el convenio se contemplaba una construcción con una densidad de 80 metros cuadrados por vivienda y una altura de tres plantas y una edificabilidad de 1,25 metros cuadrados.

Tercera.- Con fecha 27 de diciembre 2004 el Sr. Juan Ignacio, Alcalde de Benalmádena, concedió licencia de obra mayor a la entidad en ejecución del convenio urbanística, mediante Decreto de 27 de diciembre de 2004".

b) Comisión por omisión del art. 320.2 C.P., tolerancia administrativa y silencio administrativo:

La posibilidad de realizar la conducta del art. 320.1 del CP en comisión por omisión ha sido admitida por la jurisprudencia desde la Sentencia del Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997, admitida para la prevaricación administrativa para el caso de que fuese imperativa una determinada actuación administrativa y su omisión tiene efectos equivalentes a su denegación.

Un ejemplo de comisión por omisión, lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha 27 de enero de 2010, Roj: SAP GC 1718/2010, Nº de Recurso: 93/2009, Nº de Resolución: 25/2010, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA, en el que la sentencia dictada en primera instancia entiende cometido el delito en comisión por omisión, aunque la Sala lo interpreta como de acción. Así se recoge en el FJ 6º: *“En el caso concreto, entiende esta Sala que el delito debía haberse apreciado por acción y no por omisión, pues no es que el Alcalde debiera haber realizado una determinada actuación que evitara la lesión del bien jurídico que tutela la norma penal, sino que **la lesión deviene justamente de la resolución del Alcalde concediendo una licencia de actividad primero, y de obras después, que contrariaba de una manera flagrante el ordenamiento jurídico,** y la estructura de este tipo penal activo se contiene tanto en el escrito de acusación como en los hechos que se declaran probados, pues tanto en uno como en los otros se alude al conocimiento de la ilegalidad y el dictado de una resolución contraria al ordenamiento jurídico, e igualmente en la propia fundamentación de la sentencia apelada, pues todo el acervo probatorio convenientemente expuesto de una forma amplia y pormenorizada por la juzgadora de instancia gira en torno a la concesión de licencias manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico.*

Y como la mera nominación de la comisión por omisión en el fallo ni altera lo esencial del silogismo judicial, ni introduce estructuralmente un tipo penal distinto, ni por ello es causante de indefensión pues el acusado ha sabido en todo momento porqué hechos es acusado y porqué delito, entiende esta Sala que no se da ninguna vulneración del principio acusatorio en mantener la condena por el mismo delito que se aprecia en la instancia, que es el de prevaricación urbanística del art. 320.2 del CP.”

Una cuestión diferente es determinar la divisoria entre los casos de silencio y los supuestos de tolerancia administrativa. La pasividad o tolerancia de la Administración puede verificarse en casos en que el particular construya o edifique sin ni tan siquiera haber obtenido la licencia, de modo que a diferencia de la concesión por silencio presunto, en casos de tolerancia de la Administración no ha sido requerida para resolver, y a pesar de ello consiente de forma tácita situaciones de construcciones y edificaciones sin licencia.

Esa combinación, entre utilizar la institución del silencio administrativo y la tolerancia, fue la práctica utilizada en el Ayuntamiento de Marbella y así lo recogen la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha 9 de noviembre de 2005, Nº de Recurso: 147/2005. Nº de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en su FJ 1º *“Ante ello, el 07 de agosto de 1998 el alcalde Sr. José María convocó un Pleno extraordinario a las 00,05 horas y tras declarar nulo e inexistente el acuerdo de la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio y Urbanismo antes citado acuerda aprobar el Plan rechazado, en adelante Plan de 1998, por silencio administrativo y su publicación. Dicho acuerdo de este Pleno fue suspendido cautelarmente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Málaga del Tribunal Superior de Andalucía por auto 2.399/98 de 10 de septiembre, confirmado por sentencia del Tribunal Supremo”,* y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2006, Roj: SAP MA 1846/2006, Nº de Recurso: 30/2006, Nº de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS., recoge en su FJ 2º: *“La Sala no llega a comprender que razones o intereses oscuros llevaron a los acusados a aprobar el Plan de Revisión de 1998 mediante convocatoria de Un PLENO DEL AYUNTAMIENTO EXTRAORDINARIO Y URGENTE (no olvidemos que en esas fechas los acusados eran concejales y por tanto conocedores de los problemas que en el tema urbanístico existía) **trascurridos justo los seis meses de silencio administrativo para proceder a aprobar la Revisión del Plan de 1998 y la publicación inmediata del acuerdo**, no así de sus normas en su integridad que es lo que exige la Ley de Régimen Local para que el plan tenga eficacia y validez. Tal hecho debidamente acreditado por la documental aportada nos lleva necesariamente a la conclusión de que tanto su Alcalde accidental como los concejales eran perfectamente conocedores de que la Comisión Provincial de Urbanismo había mostrado su disconformidad con la Revisión del Plan, y por tanto para tratar de dar apariencia de legalidad a la concesión de las diferentes licencias y ajustar la concesión de estas a una aparente legalidad, se aprobó por silencio administrativo la Revisión del Plan. Como bien se ha indicado en todo momento se ha tratado de adaptar el ordenamiento jurídico a la petición de licencias y no estas a la legalidad vigente en ese momento teniendo en cuenta que las licencias son actos reglados.*

Ante tan clara maniobra, sería necesario preguntarse ¿Qué interés movía a dicha Comisión de Gobierno para pretender aprobar a toda costa un Plan de Revisión

del plan general de ordenación urbana? La respuesta es clara. Cualquiera de los planes hasta entonces elaborados en Marbella no permitían la calificación indiscriminada como de suelo urbanizable, sin embargo el Plan de Revisión permitía la calificación del suelo en función de las solicitudes de licencias de obras, adaptándola a la solicitud correspondiente. No existe la más mínima duda de que los concejales y su Alcalde Accidental eran perfectamente conscientes de tales implicaciones y su apartamiento de la legalidad.

*Igualmente hemos de dejar constancia que **la lesión del bien jurídico** no requiere que se ocasione con la concesión de las licencias un perjuicio tangible a un ciudadano concreto o a ciertos valores urbanísticos del municipio. La lesión del bien jurídico se produce cuando se dictan resoluciones que se apartan totalmente del ordenamiento jurídico, de su sistema de fuentes y de la jerarquía normativa, sin ajustarse además al principio de legalidad. Resoluciones de esa índole, que quedan totalmente fuera del ámbito de los principios elementales del sistema jurídico de un Estado de Derecho, son palmariamente injustas.*

Una resolución totalmente ilegal, por carecer de legitimidad normativa y no respetar el sistema de fuentes ni los principios de vigencia y validez, no puede decirse en un Estado de Derecho que sea justa, a no ser que situemos el criterio de justicia en un ámbito ideal o natural, totalmente supralegal o meta positivo, ajeno o desvinculado de todo sistema de normas. En tal caso, se abre la puerta a la creación extralegal del derecho con base únicamente en los principios meta jurídicos que pudiera implantar un grupo de ciudadanos apartándose de los cauces de legitimidad que para el sistema de fuentes aparece previsto en un Estado de Derecho. Es obvio que las normas creadas por un procedimiento de esa índole carecerían de las exigencias más elementales de juridicidad y no podrían tenerse por vigentes ni por válidas, por muy justas y acertadas que pudieran mostrarse en su contenido sustantivo o material.

Los imputados, al despreciar las técnicas más elementales de aplicación del derecho imponiendo unas normas jurídicamente inexistentes, incurrieron en un torcimiento del derecho tan patente y grosero (SSTS 29-VI, 10-VII y 14-xi-1995) que necesariamente ha de subsumirse en el concepto de injusticia y arbitrariedad que acoge el tipo penal. Y es que una Administración Local que dicta resoluciones apartándose de la normativa urbanística y aplicando de forma concluyente otra que carece del respaldo legal, es claro que no se somete a la ley y al Derecho (Art. 103.1 de la CE) y que se sitúa en el ámbito de la arbitrariedad, menoscabando así el bien jurídico del recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con una intensidad que se hace acreedora a la aplicación de una sanción propia del Derecho Penal.

Se ha de llegar necesariamente a esta conclusión puesto que no es lógico ni admisible que si tantas dudas había sobre que plan general de ordenación urbana estaba en vigor, no obstante se concediesen las licencias. En definitiva se ha tratado de eludir la legalidad vigente.

Entendemos que no corresponde a esta Sala ni al Juzgador de Instancia valorar cual es el plan de Ordenación Urbana de aplicación, sino que correspondía a la Comisión de Gobierno otorgar las licencias conforme al ordenamiento jurídico. La confusión creada se propició desde el propio Ayuntamiento (no olvidemos que los acusados son concejales y deben asistir a los plenos) sobre el plan aplicable. Prueba de

ello es que no resulta tan necesario ni imprescindible proceder a solicitar numerosos informes de juristas a fin de determinar que plan era el que estaba en vigor, como inmediatamente y como un mal menor se hubiese publicado el plan general de Ordenación Urbana de 1986, o en su caso suspender la concesión de las licencias hasta tanto hubiese sido aprobado el plan por la Comisión Provincial de Urbanismo, pero ello no era querido por los acusados.

Los acusados eran perfectamente conocedores de que su conducta no era ajustada a derecho, pues no es preciso ni necesario aprobar de forma precipitada un Plan de Revisión en la forma que se hizo en el Ayuntamiento de Marbella, y así mismo que se busquen instrumentos jurídicos que eludan de cualquier manera la aplicación de planes de ordenación urbana cuya calificación del suelo no era ajustada para la construcción de viviendas, garajes y locales comerciales pero si estaba claro que los miembros de la Comisión de Gobierno del Excmo. Ayuntamiento de Marbella, pretendían su concesión y de hecho votaron favorablemente a la misma.⁶⁵³

⁶⁵³ Continúa la meritada Sentencia: "Por las razones expuestas hasta el momento se ha de desestimar la pretensión de una de las defensas a las que se han adherido las demás en el sentido de que procede el dictado de una sentencia absolutoria puesto que nos encontramos ante un claro supuesto de delito imposible.

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado como delito imposible, tanto el que obedece al empleo de medios inidóneos como el de la inexistencia de objeto(SS. 27 abril y 24 mayo 1982) estimándolo no como una figura imperfecta, sino como una realidad legal con sustantividad propia integrada por:

1.º La intencionalidad del agente que está dentro de la culpabilidad del mismo delito representado y querido.

2.º La actividad exteriorizada de manera equívoca.

3.º Que el fin u objetivo propuesto no se consiga, porque los medios elegidos son inidóneos o por carencia absoluta de objeto(S. 26 febrero 1981). Añadiendo la doctrina de que cuando se aprecie una resolución para delinquir, se comience la ejecución de la infracción por realización de actos que tengan encaje en la tipología delictiva y se ponga de relieve el peligro del bien protegido como síntoma de antijuridicidad, aunque los medios sean inidóneos o no exista objeto delictivo(S. 11 octubre 1983.).

Se ha seguido la inadecuación o inidoneidad relativa exigiendo un inicio de ejecución que en principio sea apto para la realización del hecho, llevando a cabo una interpretación restringida partiendo de una construcción general objetiva(S. 20 junio 1962) sin olvidar el principio culpabilístico que impone la Constitución y el Código Penal(S. 13 julio 1989)". "Finalmente, que a diferencia del delito putativo que es impune, en el imposible no puede realizarse como delito lo que lo es, en aquél la acción que realiza el agente no puede tener efectividad, no puede ser delito-S. 28 noviembre 1990.

En el presente caso, y en aplicación de la doctrina anteriormente señalada hemos de concluir que no procede estimar el recurso en cuanto a este particular, ya que no nos encontramos ante un delito imposible, si existe un bien jurídico susceptible de ser protegido y además existe un objeto. Se ha infringido la ordenación del territorio y además se han vulnerado las normas urbanísticas contenidas en la legislación aplicable, y por tanto subsumible en el tipo penal del art. 320-2 C.P.

Los recurrentes pretenden hacer ver a través del recurso que los acusados no sabían ni entendían de urbanismo y que pensaban que actuaban conforme a la legalidad vigente. Tal alegación se disipa por lo expuesto hasta el momento. Conocían la confusión creada y pese a ello se prestaron a conceder la licencia urbanística sin sujeción a ningún planeamiento vigente. La incorporación de informes jurídicos por quien no está habilitado legalmente para asesorar al Ayuntamiento resulta cuando menos de dudosa legalidad. No se trata de una conducta imprudente, los acusados tenían a su disposición toda la documentación y es su obligación valorar si es procedente o no la concesión de la licencia, así como les constaba el informe negativo existente por parte de los Técnicos de Urbanismo.

El testigo Sr. Arraban, Técnico Municipal en el acto del juicio expuso "que examinados los folios 68 y 69 determina que el informe está realizado por él y además que se trata de una zona de equipamiento y que por tanto era totalmente incompatible la construcción de viviendas. El informe era desfavorable. Él informaba sobre los dos planes el del 86 y el del 98. Su informe era desfavorable, no se ajustaba a la legalidad. En igual sentido el Sr. Merino.

G. Elemento normativo “injusticia”:

En todo caso, las conductas que recoge el art. 320 CP han de ser contrarias a las normas urbanísticas vigentes. Suele ser frecuente en los proyectos y licencias, sobre todo dependiendo de su complejidad, que se presenten contrariedades con la normativa administrativa. El legislador, sin embargo, no ha introducido un criterio de gravedad en la infracción de las normas urbanísticas. Por ello, algunos autores han intentado soslayar tal cuestión, acudiendo al elemento subjetivo del injusto “*a sabiendas de su injusticia*”, considerando que la inclusión de esta expresión supone no sólo la exclusión del ámbito de punición de las conductas imprudentes, sino también el circunscribir la aplicación del tipo a las “*ilegalidades evidentes, flagrantes, clamorosas o de insoportable contradicción con los mínimos del funcionamiento administrativo*” urbanístico⁶⁵⁴.

Los términos “*arbitraria*” e “*injusticia*” se utilizan como términos equivalentes, pues “*arbitrario, en la actuación de la Administración es contrario a la justicia*” (STS 148/98, 3-2). Se trata de acentuar con el término arbitraria, la divergencia entre la mera ilegalidad –para ello está ideado el sistema de recursos- y la injusticia, que debe entenderse en el sentido amplio que abarca la arbitrariedad (SSTS 226/06, 19-2; 935/03, 26-6; 927/03, 23-6 y 368/03, 12-3, distinguen entre las resoluciones prevaricadoras o arbitrarias y las meramente ilegales)⁶⁵⁵.

En efecto, el término prevaricación procede del latín *varicar* (andar torcido), como torcimiento del Derecho (*Rechtsbeugung* §336 StGB alemán). La STS 1/96, 4-7, causa especial núm. 2830/94, dice que “*esta Sala subrayó que la jurisprudencia requiere que el carácter injusto del acto sea objetivo*”. Desde este punto de vista es

Todas estas testificales ponen de manifiesto que los miembros de la Comisión de Gobierno eran perfectamente conocedores de la polémica surgida por la aplicación del plan general de ordenación urbana.

Resulta llamativo, que una licencia de obras que ha sido informada negativamente por los técnicos del Ayuntamiento al considerar que no se ajustaba ni al Plan de 1986, ni tampoco al de 1998, se remitiese a la entidad Planeamientos 2.000 encargada de redactar y elaborar el Plan de Revisión de 1998, para que este se ajustase a la concesión de dicha licencia de obras y además al Convenio Urbanístico previamente pactado.

La Conclusión no puede ser otra, el plan de revisión de 1998 se adaptó a la licencia que otorgaron los acusados, y por ello su conducta es prevaricadora, pues votaron a favor de la misma a sabiendas de su injusticia y arbitrariedad.

Tampoco es óbice para aplicar el tipo penal la circunstancia de que no se haya llevado a cabo la construcción de las viviendas, y que la licencia según sus manifestaciones han caducado. Sabido es que la caducidad de las licencias tiene lugar por el agotamiento de su eficacia al transcurrir el plazo para el que hubieran sido otorgadas. Ahora bien la no realización de las obras en el plazo señalado en el otorgamiento, no produce sin más la caducidad sino que se requiere de un acto formal declarativo. Así la jurisprudencia considera que no se trata de un acto automático siendo necesaria la resolución expresa tras el seguimiento de los oportunos trámites entre los que figura el de audiencia al interesado. En el caso presente nada de esto se ha llevado efecto y por tanto no cabe entender que se ha producido automáticamente la caducidad de la licencia.

Por tanto consideramos que los acusados han ejecutado la acción descrita en el art. 320-2 C. Penal.”

⁶⁵⁴ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 727.

⁶⁵⁵ Vide MIR PUIG, C., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 890.

evidente que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que éste debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia (STS 2/99, 15-10). El delito se comete cuando el autor adopta una resolución que se funda en su propia voluntad y no en la Ley aplicable al caso. El tipo objetivo del delito, por tanto, se dará cuando el autor toma decisiones que no pueden ser derivadas de la Ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en derecho (ATS 23-7-2, que cita SSTs 1/96; 2/99; 1029/00; 2338/01; 76/02; 537/02, entre otras).

Así lo refleja también la jurisprudencia en sus pronunciamientos al respecto, destacando las siguientes:

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del 21 de Junio del 2012, (ROJ: STS 4573/2012), Recurso: 2261/2011 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, en su FJ 2º:

“en 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.”

La Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 6724/1995, nº de Recurso: 928/1995, de fecha **28 de diciembre de 1995**, Ponente: D. Roberto García-Calvo Montiel, Fundamento Jurídico Segundo

“Partiendo de tal descripción normativa (art. 358 del C.P.), la doctrina de esta Sala (Vid. Sentencias de 16-X, 22 y 23-93 y 28-III-94) conforma el Delito de Prevaricación de Funcionario Público con la exigencia de los siguientes presupuestos:
(...)

el requisito subjetivo de que la resolución se dicte "a sabiendas" de ser injusta, con conciencia de dolo y con malévolos intención de torcimiento del Derecho

(...)

Ultimada la función aplicativa del derecho que incumbe a esta Sala a través del trámite casacional así encauzado, con exclusiva y única referencia a la legalidad vigente en el momento de cometerse los hechos, no podemos dejar de reseñar -aún cuando ello sea un puro aporte marginal a la mencionada tarea jurisdiccional- las directrices legislativas plasmadas en el nuevo Código Penal que aprobado por Ley Orgánica 10/95, de 23 de noviembre, entrará en vigor en mayo de 1.996, las cuales, -bajo el epígrafe de "Delitos relativos a la Ordenación del Territorio"-, se plasman en una nueva modalidad de Prevaricación cuya descripción normativa no sólo discurre en convergencia con la tesis mantenida en esta resolución, si no que supera en mucho sus postulados como expresión de una Política Criminal impuesta por las circunstancias. Reflejo de las mismas son los artículos 320 y 322 del mencionado Texto Sustantivo Penal”

La Sentencia del Tribunal Supremo 6782/2003, Sala de lo Penal, Sección: 1, N° de Recurso: 1843/2002, N° de Resolución: 1440/2003, de **31 de octubre de 2003**, Procedimiento: Recurso de casación, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN, FJ 3º:

“...el 320.1 del Código Penal, que tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas.

En estos casos, se acotan y objetivan aún más los requisitos que han de concurrir en la ilicitud de la conducta, cuales son los relativos a la contravención de las normas urbanísticas vigentes y no ya la más vaga referencia del artículo 404 a una genérica "arbitrariedad" de la actuación, que siempre requiere un superior esfuerzo valorativo de parte del Juzgador y que ha conducido al empleo, por esta Sala, de expresiones, más o menos afortunadas, que ponen de relieve el rigor de las exigencias necesarias para la correcta subsunción de la conducta en el tipo de la prevaricación, lo que se concreta en la constatación de que la aplicación del derecho realizada por el inculpado no pueda ser sostenible con ninguno de los criterios interpretativos de las leyes admitidas en la práctica.

*Esa contraposición entre la decisión que adoptó el recurrente y la normativa en materia de urbanismo, que en ningún caso precisa ser acompañada de ánimo de lucro alguno, es puesta de relieve en la narración de hechos contenidos en la Resolución de instancia con la suficiente descripción, máxime si acudimos al Fundamento Jurídico Séptimo que, complementando la anterior, especifica la legislación incumplida, tal como la **Ley del Suelo (art. 16.3)**, **Ley autonómica de Cantabria (arts. 12.2 y 14)**, **Ley de Carreteras**, **Ordenanza NU-1**, y **Normas Subsidiarias del municipio de Corvera de Toranzo**, en lo que a la regulación de los requisitos necesarios para las licencias referentes a fincas sitas en suelo no urbanizable se refieren, y que, a su vez, se remitían a los arts. 85 y 86 de la Ley del Suelo vigente en aquel momento... ”.*⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de abril de 2007, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, reproduciendo el contenido de esa Sentencia añade: “*El análisis de la adecuación o no a derecho de la licencia de obra que nos ocupa debe hacerse desde el punto de vista del derecho vigente en el momento en que se dictó al acto administrativo, que lo es la licencia de obra sin lugar a dudas, pues lo que sanciona el delito de prevaricación es precisamente la vulneración del derecho vigente, el ejercicio del poder en disconformidad con las normas jurídicas que lo disciplinan en un momento histórico concreto, con independencia de que con posterioridad se produzcan modificaciones legislativas, pues pese a esto el delito se habrá consumado. Surge así la necesidad de estudiar la adecuación a derecho del acto administrativo en cuestión, confrontándolo con las normas vigentes entonces, y como primera cuestión, la vigencia y eficacia del plan de ordenación urbana de 1986. Tales Normas fueron aprobadas por la Comisión Provincial de urbanismo, y el Acuerdo de aprobación definitiva fue publicado en el «Boletín Oficial. Sin embargo, no se publicó entonces ni con posterioridad el texto de dichas normas, infringiéndose así lo que desde la promulgación de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 exigía su Art. 70.2. La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo no ha dudado en calificar de imprescindible esa publicación para la vigencia y eficacia de las normas urbanísticas de los ayuntamientos, incluso aunque su aprobación no les competía, siendo doctrina, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000, «firme y permanente» desde la Sentencia de 11 de julio de 1991. Por esto, en el momento de examinar la legalidad de la licencia se debe*

La Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 5943/2004, nº de Recurso: 1675/2003, nº de Resolución: 1043/2004, de fecha **27 de septiembre de 2004**, Ponente, Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBÁÑEZ, resolviendo en sentido desestimatorio el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, de fecha 17 de enero de 2003⁶⁵⁷, en cuyo Fundamento Jurídico Tercero indica:

“La lectura de los hechos probados permite comprobar sin asomo de duda que el informe favorable por parte del recurrente existió, puesto que éste dictaminó de esa forma en distintas ocasiones los proyectos que implicaban sucesivas ampliaciones de la parcela a expensas de suelo destinado al equipamiento que se ha dicho.

Y tampoco es dudoso que tal modo de operar, se insiste, integrado por una secuencia de actuaciones, fue consciente. Algo que hay que inferir de la cualificación profesional del autor, de su necesario conocimiento de la legalidad aplicable en su ámbito de actividad y de la misma expresividad de las acciones del dueño de la parcela en sospechoso progresivo crecimiento. Del mismo modo que, en fin, es patente el antagonismo de aquéllas con el orden normativo de referencia.

(...)

*Y es que en efecto, reiterada jurisprudencia (por todas, SSTS nº 1526/1999, de 2 de noviembre y 1720/2003, 23 de diciembre), reclama como elemento normativo del tipo de prevaricación un coeficiente de injusticia en la conducta, que consiste en realizar un acto administrativo **convirtiendo la propia voluntad en fuente exclusiva de***

prescindir de tales Normas, que en realidad y por lo dicho no era una norma jurídica vigente pero sí eficaz. “

⁶⁵⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha 17 de enero de 2003, Roj: SAP SE 183/2003, Nº de Recurso: 2428/2002, Nº de Resolución: 4/2003, Ponente: ÁNGEL MARQUEZ ROMERO, FJ 2º: “Los principios del Código Penal "última ratio" e intervención mínima han obligado a delimitar el concepto de injusto que integra el tipo penal, pues como señala la jurisprudencia (por todas la STS. de 18-5-99) si la resolución injusta se identifica con la resolución contraria a la legalidad se genera un grave riesgo de que quede difuminada la línea fronteriza entre el control de legalidad que debe ejercer la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el control de legalidad penal que ejerce la jurisdicción de este orden con respecto a la totalidad de los ciudadanos. Si esta identificación se lleva a sus últimas consecuencias, podría llegar a sostenerse que detrás de todo acto administrativo contrarió a derecho habría una autoridad o un funcionario autor de una "resolución injusta" que, de haberse dictado a sabiendas de su injusticia, habría de ser calificada como un delito de prevaricación”.

El nuevo Código Penal de 1.995, ha venido a resolver esta cuestión, situándose en la línea restrictiva marcada por la jurisprudencia que exigía la presencia de un "plus" de contrariedad con la norma, esto es, que la ilegalidad fuera "evidente, patente, flagrante y clamorosa" (STS 20-5-1995, 1- 4-1996, 23-4- 1997 y 27-1-1998), al asociar, en su art. 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad, el "ejercicio arbitrario del poder público" proscrito por el art. 9.3 CE, que existe, según las sentencias del TS. de 23-5-98 y 4-12-1998, "cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico -a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el art. 9.1 C. E.- sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho -si la resolución ha de reconocerlo a uno u otro ciudadano- o del interés colectivo - si es éste el que está en juego- se pone el elemento objetivo de la prevaricación". (SSTS. de 14-7 y 28-11-1.995, 11-10 y 2-11-1.999 y 18-3-2.000). También "cuando no existe método racional que permita sostener el criterio adoptado por el funcionario" (STS 10-7-95, 30-1-97).”

una norma particular. *Y no hay duda de que es lo que aquí sucedió, puesto que se está ante una patente -y, se insiste, de nuevo- reiterada inaplicación de preceptos de claridad meridiana, convirtiendo el propio interés o capricho en ley del caso”.*

La Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal sección 1 del **27 de Noviembre del 2009** (ROJ: STS 7703/2009) Recurso: 1539/2008 | Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ, en su Fundamento Jurídico Cuarto, señala:

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

Por lo que atañe al invocado principio del non bis in ídem, que el TC entiende incluido en el de legalidad-sentencia 2/1981TC-, y que se dice resultaría violado si fuera aplicado el art. 320 con el 319.1, no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa”.

MIR PUIG C.⁶⁵⁸, entiende que debe distinguirse entre mera ilegalidad e injusticia o arbitrariedad, que exige un plus que la resolución sea tan grosera, esperpéntica y disparatada que ese carácter puede ser apreciado por cualquiera (STS 226/06, 19-2, afirma: “no basta la mera ilegalidad a este respecto; no existe el delito cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esa resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria”) También es muy reiterada la doctrina del TS a la hora de concretar el contenido de la injusticia o arbitrariedad: puede radicar en la absoluta falta de **competencia** del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del **procedimiento**, en la ausencia de razonamiento, o en el propio **contenido** sustancial de lo resuelto (STS 226/06). Es arbitraria una resolución cuando vulnera, sin lugar a dudas, la ley, sin que exista interpretación alguna de ésta que pueda crear “la duda” de si se da dicha ilegalidad; así debe entenderse cuando la jurisprudencia habla de “resolución de ilegalidad manifiesta, clara, patente”, pues si existe duda de la ilegalidad, para eso está el sistema de recursos (SSTS 148/98, 3-2; 818/92, 10-4). La STS 2011/93, 22-9, afirma: “El Derecho tiene remedios ordinarios para resolver las dudas sobre la aplicación de las normas y corregir los errores que puedan producirse en tal aplicación, remedios centrados esencialmente en el sistema de recursos... en el ámbito penal el concepto de resolución injusta queda limitado a aquellas infracciones de la normativa aplicable que tengan naturaleza palmaria y evidente, de modo que su injusticia resulte manifiesta para cualquiera”...Cuando la ley permita un margen de

⁶⁵⁸ Vide MIR PUIG, C., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 890.

discrecionalidad, concurrirá prevaricación en caso de manifiesta desviación de poder o infracción del poder discrecional (STS 647/02, 16-4, así cuando la manifestación de voluntad, inherente al acto discrecional, procede de motivos –tales como sectarismo político o religioso, enemistad, vejación, prepotencia, corrupción y otro motivo espúreo– contrarios a la finalidad del orden público y de carácter objetivo e imparcial que debe de conducir al ejercicio del poder discrecional).

Como ejemplo de “*inobservancia de procedimiento*” encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **4 de junio de 2012** (condenatoria), Roj: STS 4187/2012, Nº de Recurso: 732/2011, Nº de Resolución: 497/2012, Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ (Recurso de Casación contra la Sentencia núm 130/11, de 24 de febrero de 2011 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictada en el Rollo de Sala núm. 24/2010, dimanante del P.A. núm. 17/2010 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Córdoba), en donde se recoge:

“...conviene, por último, insistir en que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen como función alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de orden de la administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y otra de mayor trascendencia dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (arts. 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992).

Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. Así, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. El art. 63.2 de la Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las ya citadas SSTs núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, o núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite, sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando el hecho de omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su irregular forma de proceder elimina los mecanismos establecidos precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

2. Como insistentemente ha señalado esta Sala, el cauce de la infracción de ley requiere, como premisa de partida, el respeto a la intangibilidad fáctica, por disponerlo así el art. 884.3º LECrim . En este caso, el relato de hechos afirma que el 26/09/2006 el acusado, en su condición de Alcalde de una Entidad Local Autónoma cordobesa, recibió en su despacho oficial a los representantes de la mercantil «García y Contreras Inmobiliaria S.L.», quienes, presentándole en dicho acto un proyecto para la construcción de dos viviendas en una de las calles de la localidad, solicitaron la pertinente licencia de construcción. Recibida por el acusado tal solicitud con su documentación adjunta, procedió a calcular la tasa correspondiente a la licencia de construcción, que cifró en la cantidad de 4413,47 euros, instando a los comparecientes a que aportaran el dinero en metálico, como así hicieron pocos días después, reportándoles el acusado el correspondiente recibo, fechado el 28/09/2006. La cantidad de efectivo fue recibida en mano por el ahora recurrente, quien la hizo propia. También confeccionó y firmó el acuerdo de concesión de la licencia. Y, finalmente, retuvo en su poder la documentación que le había sido entregada por los representantes de la mercantil con esta finalidad, "ocultándola, sin dejar constancia alguna en los registros y archivos de la E.L.A.".

Atendidos estos hechos, deviene claramente aplicable al caso la doctrina jurisprudencial que precede, pues -con independencia de los hechos que afectan a otras figuras penales que luego se analizarán- resulta patente que **tal actuación «motu proprio» del acusado, quien en su despacho oficial atendió a los solicitantes y procedió directamente a concederles a los dos días la licencia que le solicitaban con el único requisito del previo abono de la tasa que él mismo había cuantificado, supuso un incumplimiento, absoluto y radical, de las más elementales reglas del procedimiento administrativo exigible, obviando la observancia de los protocolos urbanísticos aplicables.**

La consciencia de la absoluta arbitrariedad de sus actos, ejecutados en el ejercicio y por razón de su cargo, dimanó, a su vez, de un doble elemento: como explica el órgano de procedencia en el FJ. 2º, el propio recurrente admitió ser sabedor del carácter preceptivo que ostentan los informes técnicos municipales, que han de ser previos a toda concesión de licencia, pues así se lo había manifestado años atrás el oficial mayor de la E.L.A. con ocasión de un informe jurídico, tal y como este mismo confirmó. Ello mismo hizo que, para impedir que terceras personas de la Corporación local pudieran tener constancia de la solicitud y garantizarse así el acusado una ausencia de control sobre su arbitraria decisión, carente del mínimo ajuste a la legalidad, no dudara en eludir también los trámites de registro que habrían sido habituales. Tampoco dudó en guardar consigo los documentos que los solicitantes le habían presentado, de cuya presentación tampoco dio cuenta alguna a terceros. Omitió, pues, dolosa y conscientemente todo procedimiento y trató además de impedir cualquier posibilidad de control sobre la decisión tan arbitrariamente tomada.

Ha de convenirse con el órgano de instancia en que la circunstancia de que con posterioridad se declarara que el proyecto presentado para la nueva construcción cumplía los presupuestos técnicos y urbanísticos exigibles no es óbice para entender que la conducta del acusado reviste en su plenitud los caracteres del delito de prevaricación urbanística que examinamos, que deben concurrir "ex ante". Efectivamente, el visado del proyecto de construcción por un colegio de arquitectos en ningún caso puede suplir el necesario contraste de legalidad y viabilidad al que la

entidad pública debe someterlo antes de conceder la licencia. Tal informe previo y preceptivo deberá garantizar la idoneidad de la construcción tanto desde el punto de vista técnico como jurídico. En cambio, en este caso el acusado tomó la decisión directamente "sobre la marcha" y "sin más respaldo que su personal criterio" tras haberse entrevistado con los solicitantes, eludiendo deliberadamente todos los protocolos aplicables. Con su actuación hizo un uso abusivo y arbitrario del poder público que le había sido conferido, en contravención de los deberes de transparencia y legalidad que le eran exigibles."

Y otras resoluciones de Audiencias Provinciales como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **22 de enero de 2002**, Roj: SAP SS 70/2002, Nº de Recurso: 2052/2001, Ponente: AUGUSTO MAESO VENTUREIRA⁶⁵⁹. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA⁶⁶⁰. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de

⁶⁵⁹ FJ "TERCERO.- La jurisprudencia y la doctrina entienden que para que una ilegalidad se transforme en injusta -a los efectos del delito de prevaricación- ha de ser clara, manifiesta y patente, hasta tal punto que si en este aspecto existiera alguna duda razonable, desaparecería el aspecto penal del hecho, de manera que lo esencial e importante a los efectos del delito de prevaricación es que la decisión del funcionario suponga un ataque a la legalidad, un desprecio por las técnicas jurídicas, una patente contradicción con el ordenamiento jurídico, un plus de antijuricidad, de tal forma que implique un torcimiento del Derecho o una contradicción con el ordenamiento jurídico tan patente y grosera, esperpéntica se ha dicho en otras ocasiones, que pueda ser apreciada por cualquiera, que desprecie el Derecho utilizándolo para fines no públicos y nunca legalizables, que nunca podría tener cabida en el ordenamiento jurídico, que nunca podría acomodarse con posterioridad a la normativa administrativa, no bastando pues, la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible. (Así SsTS 12-12-2001, 21-12-1999, 6-4-1998, 27-1-1998, 1-4-1996, 14-11-1995, 25-10-1995, 14-7-1995, 10-7-1995, 29-6-1995, 5-4-1995, 3-2-1995, 28-12-1994, 10-5-1993, etc, ORTS BERENGUER, MORALES PRATS-RODRIGUEZ PUERTA, GONZALEZ CUSSAC, etc). Además de la claridad de la contrariedad al derecho de la decisión dictada, ésta ha de ser portadora del desvalor contemplado en el tipo. Es decir, ha de ser lesiva, comportando la lesión del bien jurídico (Así SsTS de 12-7-1994).

En la misma línea de coincidencia entre la jurisprudencia y la doctrina dominante deben inscribirse un buen número de resoluciones en las que apelándose directamente a los principios de intervención mínima y al carácter de ultima ratio de la norma penal, a aplicar cuando no existan otros remedios jurídicos para corregir la irregularidad cometida, se desestima la aplicación del delito de prevaricación (así SsTS de 30-1-1996, 2-11-1995, 14-7-1995, 25-3-1995, 17-3-1995, 3-2-1995, 28-12-1994, 10-11-1994, etc.)."

⁶⁶⁰ FJ 6º: "En el delito prevaricación urbanística, la injusticia de la Resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la Resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable.

A este respecto es de mencionar por su importancia y en las pocas ocasiones que el Tribunal Supremo se ha ocupado de estos tipos de delitos en la sentencia de fecha de 31 de octubre de 2.003" hay que comenzar recordando, el 320 del Código Penal, que tipifica una figura especial de la prevaricación, cuya previsión independiente se justifica precisamente por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencias urbanísticas.

En estos casos, se acotan y objetivan aún más los requisitos que han de concurrir en la ilicitud de la conducta, cuales son los relativos a la contravención de las normas urbanísticas vigentes y no ya la más vaga referencia del artículo 404 a una genérica "arbitrariedad" de la actuación, que siempre requiere un superior esfuerzo valorativo de parte del Juzgador y que ha conducido al empleo, por esta Sala, de expresiones, más o menos afortunadas, que ponen de relieve el rigor de las exigencias necesarias para la correcta subsunción de la conducta en el tipo de la prevaricación, lo que se concreta

Gran Canaria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **9 de diciembre de 2011**, Roj: SAP GC 2437/2011, N° de Recurso: 26/2010, N° de Resolución: 113/2011, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA⁶⁶¹. E incluso Autos de Audiencias Provinciales⁶⁶²⁶⁶³.

en la constatación de que la aplicación del derecho realizada por el inculpado no pueda ser sostenible con ninguno de los criterios interpretativos de las leyes admitidas en la práctica.”

⁶⁶¹ FJ 4º: “*Con todo y recapitulando, todas las licencias urbanísticas concedidas -salvo y con las reservas que acaban de exponerse, la correspondiente a la parcela 1-, contrarían de forma manifiesta la normativa urbanística de aplicación, al recaer sobre suelo rústico, siendo exigible la previa calificación territorial, tal y como señala la jurisdicción contencioso en las resoluciones indicadas, habiéndose pues concedido en contraposición con dicha normativa”.*

⁶⁶² AAP, Penal sección 3 del 25 de Octubre del 2011 (ROJ: AAP SE 3026/2011)

Recurso: 3484/2011 | Ponente: JOSE MANUEL HOLGADO MERINO, señala que: “*El artículo 320 del C.P. sanciona (...)*

El citado delito constituye un supuesto específico y agravado de prevaricación por razón de la materia sobre la que recae la acción, esto es, la normativa urbanística y, en concreto, conforme a los arts. 45 y 47 de la CE que fundamentan su sanción, "la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general" que constituye su bien jurídico protegido y al que sirven las normas urbanísticas y de planeamiento que integran este tipo penal en blanco, para el que el TC ha venido a resolver, admitiendo su Constitucionalidad, los problemas de legalidad existentes, dada la necesidad de invocación de normas autonómica y locales, eso sí, siempre que el núcleo del delito este contenido en el Código Penal.

Asimismo hay que tener presente que los principios del Código Penal EDL 1995/16398 "última ratio" e intervención mínima han obligado a delimitar el concepto de injusto que integra el tipo penal, pues como señala la jurisprudencia (por todas la STS. de 18- 5-99) si la resolución injusta se identifica con la resolución contraria a la legalidad se genera un grave riesgo de que quede difuminada la línea fronteriza entre el control de legalidad que debe ejercer la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el control de legalidad penal que ejerce la jurisdicción de este orden con respecto a la totalidad de los ciudadanos. Si esta identificación se lleva a sus últimas consecuencias, podría llegar a sostenerse que detrás de todo acto administrativo contrario a derecho habría una autoridad o un funcionario autor de una "resolución injusta" que, de haberse dictado a sabiendas de su injusticia, habría de ser calificada como un delito de prevaricación”.

Nuestro Código Penal, ha venido a resolver esta cuestión, situándose en la línea restrictiva marcada por la jurisprudencia que exigía la presencia de un "plus" de contrariedad con la norma, esto es, que la ilegalidad fuera "evidente, patente, flagrante y clamorosa", al asociar, en su art. 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad, el "ejercicio arbitrario del poder público" proscrito por el art. 9.3 de la CE EDL 1978/3879 que existe, según las sentencias del TS. de 23-5-98 EDJ 1998/3923 y 4-12- 1998 EDJ 1998/25687, "cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico -a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el art. 9.1 C. E .- sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad.

Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho -si la resolución ha de reconocerlo a uno u otro ciudadano- o del interés colectivo -si es éste el que está en juego- se pone el elemento objetivo de la prevaricación". (SSTS. de 14-7 EDJ 1995/3988 y 28-11-1995 , 11-10 EDJ 1999/33577 y 2-11-1999 EDJ 1999/33590 y 18-3-2000 EDJ 2000/4626). También "cuando no existe método racional que permita sostener el criterio adoptado por el funcionario" (STS 10-7-95 EDJ 1995/3472 , 30-1-97).

La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho Penal le corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que el corresponde conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, conforme al principio de intervención mínima.

En esta dirección, la STS 1658/2003 de 4.12 ,nos recuerda que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y

dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 EDJ 1999/35876 y 12 de diciembre de 2001 EDJ 2001/49187 , entre otras muchas).

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

Se debe recordar que el epígrafe del Capítulo en el que se contiene el delito que analizamos identifica el bien jurídico protegido por el mismo, esto es, "la ordenación del territorio", pero no exclusivamente la "normativa" sobre ordenación del territorio, en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, lo que 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, de suerte que 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.

Relacionado con lo anterior, podemos citar la STS de 21 de junio de 2006 acerca del principio de última ratio vinculado al derecho penal nos indica "... El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98 EDJ 1998/26882, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

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

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

⁶⁶³ AAP, Penal sección 3 del 02 de Noviembre del 2011 (ROJ: AAP León 622/2011)

Recurso: 814/2010 | Ponente: MANUEL ÁNGEL PEÑIN DEL PALACIO: "A este respecto como señala la SAP de Guadalajara de 23 de marzo de dos mil once "El delito contra la ordenación del territorio del artículo 320 del Código Penal en cuanto participa de la naturaleza del delito de prevaricación exige, respecto de los actos típicos que lo integran, que éstos tengan la consideración de arbitrarios, es decir, actos contrarios a la justicia, la razón y las leyes, dictados solo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, y la manifiesta contradicción con la justicia, son los elementos que caracterizan al acto arbitrario (Sentencias 61/1998, de 27 de enero , 487/1998 , de 6 de abril 674/1998 de 9 de junio). La injusticia o arbitrariedad a que se refiere la resolución puede verse concretada en la absoluta falta de competencia del acusado, en la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, de modo que ésta implique un torcimiento del derecho, o una contradicción con el Ordenamiento jurídico, de tal manera patente, que pueda ser apreciada por cualquiera, no bastando la mera ilegalidad que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el mundo del Derecho(Sentencias Sala 2ª Tribunal Supremo de 20 de abril de 1995 , o1 de abril de 1996, entre otras). Nos dice la STS de fecha 4 de febrero del año 2.010, de extensa pero inexcusable cita "Como establecía la STS nº 363/2006, de 28 de marzo, recordando entre otras la de 4 de diciembre de 2.003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999y12 de diciembre de 2001, entre otras). Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no

Un aspecto muy interesante es el que apunta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en su FJ 1º, al señalar la **necesidad de publicación de la normativa urbanística para su vigencia**⁶⁶⁴, en efecto: “*Tales Normas fueron aprobadas por la Comisión Provincial de urbanismo, y el Acuerdo de aprobación definitiva fue publicado en el «Boletín Oficial. Sin embargo, no se publicó entonces ni con posterioridad el texto de dichas normas, infringiéndose así lo que desde la promulgación de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 exigía su Art. 70.2. La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo no ha dudado en calificar de imprescindible esa publicación para la vigencia y eficacia de las normas urbanísticas de los ayuntamientos, incluso aunque su aprobación no les compete, siendo doctrina, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000, «firme y permanente» desde la Sentencia de 11 de julio de 1991. Por esto, en el momento de examinar la legalidad de la licencia se debe prescindir de tales Normas, que en realidad y por lo dicho no era una norma jurídica vigente.*” En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de julio de 2006**, Roj: SAP MA 1846/2006, N° de Recurso: 30/2006, N°

sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder(STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales(STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. . En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito(STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.”

⁶⁶⁴ VERCHER NOGUERA, A., “La delincuencia urbanística...” analiza la publicación de los Planes urbanística como requisito de procedibilidad penal, pág. 219 a 228.

de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en su FJ 3º señala: *“Es preciso delimitar que la licencia administrativa es un acto de autorización reglado por el cual los ayuntamientos, previa comprobación de que el acto que se solicita se ajusta a la normativa Urbanística aplicable remueve los obstáculos para el ejercicio de derechos preexistentes y que como tal acto reglado supone que han de cumplirse las condiciones establecidas en la legislación urbanística y en el correspondiente planeamiento de aplicación. Es la Administración y más concretamente el Alcalde o en su caso la Comisión de Gobierno quien concede la licencia de obras conforme al planeamiento vigente en aquel momento. De forma tal que será la Administración local en la persona del Alcalde y en su caso cuando estén delegadas las competencias la Comisión de Gobierno quien debe determinar si la solicitud de la licencia se acomoda a la normativa urbanística aplicable para su concesión. (...)*

*De forma tal que la licencia **no sólo debe estar ajustada al Plan Urbanístico vigente, sino al Derecho urbanístico en su totalidad.** La licencia urbanística es un acto administrativo que depende de una norma de naturaleza reglamentaria, cual es el Plan General de Ordenación Urbana, que puede verse matizado por un convenio Urbanístico, pero en este último caso sometido siempre y dependiendo de su incorporación al Plan General.*

Pero no puede existir mayor incumplimiento de las normas urbanísticas vigentes, que el otorgamiento de una licencia de obra sin sujeción a ningún planeamiento urbanístico. Tal pronunciamiento se recoge en la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en la que se expone como la licencia otorgada el 7 de noviembre de 1997 no se ajustaba a ningún plan, puesto que el de 1986 no había sido publicado íntegramente, pero con mayor razón no se debió aplicar aquel que era un Avance del Proyecto de Revisión del Plan.”

En este sentido procede una especial referencia a lo acontecido en el Ayuntamiento de Marbella.

De la lectura de la fundamentación jurídica de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), referente al caso Banana Beach, Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha 9 de noviembre de 2005, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS (reiterada en la Sentencia de 25 de julio de 2006 de la misma Audiencia, Sección y Ponente), se desprende que la problemática marbellí vino provocada por la ausencia de planeamiento en vigor. La Sala entiende, creemos que con acierto, que se infringió *“lo dispuesto en el Art. 120.1 Reglamento de planeamiento puesto que no se debió conceder ninguna licencia cuando existe una revisión del planeamiento y la calificación del suelo no sea la misma. Tampoco se realiza un estudio de detalle cuando era preceptivo. E igualmente se quebranta el Reglamento de disciplina urbanística donde se exige que en todo expediente de concesión de licencia urbanística conste informe técnico y jurídico”,* añadiendo que *“la infracción de la normativa urbanística no viene referida exclusivamente al supuesto del Plan de Ordenación Urbana, sino a **todas aquellas***

normas de ámbito estatal y autonómico y local que afectan a la materia”, cuestión en la que discrepó el Presidente de la Sala⁶⁶⁵, formulando voto particular en el siguiente sentido: *“el caso es que para saber cuando un terreno es inedificable hace falta que así lo establezca el plan de ordenación urbana, y en caso de no existir este, tal infracción resulta imposible porque lo que no existe no puede ser infringido”* por ello entiende que se debe penar de conformidad con el art. 404 del CP, no del art. 320.2 CP⁶⁶⁶.

“Entiende el recurrente que no existe normativa urbanística vigente, y que por tanto nos encontramos ante un supuesto de delito imposible. Al efecto, hemos de destacar que “La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha estimado como delito imposible, tanto el que obedece al empleo de medios inidóneos como el de la inexistencia de objeto (SS. 27 abril y 24 mayo 1982) estimándolo no como una figura imperfecta, sino como una realidad legal con sustantividad propia integrada por:

1.º La intencionalidad del agente que está dentro de la culpabilidad del mismo delito representado y querido.

2.º La actividad exteriorizada de manera equívoca.

3.º Que el fin u objetivo propuesto no se consiga, porque los medios elegidos son inidóneos o por carencia absoluta de objeto (S. 26 febrero 1981). Añadiendo la doctrina de que cuando se aprecie una resolución para delinquir, se comience la ejecución de la infracción por realización de actos que tengan encaje en la tipología delictiva y se ponga de relieve el peligro del bien protegido como síntoma de antijuridicidad, aunque los medios sean inidóneos o no exista objeto delictivo (S. 11 octubre 1983.).

Se ha seguido la inadecuación o inidoneidad relativa exigiendo un inicio de ejecución que en principio sea apto para la realización del hecho, llevando a cabo una interpretación restringida partiendo de una construcción general objetiva (S. 20 junio 1962) sin olvidar el principio culpabilístico que impone la Constitución y el Código Penal (S. 13 julio 1989)”. “Finalmente, que a diferencia del delito putativo que es impune, en el imposible no puede realizarse como delito lo que lo es, en aquél la acción que realiza el agente no puede tener efectividad, no puede ser delito -S. 28 noviembre 1990.

*En el presente caso, y en aplicación de la doctrina anteriormente señalada hemos de concluir que no procede estimar el recurso en cuanto a este particular, ya que **no nos encontramos ante un delito imposible, si existe un bien jurídico susceptible de ser protegido y además existe un objeto. Se ha infringido la ordenación del territorio y además se han vulnerado las normas urbanísticas contenidas en la legislación aplicable, y por tanto el Juzgador no ha suplantado al legislador como quiere hacer ver el recurrente, sino que se ha limitado a aplicar el tipo penal al concurrir los elementos objetivos y subjetivos.***

⁶⁶⁵ JOSE MARIA MUÑOZ CAPARROS

⁶⁶⁶ En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 25 de julio de 2006, Roj: SAP MA 1846/2006, Nº de Recurso: 30/2006, Nº de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, también formula voto particular en el mismo sentido.

El Art. 320 del C. Penal no especifica que se infrinja expresamente las normas de planeamiento sino las normas urbanísticas vigentes, concepto más amplio del pretendido por el apelante.

Tampoco se ha infringido el principio acusatorio puesto que el hecho objeto de la condena se recoge perfectamente en los hechos declarados probados y su mayor o menor amplitud no suponen en modo alguno agravación de los mismos. “

En efecto en la propia sentencia, pero entendemos que con más acierto en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de abril de 2007 en su Fundamento Jurídico Segundo, se recoge la situación normativa urbanística infringida (como bien señala no normas de planeamiento):

“Que con la publicación de la Ley de Carreteras y Costas del año 1988, surgió en Marbella, como en otras ciudades de España, la necesidad de una Revisión del Plan General de Ordenación Urbana para la acomodación de sus disposiciones a la nueva normativa. Ello derivó en la necesidad de una Revisión del plan vigente en aquel momento que no era otro que el Plan general de 1986. Pero como al parecer dicho plan no había sido publicado en su integridad, el mismo era válido pero no eficaz. Por ello se acometió la Revisión del Plan General de Ordenación Urbana de 1986, pero desde luego fue mucho más ambicioso que una mera adaptación a la normativa recién publicada.

El Ayuntamiento de Marbella continuó otorgando licencias urbanísticas en base al Avance de Revisión del Plan. Para buscar un amparo jurídico solicitó Don Enrique un informe jurídico en el que se justificase la posibilidad de aplicar las normas urbanísticas contenidas en ese Avance del Proyecto de Revisión del Plan. En el año 1993, Don Enrique emitió un informe donde se hacía constar que criterios debían de regir en el otorgamiento de licencias urbanística. En ella se explicaba que se había aprobado un Avance del Proyecto de Revisión del Plan General y que las licencias tendrían siempre el carácter de provisional y además que debería ajustarse a dicho Avance. (folio 65 de las actuaciones). (...)

Al folio 249 de las actuaciones se incorporó una nota de prensa elaborada a instancias del Sr. Pedro Jesús, en el que se hacía referencia a que el Plan de 1986 no era de aplicación por que no se había publicado y así lo había dicho el T. Supremo y refiriéndose a que iban a hacer ahora con las querellas que le habían presentado.

*Esta pretendida confusión de la normativa aplicable se podría haber solventado mediante la inmediata publicación íntegra del plan general de ordenación urbana de 1986, y sin perjuicio de que se efectuase en su momento la correspondiente revisión del plan (con ello se obviaba cualquier laguna de planeamiento). Pero por razones que no tienen amparo legal a la vista de la normativa vigente se ha pretendido hacer valer que el plan que habría de aplicarse, es el Avance del Proyecto de Revisión. Basándolo para ello en un informe de quien no es técnico de la Administración Local. Resulta que no consta con carácter general ningún informe de la Asesoría jurídica del Ayuntamiento, y ¿por qué?, pues como bien explicó en el acto del juicio oral, el jefe del Servicio Jurídico-Administrativo del Ayuntamiento de Marbella, Sr. Silvio , **se les eximió de que hiciera informes Jurídicos**, y concluyendo con su propia declaración en el sentido de que los desmantelaron. El porqué, fue claro, " no se acomodaban a los deseos de la*

Corporación". Esto ocurrió en el año 1996. El Sr. Silvio manifestó en el acto del juicio "que el Sr. Alcalde Pedro Jesús les manifestó que con el tipo de informes emitidos por el Servicio Jurídico acabarían todos en la cárcel (folio 2563). Por tanto la confusión creada fue derivada y provocada de la propia actitud de la Corporación del Ayuntamiento de Marbella, tanto su Alcalde como sus concejales, quienes asumieron tal función de acomodar las licencias a un plan que estaba en proyecto. Lo que aún más llama la atención es que tanto en el Plan General de Ordenación Urbana de 1968 como en el de 1986, la calificación del suelo de la Huerta del Belón estaba calificada como de zona de Jardines o Parques, por el contrario, en el Proyecto de Revisión, la calificación jurídica del suelo es diferente, esto es, se autorizaba la construcción viviendas. (...)"

FJ 3º: "Por lo anterior, resulta que el municipio de Marbella y al tiempo de la concesión de la licencia que nos ocupa, no disponía de planeamiento urbanístico propio, siendo de aplicación directa las normas urbanísticas contenidas en la Ley de Suelo de 1992 y las normas urbanísticas que la Ley 1/1997 que el Tribunal Constitucional que declaran derecho supletorio del autonómico, la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto 1346/1976 su Reglamento, Reglamento de Planeamiento y Reglamento de disciplina Urbanística. Y, en concreto se infringió lo dispuesto en el Art. 120.1 Reglamento de planeamiento puesto que no se debió conceder ninguna licencia cuando existe una revisión del planeamiento y la calificación del suelo no sea la misma. Tampoco se realiza un estudio de detalle cuando era preceptivo. E igualmente se quebranta el Reglamento de disciplina urbanística donde se exige que en todo expediente de concesión de licencia urbanística conste informe técnico y jurídico."

La situación descrita en estas sentencias provocó que el Boletín Oficial del Estado de 8 de abril de 2006 publicaba el Real Decreto 412/2006, de 7 de abril, por el que se dispone la disolución del Ayuntamiento de Marbella en virtud de lo establecido en el art. 61.1 LBRL, que prevé la disolución de los órganos de gobierno de las corporaciones locales "en el supuesto de gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de las obligaciones constitucionales". Los argumentos que motivaron –por primera vez en nuestro país– el recurso a dicha drástica medida fueron "La contravención sistemática de la legalidad por la actual Corporación en el otorgamiento de licencias en materia de urbanismo, así como su absoluta falta de colaboración con la Junta de Andalucía, al desatender sus numerosas solicitudes y requerimientos referidos a actos viciados de nulidad, paralización de obras ilegales, incoación de expedientes sancionadores y restablecimiento del orden jurídico perturbado.

La inactividad del Ayuntamiento ante los distintos requerimientos judiciales para la paralización de obras, así como otras irregularidades, que incluyen permutas y enajenaciones de inmuebles contrarias a la legalidad y la concesión directa para uso privativo de bienes de dominio público afectos a equipamientos o constitutivos de zonas verdes.

La compleja y delicada situación provocada por la salida del consistorio de los concejales y alcaldes que han tenido que presentar su dimisión tras ser inhabilitados penalmente para el ejercicio de cargos públicos, así como la situación procesal de diversos cargos municipales actuales imputados (Alcaldesa-Presidenta del

Ayuntamiento, Primera Teniente de Alcalde, Quinto Teniente de Alcalde, concejales, el ex gerente de Urbanismo y el Secretario del Ayuntamiento).”

Finalmente, y en otro orden de cosas, encontramos un ejemplo absolutorio al entender que no concurre este elemento normativo. En efecto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (absolutoria), Sección 3ª, de fecha 7 de Marzo del 2012 (ROJ: SAP A 661/2012), Recurso N° 64/2007, Ponente: FRANCISCA BRU AZUAR, recoge en su FJ: “*SEGUNDO.- El segundo delito que se imputa al acusado, tanto por la acusación pública como privada es un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 y 2 del Código Penal y ello en cuanto a la concesión de las licencias que se detallan en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal al haberse autorizado según se afirma a sabiendas que no se ajustaban a la normativa vigente y con absoluto desprecio por el procedimiento legal establecido.*”

(...)

En suma, procede dictar una sentencia absolutoria respecto al delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 320.1 y 2 del Código Penal pues para establecer una condena es preciso que la contradicción entre el acto administrativo y el derecho sea patente y grosera o con resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante o clamoroso sin que en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento se aprecie el plus de antijuricidad necesario que requiere el tipo penal.”

H. Tipo Subjetivo: Dolo (“a sabiendas”). Error de Tipo:

El dolo, como elemento constitutivo de la parte subjetiva del tipo doloso (dolo típico), presupone, al igual que la imprudencia, la creación del riesgo típicamente relevante en términos de imputación objetiva (parte objetiva del tipo), pero exige, además, según la doctrina mayoritaria, querer dicho riesgo⁶⁶⁷.

Se distinguen tres clases de riesgo:

1º dolo directo de primer grado o intención en sentido estricto, en que el sujeto busca el hecho típico;

2º dolo directo de segundo grado en que no se busca el hecho típico pero se sabe seguro que será consecuencia de la acción querida;

3º dolo eventual, que supone querer la conducta asumiendo que es probable que ocasione el hecho típico.

Basta cualquiera de estas formas de dolo, pero para el tipo penal que se analiza, la doctrina mayoritaria entiende que, este tipo, comprende sólo el dolo directo y descarta la inclusión de la imprudencia y del dolo eventual (SSTS 1629/00, 19-10,

⁶⁶⁷ Vide MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 50.

1223/04, 21-10, 226/06, 19-2)⁶⁶⁸. ⁶⁶⁹ En el CP no se castiga el delito de prevaricación administrativa en su modalidad imprudente (a diferencia de la prevaricación judicial, art. 447, en que si se castiga la imprudencia grave o negligencia inexcusable), al no estar tipificada dicha modalidad en el CP (art. 12, que establece un *numerus clausus* de incriminación de la imprudencia). (MIR PUIG C.)

La Jurisprudencia mayoritaria ha adoptado un concepto normativo de dolo, entendido como conocimiento del riesgo de lesión para el bien jurídico-penal que entraña la realización de la conducta (STS 1564/01, 5-9 entre otras).

Hay dolo si conoce la elevada probabilidad de producción del resultado, siendo suficiente que concorra dolo eventual (STS 1579/02, 2-10), “*se excluye el dolo si pese al conocimiento del riesgo la probabilidad de la lesión no es elevada*”). El actual concepto jurisprudencial de dolo es normativo por que la valoración sobre el conocimiento del riesgo por un sujeto se lleva a efecto a través de parámetros de razonabilidad de tipo general (entre otras STS 339/10, 9-4: “*no son admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado lesivo no se producirá*”). La intención del sujeto solo será necesaria cuando en elemento del tipo o una circunstancia agravante la requiera (STS 1064/05, 20-9, dolo como conocimiento y voluntad de la producción del resultado). La realización de conductas que requieren intención, reflexión y proyecto prueban per se la existencia de dolo (STS 931/06, 5-10). Los motivos o el móvil del autor son irrelevantes para la concurrencia del dolo⁶⁷⁰.

La exigencia de que el sujeto activo actúe a sabiendas de su injusticia⁶⁷¹, se convierte por tanto en un elemento central característico de las acciones prevaricadoras y ha de entenderse que la injusticia de la resolución representa un plus respecto de la mera ilegalidad, que, “*vinculado a los conceptos de imparcialidad, objetividad, búsqueda del interés general y cometimiento a fines, tiende a configurarla como ilegalidad burda, evidente y expresiva del desprecio por los principios que rigen las actuaciones administrativas*”⁶⁷². La Sentencia del Tribunal Supremos 422/1995, de 25

⁶⁶⁸ Vide MIR PUIG, C., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 891.

⁶⁶⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (absolutoria), Sección 1ª, de fecha 14 de mayo de 2010, Roj: SAP BI 687/2010, Nº de Recurso: 160/2010, Nº de Resolución: 379/2010, Ponente: JUAN FRANCISCO LOPEZ SARABIA, en el FJ 5º: “*El delito a que se refiere el art. 320 del Código Penal exige una actuación activa dolosa por parte del sujeto (autoridad o funcionario público), que en todo caso excluye el dolo indirecto y el dolo eventual, equiparables o cercanos cuando menos en muchos casos a la culpa, ya que exige actuar a sabiendas de su injusticia, esto es, dictando una resolución legal a sabiendas de que la aplica en sentido contrario a como debió hacerlo con la ley en la mano, pero hasta el punto en que la misma pueda ser calificada de ilegalidad por la claridad con la que se ha actuado para dictar una resolución cuando es transparente y palmario que debió haberse dictado otra en sentido contrario al dictado, existiendo clara intencionalidad por quien emite dicha resolución. No existió por ninguno de los acusados voluntad e intención de, contrariando voluntariamente la legalidad imperante, proceder a conceder licencia a sabiendas de que lo hacían de forma incorrecta, toda vez que los mismos actuaron en base a los informes, documentos y antecedentes precisos y en base a los cuales, la licencia otorgada era ajustada a derecho, por cuanto a la vista de ello no puede concluirse que la resolución incriminatoria fuera evidente, flagrante y clamorosa, al margen del control de legalidad de los órganos de la Jurisdicción correspondiente.*”

⁶⁷⁰ Vide MIR PUIG S./ V. GÓMEZ MARTÍN., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 51.

⁶⁷¹ ACALE SÁNCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” op. cit., pág. 347.

⁶⁷² GARCÍA ARÁN, M. y LÓPEZ GARRIDO, D., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., pág. 178.

de marzo (RJ/1995/2236) establece que la injusticia “*tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en insoportable contradicción con los mínimos esenciales de funcionamiento de los órganos administrativos y además que se causa a sabiendas o por ignorancia o negligencia inexcusables, un perjuicio a tercero o a la causa pública en general*”⁶⁷³.

La Sentencia del Tribunal Supremo 2550/1992, de **27 de noviembre de 1992** (RJ/1992/9537) castiga como autor de un delito de prevaricación a un Alcalde en un asunto urbanístico (en el que el promotor fue castigado como autor de una infracción administrativa) en los siguientes términos: “*el Alcalde era funcionario público por elección popular, requisito subjetivo innegable; la resolución que adopto pertenecía a su competencia ordinaria..., está inequívocamente adoptada en asunto administrativo. Objetivamente esa resolución no era legal, pues al plan urbanístico le faltaba la aprobación definitiva..., previa subsanaciones y requisitos a que hemos aludido en el fundamento anterior y no al Ayuntamiento; además se adoptó en contra del parecer expreso del Secretario de la Corporación y del funcionario técnico competente en la materia. La existencia de esos informes contrarios y la obstinación en prescindir de los requisitos legales señalados es lo que justifica la aplicación de la norma penal*”. La Sentencia del Tribunal Supremo, 6782/2003, Sala de lo Penal, Sección: 1, N° de Recurso: 1843/2002, N° de Resolución: 1440/2003, de fecha **31 de octubre de 2003**, Procedimiento: Recurso de casación, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN, FJ 3º: “*la expresión "a sabiendas", como elemento integrante del delito objeto de condena, es expresamente incluida en el sentido de los Hechos declarados probado*⁶⁷⁴*s cuando, entre otras cosas, categóricamente, dicen que el acusado "...pese a conocer... ...que en realidad lo construido era un edificio de nueva planta en suelo no urbanizable, que la concesión de la licencia de obras precisaba la previa autorización por la Comisión Regional de Urbanismo, y que incumplía la autorización en su día concedida por la demarcación de Carreteras, concedió la licencia de obras mediante la oportuna resolución...".(...) Mientras que, de nuevo, en el Fundamento Jurídico Séptimo se confirma, con clara vocación fáctica, esa convicción cuando afirma que "Este Tribunal considera que el acusado concedió aquella licencia con plena conciencia de que no se ajustaba a derecho y que con ello legalizaba una construcción a todas luces ilegal..." etc. La propia conducta del recurrente, insistiendo en conocer la opinión de expertos en la materia que, en ningún momento, avalaron con sus informes la licitud de la concesión, evidencia su falta de convencimiento en la ortodoxia de su decisión y, por ende, el conocimiento de que su conducta no se ajustaba a Derecho”*

Y esta misma sentencia en cuanto al error declara:

⁶⁷³ VERCHER NOGUERA, A., “*Delitos contra la ordenación del territorio*”, cit., pág. 556.

⁶⁷⁴ “*Pese a conocer Rodolfo que en realidad lo construido era un edificio de nueva planta en suelo no urbanizable, que la concesión de la licencia de obras precisaba la previa autorización por la Comisión Regional de Urbanismo, y que incumplía la autorización en su día concedida por la demarcación de Carreteras, concedió la licencia de obras mediante la oportuna resolución, que fue suscrita por la Sra. Secretaria, si bien esta hizo constar, como hacía habitualmente, que firmaba la licencia por orden expresa del Alcalde, ya que a su juicio era preceptivo el informe del aparejador municipal, que no existía como tal en el Ayuntamiento*” Rodolfo, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Corvera de Toranzo (Cantabria) desde 1991, fue condenado por la Audiencia Provincial de Cantabria en sentencia de fecha 24 de junio de 2002, por delito de prevaricación urbanística, a un año de prisión, con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para el cargo de alcalde o miembro de corporación municipal u otro cargo de elección pública durante ocho años

“...el contenido de la narración histórica de la resolución de la Audiencia que, como acabamos de ver, es contundente en la afirmación de que el recurrente conocía la ilicitud de su conducta, como además se confirma con la negativa a considerar este supuesto legal, de acuerdo con lo correctamente razonado en el Fundamento Jurídico Tercero por los Jueces "a quibus".

Alegaciones acerca del supuesto error padecido por el acusado que, de otro lado, son de todo punto incompatibles con el delito por el que fue condenado, en tanto que éste exige el pleno conocimiento de la ilegalidad cometida ("a sabiendas"). De manera que, de su apreciación, no se seguiría la aplicación del precepto mencionado (art. 14 CP) sino, sin más, la absolución por inexistencia del delito.”

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **23 de mayo de 2005**, Roj: STS 3276/2005, Nº de Recurso: 2428/2003, Nº de Resolución: 663/2005, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, en su Fundamento Jurídico DECIMO QUINTO, recoge: *“Ahora bien, como enseña la jurisprudencia SSTs. 17.3.95, 2.7.97, 10.2.2003), lo característico de la prevaricación es que la resolución ha de ser arbitraria, expresión que sustituye a la anterior de injusta, que había sido entendida como algo más que meramente ilegal, o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso, para incluir en el concepto penal exclusivamente aquella injusticia clara y manifiesta, verdadero y patente torcimiento del Derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así no puede existir una duda razonable sobre la injusticia de la resolución, ni tratase de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o prejudicial, pues en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente y nunca en la penal.”*

La STS, Penal sección 1 del **28 de Marzo del 2006** (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, sienta la siguiente doctrina jurisprudencial en el Fundamento Jurídico *DECIMO SEPTIMO* señala: *“Por último el elemento subjetivo y culpabilístico, de la conciencia en el sujeto de la injusticia de la licencia concedida, concurrencia que se encierra en la mención "a sabiendas" que contiene la descripción típica del art. 320; implica que solo pueda ser castigado como autor de un delito de prevaricación, **la autoridad o funcionario que conozca con seguridad la ilegalidad de la resolución que adopte, esto es, con clara conciencia de arbitrariedad o ilegalidad en la misma.** Elemento culpabilístico que no es suficiente con que sea deducido de consideraciones más o menos fundadas sino que se evidencia como elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda razonable. En este sentido la STS. 18.5.99 señaló como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas" se puede decir en resumen, que se comete el delito de prevaricación cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico, y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración”.*

La Sentencia del Tribunal Supremo, Penal sección 1 del **28 de Mayo del 2009** (ROJ: STS 3285/2009) Recurso: 2454/2008 | Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA, resuelve en sentido estimatorio, casando, anulando, y dictando nueva

Sentencia, el recurso extraordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 16 de octubre de dos mil ocho. En la Sentencia se recoge: *“El delito de prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal. La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción de deber del funcionario, que ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la Administración, a través suyo, tutela. La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar. El hecho probado no refiere qué norma ha sido aplicada arbitrariamente, ni el concreto hecho que supone la arbitrariedad típico de la prevaricación. Asiste razón al recurrente pues el relato fáctico no refiere los precisos datos fácticos sobre los que se autoriza la obra, mediante la concesión de una licencia, ni el alcance de la construcción autorizada. Esa ausencia de datos precisos impiden la subsunción en el delito de prevaricación y son causantes de indefensión al recurrente, por lo que la impugnación debe ser estimada, dictando segunda sentencia absolutoria de la imputación.”*

La Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, 7703/2009, nº de Recurso: 1539/2008, nº de Resolución: 1127/2009, de fecha **27 de noviembre de 2009**, Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ, que recoge: *“En cuanto al dolo, expresamente referido en el art. 320.1 con el giro "a sabiendas", existe un factor no despreciable para inferir la existencia de todo dolo: Juan era asesor legal del Ayuntamiento y ejercía en el ámbito urbanístico -aunque no sólo en él-, y esa condición evidencia, conforme a la experiencia general, que no actuaba como ciego servidor del experto técnico, -lo que incluso no descartaría su dolo eventual-.*

No hay fundamento para apreciar cualquier error de los previstos en el art. 14 CP, respecto a la existencia de una falta de formación en el acusado; pues ella debe reputarse en principio incompatible con la específica titulación y dedicación de aquél”

Pues, bien, como conclusión a todo lo anterior, se puede señalar que según doctrina mayoritaria en ambos apartados (320.1 y 2) solo cabe la comisión dolosa por dolo directo, tal como indica la inclusión de la expresión a sabiendas de su injusticia ((SAP Toledo 1ª 65/08, 3-11), alcaldes y concejales de Ayuntamiento que aprueban un programa de actuación urbanizadora a pesar de tener conocimiento de la ilegalidad del mismo y de que en anterior sentencia dictada en el orden contencioso administrativo se había acordado su anulación). No concurrirá este elemento cuando sea discutible el sentido del informe, sin perjuicio de acudir a otro orden jurisdiccional (SAP Las Palmas 6ª 105/09, 23-6; AAP Madrid 2ª 64/09, 25-2). Fuera de estos casos, sólo cabrá la aplicación del Derecho administrativo sancionador. Más discutible y controvertida se vuelve la comisión por dolo eventual⁶⁷⁵. En todo caso, es necesario el conocimiento de

⁶⁷⁵ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña (A), Sección 2ª, de fecha 4 de junio de 2007, Roj: SAP C 1504/2007, Nº de Recurso: 123/2007, Nº de Resolución: 235/2007, Ponente: MARIA DEL CARMEN TABOADA CASEIRO, en el Fundamento Jurídico QUINTO, lo rechaza: *“La jurisprudencia como hemos señalado exige dolo directo. Así la st.T.S. 30-5-02 señala que ya en otras sentencias anteriores, sts. 4-7-96, 29-10-98 y 4-12-98 se ha considerado que la expresión "a sabiendas" no sólo*

que se vulnera la legalidad urbanística con independencia del rango de ésta y de si la vulneración se refiere a normas de procedimiento o competenciales, ya que todas ellas constituyen Derecho urbanístico (STS 23-5-05).⁶⁷⁶

La adopción de acuerdos contrarios a derecho a pesar de los informes jurídicos, que alertan sobre su ilegalidad, o el hecho de no solicitar tales informes, son las causas más frecuentes, en la casuística jurisprudencial, de **rechazo de la invencibilidad y hasta de la vencibilidad del error** (SSTS 261/95, 27-2; 1152/94, 27-5, 645/92, 24-3)⁶⁷⁷. El dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto. Tal es la esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino (sólo) el hecho de estar prohibida su realización⁶⁷⁸. En este sentido cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª, de fecha **12 de noviembre de 2009**, Roj: SAP CA 1641/2009, N° de Recurso: 107/2009, N° de Resolución: 397/2009, Ponente: MANUEL BLANCO AGUILAR, en el FJ 3ª recoge:

*“... el artículo 78 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local dispone, primero que " los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo" y, segundo, que "son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las mismas que los hubiesen votado favorablemente"; de lo cual la jurisprudencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo deduce el deber de todos los miembros de los órganos de gobierno de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o funcionario es el garante y primer obligado. Y así lo pone de manifiesto el Juez a quo cuando alude en el fundamento jurídico segundo al "**penoso argumento de la escasa formación profesional o técnica de los miembros de la Comisión de Gobierno**". En este sentido la sentencia 256/07, de 25 de Abril, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga apunta que " ello resulta contradictorio e infringe las más elementales normas que deben observar los concejales, puesto que la llamada actual Junta de Gobierno antiguamente llamada la Comisión de Gobierno, es el Órgano que colabora de forma colegiada en la función de dirección política que al Alcalde corresponde y ejerce las funciones ejecutivas y administrativa que se señalen en el art. 127 de esta Ley.(art. 126 de la L. B.R.L.).*

Por su parte el art. 77 de la L.B.R.L. dispone que tienen todos los miembros de las Corporaciones locales derecho a obtener los datos o informaciones en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

elimina del tipo de prevaricación administrativa la comisión culposa -antes prevista en el art. 358.2º L.P. 1973y hoy desaparecido del art. 404 C.P. 1995- sino también la comisión con dolo eventual de suerte que el delito en cuestión sólo es concebible ya si la resolución arbitraria se dicta con dolo directo; es precisa la clara conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad que se ha cometido”.

⁶⁷⁶ Vide SANTANA VEGA, Mª D., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., págs. 727-728.

⁶⁷⁷ Vide MIR PUIG, C., en “Comentarios al Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 891.

⁶⁷⁸ MIR PUIG, S. “Derecho Penal. Parte General” 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona. Pág. 278

Por tanto no pueden limitarse a votar, sino que su obligación es la de cerciorarse que aquellas decisiones que tomen se ajusten a la legalidad, caso contrario es de aplicación lo dispuesto en el art. 78 del mismo cuerpo legal, es decir que "los miembros de las corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de las misma que los hubiese votado favorablemente."

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA⁶⁷⁹

⁶⁷⁹ FJ 6º: "Y es que una Administración Local que dicta resoluciones apartándose de la normativa urbanística y aplicando de forma concluyente otra que carece del respaldo legal, es claro que no se somete a la ley y al Derecho y que se sitúa en el ámbito de la arbitrariedad, menoscabando así el bien jurídico del recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con una intensidad que se hace acreedora a la aplicación de una sanción propia del Derecho Penal.

No nos cabe duda que los acusados votaron a sabiendas de la injusticia de aquella licencia, puesto que estos en su condición de Concejales de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Armilla, intervenían activamente en la actividad política municipal y habían otorgado bastantes licencias de obras, sabiendo los pasos esenciales para su aprobación. Pero si encima el secretario dio cuenta de la licencia en cuestión, e hizo advertencia de ilegalidad, y pese a ello la votaron afirmativamente, ello infringe las más elementales normas que deben observar los concejales, puesto que la llamada actual Junta de Gobierno antiguamente llamada la Comisión de Gobierno, es el Órgano que colabora de forma colegiada en la función de dirección política que al Alcalde corresponde y ejerce las funciones ejecutivas y administrativa que se señalen en el art. 127 de esta Ley (art. 126 de la L. B.R.L.). Disponiendo por su parte el art. 77 de la L.B.R.L. la disponibilidad que tienen todos los miembros de las Corporaciones locales a obtener los datos o informaciones en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función.

Por tanto no pueden limitarse a votar, sino que su obligación es la de cerciorarse que aquellas decisiones que tomen se ajusten a la legalidad, caso contrario es de aplicación lo dispuesto en el art. 78 del mismo cuerpo legal, es decir que "los miembros de las corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de su cargo. Son responsables de los acuerdos de las Corporaciones locales los miembros de la misma que los hubiesen votado favorablemente.

Con ello queremos poner de manifiesto que difícilmente es admisible que los miembros de la Comisión de gobierno fuesen ajenos a la cuestión relativa a la aprobación de la licencias urbanística, del Nevada, siendo su votación como algo meramente automático, al margen de la notoriedad de la misma.

Además es obligación de estos de informarse previamente para estar lo suficientemente ilustrados sobre el contenido de los expedientes, así lo faculta el art. 16 de Reglamento de Organización funcionamiento y Régimen jurídico de las entidades locales en las que se dispone "El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar en que se encuentre de manifiesto a partir de la convocatoria". Es decir corresponde a los concejales recabar la información necesaria al objeto de estar lo suficientemente instruidos, teniendo en cuenta las decisiones de peso que se adoptan en el ámbito de la dirección local.

No es posible ni es admisible que se amparen en una actuación automática y siguiendo las directrices de otros para votar favorablemente a la concesión de licencias urbanística.

Tales miembros de la corporación son responsables de sus propios actos y no ajenos a la polémica creada y menos aún en la fechas que tuvieron lugar tales hechos, en que era notorio y publico en Armilla el tema del Centro Comercial Nevada, no pudiéndose amparar en las bondades del Alcalde para considerar legal la concesión de una licencia urbanística, ante los informes desfavorables, de otros técnicos, y la ausencia del jurídico .

Tal situación es importante valorarla, porque ello justifica que no eran meros autómatas, y eran libres para decidir, tenían la obligación de estar debidamente informados, asesorados en orden a cumplir con las funciones que les encomendaron cuando fueron elegidos concejales, y jurídicamente seguir tales directrices, por tanto no se puede sostener su ignorancia, pues no tienen ningún tipo de

Asimismo y a nivel de Audiencias Provinciales encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **22 de enero de 2002**, Roj: SAP SS 70/2002, Nº de Recurso: 2052/2001, Ponente: AUGUSTO MAESO VENTUREIRA⁶⁸⁰. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **24 de junio de 2002**, Roj: SAP S 1336/2002, Nº de Recurso: 5/2002, Nº de Resolución: 15/2002, Ponente: JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA⁶⁸¹. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **17 de enero de 2003**, Roj: SAP SE 183/2003, Nº de Recurso: 2428/2002, Nº de Resolución: 4/2003, Ponente: ANGEL MARQUEZ ROMERO⁶⁸². La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **30 de junio de 2004**, Roj: SAP PO 1712/2004, Nº de Recurso: 1011/2003, Nº de Resolución: 14/2004, Ponente: ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ⁶⁸³. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo

amparo legal. Además el Secretario General les informó legalmente sobre la cuestión principal para no aprobar la licencia y si lo hicieron ahora tienen que pechar con su responsabilidad penal.

Por ello el Tribunal considera que también los acusados, concejales de la Comisión de Gobierno, Edmundo , Aureliano , Regina Y Héctor , sabían cuales eran sus obligaciones, pues en los asuntos de sus respectivas área , el procedimiento de aprobación era similar, y por tanto son coautores del delito contra la ordenación del territorio del artículo 320-2 del Código Penal.”

⁶⁸⁰ FJ 5º: “Lo expuesto conlleva que se comparta la consideración llevada a cabo por el juzgador de instancia de que el acusado no cometió el o los delitos de de prevaricación de que fue acusado en forma, por falta del elemento esencial del dolo en su actuación, consideración que es aplicable tanto a los delitos tipo o comunes del delito de prevaricación del anterior, como del actual Código Penal, como al nuevo tipo de prevaricación urbanística del artículo 320 del nuevo Código Penal”.

⁶⁸¹ FJ 7º: “el acusado concedió aquella licencia con plena conciencia de que no se ajustaba a derecho, y que con ello legalizaba una construcción a todas luces ilegal, eludiendo a sabiendas también el debido control de la Comisión Regional de Urbanismo y el incumplimiento de la autorización concedida por la demarcación de Carreteras, concurriendo así el elemento subjetivo propio de este delito de prevaricación, por lo que debe afirmarse que el acusado cometió el delito previsto en el art. 320 del C. Penal”

⁶⁸² FJ 5º: “...el conocimiento por parte del acusado de la ilegalidad del proyecto de obra que, no obstante, él informó favorablemente, pues infringía la zonificación y uso urbanístico previsto en los planes urbanísticos vigentes.

Pero es más, y de ahí que se estime la injusticia y arbitrariedad de su actuación, existen otros puntos que junto a los anteriores permiten afirmar a este Tribunal que existía una connivencia entre el acusado y el promotor de la obra y por tanto, que su informe al proyecto de reforma presentado, fue fruto de una deliberada y consciente decisión de incumplir la legalidad en perjuicio del interés general.

(...) con lo que es difícil sostener ignorancia de la usurpación realizada, menos aún, cuando sobre este mismo tema se había formulado una interpelación por el Defensor del Pueblo, y el DIRECCION000 de la localidad había dictado decreto incoando procedimiento sancionador por infracción urbanística contra el promotor de la obra (folio 178).

Por otro lado, no parece razonable que el constructor termine la estructura de la casa sin previa licencia, realizando una considerable inversión, sin contar con el previo asentimiento del acusado, cuando existía una relación diaria entre ambos, como éste mismo reconoce en su declaración.

En consecuencia, nos encontramos ante una clara infracción del planeamiento vigente, posibilitada por el informe favorable del acusado como arquitecto técnico municipal, en el desempeño de su función pública, no justificado y emitido a sabiendas de su ilegalidad con ánimo de beneficiar a un particular en perjuicio de los intereses de la población, lo que nos permite calificar su actuación como arbitraria y merecedora de reproche penal como integradora del delito de prevaricación urbanística por el que ha sido acusado.”

⁶⁸³ FJ 4º: “dolo específico que requiere la aplicación del precepto. La concurrencia de este elemento subjetivo se revela clara en el Alcalde-Presidente del Concello D. Agustín , por su condición de profesional de la construcción, por su condición de Concejale de Urbanismo desde el año 1991 hasta el año 1998 en que fue elegido Alcalde, con responsabilidades en las cuestiones urbanísticas municipales, precisamente en la época en que fue remitida la propuesta de PGOU por el Ayuntamiento a la Comisión

(absolutoria de prevaricación urbanística), Sección 2ª, de fecha **28 de junio de 2005**, Roj: SAP TO 647/2005, Nº de Recurso: 6/2005, Nº de Resolución: 40/2005, Ponente: ALFONSO CARRION MATAMOROS⁶⁸⁴. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, Nº de Recurso: 147/2005. Nº de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, que en el FJ 1º se pronuncia en el mismo sentido que la anterior. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de julio de 2006**, Roj: SAP MA 1846/2006, Nº de Recurso: 30/2006, Nº de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS⁶⁸⁵. La

Provincial de Urbanismo (en 20 de Febrero de 1993) con la clara pretensión de excluir del conjunto histórico la "zona de respeto" lo que no fue aceptado en la, aprobación definitiva del PGOU de 7 de Enero de 1994 (...) consiguiendo así el inicial propósito de urbanizar dicha zona sin sujetarse a los informes a intervención."

⁶⁸⁴ FJ 3º: "Exige el art. 320 que la Autoridad o funcionario actúe "a sabiendas de su injusticia", con lo que viene a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23 de mayo de 1998, 4 de diciembre de 1998; STS 766/1999, de 18 de mayo y STS 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el presente caso, el Tribunal no encuentra el dolo requerido por el tipo, ni siquiera el dolo genérico del art. 10 del Código Penal, en la actuación de la Alcaldesa de un pequeño pueblo (600 habitantes) sin mas ayuda técnico-jurídica que la que se procura en sus constantes viajes a consultas en la capital y con un Secretario, permítasenos decir, "a la contra".

El "coeficiente de importancia" que alguna resolución reclama para este tipo de prevaricación (STS 27 de septiembre de 2004) no se da en quien, atendiendo las indicaciones de la Consejería de Obras Públicas, inicia el expediente de utilidad pública para tramitar las licencias de obras sin perjuicio de conceder la licencia de apertura y de carpa, que no constituye conducta grave y dolosa contra el bien jurídico comunitario (la utilización racional del suelo), por lo que, como sostiene la S.A.P. León 10 de julio de 2002, el análisis del acto debe realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando el principio de mínima intervención cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, ya que el tipo penal no puede servir como mero reforzamiento de la actividad administrativa, sin el contenido material de la antijuridicidad. La Alcaldesa acusada no ha autorizado construcciones en el sentido estricto del término -una licencia de apertura de un negocio que existía hace más de 20 años, y una licencia de carpa móvil- no constituyen construcciones o edificaciones a las que se refiere el tipo penal, (SAP Jaén 21 de enero de 2003, respecto a rehabilitaciones y reconstrucciones), no tienen la gravedad suficiente (STS 26 de junio de 2001), para a atender contra el bien jurídico protegido por la norma penal en blanco que exige cierta entidad para su aplicación, sin perjuicio de que encierren una irregularidad administrativa.-".

⁶⁸⁵ FJ 5º: "Es inaudito que se emitan informes técnicos para la concesión de una licencia en relación a dos Planes de ordenación Urbana, en uno no se ajustaba a la legalidad y otro sí. Casualmente el primero era el de 1986 y el segundo el planeamiento futuro. Pese a estas discrepancias votaban favorablemente la concesión de la licencia. Este extremo ha quedado acreditado por la propia declaración de los acusados. Siempre han defendido la legalidad del plan de 1998, eso sí basándose en informes de juristas que no eran técnicos del Ayuntamiento sino de letrados contratados al efecto. El Ayuntamiento tiene sus asesores jurídicos y técnicos sin embargo no contaban con ellos. También resulta acreditado que votaron favorablemente el plan de Revisión de 1998, en un Pleno del Ayuntamiento de Marbella Extraordinario y urgente y además nocturno e igualmente concocían la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de suspender cautelarmente la eficacia de dicho pleno. Es inadmisibile que aleguen que no tenían conocimiento de la suspensión cautelar.

Es de dominio público el problema surgido en Marbella en el tema urbanístico, hasta el extremo de que eran primera plana de algunos periódicos locales y provinciales. Es un hecho notorio, "los

Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sede en Gijón, Sección 8, de fecha **14 de febrero de 2008**, 2487/2008, N° de Recurso: 8/2008, N° de Resolución: 32/2008, Ponente: ALICIA MARTINEZ SERRANO, en su FD 2° recoge: “*el artículo 320.2 del Código Penal (prevaricación urbanística) (...) el dolo que requiere esta infracción penal es un dolo directo, duplicado y reforzado en el sentido de que no lo constituye el sólo incumplimiento de la legalidad administrativa sino que debe probarse que con dicho incumplimiento se comete una flagrante, palmaria y grosera injusticia”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolución), Sección 6ª, de fecha **23 de junio de 2009**, Roj: SAP GC 1797/2009, N° de Recurso: 52/2007, N° de Resolución: 105/2009, Ponente: EMILIO JESUS JULIO MOYA VALDES⁶⁸⁶. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha **27 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 1718/2010, N° de Recurso: 93/2009, N° de Resolución: 25/2010, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA⁶⁸⁷.

medios de comunicación se hicieron eco tanto de la aprobación nocturna (como indicó el Sr. Fiscal en su informe) del Plan de 1998 por silencio administrativo, como la decisión del Tribunal Superior de Justicia de acordar la suspensión cautelar. Los acusados eran conscientes y plenamente conocedores de los problemas surgidos con la vigencia de los diferentes Planes de Ordenación Urbana. No se preocuparon de aclarar el "porqué" se limitaron a instar informes jurídicos para justificar y amparar la aplicación de un Plan de Ordenación Urbana.”

⁶⁸⁶ FJ 3°: “*Se combate igualmente la sentencia dictada entendiendo que existe el delito a que se refiere el art. 320 del Código Penal. En la sentencia se razona que "tal y como sostiene el Ministerio Público, siendo exigencia legal, como se infiere del precepto referenciado, una actuación activa dolosa por parte del sujeto (autoridad o funcionario público), que en todo caso excluye el dolo indirecto y el dolo eventual, equiparables o cercanos cuando menos en muchos casos a la culpa, ya que exige actuar -a sabiendas de su injusticia-, esto es dictando resolución legal a sabiendas de que la aplica en sentido contrario a como debió hacerlo con la Ley en la mano, pero hasta el punto en que la misma pueda ser calificada de ilegalidad por la claridad con la que se ha actuado para dictar una resolución cuando es transparente y palmario que debió haberse dictado otra en sentido contrario al dictado, existiendo clara intencionalidad por quien emite dicha resolución, pero sin que en ningún caso pueda subsumirse dentro de tales actuaciones, como hace la acusación particular en el presente caso, resoluciones que, en todo caso, de lo que pueden tacharse es de injustas, por la causa que sea". Y más tarde aclara que "ha quedado perfectamente acreditado conforme a la totalidad de la prueba practicada en el acto del juicio, que la comisión de gobierno que concedió la licencia en cuestión lo hizo tras tener en su poder los informes tanto del letrado del Ayuntamiento como del técnico correspondiente, por lo que, con independencia de la controversia que pueda plantearse en jurisdicción distinta a la presente respecto de la validez de dichos informes, siendo ratificados los mismos por quienes los elaboraron en el propio acto del juicio, en modo alguno puede entenderse ha existido por ninguno de los dos acusados voluntad e intención de, contrariando voluntariamente la legalidad imperante, proceder a conceder licencia urbanística, aún a sabiendas de que lo hacían de forma incorrecta y en contra de los intereses particulares, toda vez que, y como ya se ha hecho constar, los mismos actuaron en base a los informes técnicos que son necesarios y habituales para este tipo de concesión administrativa, y en base a los cuales, la licencia otorgada era ajustada a derecho, declaración ésta última que en todo caso, no puede ni debe entenderse declaración respecto de la legalidad de dicha concesión, objeto tal discusión de otro procedimiento y en otra jurisdicción". Frente a lo cual, los apelantes alegan que es necesario destacar "y analizar en conciencia la prueba practicada, en particular aquella que tiene un especial valor y que cuenta con criterios de indudable imparcialidad, refiriéndome concretamente al informe del perito, designado por el propio juzgado de la Contencioso Administrativo nº 2 de Las Palmas", sin embargo, debemos destacar que los informes que pudieron tener en cuenta los acusados no es el mencionado por los querellantes a petición del Juzgado Contencioso Administrativo, sino los de los técnicos del Ayuntamiento en los que se apoyaron para dictar la resolución administrativa combatida y en el mismo sentido apuntado en la sentencia recurrida, no se estima la existencia de ese dolo directo que exige la jurisprudencia para la existencia de este delito. El motivo, y con él el recurso todo, debe perecer”*.

⁶⁸⁷ FJ 3°: “*Y es que no es necesario tener conocimientos urbanísticos para saber leer e interpretar con un mínimo de racionalidad los informes obrantes en autos, como tampoco parece razonable separar de los mismos lo que beneficia, y no acordarse de -o no leer- lo que perjudica, pues resulta contradictorio*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha **28 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 170/2010, Nº de Recurso: 114/2006, Nº de Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES⁶⁸⁸. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (desestima recurso contra condena), Sección 6ª, de fecha **17 de marzo de 2010**, Roj: SAP BI 2190/2010, Nº de Recurso: 28/2010, Nº de Resolución: 276/2010, Ponente: JOSE IGNACIO AREVALO LASSA⁶⁸⁹. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (condenatoria), Sección 4, de fecha **26 de mayo de 2010**, Roj: SAP CA 1205/2010, Nº de Recurso: 36/2010, Nº de

señalar en el juicio que él se fía de sus técnicos y que no lee el informe del secretario, cuando han sido justamente sus técnicos los que le han señalado que el suelo es rústico de protección territorial.”

FJ 4º: las resoluciones del alcalde concediendo la licencia de actividad primero, y la licencia de obras después, resultaban contrarias a la normativa urbanística de aplicación en dicho momento, cumpliéndose al efecto el primero de los elementos normativos del tipo penal contenido en el art. 320.1 del CP, al que por vía de remisión implícita se contiene en el apartado 2º.

No obstante, debe precisarse que el plus de reprochabilidad que separa la mera ilegalidad administrativa del delito de prevaricación urbanística viene dado por el término "a sabiendas", a lo que debe añadirse que a diferencia del tratamiento penal que reciben otras autoridades, la imprudencia en este tipo de infracciones resulta impune conforme al art. 12 del CP.”

FJ 5º: “...Y aunque, como ya se ha dicho, la descripción típica solo admite dolo directo con exclusión del eventual, insito en el término "a sabiendas", de lo ya expuesto se deriva que el acusado, teniendo conocimiento de que no podía actuar de la forma que lo ha hecho, decide arbitrariamente imponer su particular e ilegal punto de vista, lo que conlleva que su proceder quede integrado en el dolo directo de primer grado.”

⁶⁸⁸ FJ 4º “*quedando plenamente constatado y acreditado, a través de la documental aportada a las actuaciones, que el voto favorable emitido por los acusados, como integrantes de la Comisión de Gobierno del ente local actuante, se hace contraviniendo la normativa urbanística aplicable y, más aún, con conocimiento expreso de que con ello se conculca lo dispuesto en una Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la cual se decreta la nulidad de las normas urbanísticas en las que aquellos se apoyan al emitir su voto. No se debe obviar que, aunque la sentencia que se quebranta en ese momento no era firme, pues había sido recurrida en casación, si que era de obligado cumplimiento, ya que se había acordado su ejecución provisional, siendo conocida esta circunstancia por los acusados, sin que estos puedan ahora escudarse en un sorprendente, absurdo e increíble desconocimiento de tales hechos, más aún, cuando en la sesión de la Comisión de Gobierno de Diciembre de 2004 (...)*

Horripila y repugna si quiera pensar que servidores públicos se dejen manejar y llevar de tal forma, que desatiendan, sin más, el ejercicio de sus funciones y actúen como meras marionetas al servicio de intereses particulares, espurios e irrazonables”

⁶⁸⁹ “*No se les reprocha a los acusados no ser conocedores de los pormenores del urbanismo ni del Derecho Administrativo, algo que en modo alguno entraba dentro de las funciones de sus cargos respectivos, como tampoco es de suponer que tuvieran conocimientos especializados en el resto de áreas de la gestión municipal. Lo que no puede pretenderse es eludir cualquier responsabilidad en el ejercicio de dichas funciones con el argumento del desconocimiento de los detalles propios de la materia, de la legislación aplicable y de las repercusiones de sus decisiones.*

La Sala no tiene motivos siquiera para intuir que los acusados accedieran a sus puestos con el convencimiento de que podrían acordar conforme a su voluntad todo lo que les pareciera pertinente sin ninguna sujeción a condicionantes legales, y mucho menos en una materia como el urbanismo. Sin ninguna duda, tenían que ser conscientes de que las decisiones de la Corporación estaban condicionadas por el sometimiento a la legalidad administrativa en cuanto al fondo del asunto y a la legalidad administrativa.

Precisamente porque ese conocimiento específico de cada materia no es de presuponer, lo que sí les era exigible, estando esta obligación legalmente recogida, tal y como de modo exhaustivo se recuerda en la sentencia, era una mínima corroboración de que lo autorizado estaba legalmente permitido conforme a las Normas Subsidiarias. El Reglamento de Disciplina Urbanística, tal y como señala la sentencia, que exige que en todo expediente de concesión de licencia conste informe técnico y jurídico, también era vinculante para los acusados.” Teniendo en cuenta que se acusa a “bajo la presidencia de la Alcaldesa Regina y como integrantes de la Corporación Local del Municipio de Elantxobe”.

Resolución: 216/2010, Ponente: MARIA INMACULADA MONTESINOS PIDAL⁶⁹⁰. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **16 de julio de 2010**, Roj: SAP MA 1884/2010, N° de Recurso: 172/2010, N° de Resolución: 439/2010, Ponente: MARIA LUISA DE LA HERA RUIZ-BERDEJO⁶⁹¹. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 9ª, de fecha **20 de octubre de 2010**, Roj: SAP MA 2386/2010, N° de Recurso: 154/2010, N° de Resolución: 528/2010, Ponente: MARIA BELEN AROZA MONTES⁶⁹². La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **16 de noviembre de 2010**, Roj: SAP CO 1632/2010, N° de Recurso: 22/2010, N° de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO⁶⁹³. La Sentencia de la

⁶⁹⁰ “Compartimos la primera parte de la argumentación, pero no así que en el caso de autos no sea clara y palmaria la vulneración del ordenamiento jurídico, pues como antes expusimos no se debió requerir de legalización y además incoado el expediente de legalización no se resuelve sobre la petición en el plazo de tres meses, lo que da lugar a que se le comunique que se considere otorgada la legalización, de forma que a través de un procedimiento administrativo viciado desde su origen se legaliza una construcción en suelo no urbano, por todo lo cual debe desestimarse el recurso.”

⁶⁹¹ FJ 2º: “... ha quedado probado que el apelante, en su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Canillas de Albaida, por decreto de fecha 2 de noviembre del 2004, concedió licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en el paraje PARAJE000, polígono NUM002, parcela NUM001, a pesar de que obraba en el expediente administrativo (expediente nº NUM000) informe del Arquitecto - Técnico de dicho Ayuntamiento de fecha 19 de octubre del 2004 en que se hacía constar expresamente que no se acompañaba a la solicitud de licencia de obras la "documentación técnica visada", haciéndose constar en informes posteriores que estando calificada la parcela en cuestión como suelo no urbanizable sin especial protección era preciso, además del correspondiente proyecto visado, un Proyecto de Actuación referente a dicha parcela. **A pesar de ser plenamente consciente de que faltaba dicha documentación, como admite en el acto del juicio donde manifiesta además que consulto con los técnicos municipales, concedió la licencia de obras solicitada alegando como justificación "que le insistían mucho"**. Dicha conducta supone por ello y conforme la doctrina antes expuesta un delito de prevaricación urbanística pues procediendo de este modo se ha obviado el procedimiento legalmente establecido...”

⁶⁹² FJ 4º: “El acusado era perfectamente conocedor de que su conducta no era ajustada a derecho, pues **no era preciso ni necesario aprobar de forma tan precipitada el otorgamiento de la licencia**, cuando era conocedor de que obraban unidos al expediente sendos informes desfavorables, y aún no se había evacuado el informe de la Consejería, quien previamente había requerido a la propia Corporación a fin de que completara determinada información, habiéndose remitido la misma a la Consejería a finales del mes de julio (folio...) y emitido el informe el 29 de septiembre, dos meses después, con la particularidad del mes de agosto en dicho plazo. Si a ello se une, que se pretendió aprobar un Proyecto de actuación, que tenía apariencia de legalidad, y con ello, buscar instrumentos jurídicos para otorgar una licencia para la construcción de una vivienda que en modo alguno resultaba justificada como adscrita a una explotación agrícola a todas luces inexistente.

Por lo expuesto, no cabe sino concluir que el acusado, que conocía que no podía conceder la licencia ya que la propia Secretaria y Técnico Municipal, le habían informado desfavorablemente, por más que pretendan justificarse en el uso de informes estereotipados o "modelo"; y aun conociendo dichas circunstancias, y la falta de emisión del preceptivo informe de la Consejería, visto el tipo de actuación que se pretendía optó por conceder la licencia, en un más que cuestionable brevísimo plazo, pese a que sabía que atentaba contra las esenciales normas procedimentales aplicables.”

⁶⁹³ FJ 3º: “El acusado (Alcalde-Presidente de la Entidad Local Menor de Encinarejo de Córdoba) conocía que no podía expedir dicha licencia, extremo que se evidencia por varias circunstancias. En primer lugar, porque la licencia se otorga el mismo día de la solicitud, lo cual es insólito incluso para un Ayuntamiento pequeño, poniéndose con ello de manifiesto **la intención del acusado de conceder la licencia en todo caso y con independencia de si se ajustaba o no a la legalidad urbanística**. Por otro lado, la Sala considera que falta a la verdad cuando manifiesta que encargó verbalmente al Técnico Municipal Sr. Víctor la realización de visita alguna, extremo que ha sido contundentemente negado por éste, quien, además, precisó que no hubiera otorgado informe favorable al no ajustarse la edificación al planeamiento urbanístico. Finalmente, tampoco puede justificar tal conducta la explicación ofrecida por el acusado, consistente en que estimaba que con el certificado de fin de obra era suficiente si no había informes en contra, pues, de una parte, dicho certificado era meramente provisional y supeditado a que

Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **13 de abril de 2011**, Roj: SAP GR 751/2011, Nº de Recurso: 102/2011, Nº de Resolución: 217/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA⁶⁹⁴. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª, de fecha **20 de mayo de 2011**, Roj: SAP AL 234/2011, Nº de Recurso: 25/2010, Nº de Resolución: 176/2011, Ponente: TARSILA MARTINEZ RUIZ⁶⁹⁵. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (absolutoria), Sección 1ª, de fecha **21 de junio de 2011**, Roj: SAP GR 955/2011, Nº de Recurso: 73/2011, Nº de Resolución: 391/2011, Ponente: JESUS FLORES DOMINGUEZ⁶⁹⁶.

Por último, interesa destacar como ejemplo de estimar que no dolo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (absolutoria), Sección 3ª, de fecha **5 de febrero de 2010**, Roj: SAP MA 523/2010, Nº de Recurso: 28/2010, Nº de Resolución: 96/2010, Ponente: ANDRES RODERO GONZALEZ: *“los hechos por su parte llevados a cabo*

*se corrigieran determinadas deficiencias; y, de otra, la procedencia de otorgar la licencia no depende de lo que considere la autoridad o funcionario competente en función de su propia valoración de las circunstancias concurrentes, puesto que al tratarse de un acto reglado lo que debe comprobarse es su adecuación objetiva a la normativa urbanística, y en esa labor de comprobación debe poner especial énfasis en los informes (técnico y jurídico) legalmente exigidos. **El informe técnico, a emitir por el técnico municipal competente, que era D. Victorio , quien, como ya se ha indicado, ni emitió informe alguno al no haberle sido solicitado por el acusado, ni podía emitir informe favorable por las razones expuestas. Tampoco se solicitó informe jurídico al Secretario de la Corporación, quien ha tenido conocimiento de los hechos denunciados al haberle sido solicitado informe por el Juzgado que ha instruido el procedimiento.***

En definitiva, el acusado concedió la referida licencia pese a conocer que la misma no podía expedirse por no permitirlo el ordenamiento jurídico, por lo que su conducta incurre en el delito de prevaricación urbanística del que está acusado.”

⁶⁹⁴ *“El mismo día de la presentación de la solicitud de la licencia se emite informe por el arquitecto técnico municipal acusado que fue favorable a la concesión de la licencia pese a saber que los terrenos para los que se solicita la licencia eran suelo no urbanizable al encontrarse fuera de la malla urbana del pueblo y no estar dotada la parcela con servicios urbanísticos como acceso rodado, saneamientos, electricidad o agua. Esto determinó que se concediese finalmente la licencia solicitada. Por lo que el mencionado técnico municipal fue condenado como responsable de un delito contra la ordenación del territorio. Se denuncia infracción del artículo 320 del C. Penal al entender que faltaba el elemento subjetivo del injusto, al estimar que el arquitecto entendía que aquella parcela estaba integrada en la malla urbana. No es admisible un alegato así por la persona sobre la que recae la percepción, pues si fuera un profano en la materia, podría ocurrir, pero nunca en un técnico, y menos en el arquitecto que tanto tiempo llevaba en el pueblo.”*

⁶⁹⁵ Recoge en los Hechos Probados: *La licencia de obras para almacén agrícola fue concedida en fecha 26 de enero de 2005 por el igualmente acusado Carlos Miguel -mayor de edad, sin antecedentes penales y en esas fechas Alcalde de Lubrín-; concesión que dio pese a los informes desfavorables tanto de la Diputación de Almería como del propio Secretario interventor del Ayuntamiento. Esta autorización fue emitida a sabiendas de su injusticia, pues tenía conocimiento de que el suelo donde se autorizaba a construir era no urbanizable y la construcción proyectada -para nave agrícola- tendría una superficie de 150 metros cuadrados, excediendo en mucho la ocupación máxima permitida en las normas subsidiarias*

⁶⁹⁶ FJ 2º: *“Uno de los elementos del tipo penal descrito en el artículo 320.2es el de que la votación a favor del proyecto de edificación se haya hecho a sabiendas de su injusticia. Lo que significa la plena conciencia de que se vota en contra de lo establecido en el ordenamiento jurídico urbanístico. Los acusados han venido diciendo que desconocían que el suelo en el que se iba a ubicar el pabellón no fuera apto para ello, e, incluso, algunos que se ocupaban de áreas de la gestión municipal que nada tenían que ver con el urbanismo dijeron que desconocían la calificación del terreno. Este Tribunal no puede afirmar que hayan mentido sin haberlos oído previamente; máxime cuando hay un dato que parece apoyar que no actuaron de mala fe, como es que, a raíz del requerimiento hecho el 4 de Diciembre de 2006 por la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, el propio pleno del Ayuntamiento inicia los trámites del proyecto de actuación y lo aprueba el 30 de Enero de 2007. Si no había ningún inconveniente en aprobar el proyecto de actuación ¿por qué razón habrían de omitirlo a sabiendas de que estaban cometiendo una ilegalidad?”*

con ocasión de las dos concretas actuaciones por su parte reseñadas, por cuanto consta dicho, pese a la contravención de la normativa aplicable al régimen del suelo de ubicación de la construcción de autos, no constituyen la infracción administrativa tipificada en la norma penal expresada, por no haberse acreditado en forma inequívoca la existencia de dolo por su parte **en contravenir dicha normativa por constancia indubitada de que la misma resultaba contradictoria con sus decisiones**, por lo que no podemos considerar que dicha actuación haya alcanzado per se un contenido de gravedad suficiente para justificar la aplicación de dicha norma penal, y ello habida cuenta el principio de intervención mínima del orden jurisdiccional penal, en relación esto con el hecho de que la construcción llevada a cabo en exceso de los términos de licencia concedida y en posible no estricta acomodación al régimen del suelo en que se sitúa, pudo y puede ser objeto de corrección en el ámbito administrativo con motivo del expediente iniciado por Decreto del Alcalde de Sayalonga (Málaga) de fecha 4 de junio de 2.008, en el que por resolución del mismo de fecha 17 de marzo de 2.009, se acordó incoar expediente sancionador por infracción urbanística, consistente en ejecución de obra sin adecuarse a la licencia de obra concedida, con solicitud a la Dirección General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda el nombramiento de instructor, siendo secretario del mismo el del Ayuntamiento de Sayalonga (Málaga), adoptándose de momento la suspensión inmediata de suministros de agua, electricidad y telecomunicaciones de las actividades y obras afectadas por la paralización, la notificación a los interesados de la orden de suspensión, así como a las empresas suministradoras de servicios públicos, a los fines de interrupción de los mismos, y el traslado de la resolución reseñada a la Consejería de Obras Públicas y Transportes, al Director General de Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, así como al Servicio de la Protección de la Naturaleza de Nerja y al Ministerio Fiscal, debiendo comunicarse al instructor, una vez fuere designado, la iniciación del expediente con traslado de cuantas actuaciones hubiere, y a los interesados, con indicación de que dispondrían de un plazo de quince días para la aportación de cuantas alegaciones, documentos e informaciones estimaren convenientes y, en su caso, para la proposición de prueba, con concreción de los medios de que intentaren valerse, quedando a su disposición el expediente en las oficinas municipales, siendo por todo ello que procede la estimación de la pretensión absolutoria del delito contra la ordenación del territorio por su parte actuada por Valentín y, en su consecuencia, la estimación del recurso de apelación por su parte formulado, lo que a la postre no viene a la postre a ser otra cosa que la necesaria derivación del principio in dubio pro reo interpretado a la luz del derecho fundamental a la presunción de inocencia, lo que no tiene sólo un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve el mandato de no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, ya que, aunque el Tribunal no tiene obligación de dudar ni de compartir las dudas que abriguen las partes, sí la tiene, en cambio, de no declarar probado un hecho del que dependa un juicio de culpabilidad si no ha superado las dudas que inicialmente tuviese sobre él, siendo de este modo como el principio in dubio pro reo revela su íntima conexión con el derecho a la presunción de inocencia, pues en virtud de este derecho, nadie puede ser condenado por un hecho del que quien juzga no esté cierto, es decir, convencido de su certeza, a lo que hay que añadir, naturalmente, que a este juicio de certeza solo puede llegarse mediante la apreciación racional de una prueba de sentido incriminatorio, constitucionalmente lícita, y celebrada en las debidas condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediatez, esto es, en las condiciones propias de un proceso justo, como así ha ocurrido en el supuesto examinado.”

I. Causas de Justificación:

Como *presupuesto* para admitir causas de justificación en los delitos del art. 320 C.P. debe hacerse referencia al entendimiento que haya que sostener de los términos “*injusticia*” y de la “*arbitrariedad*” subyacente a la exigencia típica de contravención a las normas urbanísticas vigentes. Como quiera que en el delito de prevaricación del art. 404 C.P. estos elementos plantean el problema de su adscripción al tipo o a la antijuridicidad (GONZALEZ CUSSAC, J.L.)⁶⁹⁷, la misma problemática se reproduce en relación con los delitos que nos ocupan. Sin embargo, puede decirse que al encontrarse implícita la exigencia de arbitrariedad en la remisión normativa a las normas urbanísticas vigentes, se adelanta la opción a adoptar en estos delitos, puesto que por su consideración como remisión normativa en blanco, parece lo lógico que se clasifique dicha referencia, como un elemento típico. Es decir, las referencias típicas a la “*injusticia*” y a la *contravención de las normas urbanísticas vigentes* (arbitrariedad) son elementos normativos del tipo que no contienen la antijuridicidad completa de las conductas previstas en el art. 320 C.P. De manera que en estos delitos no sólo se requiere una infracción genérica al Derecho, como sería deducible de cualquier otra figura delictiva, sino que se exige una específica contrariedad a las normas urbanísticas vigentes. Con dicha contravención, deberá ponerse de manifiesto la arbitrariedad y la injusticia en los términos descritos anteriormente. Y sólo así la conducta será típica, aunque todavía no será antijurídica. Porque a pesar de que el informe, la votación o la resolución a favor sean arbitrarias e injustas, es decir, típicas, puede suceder que concurra alguna causa de justificación. Por consiguiente aunque en estos delitos concurran causas de justificación, seguirá afirmándose la contravención de los informes, votaciones o resoluciones con las normas urbanísticas vigentes, si bien dichas conductas serán ajustadas a Derecho.

En referencia a las concretas causas de justificación, algunas de ellas son de improbable aplicación a los delitos del art. 320 C.P., como sucede con la **legítima defensa** (art. 20.4 C.P.) o el **cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho** (art. 20.7º C.P.).

Y ello porque, los requisitos de la **legítima defensa** (art. 20.4 CP) serán difíciles de verificar en relación con estos delitos, pues parece impensable que por ejemplo un funcionario técnico pueda defenderse de una agresión ilegítima inminente, empleando como medio racionalmente necesario, el informe a favor de una solicitud de licencia. Aun siendo improbable excluir la responsabilidad penal alegando esta causa de justificación, no por ello debe cerrarse definitivamente esta posibilidad en casos, ciertamente, excepcionales. Además en el tipo que nos ocupa, el art. 320 CP, se protegen intereses colectivos, y MIR PUIG, S., señala que, con base en la legítima defensa, no es lícita la defensa de bienes colectivos⁶⁹⁸, añade que no cabe defensa de bienes suprapersonales⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Vide “*El delito de prevaricación ...*”, Op., cit., pág. 105.

⁶⁹⁸ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal. Parte General*” 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona. Pág. 440.

⁶⁹⁹ MIR PUIG, S. “*Derecho Penal. Parte General*” 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona. Pág. 447.

Así, no se aprecia en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 7ª, de fecha **5 de Marzo del 2012** (ROJ: SAP SE 1120/2012), Nº de Recurso: 2074/2010, Ponente: ESPERANZA JIMENEZ MANTECON, al señalar en el FJ 4º:

*“Aludir a una situación de urgencia para justificar la conducta (el tema de la necesidad imperiosa de viviendas sociales), que en ningún caso supondría o tendría cabida en el artículo 20.4 del CP, no es argumento que pueda servir para dar cobertura a su conducta.”*⁷⁰⁰

Similares problemas se plantean para admitir las eximentes del art. 20.7 C.P. , **cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho**, por cuanto sería contradictorio admitir que la autoridad que ha votado o resuelto a favor de una licencia pero en contra de las normas urbanísticas vigentes de forma voluntaria y con conocimiento de su injusticia, pueda apelar a un hipotético derecho (en su caso, un derecho a prevaricar) para excluir su responsabilidad penal.

También resulta inverosímil admitir que un funcionario que abusa de su condición para prevaricar en los términos previstos en el art. 320.1 C.P. pueda acogerse al **cumplimiento de un deber**. Partiendo de la inexistencia de mandatos antijurídicos obligatorios en nuestro ordenamiento jurídico (CARBONELL MATEU, J.C.⁷⁰¹ y VIVES ANTON, T.S.⁷⁰²), difícilmente podría apelarse a la vía de justificación que ofrece el art. 410.2 C.P para aquellos casos en que el funcionario ejecute una orden de un superior que no sea manifiestamente antijurídica. Porque para afirmar los delitos del art. 320 C.P. se requiere que la injusticia sea notoria y evidente. De modo que en casos en que un funcionario o una autoridad comentan respectivamente los delitos del art. 320 C.P. porque tengan el convencimiento de que actúan conforme a un inexistente “deber”, “derecho” o cargo “legítimo”, como máximo podría atenuarse su responsabilidad mediante el expediente del error de prohibición vencible.

La causa de justificación con mayores posibilidades de operar respecto a los delitos del art. 320 C.P. es sin duda el **estado de necesidad** (art. 20.5 C.P.) pese a lo cual su admisión no está exenta de inconvenientes. Porque apreciar que un funcionario o una autoridad prevarican amparados en un estado de necesidad supondría que con el informe, la votación o la resolución arbitrarias, se trata de evitar un mal inminente. Para ello habría que partir del presupuesto de un conflicto de intereses no resuelto por el ordenamiento jurídico, en el que para salvar un interés mayor, sea necesario informar, votar o resolver favorablemente u omitir una inspección y de forma arbitraria. De manera que un primer inconveniente consistirá en demostrar que dicho conflicto de bienes no podía haberse resuelto acudiendo a vías menos gravosas.

Tomemos como ejemplo, el caso en que un funcionario técnico informa, favor de la concesión de una licencia urbanística contraria a las normas urbanísticas vigentes, para construir viviendas de protección oficial a las que tendrán acceso familias que en

⁷⁰⁰ Esta Sentencia declara en el FJ 3º: “Estas pruebas señalan inequívocamente que D. Remigio, Alcalde del municipio de Burguillos y Concejal de Urbanismo con una larga trayectoria en el cargo según él mismo refirió, otorgó a sabiendas de que era contraria a la legalidad urbanística vigente una licencia para la construcción de un edificio.”

⁷⁰¹ CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal*, Madrid, 1982, págs. 158 y ss.

⁷⁰² VIVES ANTÓN, T.S., EN “Consideraciones...”, op. Cit., pág 141 a 143.

ese momento habitan en chabolas. Para admitir en tal caso el **estado de necesidad** debería demostrarse que el funcionario no pudo acudir a otras instituciones para solventar la precariedad de viviendas del colectivo que habitaba las chabolas. Lo cual parece difícil de admitir, si bien, podría plantearse el estado de necesidad excusante.

Pero el inconveniente más importante lo constituye el requisito tercero del art. 20.5 C.P. según el cual, el necesitado no debe tener por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Del mismo se deduce que el funcionario o la autoridad están obligados a sacrificarse siempre que el mal esperado sea propio, en cuyo caso se excluirá la exigente. Sin embargo, puede admitirse el estado de necesidad cuando dichos sujetos prevariquen para evitar un mal que recaiga sobre otra persona.

Dicha dificultad podría explicarse con el ejemplo que proporciona el AAP de Castellón de 19 de junio de 2003 (nº 1260/98) en el que desestima el recurso apelación interpuesto por los delitos de los arts. 319 y 320 C.P. en el caso de un Ayuntamiento que decide realizar obras de ampliación en el estadio de fútbol, con motivo del ascenso a primera división del club de fútbol local. Para ello se invadieron viales públicos y espacios verdes siendo en su mayoría iniciadas las reformas, con anterioridad a que las mismas fueran autorizadas por el Ayuntamiento de dicha ciudad. Al margen ahora de los delitos del art. 319 C.P., los apelantes entendieron que existían indicios de la comisión del delito del art. 320 C.P. porque los informes técnicos emitidos en la tramitación de las autorizaciones y con anterioridad a la modificación puntual del PGOU, pese a reconocer que las obras ocupaban espacios verdes, informaban favorablemente su autorización, siendo ésta después concedida por la Corporación Local. Para excluir la responsabilidad tanto por los delitos del art. 319 C.P. como del art. 320 C.P. se apeló a la perspectiva del bien jurídico *«ordenación del territorio protegido»* y a la justificación ofrecida por el Ayuntamiento para proceder a la modificación del planeamiento de forma que se excluye la desviación de poder, *«... e impide considerar que la misma se elaboró y aprobó con el torcido fin de autorizar unas obras no autorizables, pues las mismas tendían también a la satisfacción de un servicio de bienestar social como lo es el referente a instalaciones deportivas (. . .) en realidad no hubo ofensa de la ordenación del territorio con relevancia penal, sino un conflicto de intereses cuya tutela es competencia de aquélla y cuya resolución no es fiscalizable por la vía penal.»* (F.J. 3º)

La Corporación Local era la titular del estadio de fútbol y las obras se ejecutaron en bienes de dominio público de modo que se produjo un cambio de afectación, sin favorecerse con ello intereses particulares sino al Municipio en su conjunto. Por esta razón pudo haberse apreciado un conflicto de intereses colectivos, entre, de un lado intereses comunitarios vinculados al bienestar social que proporcionan las instalaciones deportivas y de otro la ordenación del territorio y el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo, a juicio de GORRIZ ROYO, E.⁷⁰³, hubiera sido imposible excluir la responsabilidad penal de los funcionarios y autoridades que informaron y votaron a favor del otorgamiento de licencias sin aprobación de PGOU, apelando a un estado de necesidad. Porque al margen de si autoridades y funcionarios no estaban obligados a sacrificarse puesto que el mal consistente en la carestía de un estadio de fútbol, afectaba a la comunidad municipal en su conjunto, en este supuesto el conflicto entre los bienes delimitados ya

⁷⁰³ Vide GORRIZ ROYO, E., *“Los delitos de prevaricación...”*, op. Cit. Pag. 295.

está resuelto por el ordenamiento jurídico. En efecto, no sólo el Derecho administrativo sino también el penal se han decantado en el aludido conflicto por considerar interés preponderante al bien jurídico-penal “ordenación del territorio”. Además faltaría el requisito de la inminencia del “mal”. Por todo ello, se excluiría el estado de necesidad justificante.

Los verdaderos supuestos de estado de necesidad con respecto al art. 320 C.P. se plantearán, por lo general, en casos de conflictos no resueltos por el ordenamiento jurídico y para evitar un mal ajeno. Por ejemplo, en el supuesto en que, debido a un cataclismo natural (terremoto, inundación, etc...), se hubiera destruido un colegio público de enseñanza primaria, de modo que, para hacer primar el derecho a la educación obligatoria, el Ayuntamiento resuelve con carácter urgente a favor de las correspondientes licencias para edificar una escuela pública sita en suelo no urbanizable “incompatible con la transformación” (antiguo art. 9.1 LRSV de 1998). Y así, edificada la escuela, se consigue comenzar a tiempo el curso escolar.

Como ejemplo de lo anterior encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 15ª, de fecha 29 de junio de 2002, Roj: SAP M 8611/2002, Nº de Recurso: 208/2002, Nº de Resolución: 323/2002, Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO, analiza en el FJ la alegación de la defensa de uno de los acusados en el siguiente sentido:

“Postula José Ramón la aplicación de la exigente de estado de necesidad, prevista en el art. 20.5º del C. Penal (art. 8.5º del C. Penal de 1973). Según el recurrente, ya antes del año 1990 se había comenzado a consolidar una situación urbanística en la que, por la no aplicación del Plan de 1981 y su sustitución de hecho por el de 1986, se había instaurado en la práctica una nueva planificación que resultaba ya inquebrantable e irreversible cuando el imputado accedió al cargo de concejal. De forma que, a su entender, se causarían unos males mucho mayores para el municipio en el caso de que se paralizara la concesión de licencias con arreglo al Plan de 1986, que era el que se estaba aplicando en años precedentes.

El motivo tampoco puede acogerse. Lo cierto es que, aun aceptando que el Plan General de Ordenación Urbana de 1986 fuera más beneficioso y útil para el municipio que el de 1981, la situación de necesidad que el impugnante alega no se da en el presente caso. Y ello porque, para solventar los problemas y atender las necesidades surgidas en el ámbito urbanístico del municipio, el legislador prevé la posibilidad de la modificación legal del Plan anterior como solución legítima, que era la opción por tanto que tenían los imputados para resolver la situación con arreglo al Ordenamiento jurídico. Y por la que no optaron, según explicó reiteradamente el Secretario del Ayuntamiento en la vista oral, por la dificultad de obtención de las mayorías políticas necesarias para llegar a un acuerdo en el Pleno de la Corporación.

Es obvio que se trata de un argumento que en modo alguno fundamenta la cumplimentación de los requisitos de la situación de estado de necesidad como causa de justificación de una conducta claramente ilícita. Pues precisamente es la obtención de esas mayorías una de las funciones específicas principales de los imputados como representantes del municipio, con el fin de llegar a acuerdos que permitan regir a los ciudadanos dentro de una normativa legalmente aprobada, y no dejarlos al albur de la arbitrariedad creando una situación cuasi-anómica en las cuestiones de urbanismo.

Así las cosas, no se da la situación de necesidad que exige el Código Penal, que ha de ser entendida como un conflicto de intereses o de deberes en que es necesario sacrificar parte de ellos con el fin de salvar otros de mayor o cuando menos igual valor. En el presente caso, reiteramos, al poner en manos de los imputados el Ordenamiento jurídico los instrumentos para salir de la situación en que se hallaban cuando accedieron al ejercicio de la función pública, es claro que no precisaban incurrir en resoluciones prevaricadoras con el fin de solventar los problemas urbanísticos del Ayuntamiento de Brunete. “

J. Imputación personal (Culpabilidad). Error de Prohibición. Causas de exclusión de la Culpabilidad:

Visto lo anterior, es de señalar que la doctrina coincide mayoritariamente en entender que el hecho antijurídico ha de poder ser imputado a su autor. Pero hay división de opiniones tanto en cuanto a la terminología adecuada para expresar esta idea, como respecto a las condiciones de dicha imputación.

Siguiendo a MIR PUIG, S.⁷⁰⁴ compartimos su tesis, en cuanto a que la expresión imputación personal tiene la ventaja de que deja más claro que en esta segunda parte de la teoría del delito se trata sólo de atribuir (imputar) el desvalor del hecho penalmente antijurídico a su autor: no se castiga una “culpabilidad” del sujeto, sino que sólo se exige que el hecho penalmente antijurídico, lo único que el Derecho desea prevenir (si puede), sea imputable penalmente a su autor.

Así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 5ª, de fecha 8 de abril de 2008, Roj: SAP M 4570/2008, Nº de Recurso: 41/2006, Nº de Resolución: 30/2008, Ponente: MARIA PAZ REDONDO GIL, en el FJ 3º señala: *“Por otro lado el Tribunal Supremo, a partir del Pleno de la Sala celebrado el 30 de junio de 1997, ha venido admitiendo la posibilidad de la comisión de este delito por omisión, especialmente tras la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. La jurisprudencia (Sta. Del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994, entre otras) señala que el tipo objetivo se integraría por: a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación; b) que el resultado que no se ha evitado sea típico; y c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante. Esto es, se realizará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido.*

Pues bien, la prueba practicada en el acto del juicio oral y la obrante en autos, no ofrece la contundencia, claridad y fiabilidad necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a los acusados del delito de prevaricación, y así no resulta acreditado que al acusado Jaime, en calidad de Alcalde del Ayuntamiento de Galapagar, le fuera entregado el expediente administrativo instruido con ocasión de la

⁷⁰⁴ MIR PUIG, S., “Derecho Penal...” Op., cit., pág. 534.

*solicitud de licencia de primera ocupación efectuada por el acusado Sergio, ni que lo retuviera sin darle el trámite ordenado reglamentariamente o no lo hubiera devuelto al Secretario de la Corporación Municipal, con el fin de que el otro acusado obtuviera mediante la institución del silencio administrativo dicha licencia de primera ocupación, pese al informe desfavorable emitido por el Aparejador Municipal, Sr. Simón , no resultando acreditado que ocultase o sustrajera tal informe, beneficiando de esta forma al Sr. Sergio que evitaba el pago de los gastos derivados del proyecto y presupuesto de las obras no amparadas por la licencia de obras que ostentaba sino también las correspondientes tasas e impuestos aplicables al caso.*⁷⁰⁵”

Pues bien, partiendo del dolo propio de este delito y, por ende la responsabilidad criminal, ambos pueden quedar excluidos o atenuados por la vía del **error de prohibición (art. 14)**, frecuente particularmente en el ámbito de la gestión municipal, donde la complejidad formativa, y a veces ciertos asesoramientos técnicos deficientes, pueden inducir a autoridades muchas veces carentes de formación jurídica a juicios de valor equivocados sobre la legalidad de sus propios actos (STS 376/95, 17-3). (MIR PUIG C.⁷⁰⁶)

La jurisprudencia ante las alegaciones de las defensas ha dado respuesta en el siguiente sentido:

La Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Penal 5943/2004, nº de Recurso: 1675/2003, nº de Resolución: 1043/2004, de fecha **27 de septiembre de 2004**, Ponente, Perfecto Agustín Andrés Ibañez, en su Fundamento Jurídico Tercero señala:

“Y tampoco es dudoso que tal modo de operar, se insiste, integrado por una secuencia de actuaciones, fue consciente. Algo que hay que inferir de la cualificación profesional del autor, de su necesario conocimiento de la legalidad aplicable en su ámbito de actividad y de la misma expresividad de las acciones del dueño de la parcela en sospechoso progresivo crecimiento. Del mismo modo que, en fin, es patente el antagonismo de aquéllas con el orden normativo de referencia”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **22 de enero de 2002**, Roj: SAP SS 70/2002, Nº de Recurso: 2052/2001, Ponente: AUGUSTO MAESO VENTUREIRA⁷⁰⁷. La Sentencia de

⁷⁰⁵ Declara como parte de Hechos Probados: “En el año 1988 la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Galapagar otorgó a Encarna licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar en la parcela H-8, sita en la Avda. Toscana, nº 64, de la Urbanización Parquelagos de dicha localidad, autorizando dicha Corporación Municipal el día 8 de mayo de 1989 el cambio de titularidad de dicha licencia de obras a favor del acusado Sergio , mayor de edad y sin antecedentes penales, que ostentaba el cargo de Interventor General de la mencionada Corporación”.

⁷⁰⁶ Vide MIR PUIG, C., en “Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 891.

⁷⁰⁷ FJ 5º: “Y, por otro, revela que el acusado no mostró una voluntad rebelde, sino que cumplió con lo que se le requería desde Diputación, lo que ha de tener relevancia para el enjuiciamiento del elemento subjetivo del delito que se le imputa, **delito exclusivamente doloso**. También en relación a este elemento, a esa voluntad de enfrentarse palmariamente al ordenamiento jurídico, debe tenerse en cuenta, como dice la defensa en su escrito de impugnación del recurso, que el acusado, el día 7-10-1996, dictó resolución (folio 161) en la que recuerda la vigencia del ordenamiento en vigor y advierte de las sanciones procedentes de no hacerlo. En efecto, en dicha resolución acuerda la paralización de los entrenamientos de motocross que estaban teniendo lugar, al estar aún sin finalizar la tramitación del proyecto correspondiente a la pista mencionada, recordando que “Projektuaeren tramitazioari hasiera

la Audiencia Provincial de Segovia (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de noviembre de 2004**, Roj: SAP SG 429/2004, Nº de Recurso: 73/2004, Nº de Resolución: 71/2004, Ponente: IGNACIO PANDO ECHEVARRIA⁷⁰⁸. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha **27 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 1718/2010, Nº de Recurso: 93/2009, Nº de Resolución: 25/2010, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA⁷⁰⁹.

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 3ª, de fecha **20 de mayo de 2011**, Roj: SAP AL 234/2011, Nº de Recurso: 25/2010, Nº de Resolución: 176/2011, Ponente: TARSILA MARTINEZ RUIZ, recoge, aunque para una acusación del art. 319.2 CP, lo siguiente en el FJ 2º:

“Sobre el error de prohibición mantiene el Tribunal Supremo analizando supuestos similares de edificaciones que infringen no sólo la normativa urbanística sino también la penal (ss. 17/10/06), que “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

eman ahal izateko, proiektuaren interes publikoa bermatu beharra dago, ondorioz aipatutako herri erabilpena edo interes publikoa arrazoitzea derrigorrezkoa delaril, Guzti honen aurretik aipatutako obraren eskaera erantsi beharra dago. Agindu hauek ez betetzeak ondorio hauek ekar ditzazke: 1.- Espediente zigortzaile bat irekitzea 2.- Dagokion isuna ezartzea...”.

⁷⁰⁸ Siendo los condenados “los acusados, Fermín , Ángel , Jesús Ángel , Alicia , Vicente , Francisco , y, Lázaro , todos ellos mayores de edad, el primero como Alcalde, y los demás, como concejales del Ayuntamiento de Navafria “, declara en el FJ 4º: “Ante lo expuesto, la concesión de la licencia en estas condiciones era manifiestamente ilegal, sin que los condenados, esto es quienes votaron a favor, pudiesen alegar desconocer esta circunstancia, puesto que tanto el informe del arquitecto municipal como el del secretario, ambos emitidos por escrito, dejaban constancia patente de la ilegalidad de esta pretensión.

Pero es que además de ilegal, dicho acuerdo debe ser considerado, como bien hace la juez a quo, como arbitrario e injusto, extremos que se derivan del hecho, conocido por el consistorio, que la solicitante ya tenía concedida licencia de obras, otorgada el 21 de marzo anterior, y en suspenso por decreto de 18 de abril, lo que impedía jurídicamente la concesión de una nueva licencia con idéntico objeto, como les expuso el secretario. Y para más constancia de la arbitrariedad con que actuaron, también les tenía que constar, pues formaba parte del mismo expediente, que en similares condiciones que en las que se presentaba la solicitud, con vigencia de las alineaciones anteriores al acuerdo de fecha 31 de octubre de 2000, se había ya solicitado por la propietaria de la parcela solicitud de licencia de obras, que había sido rechazada por el ayuntamiento en resoluciones de fecha 26 de mayo y 16 de junio de 2000, precisamente por no aportar plano de retranqueos y por no ajustarse a las alineaciones.

Por ora parte la injusticia de dicho acuerdo era evidente puesto que con ello se permitía a la solicitante consolidar una situación en perjuicio del querellante, que contaba a su favor con una resolución de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Burgos, en la que se suspendía el acuerdo de fecha 31 de octubre de 2001, y que estaba empeñado en dicho recurso contencioso administrativo, a la postre ganado por él; permitiendo con dicho acuerdo que la solicitante mantuviese sin alinear la Travesía del Puerto en toda su fachada, sita precisamente en la entrada de la vía, y con ello perjudicando de forma ya directa y tangible al querellante, que tiene derecho a exigir el respeto de las normas administrativas y por tanto a ver alineada la propiedad de la finca colindante al tiempo que se construye la parcela.”

⁷⁰⁹ FJ 5º “Nos encontramos que el acusado, quién afirma no leer lo que firma, que confía en los técnicos, y que él se basa en los informes de éstos más que en el informe del Secretario del que admite que no lee, sin embargo se aparta de una manera manifiesta de esos informes técnicos en los que afirma sustentar su decisión, resultando de todo punto incomprensible no solo esa aparente falta de diligencia, sino sobre todo esa obnubilación parcial que lo lleva a tener conocimiento de los informes antiguos -que obviamente respaldarían su proceder-, y desconocer los modernos -que lo contrarían-, justamente los emitidos a petición propia.”

absoluto de la antijuricidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto.

Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que, además, ha vivido durante años, sabiendo que se encontraba en las lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma."; o como sostiene el Alto Tribunal en sentencia de 10 de febrero de 2005 "el error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho(STS 755/03), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible sino de cuestionar su propia existencia".

1. Especial referencia a los Secretarios de Ayuntamiento y la alegación de Error de prohibición:

De la lectura de numerosa jurisprudencia queremos destacar el papel de los Secretarios de Ayuntamiento como garantes de la legalidad, en relación con la alegación de no poder llegar a conocer de la prohibición de la conducta realizada, así encontramos:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 15ª, de fecha **29 de junio de 2002**, Roj: SAP M 8611/2002, Nº de Recurso: 208/2002, Nº de Resolución: 323/2002, Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO, referente al recurso de apelación interpuesto por los condenados miembros electos que son o han sido del Ayuntamiento de Brunete, señala que: "los acusados han venido sistemáticamente concediendo licencias de obra mayor, teniendo pleno conocimiento que éstas eran contrarias a dicho Plan General.

(...)

Desde 1994 a 1998, indicando en el FJ 1º que: "el Secretario del Ayuntamiento de Brunete, que tomó posesión en el año 1992, José Luis, se negó desde el primer momento a informar jurídicamente la concesión de licencias de acuerdo con el Plan de 1986, por no haber llegado a adquirir vigencia, de forma que en los años sucesivos prosiguió informando de forma específica y concluyente sobre la ilegalidad de las licencias que se concedían vulnerando el único Plan en vigor.

Los imputados, en lugar de adecuar el Plan a las exigencias establecidas por la Comunidad de Madrid con el fin de hacerlo jurídicamente viable, dejaron en la práctica sin efecto el único Plan que se hallaba en vigor y comenzaron a aplicar las directrices y normas de otro que carecía de validez y que, en consecuencia, nunca llegó

a adquirir vigencia jurídica por haber sido rechazado por el órgano competente. Concedieron así durante varios años un número importante de licencias de obras mayores que no se ajustaban al único Plan General de Ordenación Urbana en vigor, el de 1981, que inaplicaron de forma patente y reiterada a sabiendas de que era el único válido.

Ante esa perspectiva, y con tales datos en la mano, no cabe duda que se está ante unas resoluciones administrativas, reiteradas en el discurrir de los años, que vulneran de forma evidente, patente, flagrante y clamorosa la norma en vigor en el momento de conceder las licencias, pues se concedían con arreglo a una normativa recogida en el Plan de 1986 que los acusados sabían de sobra que no tenía vigencia jurídica por no haber sido convalidada por la Comunidad de Madrid.

(...)

Subvirtieron, pues, los preceptos más elementales de creación de las normas jurídicas, al obviar el control de la Comunidad Autónoma y la competencia de ésta para convalidar el Plan de General de Urbanismo de 1986, que ni siquiera llegó a publicarse en los diarios oficiales. De esta forma impusieron de hecho una normativa que carecía de legitimidad y de validez, y actuaron fuera del Ordenamiento jurídico, vulnerando de forma burda y grosera el principio de legalidad y también el de jerarquía normativa.

(...)

...la extensa y minuciosa declaración prestada en la vista oral por el Secretario del Ayuntamiento, José Luis, que, tal como ya se expuso, reiteró que los concejales conocían perfectamente la situación de ilegalidad de las licencias que se concedían con arreglo al Plan de 1986. Y no sólo porque lo había advertido de forma oral en diferentes ocasiones, sino, especialmente, porque en cada expediente relativo a la concesión de una licencia hacía constar de forma clara y meridiana las ilegalidades que concurrían con respecto al Plan de 1981, único sobre el que informaba, pues desde un primer momento se había negado a aplicar en sus informes el Plan de 1986 por carecer de toda vigencia. Así puede comprobarse en el anexo de prueba documental en que constan los distintos expedientes urbanísticos, ya que en el informe del Secretario se especifican los desajustes y la falta de adaptación de las licencias a la única normativa en vigor, el Plan de 1981, sin que se aporten informes sobre el Plan de 1986 que se aplicaba. No puede, pues, cuestionarse que el Secretario concretaba y matizaba los incumplimientos legales en que se estaba incurriendo.

(...)

No otra cosa podía colegirse del hecho significativo de que incluso el Secretario del Ayuntamiento se negara a informar sobre las normas jurídicamente inexistentes que pretendía aplicar el acusado. A partir de lo cual era necesariamente conocedor de que la intensidad de la ilegalidad de las resoluciones lo ubicaban dentro de un ilícito que tenía muchas probabilidades de insertarse en el ámbito penal.”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 4ª, de fecha **31 de mayo de 2005**, Roj: SAP M 6377/2005, Nº de Recurso: 39/2001, Nº de Resolución: 77/2005, Ponente: MARIA DEL PILAR DE PRADA BENGOA, en su FJ 8º señala: “... además, en la sesión estuvo presente el Secretario de la Corporación Municipal, quien informó verbalmente que no concurría motivo alguno para advertir la existencia de una ilegalidad en el otorgamiento de la misma (declaración testifical del Secretario Municipal D. Cosme , fol. 5 y ss del acta de la sesión de 3 de marzo, art.50 del Texto Refundido de la Ley de Bases de Régimen Local, aprobado por RDL

781/1986, y art. 94 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por RD 2568/1986).

Por todo ello ninguna duda nos ofrece que la licencia municipal de construcción de 9 viviendas adosadas se otorgó por el órgano administrativo competente para hacerlo y de acuerdo con el procedimiento exigido para su otorgamiento, contando además con el informe favorable de los servicios técnicos municipales.”

Y en el FJ 9º: *“Dicho de otro modo las segregaciones cumplían con el mínimo de las tipologías permitidas, o sea, respetaban la superficie mínima, que era lo único que se debía controlar de acuerdo con el art. 258 de la Ley del Suelo de 1992, art. 95 del Texto Refundido de 1976 y art. 82 del Real Decreto 1.093/97, de 4 de julio sobre inscripción en el Registro de actos urbanísticos.”*

Así pues, la actuación del Secretario puede ser determinante en orden a determinar la legalidad o ilegalidad de la actuación. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (absolutoria), Sección 1ª, de fecha **9 de marzo de 2010**, Roj: SAP L 173/2010, Nº de Recurso: 27/2010, Nº de Resolución: 84/2010, Ponente: MARIA LUCIA JIMENEZ MARQUEZ, en la que se imputaba a los acusados, alcalde y regidores del Ayuntamiento de Coll de Nargó, un delito de prevaricación urbanística, como consecuencia de haber concedido una licencia de obras a favor de "Os d'Or SL" en contra de la normativa vigente, señala en su FJ 3º: *“la Secretaria municipal, la cual ratificó en su día el informe del arquitecto, sin informar en el Pleno ni en sentido favorable ni desfavorable, declarando en el acto del juicio que los términos del informe no eran claros, pues en realidad no se proponía expresamente denegar la licencia”*.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (absolutoria), Sección 3ª de fecha **29 de marzo de 2012**, Roj: SAP S 4/2012, Nº Recurso: 57/2011, Ponente: PAZ MERCEDES ALDECOA ALVAREZ-SANTULLANO, señala en su FJ *“SEGUNDO: Los hechos que se declaran probados, que lo han sido básicamente por las declaraciones de los propios acusados, y de los testigos que han declarado en el plenario con especial atención por lo relevante de su testimonio al prestado por la Secretaria en su momento del Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera, Marcelina, a la del Secretario del Ayuntamiento de Val de San Vicente y al del Secretario del Ayuntamiento de Valdáliga; así como al informe de los peritos Sres. Landelino y Teofilo y teniendo en cuenta la exhaustiva prueba documental obrante en las actuaciones, no son constitutivos de delito alguno.*

(...) *Ante tal normativa legal, en ese momento era más que lógico y ajustado el criterio seguido por los Regidores de los términos municipales de las localidades incluidas dentro de los límites del Parque de considerar que no era preceptiva la petición de informe a la Consejería para la concesión de licencias que afectaban a parcelas clasificadas como suelo urbano; y ello por la expresa exclusión que de la eficacia jurídico protectora se contenía expresamente en la ley (art. 3,2 de la ley 4/1988). No sólo era ésta la postura adoptada por el Acusado Sr. Luis Antonio y sus concejales, sino que era la que igualmente había seguido el Alcalde anterior hasta Noviembre de 2005, Sr. Carmelo, y los restantes Alcaldes de la zona (Comillas, Val de San Vicente y Valdáliga). En cualquier caso, esta pauta era la unánimemente seguida por los Secretarios de los referenciados Ayuntamientos, y en concreto y por lo que atañe a San Vicente por la Sra. Secretaria y por el Asesor contratado por el anterior*

Alcalde Sr. Antonio. Así lo ha expuesto éste último en sucesivos escritos y lo han manifestado todos ellos al deponer como testigos en el Plenario, especificando la Sra. Marcelina (Secretaria del Ayuntamiento)"que si el suelo era urbano, tenían claro que no había que solicitar informes porque el control preventivo para los suelos urbanos tiene que declararse expresamente". De ahí que siendo éste el criterio unánimemente observado por los Técnicos jurídicos de dichas Entidades Locales, que ejercen un control de la legalidad de los actos en los que intervienen, sea normal que la actuación de los Alcaldes y Juntas de Gobierno de la zona incluida dentro del Parque haya seguido sus parámetros por cierto en interpretación coherente con la normativa en vigor.

(...)

En este sentido, son sumamente esclarecedores los testimonios concordes y rotundos de todos y cada uno de los Secretarios de los Ayuntamientos de las localidades enclavadas dentro de los límites del Parque Natural, siendo intrascendente cual sea la superficie incluida en el mismo. Así, quien era Secretaria en ese momento del Ayuntamiento de San Vicente; Dña. Marcelina manifestó que si bien quien informó jurídicamente dicha licencia fue el Asesor municipal contratado, ella no hizo advertencia alguna ni de ilegalidad ni de que faltara en el expediente algún otro informe, porque precisamente consideraba que estaba completo y, que siendo suelo urbano no era preciso el mismo "a falta de expresa disposición en tal sentido", concluyendo su declaración diciendo "que si no informó de que no era necesario solicitar el informe al que se refería la Orden Gan es porque entendía que ello era una obviedad". Pero no sólo fue esta Secretaria quien mantenía, en ese momento al menos, ese criterio, sino que éste era unánimemente seguido por el resto de los Secretarios de los Ayuntamientos de la zona. Así lo han reiterado los Secretarios de los Ayuntamientos de Comillas, Val de San Vicente y Valdáliga, quienes admitieron que si así lo consideraban era por entender que la Ley 4/06 no modificaba la situación anterior, no habiéndose percatado de la disposición derogatoria única por la que se derogaba el art.3 de la Ley 4/1988.

Este juicio de los Secretarios de Ayuntamiento que son quienes en definitiva realizan un control de legalidad sobre los actos que autorizan, lo que le exige realizar un previo examen de los requisitos del acto en que intervienen, así como advertir sobre aquellas cuestiones que considere relevantes desde el punto de vista legal, era también seguido por quien en momento y como Asesor Municipal informó en concreto la concesión de la licencia. Baste ver el contenido del informe obrante en el expediente (folios 328 y 329) en cuyo apartado cuarto expresamente se consigna que desde el punto de vista jurídico procede manifestar que en la tramitación de la presente licencia se han evacuado los informes preceptivos.

(...). El informe del asesor jurídico en el expediente de licencia es claro y contundente y la Secretaria del Ayuntamiento no hace ninguna observación a los informes, y no hace reparo ninguno porque entiende en interpretación de las normas que entiende aplicables que el expediente está completo y no se precisan ulteriores informes. De ahí que no cabe entender que la resolución dictada adolezca de arbitrariedad, injusticia o fin torticero."

No obstante lo anterior ya hemos visto, al hablar de la participación, como la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de condenar al partcipe extraneus y absolver

al autor de la resolución informante, *intransiens*, por concurrir en este último error de prohibición invencible del art. 14.3 CP STS Sala 2ª, de 4 de marzo de 2010.

2. Causas de Exclusión de la Culpabilidad

MIR PUIG, C.⁷¹⁰ señala al respecto que en el delito de prevaricación de funcionario público, cabe la eximente del **miedo insuperable (art. 20.6 CP 1995)**: “*El que obre impulsado por miedo insuperable*”). Este autor, que analiza el art. 404 CP, pone como ejemplo el funcionario que dicta una resolución arbitraria sabiendo que es injusta al haber sido amenazado con matar al hijo de éste secuestrado de no dictarla, lo que se entiende perfectamente aplicable al tipo objeto de estudio (art. 320 CP) en cuanto a las acciones de informar, votar o resolver, o a la omisiva inspectora.

Continúa el autor citado señalando que, asimismo, caben las causas de inimputabilidad: **trastorno mental transitorio, mental, etc (art. 20.1 CP 1995)**, parecer que se comparte, por nuestra parte.

K. Tipos de imperfecta realización. Tentativa:

Se plantea por la doctrina la cuestión de si estos delitos son de mera actividad o si son de resultado.

Por lo que respecta a las conductas del art. 320.2 CP parece claro que la voluntad del legislador fue que quien resolviese o votase a favor de la concesión de la licencia ilegal cometía el delito aunque la licencia finalmente fuese rechazada. Y ello porque, el artículo 320 anticipa la consumación del delito al momento en que el informe o el voto favorable pongan en peligro la ordenación del territorio establecida en las normas urbanísticas. En definitiva, el precepto no exige que se haya de conceder la licencia urbanística. Por tanto esta configurado como un delito de lesión.

Sin embargo, y por lo que respecta a la conducta del art. 320.1 CP de informar, el debate está abierto en cuanto al momento de la consumación.

En efecto, aun cuando no sea vinculante, se plantea la duda de si bastará con la emisión del informe injusto favorable, o será preciso además que se conceda la licencia en base a dicho informe para la consumación del tipo.

Un sector doctrinal opina que se trata de un delito de mera actividad. Esto es, que no precisa de un resultado. O lo que es lo mismo, que daría igual si se concede o no la licencia, pues ello no se exige por el tipo. Según esta postura sería imposible apreciar la comisión en grado de tentativa.

⁷¹⁰ Vide “*Los delitos contra la Administración pública...*”, Op. Cit., pág. 79.

Otro sector de la doctrina, DE ALFONSO LASO, D.⁷¹¹, entiende que tal postura no podrá mantenerse por varias razones: en primer término por que si no se concede la licencia finalmente, entiende que en tal caso, estaríamos ante actos preparatorios de carácter impune, produciéndose la consumación del delito solo cuando dicha obra se estuviera realizando en base a la licencia concedida por virtud del informe favorable ilegal.

De no considerarse así, continúa el citado autor, llegaríamos a una conclusión que sería absolutamente injusta. Es decir, se sancionaría de igual manera, y con la misma pena, la emisión del informe favorable contrario a las normas urbanísticas pero que no tenga repercusión en ninguna actuación posterior lesiva, y el informe que da lugar a la resolución que conceda finalmente la licencia ilegal, que sí tendría tal repercusión.

Además, entiende, que sería desproporcionado, ya que en la Ley de la función pública se sanciona la emisión de informes ilegales no como falta muy grave, sino solo como falta grave, y tan solo cuando además causen perjuicio a la Administración o a los ciudadanos (artículo 7.1)⁷¹².

Es decir, la emisión de un informe nunca es más que una falta grave, y para ello se requiere además el perjuicio a la Administración o los ciudadanos. Por ello, entender que el artículo 320.1 CP sanciona la mera emisión de un informe sin ulteriores exigencias, sería, sin duda, desproporcionado, puesto que se iría por la vía penal más allá de lo que se va por la vía administrativa, concluye el citado autor.

Planteada así la cuestión es necesario señalar con carácter previo, que:

Desde nuestro punto de vista, la previsión de la posibilidad del delito para excluir la sanción administrativa presupone mayor entidad en la antijuridicidad que la que da lugar a la intervención del Derecho administrativo sancionador.

En efecto, siguiendo la doctrina recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección 1, de fecha 28 de mayo de 2012, N° de Recurso: 1573/2011, N° de Resolución: 466/2012, Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA, que si bien esta referida a otro tipo delictivo, consideramos que es de perfecta aplicación, así en el FJ 6° señala:

⁷¹¹ “Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio”.

Cuadernos de Derecho Local (QDL), Fundación Democracia y Gobierno Local, núm. 26, junio de 2011, pág. 98 y 99.

⁷¹² Se da la circunstancia de que las conductas realizadas por los funcionarios públicos o autoridades tienen ya una sanción administrativa. Considerándose como falta muy grave “*La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos*” (art. 6.1 d) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, y art. 95.2 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) y como falta grave “*La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave*” (art. 7.1 h) del mismo cuerpo legal). Para recaer sanción administrativa es necesario causar un perjuicio. Se configuran pues, como requisitos necesarios para determinar que estamos en presencia de una infracción administrativa disciplinaria que sean actos positivos de contenido decisorio de ilegalidad manifiesta y que se acredite perjuicio grave para la Administración o los ciudadanos (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 19 de septiembre de 1994 (Recurso núm. 2579/1989; ponente: Sr. Conde Martín de Hijas). Vide pág. 142.

“Dos criterios de orden más general pueden "favorecer" esa tarea que se antoja irrenunciable de reconducir la exagerada extensión del tipo a espacios más razonables. De un lado, se cuenta con la interpretación teleológica que conduce a la ponderación del bien jurídico protegido. De otro ayuda también en esa labor, aunque con unos límites no franqueables en el ejercicio de la función jurisdiccional, el principio de proporcionalidad.”

En orden a la ponderación del bien jurídico protegido, entendemos que el ordenamiento administrativo disciplinario *“es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa y garantía de la normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fije la Ley”*. (Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 16 de diciembre de 2003 (Recurso de casación núm. 4996/1998; ponente: Sr. González Rivas)). En el ordenamiento penal, es principalmente, el urbanismo en su concepción actual, recogida en la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2012 (JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE) que recoge que 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. 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 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”*.

Ponderados los bienes jurídicos protegidos, la jurisprudencia contencioso administrativa entiende que además se ha de valorar la singular condición de funcionario del sujeto activo. En efecto, así lo recoge la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 30 de mayo de 2000 (Recurso de casación núm. 513/1996; ponente: Sr. Maurandi Guillén):

“La argumentación desarrollada para justificar ese motivo es que la sentencia combatida en casación no ha recogido de forma adecuada la jurisprudencia constitucional existente sobre el principio «non bis in ídem». Y se cita específicamente con esta finalidad la doctrina contenida en la STC 234/1991, de 10 de diciembre.

Por tanto, la primera fase del análisis que aquí ha de realizarse debe consistir en determinar cuál es el alcance con el que esta STC 234/1991 configura las excepciones al principio «non bis in ídem», esto es, los supuestos en los que constitucionalmente es posible una dualidad de sanciones por unos mismos hechos.

Y la lectura de ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional –que contiene citas de otras sentencias suyas anteriores– permite extraer las siguientes consecuencias:

–Para entender justificada una doble sanción al mismo sujeto por unos mismos hechos no basta simplemente con la dualidad de normas. Es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que en la primera sanción se intenta salvaguardar, o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.

–La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma para justificar esa dualidad de sanciones, ya que esa clase de relaciones no son un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales.

Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria de una conducta que ya fue objeto de una condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a la sanción.

–El interés legítimo de la Administración en su conjunto es servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE), y el de los entes u órganos que la integran asegurar el funcionamiento del servicio público que tienen encomendado. Y de ello se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración, y no puede ser objeto de la disciplina de ésta, salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste.

–La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración, y al sancionarse disciplinariamente a los que hayan sido objeto de condena penal no se infringe el principio «non bis in ídem».

(..)Enmarcada la controversia del actual recurso de casación en la doctrina constitucional que ha quedado expuesta, fácilmente se advierte que el principal punto polémico que aquí ha de resolverse es éste:

Si el dato, consistente en que la condición de funcionario público del sujeto activo haya sido considerada en la calificación penal realizada para imponer una condena de ese carácter, determina, por sí solo y necesariamente, que el bien jurídico protegido por la infracción penal aplicada sea el buen funcionamiento de la Administración pública, y, por dicha razón, hace que la aplicación de una sanción disciplinaria junto a la penal deba comportar obligatoriamente una vulneración de la prohibición «non bis in ídem».

La solución de dicha cuestión requerirá tener presente, ciertamente, la importancia que por su significación de derecho fundamental tiene el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE), en el que aparece incluida la prohibición «non bis in ídem». Pero no podrá olvidar que la eficacia de la Administración pública es igualmente un «desideratum» constitucional (art. 103 CE), y que un planteamiento que desde patrones de puro formalismo conduzca a resultados

irracionales podría atentar contra la también constitucional interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos (art. 9.3 CE).

Por lo cual, esa solución habrá de buscarse casuísticamente, a la vista de la concreta calificación que en cada caso haya determinado la imposición de la sanción penal, y a partir de las siguientes premisas:

–A) El bien jurídico protegido en cada infracción penal no viene determinado por la condición del sujeto activo, sino por aquel valor social o individual cuya lesión o puesta en peligro encarna la acción típica de la infracción.

–B) La rúbrica de los títulos con los que aparece sistematizada la parte especial del Código Penal es un importante elemento de interpretación para determinar cuál es el bien jurídico protegido en cada supuesto delictivo.

–C) La singular condición de funcionario del sujeto activo, cuando es considerada para la definitiva calificación penal de unos hechos, lo puede ser de dos maneras o con dos finalidades distintas.

Puede ser ponderada como un elemento imprescindible para que una determinada acción tenga relevancia penal. Y cuando así sucede la norma penal lo que suele reflejar es el propósito de reprimir determinadas conductas funcionariales porque se estiman contrarias al interés propio de la Administración pública de la que dicho funcionario es agente o elemento integrante.

Pero, en otras ocasiones, opera sobre acciones o conductas que habrían sido constitutivas de infracción penal aunque las hubiera realizado un particular no funcionario; es decir, la condición funcional se sobreañade a infracciones en las que el bien jurídico protegido no constituye un interés propio de la Administración pública. Apareciendo entonces esa condición funcional, no como elemento imprescindible para apreciar la existencia de una figura penal, sino como circunstancia genérica de agravación de la pena, o como determinante de un subtipo agravado de otro tipo básico u ordinario.

Y cuando esto segundo acontece, ello es revelador de que la condición de funcionario no opera en el ámbito penal como elemento expresivo de la protección de un determinado interés que es propio o exclusivo de la Administración pública, sino como factor demostrativo de una superior culpabilidad, o de una mayor perversidad moral, en esas acciones que serían delictivas aunque las hubiera realizado un sujeto no funcionario, y hace que esas acciones sean merecedoras de una mayor penalidad.

–D) A efectos penales no son identificables ni confundibles los conceptos de Estado y Administración pública, aunque ésta forme parte de aquél. El Estado es la global estructura con la que se organiza una colectividad para resolver su convivencia (aspecto orgánico), y también el conjunto de valores y derechos fundamentales que se proclaman como esenciales para esa convivencia (aspecto moral). Y la Administración pública es sólo una parte de la organización estatal, y sus cometidos representan por ello solamente una parcela de la actividad estatal.”

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección 1, Nº de Recurso: 1573/2011, Nº de Resolución: 466/2012, Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA, hace referencia a la necesidad de tener presente el **principio de proporcionalidad**, así en el FJ 6º señala:

“El juicio sobre la proporcionalidad de las penas compete al legislador en una primera instancia (SS TC 55/1996, 88/1996, de 23 de mayo y 161/1997, de 30 de octubre). A su valoración han de atenerse en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales los jueces y tribunales. En el discernimiento de qué penas son las adecuadas para cada conducta ilícita goza el legislativo, respaldado por la legitimidad democrática, de un margen de discrecionalidad que debe ser respetado. Esa libertad no es constitucionalmente absoluta.

La Constitución impone unos mínimos estándares de proporcionalidad que enlazan con los derechos proclamados en su art. 25.1. Desde ese enfoque la ley penal puede llegar a ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional: tanto si es de manera patente innecesaria una reacción de tipo penal; como si se estima excesiva la intensidad de la pena en relación con la entidad del delito. En este segundo nivel nos moveríamos en lo que se ha denominado desproporción en sentido estricto (STC 136/1999, de 20 de julio). En todo caso también el Tribunal Constitucional también ha de partir del respeto á la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. Esas cautelas le confinan a una posición en la que tan solo cabe verificar que la norma penal no produce "un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho" (STC 55/1996 , fundamento jurídico 8º). La evaluación de la conveniencia, calidad o perfectibilidad de la norma corresponde al legislador. "... sólo cabrá catalogar la norma penal o la sanción penal que incluye como estrictamente desproporcionada cuando concurra 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" (STC 161/1997, de 30 de octubre).

Se mueve en linderos todavía más angostos la capacidad de los órganos de la jurisdicción ordinaria de valorar una norma penal desde esa perspectiva de proporcionalidad. Pero en todo caso han de tenerla presente. De un lado, para, dentro de los márgenes legales, individualizar la pena en cada caso atendiendo a los criterios del Código que hacen referencia a esos cánones de proporcionalidad. De otra parte, en los casos excepcionales en que constaten ese "derroche inútil" de coacción que podría acarrear la inconstitucionalidad de la norma, planteando la cuestión de constitucionalidad. Por fin, y esa prescripción representa un indudable eco legal del principio de proporcionalidad, han de elevar una memoria al Gobierno exponiendo lo conveniente cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resulte penada una acción u omisión que a su juicio no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo (art. 4.3 CP).

Ahora bien, antes de acudir a esa opción el juez ha de interpretar la norma penal que debe aplicar; ha de evaluar todas sus posibilidades, y ponderar, en su caso, los mecanismos de moderación penológica que el propio legislador pone a su disposición. Hay tipos penales con fronteras y descripciones claras, concretas y precisas que ponen de manifiesto de manera inequívoca la voluntad de la ley de anudar una sanción penal a conductas determinadas. Pero también son frecuentes, quizás demasiado frecuentes, tipos penales con contornos poco definidos o que descansan sobre conceptos ("gravedad", v.gr.) extremadamente valorativas que no son los más adecuados para dotar de la deseable vigencia al principio de taxatividad. El legítimo afán del legislador penal de no dejar resquicios en la tipificación le ha impulsado al empleo de fórmulas tan abiertas que erosionan esa taxatividad y reclaman una interpretación correctora. Pues bien al perfilar el alcance de las expresiones legales uno de los principios inspiradores ha de ser el de proporcionalidad. De forma análoga a como se habla del principio de interpretación conforme a la Constitución (art. 5.3 LOPJ) en virtud del cual antes de plantear una cuestión de constitucionalidad hay que apurar todas las posibilidades de interpretación de la norma ajustada a parámetros constitucionales; podría hablarse en materia penal de un principio de interpretación conforme a parámetros de proporcionalidad de forma que antes de acudir al expediente excepcional del art. 4.3 CP , y usando los criterios tradicionales, sin caer en interpretaciones manipuladoras, en abiertas contradicciones con el texto legal o en un activismo judicial poco compatible con el papel que nuestra Constitución reserva al Poder Judicial, se apuren o agoten las posibilidades de acomodación de la definición legal a la racionalidad impuesta por el principio de proporcionalidad.

Esa idea ha de inspirar el acercamiento a tipos tan abiertos como el que figura en el art. 318 bis del Código Penal. En este punto se puede engarzar con una interpretación teleológica que atienda al bien jurídico protegido por el legislador. Cuando una conducta pese a encajar aparentemente en una comparación superficial en la descripción típica no comporte ni afectación actual ni peligro de afectación del bien que la ley quiere tutelar y quepa una lectura de la norma que deje fuera de su radio de acción a tal conducta, esa será la jurídicamente correcta. También la proporcionalidad en sentido estricto (comparación de la cantidad de pena con la incidencia de la conducta en el bien tutelado) ha de ser sopesada en este nivel.”

(...)

OCTAVO.- Precedentes jurisprudenciales discurren por esa senda exegética. Muy reciente es la STS 212/2012, de 9 de marzo que maneja, además del citado, un criterio de interpretación sistemática: la coherencia con la legislación administrativa de extranjería. Una concepción muy amplia del delito del art. 318 bis vaciaría de contenido buena parte de las conductas sancionadas en los arts. y siguientes de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España . Su art. 54.1 b prevé una sanción administrativa para los actos consistentes en "inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito". La combinación de ambos preceptos obliga a respetar un espacio para cada uno de ellos. Es obvio que por expresa disposición legal y por elementales reglas hermeneúticas, si los hechos son constitutivos de delito habrá de estar a la norma penal. Pero también lo es que para respetar el ámbito propio de la norma administrativa y la congruencia del

conjunto del ordenamiento habrá que realizar una interpretación del tipo penal que permita también la operatividad de la normativa administrativa para los supuestos que no encajen allí.

“Si no resulta aceptable con valores constitucionales de un Estado de Derecho social y Democrático diluir las fronteras entre la sanción administrativa y la penal, - argumentaba la sentencia citada- menos aceptable resultará interpretar un precepto penal de suerte que incluya en el mismo supuestos que ni siquiera merecen la sanción administrativa”

Cuando el comportamiento que aparentemente pudiera encajar en el art. 318 bis del Código Penal sólo atenta contra la regulación controlada de los flujos migratorios y no se detecta el más mínimo atisbo de lesión, presente o eventual, de los derechos del ciudadano extranjero, falta la ratio de la sanción penal y ha de buscarse en el derecho administrativo sancionador el instrumento adecuado adecuada para dar una respuesta a esa conducta ilícita en todo caso.”

Lo anterior, es lo que se realiza por parte del juzgador en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), sección 15ª, de fecha 7 de Mayo del 2012, ROJ: SAP M 8568/2012, Nº de Recurso: 69/2011, Ponente: CARLOS FRANCISCO FRAILE COLOMA, al señalar:

“4) Licencia urbanística de Luis Andrés .

La prueba practicada en el plenario acredita también que los acusados Bartolomé , Geronimo y Plácido acordaron, en la sesión de fecha 24 de febrero de 2006, de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, otorgar una licencia de edificación a Luis Andrés, teniendo conocimiento de los informes desfavorables del Secretario Interventor y del Arquitecto Municipal, Belarmino , por exceder en un 25 por ciento el coeficiente de edificabilidad del planeamiento vigente para la zona.

Este hecho es calificado por la acusación particular como un delito contra la ordenación del territorio del art. 320.2, en relación con el art. 404, del Código Penal, delito cuya comisión atribuye a los tres acusados antes citados, mientras que el Ministerio Fiscal lo engloba en el delito continuado de prevaricación del art. 404, en relación con el art. 74, del Código Penal, por el que solicita la condena de todos los acusados.

Como sucede con los hechos calificados por ambas partes de prevaricación, a los que nos hemos referido anteriormente, tampoco se señalan en este caso los preceptos infringidos por el acuerdo de concesión de licencia que se califica como delictivo. No podemos olvidar lo ya dicho respecto del delito de prevaricación y tampoco que, si tenemos en cuenta el delito contra la ordenación del territorio que esgrime en este apartado la acusación particular, esta infracción, comúnmente conocida como prevaricación urbanística, comparte con el delito de prevaricación una naturaleza común, sin otro particular que la incidencia en la ordenación del territorio, como bien jurídico protegido añadido al de la administración pública que toma en consideración en el delito de prevaricación.

No obstante, si nos atenemos a la referencia indirecta que supone la cita del informe del Secretario Interventor, lo vulnerado serían los arts. 151 y siguientes de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en relación con las normas subsidiarias de planeamiento, aprobadas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid con fecha 25 de mayo de 2000, que entraron en vigor el 11 de julio del mismo año.

De acuerdo con la prueba practicada, los hechos que dan lugar a la infracción están constituidos por la autorización de una edificación superior en un 25 % a la permitida por el planeamiento en vigor en esos momentos, lo que produjo como resultado de aproximadamente unos 40 metros cuadrados edificados por encima del máximo procedente.

Indudablemente, nos encontramos en principio ante una infracción administrativa. El art. 204 de la mencionada Ley del Suelo clasifica las posibles infracciones a sus disposiciones en muy graves, graves y leves y, dentro de las segundas, recoge, entre otros, los incumplimientos, con ocasión de la ejecución del planeamiento urbanístico, de deberes y obligaciones impuestos por dicha Ley y, en virtud de la misma, por los instrumentos de planeamiento, gestión y ejecución o asumidos voluntariamente mediante convenio.

La cuantía de las sanciones se regula en el art. 207 de la ley, que prevé multas de 600 a 30.000 euros para las infracciones leves, de 30.001 a 600.000 euros para las graves, y de 600.001 a 3.000.000 de euros para las leves.

Concretamente, el art. 220, especifica que la infracción de exceso sobre la edificabilidad, se sancionará con multa del 15 al 25 % de su valor el exceso de edificación sobre la edificabilidad permitida por el planeamiento.

Por su parte, el art. 205 señala, entre las personas responsables de estas infracciones administrativas, al titular del órgano administrativo unipersonal que haya otorgado las aprobaciones, autorizaciones o licencias sin los preceptivos informes o en contra de los emitidos en sentido desfavorable por razón de la infracción, y a los miembros de los órganos colegiados que hayan votado a favor de dichas aprobaciones, autorizaciones o licencias en idénticas condiciones.

*Es decir, los acusados que votaron a favor de la concesión de la licencia pudieron infringir la legalidad urbanística, pero esta infracción, dada la escasa entidad cuantitativa del exceso de edificación autorizado, difícilmente puede ser considerada como muy grave, con lo que ni siquiera alcanza el escalón más alto de los posibles en este ámbito sancionador, lo que lleva a descartar también ese plus de antijuridicidad que configura el delito de prevaricación, dado que, aparte de que existen remedios en el área administrativa para el restablecimiento del orden jurídico vulnerado, **tampoco puede estimarse afectada de una manera relevante la ordenación del territorio, bien jurídico protegido por el art. 320.2 del Código Penal**".*

Podemos concluir con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **4 de junio de 2012**, Roj: STS 4187/2012, Nº de Recurso: 732/2011, Nº de Resolución: 497/2012, Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ (Recurso de Casación contra la Sentencia núm 130/11, de 24 de febrero de 2011 de la Sección

Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), dictada en el Rollo de Sala núm. 24/2010, dimanante del P.A. núm. 17/2010 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Córdoba), al señalar: “*En el caso del art. 320 CP , nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), lo que implica algunas diferencias. Así, mientras que la modalidad genérica del art. 404 CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. En ambos casos, el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003, 1658/2003 ó 1015/2002), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves”.*

Por todo ello, somos de la opinión de que nos encontramos ante un delito instantáneo que se consuma desde que se informa, se silencia, se oculta, se vota o se resuelve a favor⁷¹³.

L. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

1. Atenuante del art. 21. 6 CP (tras la ref. LO 5/2010), Dilaciones indebidas:

Procede en este punto, como en otros de la presente Tesis señalar las especialidades propias del presente delito puestas de manifiesto tanto por la Doctrina como por los pronunciamientos jurisdiccionales.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, Nº de Recurso: 263/2006, Nº de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 6º: “*En relación a la pretendida atenuante analógica del artículo 21.6 del Código Penal consistente en que ha habido en el actual proceso dilaciones indebidas, la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó, en el Pleno celebrado en fecha de 21 de mayo de 1999, seguido en numerosas Sentencias posteriores como las de 8 de junio de 1999, 28 de junio de 2000, 1 de diciembre de 2001, 21 de marzo de 2002, etc., la procedencia de compensar la entidad de la pena correspondiente al delito enjuiciado, mediante la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6º del Código Penal, en los casos en que se hubieren producido en el enjuiciamiento dilaciones excesivas e indebidas, no reprochables al propio acusado ni a su actuación procesal. Dando con ello cumplida*

⁷¹³ En el mismo sentido ACALE SÁNCHEZ, M., “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...” op. cit. pág. 351.

eficacia al mandato constitucional que alude al derecho de todos a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen.

El criterio para determinar si hubo o no lesión del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es el relativo a la complejidad de la causa. Para apreciar si existió o no, se ha de acudir y valorar al momento en que se inició e instruyó la causa, no al momento en que se ha dictado sentencia y personas que en su caso puedan resultar absueltas o condenadas.

(...) Consideramos que no lo debe ser en tal sentido siguiendo los criterios restrictivos que el propio Tribunal Supremo indica entre otras en su sentencia de fecha 3 de junio de 2.005, que nos dice "Es lícito apreciar cualquier circunstancia atenuante, incluso la analógica, de esta manera cualificada, pues la ley penal no lo prohíbe. También cabe en estos casos relacionados con el derecho fundamental relativo a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE.

Sin embargo, tampoco en estos casos debe perderse de vista el criterio de la proporcionalidad de la pena en relación con la conducta punible correspondiente. Es poco frecuente en las sentencias de esta sala apreciar como muy cualificada esta clase particular de circunstancia atenuante analógica, probablemente porque la causa de su apreciación no se encuentra en el mismo hecho delictivo, sino en una razón procesal con relación a sucesos acaecidos en un tiempo muy posterior a aquel otro en que el suceso punible tuvo lugar".

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (condenatoria), Sección 4ª, de fecha **12 de noviembre de 2009**, Roj: SAP CA 1641/2009, Nº de Recurso: 107/2009, Nº de Resolución: 397/2009, Ponente: MANUEL BLANCO AGUILAR, aprecia la concurrencia de esta atenuante. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6, de fecha **2 de mayo de 2011**, Roj: SAP GC 416/2011, Nº de Recurso: 58/2010, Nº de Resolución: 46/2011, Ponente: CARLOS VIELBA ESCOBAR.⁷¹⁴

2. Atenuante dilaciones indebidas muy cualificada:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **9 de diciembre de 2011**, Roj: SAP GC 2437/2011, Nº de Recurso: 26/2010, Nº de Resolución: 113/2011, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA, señala en su FJ: *“DUODÉCIMO.- Por último, respecto a la atenuante de dilaciones indebidas que como muy cualificada piden las defensas.*

⁷¹⁴ *“DECIMO.- Concurre para todos los acusados la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, señalando para justificar su apreciación que el procedimiento se ha desarrollado casi durante 11 años, con periodos de absoluta inactividad, como por ejemplo desde la recepción de los autos por el Juzgado de lo penal de Arrecife, hasta el planteamiento de su posible incompetencia, de casi tres años, o desde la recepción de los autos por fallida la Sala Bis que tuvo las actuaciones en su poder durante un año sin practicar actuación alguna hasta su remisión a esta Sección .”*

En relación con la misma -antes analógica y ahora recogida expresamente en el art. 21.6 del CP tras la reforma operada en el mismo por la LO 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010-, señala la STS 630/2007, de 6 de julio, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas recogido expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución(RCL 1978836), no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1999190, 1572), se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003[TEDH 20039], Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003[TEDH 20030], Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4o del Código Penal(RCL 1995170 y RCL 1996, 777), que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4a y 5a del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6a del Código Penal.

En cuanto a su concurrencia como muy cualificada, señala la reciente STS 1.323/2009, de 30 de diciembre, que la doctrina de esta Sala, por ejemplo STS. 24.4.2003,19.2.2001, ha entendido que son aquellas que alcanzan una intensidad superior a la norma de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y no reveladores de la conducta del imputado.

Tratándose además de atenuantes por analogía, ha puesto de relieve su dificultad la STS. 1846/99 de 24.10, pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la ley, de tal manera que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal puede entenderse la analógica con el carácter de "duplicada". En todo caso para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados -sentencia de 29 de octubre de 1986- y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictuosa, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación -sentencia de 22 de septiembre de 1990-, habiendo señalado la sentencia de 26 de mayo de 1986 que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso:

1º. Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente.

2º. Que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso. Por lo demás esta Sala viene entendiendo que tan solo de forma excepcional las atenuantes analógicas pueden ser consideradas como muy cualificadas (STS. 493/2003 de 24.4).

Nuestra jurisprudencia, tratándose de dilaciones indebidas, ha apreciado en caso de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS. 655/2003 de 8.5, y 506/2002 de 21.3), que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso. También se ha apreciado como muy cualificada en la sentencia 291/2003 de 3.3, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (ocho años) y en la sentencia 505/2009 de 14.5, lapso temporal de siete años en un proceso muy simple.

Aparte de ello, y sin perjuicio de su posible apreciación de oficio, los términos del debate contradictorio sobre su apreciación han de quedar limitados por lo alegado, pues según una línea jurisprudencial muy consolidada impone que cuanto menos resulta exigible que quién la invoque fije con cierta precisión los periodos en que la causa haya sufrido retrasos que no vengan justificados por su propia actuación, o por la propia complejidad del asunto -STS 578/2009, de 2 de junio; STS 617/2010, de 22 de junio; STS 483/2007, de 4 de junio; entre otras-.

Y es que como señala la STS 213/2011, de 6 de abril (Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) "más allá de la falta de unanimidad en la exigencia de esa denuncia previa, si existe acuerdo en que no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto "dilación indebida" es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación (SSTS. 654/2007 de 3.7, 890/2007 de 31.10, entre otras), debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS. 1.7.2009 debe constatarse una efectiva lesión bien por causa de las circunstancias personales del autor del hecho, bien por reducción del interés social de la condena que haga que la pena a imponer resulte desproporcionada, pues si los hechos concretos perseguidos revisten especial gravedad, se reduce la relevancia del tiempo transcurrido en relación con la necesidad de pena, subsistente en su integridad (STS. 3.2.2009).

Asimismo las paralizaciones o retrasos de entidad injustificados en la tramitación de la causa, deben quedar señalados y acreditados en la sentencia cuando el tribunal aprecia la atenuante y la motivación que ofrezca el tribunal debe resultar suficiente (STS. 17.3.2009).

Asimismo la dilación, por supuesto no es indebida si responde al ejercicio de un derecho procesal. La solicitud de que se practiquen diligencias de prueba con la interposición de recursos comporta una dilación en la tramitación de la causa, pero responden al ejercicio de elementales derechos de defensa, por lo que la dilación propia de estos recursos no puede nunca ser calificada como dilación indebida. En este sentido la STS. 356/2009 de 7.4, recordó que "tampoco puede aceptarse que la interposición de recursos o la práctica de diligencias o de actuaciones sumariales a petición de las defensas cause una dilación que deba calificarse como indebida. Es claro que el respeto al derecho de defensa implica asumir la necesidad de proceder a la práctica de las diligencias que solicite y que sean pertinentes, pero es igualmente claro que implica el transcurso del tiempo necesario para ello".

En cuanto a su aplicación como muy cualificada esta Sala requiere la concurrencia de retrasos de intensidad extraordinarios, casos excepcionales y graves, cuando sea apreciable alguna excepcionalidad o intensidad especial en el retraso en la tramitación de la causa (SSTS. 3.3y17.3.2009) o en casos extraordinarios de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente. La STS. 31.3.2009precisa que para apreciar la atenuante como muy cualifica se necesita un plus que la Sala de instancia debe expresar "mediante la descripción de una realidad singular y extraordinaria que justifique su también extraordinaria y singular valoración atenuatoria". Y así la jurisprudencia la ha apreciado en casos de transcurso de 9 años de duración del proceso penal (SSTS. 655/2003 de 8.5, y506/2002 de 21.3), que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso. También se ha apreciado como muy cualificada en SSTS. 291/2003 de 3.3, por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (8 años) y en STS. 505/2009 en un caso de 7 años duración del proceso, y en reciente sentencia 1193/2010 de 24.2.2011, en 16 años de tramitación."

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha **28 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 170/2010, Nº de Recurso: 114/2006, Nº de Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES, aprecia la concurrencia de la atenuante analógica como muy cualificada⁷¹⁵.

⁷¹⁵ "QUINTO.- Como así viene recogiendo esta Sección de manera reiterada, (ver entre otras la sentencia dictada en el Rollo 36/08 de 11 de Marzo de 2.009 y la dictada en el Rollo 211/07 el 21 de Abril de 2.009), es de resaltar conforme a lo señalado por la STS 630/2007, de 6 de julio, que el derecho

3. Atenuante art. 21.5 CP reparación del daño

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **14 de enero de 2011**, Roj: SAP J 85/2011, Nº de Recurso: 116/2010, Nº de Resolución: 4/2011, Ponente: JOSE CALIZ COVALEDA, se alega la concurrencia de

fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aparece expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978836), no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1999190, 1572), se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

*Por tanto, para determinar si han existido o no dilaciones indebidas en un determinado proceso se hace preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado. En particular **debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes** (STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 20039], Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 20030], Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que **el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación**, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).*

En cuanto a sus efectos, se descarta sobre la base del artículo 4.4º del Código Penal (RCL 1995170 y RCL 1996, 777), que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, cabe admitir la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4ª y 5ª del artículo 21 del Código Penal. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6ª del Código Penal.

En lo relativo a su concurrencia como muy cualificada, como viene señalando la Sala de lo penal del TS, la cualificación en la atenuante ha de apreciarse cuando el elemento que justifica la atenuación aparezca en el caso concreto con una especial intensidad, superior a la correspondiente a la atenuante ordinaria. Así, en la STS núm. 1547/2001, de 31 de julio (RJ 2001338) se decía que «la cualificación debe estimarse en aquellos casos en que concurra una superior intensidad comparada con la normal, teniendo a tal fin en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes o circunstancias del hecho o cuantos otros elementos puedan revelar especiales merecimientos en la conducta del inculpado, debiendo tenerse en cuenta que es necesario que los ingredientes de dicha cualificación se declaren expresamente en la sentencia o se deduzcan de los hechos declarados probados». En tal sentido se ha pronunciado también el TS en otras resoluciones (STS núm. 1978/2002, de 26 de noviembre [RJ 20020797] y STS núm. 493/2003, de 4 de abril [RJ 2003851]).

Aplicando esta doctrina al supuesto de autos, debe partirse de que la causa penal que nos ocupa ha tenido un evidente retraso en su tramitación por varios motivos: a) arrastre que trae de otra de la que se dedujo el correspondiente testimonio; b) retraso de más de un año en el primer señalamiento para juicio no imputable a los acusados; c) retraso en la celebración del juicio por la situación en la que estaba y está uno de los acusados, respecto al cual finalmente se sobresee provisionalmente la causa; y d) sin olvidar que desde que se cometieron los hechos, (finales del 1994 y primer trimestre de 1995), a la fecha de hoy han pasado nada más y nada menos que casi 15 años. Por ello, entiende este Tribunal que debe apreciarse la atenuante analógica que nos ocupa, pero con carácter cualificado. (..)

SEXTO: (...) apreciar la atenuante como muy cualificada. ”

la citada circunstancia pero la Sala no la estima al entender que “no consta acreditado que el citado acusado haya procedido a realizar ninguna de las conductas descritas en el artículo 21.5 del Código Penal” (FJ 7º).

Más adelante examinaremos la relación de esta circunstancia con la disposición común del art. 340 del CP.

4. Atenuante analógica a la confesión y de colaboración con la justicia del artículo 21.7 (tras la LO5/2010) en relación con el artículo 21.4 y 21.5 del CP

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha **31 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 2205/2011, Nº de Recurso: 72/2010, Nº de Resolución: 126/2011, Ponente: MONICA DE LA SERNA DE PEDRO, señala al respecto:

“Concurre la circunstancia prevista en el artículo 65.3 del Código Penal de no ser funcionario público en relación al delito de prevaricación urbanística respecto de Elvira.

Concurre para todos los delitos de los que es responsable Luis Ángel , la circunstancia atenuante analógica a la confesión y de colaboración con la justicia del artículo 21.6 en relación con el artículo 21.4, 21.5 y 376 todos ellos del Código Penal . Dicha circunstancia concurre como muy cualificada.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 1972/2011, Nº de Recurso: 117/2010, Nº de Resolución: 114/2011, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO.

5. Agravante del art. 22.7 del CP:

MIR PUIG, C.⁷¹⁶ analiza la posible concurrencia de esta causa señalando que la circunstancia agravante genérica del artículo 22.7 del CP “prevalerse del carácter publico que tenga el culpable”, debe decirse que en principio no se aplicara esta agravante a ninguno de los delitos del Título XIX del CP, porque dicha agravante tiene su ámbito de aplicación en aquellos casos en los que el funcionario o autoridad actuando “como particular” se aprovecha de su condición de funcionarios (así SSTS 6.7.90 RA 6254; 23.9.92 RA 7246). Pero si el funcionario actúa ejerciendo la función publica, no es de aplicación la agravante, pues si se aplicara se incurriría en el bis in ídem prohibido (art. 25 CE), pues su cualidad de funcionario ha sido ya tenida en cuenta por el legislador al fijar el tipo de injusto y la correspondiente pena (artículo 67 CP, STS 12.4.93).

⁷¹⁶ MIR PUIG, C., “Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal” Op. cit., pág 29.

6. Art. 65.3 CP: “*Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha **31 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 2205/2011, Nº de Recurso: 72/2010, Nº de Resolución: 126/2011, Ponente: MONICA DE LA SERNA DE PEDRO.: “*Concurre la circunstancia prevista en el artículo 65.3 del Código Penal de no ser funcionario público en relación al delito de prevaricación urbanística respecto de Elvira.*”

M. Concursos:

Veamos los siguientes supuestos

A) Con el delito del art. 319 CP:

Frente al estudio tradicional, recogido en el Código penal de la autoría y la participación en los artículos 27, 28 y 29, autores como ACALE SÁNCHEZ, M. abogan por pautar la responsabilidad criminal como relaciones concursales, lo que provoca que se trate de figuras delictivas autónomas, rompiendo con ello las reglas generales en materia de autoría y participación a todos los efectos⁷¹⁷.

Siguiendo a esta autora, ha de comenzarse señalando que, en la medida que el legislador ha separado en distintos números el castigo del funcionario que informa o que omite, de la responsabilidad de quienes votan a favor o resuelven, el castigo de cada uno va a ser independiente del resto. Es decir, va a ser típica la conducta del funcionario que informa a favor, con independencia de que posteriormente se conceda o no la licencia urbanística. Por lo mismo, tanto los informantes, como quienes concedan la licencia, van a responder, con independencia de que el particular lleve a cabo la obra de urbanización, construcción o edificación.

1. Del art. 320.1 CP con el delito del art. 319 CP:

a) Informar

No guarda parecido con la conducta del art. 404 CP, pues mientras en este se ha de dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria, en el art. 320.1 CP se ha de emitir informe, que no son resoluciones. Un informe es un acto de trámite no asimilable a la resolución porque “*no resuelve*”, sino que “*informa*” sobre el objeto del mismo.

- Si el funcionario informa y ni resuelve ni se vota a favor de la concesión de la licencia y, por tanto no se lleva a cabo la conducta descrita en el art. 319 por parte del particular, será aplicable el número 1 del art. 320 CP.

⁷¹⁷ ACALE SÁNCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...*”, op., cit., pág. 352.

El funcionario es castigado de forma autónoma ya que con su conducta ha puesto en peligro abstracto⁷¹⁸ los bienes jurídicos, ordenación del territorio y urbanismo, a la vez que lesiona el bien jurídico función pública.

- Si el funcionario informa y a consecuencia de dicho informe, el órgano individual concede la licencia, o los miembros del órgano colegiado votan a favor de la misma, pero no se lleva a cabo por el solicitante el delito urbanístico del art. 319 CP, el funcionario informante podría responder tanto como autor de la conducta típica del nº 1 del art. 320, como cooperador necesario o cómplice (por ejemplo, según si el informe era vinculante o no) del que o de los que con posterioridad, resuelve o votan a favor a través del art. 320 (entendemos que del nº 2º del CP).
- Si el funcionario informa, posteriormente se resuelve o se vota a favor y finalmente se concede la licencia, a cuyo amparo el solicitante lleva a cabo la obra de urbanización, construcción o edificación del art. 319 CP⁷¹⁹. Esto es lo que sucedió en el **Ayuntamiento de Andratx**, han sido varias las sentencias, pero analizando una, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **27 de noviembre de 2009**, Roj: STS 7703/2009, Nº de Recurso: 1539/2008, Nº de Resolución: 1127/2009, Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 23 de mayo de 2008, Roj: SAP IB 985/2008, Nº de Recurso: 76/2007, Nº de Resolución: 28/2008, Ponente: JUAN PEDRO YLLANES SUAREZ) se observa que castiga al imputado, Jefe del área de Urbanismo de un Ayuntamiento, como autor de un delito de informe ilegal del art. 320.1 en concurso con la participación necesaria en el delito urbanístico del art. 319 cometido en concepto de autoría por un sujeto que le solicitó licencia para construir en un especial protegido por sus valores paisajísticos. Igualmente, castiga a quien llevó a cabo la construcción como autor del delito del art. 319 en concurso con la inducción del funcionario público que informó (art. 320.1)⁷²⁰. En opinión del Tribunal Supremo, no se viola el principio *non bis in ídem*. La participación en el art. 319 se deduce del dato de los hechos probados, pues afirma que “*sin la emisión del informe arbitrario no se habría*

⁷¹⁸ GOMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo. Función pública y Derecho penal*, cit., pág. 69.

⁷¹⁹ ACALE SÁNCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...*”, op., cit., pág. 354, entiende que puede decirse que el precepto principal (el art. 319 CP) ya ha sido infringido, por lo que si existe connivencia entre el informante y el solicitante de la licencia, el art. 319 necesariamente desplazará al art. 320 que sólo será aplicable en aquellos casos en los que no se lleve a cabo la conducta del particular: existe pues una relación de subsidiariedad tácita entre las conductas castigadas en el art. 320 y 319, este último en concurso con la participación, en el delito de prevaricación, en su caso.

⁷²⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 25 de noviembre de 2009, Roj: STS 8155/2009, Nº de Recurso: 417/2009, Nº de Resolución: 1219/2009, Ponente: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 14 de noviembre de 2008, Roj: SAP IB 1462/2008, Nº de Recurso: 26/2008, Nº de Resolución: 75/2008, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO) admite la inducción en cadena, pues en su opinión, “*este punto de vista desconoce, sin embargo, que la relación directa entre inductor y autor inducido no es elemento de la inducción y que en la doctrina admite pacíficamente la inducción en cadena*”.

*alcanzado la licencia injusta; fue aquel determinante del sí del delito del art. 319 y, ex ante, un bien escaso”. Respecto a la **violación del principio non bis in ídem** afirma que “Por lo que atañe al invocado principio del non bis in ídem, que el TC entiende incluido en el de legalidad-sentencia 2/1981TC-, y que se dice resultaría violado si fuera aplicado el art. 320 con el 319.1, no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa”. Utilizando el mismo argumento para castigar al autor del delito urbanístico del art. 319 como inductor del delito de informe cometido por funcionario. Añade que no existe un **concurso** medial, sino **real**: “la jurisprudencia tiene establecido que, para apreciar el concurso medial a que se refiere el art. 77 CP, no basta la preordenación psíquica, sino que es necesario que objetiva y realmente, al aplicar el juicio hipotético, resulte que uno de los delitos fue imprescindible para la comisión del hecho. Sentencias de 3/2/2003 y 2/3/1998. Lo que no consta en el presente caso ante la circunstancia de que, para alcanzar la construcción no autorizada, bien pudo ser utilizado instrumento distinto al ilícito informe por el funcionario público, como no es infrecuente en la práctica conocida judicialmente.”*

- Si no existe connivencia entre el funcionario informante y el solicitante de la licencia, sólo podría aplicarse el art. 320.1, en la medida en que la actuación que lleva a cabo –informar a favor de la concesión- no puede ser considerada la causante de la lesión de los bienes jurídicos protegidos en el art. 319, en la medida en que tras el informe, todavía es necesario (para que estemos en presencia de la infracción penal del art. 319 CP) que el funcionario o los funcionarios competentes en razón de la materia la concedan y que, posteriormente, el particular lleve a cabo el contenido antijurídico de la misma. Es decir, existen una serie de factores que confluyen en la causación del resultado de lesión del bien jurídico protegido en el art. 319 que no están en manos del informante⁷²¹.

b) Silenciar infracciones detectadas u Omitir las inspecciones.

Silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas descubiertas tras la realización de una inspección que obligatoriamente deban realizar, no puede ser constitutivo de un delito de prevaricación del art. 404, si se entiende que en este caso, ni se “*dicta*” ni existe una “*resolución arbitraria*” (en contra de lo mantenido por la STS 449/2003, de 24 de mayo (RJ/2003/4387), con independencia de que pueda castigarse como participe al funcionario que con motivo de sus inspecciones silencia las infracciones que detecta para facilitar así la toma de decisiones del órgano unipersonal o colegiado competente para “*dictar*” dicha “*resolución*”. En todo caso, podría pensarse que si el funcionario público o autoridad hubiera cumplido con su deber, en vez de silenciar las infracciones detectadas, tendría que haber presentado la correspondiente “*denuncia*” que, como tal, carece del carácter de resolución⁷²².

⁷²¹ ACALE SÁNCHEZ, M., “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...”, op., cit., pág. 355.

⁷²² ACALE SÁNCHEZ, M., “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...”, op., cit., pág. 356.

Por otro lado, esta autora entiende que no realizar las inspecciones tampoco es equiparable al delito de prevaricación. Esta figura delictiva en todo caso puede plantear problemas concursales con la omisión del deber de perseguir delitos del art. 407, en el que se establece que el abandono de destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquier delito será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Con ello, si el funcionario público, para no realizar las inspecciones, abandona su destino, podría entenderse que, en todo caso, delito preferente sería el previsto en el art. 320, pues está castigado con pena superior en atención a la pluriofensividad de la conducta del omitente, en atención a lo dispuesto en el art. 8.3 CP.

Solución distinta ha de darse al supuesto en el que se silencia la infracción de las normas protectoras de los bienes jurídicos protegidos cuando dicha infracción silenciada sea ya constitutiva de un delito del art. 319 CP. De nuevo, el carácter de ley principal de la contenida en el art. 319 desplazaría a la del art. 320 (ley subsidiaria)⁷²³. Por ello, habría que castigar al funcionario que silencia como autor en comisión por omisión de las conductas castigadas en los arts. 319⁷²⁴. Ello determinaría que al final fueran dos las posibilidades para proceder al castigo de este funcionario: bien a través del art. 320.1, bien a través de la participación en el art. 319 si existe connivencia con el particular. Los riesgos de que en este segundo caso, las actuaciones del funcionario omitente sean consideradas como mera complicidad, así como la mayor pena impuesta en el art. 320.1 hacen a éste, en todo caso, ley preferente⁷²⁵.

2. Del art. 320.2 CP con el delito del art. 319 CP: Resolver o Votar a favor:

Finalmente – y de nuevo-, las cuestiones concursales que presenta el precepto con las conductas descritas en el art. 319 tampoco han quedado definitivamente cerradas en el art. 320. Si se resuelve o se vota a favor de la concesión de la licencia y el solicitante de la misma lleva a cabo la obra de urbanización, construcción o edificación –pero no cuando se trate de la modificación del planeamiento urbanístico o se refiera a proyectos de parcelación o reparcelación-, en caso de que exista connivencia entre ellos, el castigo del funcionario público va a depender de la resolución del siguiente concurso de normas: por un lado, la pena establecida en el art. 320.2 y, por otro, la resultante de establecer un concurso de delitos entre el delito de prevaricación (caso de que la licencia sea concedida –individual o colectivamente-) y la participación en concepto de cooperador necesario en el delito urbanístico cometido por el particular al amparo de la licencia (art. 319.1 ó 2)⁷²⁶. Rebajar la consideración del funcionario al mero partícipe es fruto de la configuración del delito urbanístico del art. 319 como uno de subjetividad restringida que, a estos efectos, plantean los mismos problemas de los delitos especiales,

⁷²³ También en este caso ALASTUEY DOBÓN (“El ámbito de aplicación del artículo 329: examen de sus conductas típicas”, cit., pág. 29) admite el concurso entre las conductas castigadas en el art. 325/328 y 329.

⁷²⁴ En opinión de ACALE SÁNCHEZ, M., el art. 11 lo impide, ya que entiende que éste es un delito de mera actividad y al restringirse el régimen de la comisión por omisión a los delitos de resultado, “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...*”, op., cit., pág. 356.

⁷²⁵ ACALE SANCHEZ considera que la solución para el art. 329 es distinta. “Tutela penal del medio ambiente y funcionarios públicos”, cit., pág. 847 y ss.

⁷²⁶ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente”, cit., pág. 325; GOMEZ RIVERO, M.C., “El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del medio ambiente y ordenación del territorio”, cit., pág. 101.

esto es, que no permiten la autoría sino de las personas referenciadas en el correspondiente tipo⁷²⁷.

Si no existe tal connivencia, habría que entender en los casos en los que el particular sea ajeno al contenido de la licencia que se le otorga, el concurso de normas habría que establecerse entre el delito establecido en el art. 320 y la pena resultante de resolver el concurso de delitos entre el delito de prevaricación y el delito urbanístico cometido en concepto de autor mediato atendiendo a las reglas de subsidiariedad, si no fuera por que el delito del art. 319, como se ha visto, es uno de subjetividad restringida que no admite la autoría mediata del sujeto no cualificado.

Entiende sin embargo ALASTUEY DOBÓN –aunque en relación al delito del art. 329- que cabe establecer un concurso de delitos en aquellos supuestos en que la conducta del funcionario realice alguno de los tipos del art. 320.2 y a la vez constituya una forma de participación en el delito del art. 319⁷²⁸: los problemas de *bis in idem* son los mismos que plantea la solución que ofrece también la autora cuando admite el concurso entre el número 1 del art. 320 y el art. 319 ya analizados⁷²⁹.

Finalmente, en relación con los concursales que se plantean en sede del art. 320.2 ha de tenerse en consideración la posibilidad, no ya de castigar al funcionario en atención a lo dispuesto en el art. 319 por una o por otra vía, sino si es posible castigar al particular que lleve a cabo la obra de urbanización, la construcción o la edificación con una autorización nula, por haber incidido en el funcionario para que éste, fuera de los casos permitidos por la ley, se la concediese. En este sentido, admite la participación en la conducta castigada en el art. 320.2, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **5 de febrero de 2009**, Roj: SAP O 1780/2009, Nº de Recurso: 1/2009, Nº de Resolución: 27/2009, Ponente: JULIO GARCIA-BRAGA PUMARADA, confirma la condena de los acusados Eugenio e María Cristina (unidos en matrimonio, siendo él el Alcalde y ella la que presenta la solicitud de licencia de una propiedad que les pertenece en común), como **autor él y cooperadora necesaria** ella del delito de prevaricación cometido.⁷³⁰

⁷²⁷ No admite la autoría mediata en el art. 319: GÓMEZ TOMILLO, M., Urbanismo, Función pública y Derecho penal, cit., pág. 205.

⁷²⁸ ALASTUEY DOBÓN, M.C., “El ámbito de aplicación del art. 329: examen de sus conductas típicas”, cit., pág. 37.

⁷²⁹ En este sentido se ha manifestado también la STS 1073/2003, de 30 de septiembre (RJ/2003/6316). En ella se castiga a un alcalde como autor de un delito de “prevaricación ambiental” del art. 329 y además como autor de un delito ecológico del art. 325. ACALE SANCH EZ, M., señala que la sentencia olvida que el bien jurídico protegido en el art. 329.2 no es exclusivamente la función pública, sino que si precisamente se ha impuesto pena mayor que en el delito de prevaricación del art. 404 es por su naturaleza de delito pluriofensivo, pues junto al anterior, también se protege al medio ambiente: se olvida el juzgador de abarcar esta básica cuestión a lo largo de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Paradójicamente, en la STS 44972003, de 24 de mayo (RJ/2003/4387) el mismo magistrado ponente en esta otra, castiga a un funcionario que no realiza sus labores de inspección como autor de un delito del art. 329.1, sin que le impute en comisión por omisión la comisión del art. 325.

⁷³⁰ Como supuestos en que el autor del art. 319 necesita de la colaboración del autor del art. 320 encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **11 de noviembre de 2009**, Roj: SAP J 1278/2009, Nº de Recurso: 13/2009, Nº de Resolución: 210/2009, Ponente: JOSE CALIZ COVALEDA, Sentencia procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Villacarrillo, dictada con conformidad que recoge como Hechos declarados probados: “*el acusado D. Rafael a comienzos de abril de 2.006 promovió la construcción de una nave industrial con unas dimensiones de 15 metros de fachada, 10 de fondo en el denominado Paraje La Platera X 527630,40*”

No obstante, puede plantearse que si se castiga al particular por el delito urbanístico del art. 319 y simultáneamente como participe a través del art. 320, quizás, por abarcar la afección al bien jurídico función pública, se esté valorando dos veces de forma negativa la afección al bien jurídico ordenación del territorio. Desde luego, que defender en virtud de la posible violación del principio non bis in idem la impunidad de la conducta, sería beneficiarle a efectos de pena en comparación con la que le correspondería a cualquier persona que induzca a un funcionario público a cometer un delito de prevaricación⁷³¹. La alternativa que se podría plantear⁷³² sería la de castigar al

Y4252405,23 (con superficie de 726 metros cuadrados) en la localidad de Torres de Albánchez, suelo clasificado como no urbanizable de especial protección al estar ubicado dentro del Parque Natural de Cazorla Segura y las Villas, no siendo la obra susceptible de legalización.

El acusado había obtenido del Ilmo. Sr. Alcalde de Torres de Albánchez, el acusado Hugo con fecha 18 de abril de 2.006 autorización por escrito para llevar a cabo la mencionada obra pero sabía que necesitaba licencia de obras y visto bueno de medio ambiente por lo que en fecha 3 de julio lo solicitó en forma al Ayuntamiento cuyos técnicos informaron desfavorablemente al igual que los de medio ambiente.

Esta autorización fue dictada por el acusado Hugo al margen de la legalidad urbanística con infracción grosera de los más esenciales requisitos procedimentales, careciendo entre otros del preceptivo informe de la Consejería de Medio Ambiente, y no habiendo ni siquiera incoado expediente administrativo alguno.

La edificación construida no es autorizable conforme a lo previsto en este tipo de suelo en el PO del Territorio de la Sierra de Segura, Plan Rector del uso y gestión del Parque Natural de Cazorla Segura y las Villas y LOUA.

El acusado Rafael, antes del juicio oral ha manifestado ante la Sala su compromiso de llevar a cabo la demolición de la edificación objeto del presente procedimiento en el plazo de tres meses.”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **14 de enero de 2011**, Roj: SAP J 85/2011, Nº de Recurso: 116/2010, Nº de Resolución: 4/2011, Ponente: JOSE CALIZ COVALEDA :

“CUARTO.- En lo referente al recurso formulado por Juan (promotor), Gaspar (constructor) y Claudio (Arquitecto Superior), respecto a la edificación sita en el Paraje Puerta de San Marcos de Cambil de una casa unifamiliar para uso residencial de una planta de 209 metros cuadrados, con una piscina, reflejada en el hecho probado, en suelo clasificado como no urbanizable común, según las normas subsidiarias del municipio, no siendo la obra legalizable, y aun cuando en esta construcción el promotor el 20 de Enero de 2.005 solicitó licencia al Ayuntamiento adjuntando Proyecto Técnico suscrito por el acusado Arquitecto Superior Claudio indicando que la obra a realizar se ubicaba en suelo urbano, pero en realidad se estaba construyendo en suelo no urbanizable, como informó el aparejador municipal, por lo que evidentemente también los referidos acusados cometieron el delito por el que vienen condenados, y sin que el hecho de que el Alcalde de Cambil, Ildefonso , también acusado por un delito continuado de prevaricación, le otorgara la licencia de obras por Decreto de fecha 20 de Octubre de 2.005, pese y a sabiendas del contenido del informe anterior y prescindiendo del preceptivo informe jurídico del Secretario del Ayuntamiento, venga a modificar en modo alguno la conclusión obtenida por la juzgadora "a quo", de que la construcción llevada a cabo por el acusado se ha realizado en suelo no urbanizable y no susceptible de legalización, tal y como resulta de la documentación aportada, interrogatorio de los acusados, testifical de los Agentes de la Guardia Civil del Seprona, Aparejador Municipal del Ayuntamiento de Cambil, Secretario del Ayuntamiento, Informe del Inspector Provincial de Ordenación del Territorio Urbanismo y Vivienda de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía y demás técnicos actuantes; todo ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad penal en la que incurrió el Alcalde, como después veremos, por haber otorgado la licencia de obras, conocedor de la realidad de que se estaba construyendo en suelo no urbanizable.”

⁷³¹ Por lo que atañe al invocado principio del non bis in ídem, que el TC entiende incluido en el de legalidad -sentencia 2/1981 TC-, y que se dice resultaría violado si fuera aplicado el art. 320 con el 319.1, no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa.

particular como autor de un delito urbanístico del art. 319, en concurso con la inducción a la prevaricación del art. 404, a pesar de que el funcionario sea castigado por el delito del art. 320 y no por el de prevaricación administrativa. Con ello, no se estaría vulnerando la teoría básica en materia de autoría y participación en virtud de la cual, todos los intervinientes han de responder en atención al mismo hecho principal, con independencia de que se califique el mismo de forma distinta para autor y participe siempre que se parta de que la unidad de título de imputación se refiere a la imputación a autores y participes no ya de un concreto precepto penal, sino la participación de ambos en la realización de unos mismos hechos, con lo cual, el funcionario público o autoridad responderá por el art. 320 en concepto de autor y el particular, lo hará como participe en la prevaricación⁷³³.

3. Del art. 320.1 CP y 320.2 CP con otros delitos (Falsedades o cohecho):

MIR PUIG, C.⁷³⁴, indica al respecto que se ha dicho por la doctrina que el delito de prevaricación de funcionario público es un delito medial de los funcionarios por excelencia⁷³⁵. Así sucede cuando la resolución prevaricada haya de ser llevada a la práctica y su realización suponga el delito que aquél la prevé (concurso ideal de delitos).⁷³⁶

En opinión de SANTANA VEGA, M^a D. dada la absoluta preminencia que en la prueba de estos delitos tienen las documentales, no será inusual apreciar un concurso de delitos entre estos delitos relativos a la ordenación del territorio **y el de falsedades** (SAP Segovia de 23-11-04, F2).⁷³⁷ Para MIR PUIG, C. que cabe concurso ideal de delitos entre la prevaricación y la estafa o las falsedades.

En este sentido se pronuncia el Auto Audiencia Provincial de Barcelona, Penal sección 5 del **20 de Octubre del 2011** (ROJ: AAP B 6291/2011) Recurso: 413/2011 | Ponente: JOSE MARIA ASSALIT VIVES, al señalar:

⁷³² Según ACALE SANCHEZ, M., “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...*” op. Cit., pág. 359.

⁷³³ Pero, como ya se ha señalado anteriormente, para poder castigar en estos casos al particular como participe es preciso que exista un autor, por la teoría de la accesoriedad de la participación. Así pues en caso de que no exista autor no podrá existir un inductor, un cooperador necesario o un cómplice, e igualmente ocurrirá cuando el funcionario actúe sin dolo al encontrarnos ante un error de tipo, a no ser señala ACALE SANCHEZ, M. (“Delitos contra la Administración pública”, cit., pág. 587-588), que se pueda recurrir a un delito de falsificación de documento público cuando haya sido éste el medio empleado para hacer errar al funcionario público o autoridad o a un delito de usurpación de funciones públicas (STS 52/1993, de 18 de enero (RJ/1997/6482)).

⁷³⁴ MIR PUIG, C., “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*” Op. cit., pág. 79.

⁷³⁵ Así JOAN J. QUERALT. Derecho Penal Español, PE. Vol II, 1987, pág. 602.

⁷³⁶ Sin perder de vista lo apuntado al principio relativo al concurso de leyes entre el 404 y el 320.2 a resolver por el principio de especialidad.

⁷³⁷ Vide SANTANA VEGA, M^a D., en “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*” dir. CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., Op. Vid., pág. 728.

“...el procedimiento penal se sigue también por otras conductas que pueden hallarse incardinadas en otros tipos penales: sobre la ordenación del territorio: artículo 320 del Código penal; y falsedades en documentos públicos y oficiales: artículos 390 y siguientes el propio Código”.

Y las siguientes sentencias: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6, de fecha **2 de mayo de 2011**, Roj: SAP GC 416/2011, Nº de Recurso: 58/2010, Nº de Resolución: 46/2011, Ponente: CARLOS VIELBA ESCOBAR, el Ministerio Fiscal califico, con respecto *“a Torcuato los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación urbanística de los artículos 320 y 404 en concurso ideal como cooperador necesario de un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319⁷³⁸ y 338, interesando igualmente la demolición de lo*

⁷³⁸ Con respecto al art. 319 CP señala: *“Respecto del mencionado tipo penal, la editorial La ley publica un excelente trabajo titulado "El delito urbanístico en la jurisprudencia reciente" elaborado en junio de 2008 por D. JOSÉ LUIS DÍAZ MANZANERA Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el que se procede al estudio de 470 sentencias dictadas por las diferentes Audiencias Provinciales sobre la materia.*

Todas las destinadas a viviendas familiares se consideran incluidas, de cualquier superficie, tratándose del supuesto que más se ha presentado (AAPP Almería 9-6-03, Málaga 13-6-03, Granada 16-2-05, Pontevedra 28-3-06, junto a otras muchas Sentencias). La Sentencia de Granada citada habla de viviendas unifamiliares aisladas no vinculadas directamente a explotaciones agrarias.

Una vivienda de 56,43 m2 con un porche 67,88 m2, pues cuenta con todos sus elementos constructivos de cimentación, puertas, ventanas, tejado, chimenea, etc., siendo una extensión no despreciable (AP Burgos 29-3-03).

Vivienda con bloques de hormigón blanco y cubrición y placas de fibrocemento (AP Pontevedra 28-3-06).

Vivienda de 50 m2 que se ejecutó con materiales de chapa y madera (AP Málaga 19-4-06).

Construcción de naves industriales (AP Castellón 6-3-06, AAP Sevilla 4-12-06).

Nave industrial de 400 m2 (AAPP Santa Cruz de Tenerife 28-3-03, Málaga 11-6-03, Auto AP Madrid 11-5-05, AP Jaén 13-7-06).

Nave de 600 m2 y 8 metros de altura (AP Almería 9-6-03).

Nave-almacén industrial para material de riego agrícola (AP Toledo 27-3-06).

Las edificaciones de nueva planta (Autos AAPP Madrid de 28-10-03 y Girona 7-1-02), aunque no sean de envergadura o volumetría considerables, es obra nueva (AP Valencia 24-2-03).

Chalet (AP Murcia 16-10-03).

Nave de 525 m2 (AAPP Murcia 16-10-03, La Coruña 7-3-00 y Ciudad Real 25-11-05).

Albergue rural en planta baja de 70,53 m2 (AP Alicante 12-6-03)

Local para autoescuela (AP Ciudad Real 9-11-04).

Local para merendero de 56,43 m2 y porche de 67,88 m2 (AP Burgos 29-3-02).

Galpón o alpendre (cobertizo grande o almacén) de 16x25 metros y 4,50 metros de altura (AP La Coruña 4-2-03), o de 15x5,95 metros (AP La Coruña 10-9-02) (posible excepción a las características manifestadas, pues tal vez le faltaría el destino a habitación o reunión).

Nave para aperos agrícolas (AP Valladolid 1-12-98, AP Sevilla 22-12-06) (le faltaría también el destino a habitación o reunión). No obstante es mayor el número de Sentencias que no la consideran «edificación».

Todas aquellas pequeñas edificaciones de los particulares, bien para refugio a los aperos agrícolas, bien para un mínimo de hábitculo para una zona de recreo de la familia (AP Cádiz 3-7-02) (posiblemente le faltaría la característica de la escasa entidad). Una cochera de 35 m2 para aparcar camiones, junto a un muro para delimitar el perímetro de la finca rústica del condenado (AP Jaén 27-5-03) (le faltaría la característica del destino a habitación y la escasa entidad).

Caseta de 48 m2 y 4 metros de alto a base de pilares de hormigón, cubierta de teja y solera de hormigón (AP La Coruña 18-12-01). (No dice si se destina también al hombre).

Ampliación en planta alta de una vivienda (AP Granada 6-4-05). (Se entiende que altera la configuración arquitectónica de la edificación).

Casa prefabricada móvil de 30 m2 sobre una solera de hormigón de 28 m2 y con fosa séptica: todo esto la convierte en una edificación permanente, fija y estable (AP Pontevedra de 14-2-05, AP Jaén

5-10-05, AP Málaga 9-10-06, AP Madrid 14-5-07). (Tal vez le falta la escasa entidad, planteándose si afecta no o no al bien jurídico protegido).

Casa de madera sobre una base de hormigón de 100 m²., que no es móvil (AP Málaga 20-3-07).

El cambiar el uso propio agrario y la estructura de la nave existente de 30x48 metros por otra que modifica su destino y se amplía y altera su configuración arquitectónica y su volumetría (AP Sevilla de 23-1-04).

Nave-almacén para materiales de riego agrícola (AP Toledo 27-3-06).

Una vivienda que supone la ampliación de una casa de aperos ya existente (AP Málaga 6-7-06).

Un cortijo (AP Málaga 11-7-06).

No se trata de una mera extralimitación en la ejecución de la obra prevista en la licencia obtenida para colocar una puerta y ventana, y arreglar el tejado, sino que se trata de una construcción nueva que nada tiene que ver con el permiso de obra menor solicitado (AP Jaén 19-9-06, que aunque se refiere a un supuesto de aplicación del párrafo primero de 319, sería aplicable también a «edificación»).

Por el contrario, no se ha considerado que sea «edificación» (de las cuatro características que se han citado anteriormente se colocan en cada supuesto las que le faltan a cada una). Una caseta para usos pecuarios, y dos cobertizos, uno con paja para animales y otro para el ganado (AP Madrid 16-9-05). No se destina a albergar personas ni tiene entidad suficiente.

Caseta de aperos de labranza (AAPP Valencia 28-7-04, Cádiz 14-4-04, Burgos 29-3-03, Granada 27-4-05). Igual que el anterior.

Caseta para almacén (AP Alicante 19-11-99). Igual que el anterior.

Nave de chapa de 254 m² que se destinó a almacén de una fábrica de calzado (AP Alicante 19-11-99). No se destina a albergar personas.

Nave agrícola de 88 m² (AP Cáceres 20-6-02). No se destina a albergar personas y no tiene entidad.

Estructura metálica atornillada dentro del perímetro delimitado por un muro preexistente, destinada a almacén de mercancías objeto del negocio (AP Almería 7-2-03). Igual que el anterior.

La reconstrucción de una caseta agraria donde se produjeron excesos de obra o inadecuación (AAPP Jaén 21-1-03, Cádiz 14-4-04). Igual que el anterior y además tampoco es una obra de nueva planta.

La rehabilitación de una casa antigua, preexistente, teniendo licencia para reparar la cubierta, fachadas y sustituir los marcos. El acusado se extralimitó y amplió las obras para construir un ascensor y para iniciar la construcción de una nueva edificación contigua a la casa, que no estaban amparadas en la licencia. No obstante, no se considera delito porque las ejecutó dentro del perímetro de su finca, sin perjuicios a terceros, siendo la vía administrativa más correcta (Auto AP Cantabria 22-12-03). Se considera rehabilitación o ampliación que no afecta a la configuración arquitectónica del edificio ni tiene entidad suficiente.

La reconstrucción o rehabilitación de lo que en su día fue una casa-cortijo, cuyas dimensiones de fachada, altura, superficie y volumen apenas se han visto afectadas (AP Jaén 21-1-03). No es una nueva planta, ni afecta la rehabilitación a la configuración arquitectónica.

La reconstrucción de una antigua casa cortijo de uso residencial con fines agrícolas considerada como «edificación tradicional», entendiéndose que «reconstruir» es demoler la antigua edificación y su sustitución por una nueva de similares características dirigida al mismo uso, no exigiéndose en la normativa que la nueva edificación haya de ser idéntica a la sustituida ni en su forma, ni en sus dimensiones (salvo la superficie máxima), ni en su aspecto exterior arquitectónico (AP Granada 23-6-06, AP Jaén 9-3-07).

Ampliación de edificación preexistente, que supuso una mínima alteración de la situación preestablecida con ínfima o nula repercusión sobre el entorno, siendo a lo sumo infracción administrativa. En 1991 construyó el acusado un edificio de 80 m² a partir de una edificación preexistente de 30 m² y sin licencia. En 1999 hizo un nuevo cuerpo de edificio de 25 m². (AP Alicante 25-11-04, AP Jaén 3-7-06). Igual que el anterior.

Casa de 40 m² de superficie y una altura escasa, solo en parte baja. La construcción no era grande, cercanas hay otras (AP Granada 25-11-03). No tiene entidad suficiente.

Una obra de reparación o rehabilitación de otra ya existente (AP Valencia 24-2-03). No es obra nueva ni reparación que afecte a la configuración arquitectónica.

Construir sobre lo ya existente o adecentar o modificar lo ya edificado, o elevar lo ya edificado para armonizarla con los vecinos (AP Almería 28-10-00, Auto AP Girona 7-1-02). Igual que el anterior.

Obras consistentes en sustituir elementos constructivos ya existentes por otros dotados de mayor vocación de permanencia, sin producir una alteración material del terreno a los efectos del bien de interés cultural (AP Granada 15-5-06).

construido". En el FJ 7º señala: *SEPTIMO.- Respecto de Torcuato los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 320 en relación con los artículos 404 y 338 del Código Penal.*⁷³⁹

Acondicionamiento de edificaciones ya construidas (Auto AP Madrid 28-10-03). Igual que el anterior.

Extralimitarse una pequeña parte en la ubicación de una vivienda familiar que se ha construido en terreno propio (AP Salamanca 25-6-03). Igual que el anterior.

Un refugio de 30 m2 en una parcela de 2.000 m2 (AP Cádiz 3-1-00). No se considera que tenga entidad suficiente.

Un vallado del terreno (AAP Murcia 24-11-06), la excavación realizada y las edificaciones pequeñas detectadas, que pueden ser incluso viviendas siempre que el dueño se dedique a la agricultura como medio de vida (AP Zaragoza 15-6-99). Tienen escasa entidad.

La actuación encaminada a preparar, terraplanar y parcelar el terreno rústico de su propiedad, incluyendo la construcción de caminos en su interior (Auto AP Córdoba 27-2-03). No se sabe lo que se quería edificar; no habría consumación, y al no ser posible la tentativa la conducta queda impune.

Un cobertizo para cubrirse y una caseta, esta última desmontable, salvo la pared delantera que es de obra (AP Valencia 24-10-02). No se destina a reunión de personas, no tiene entidad suficiente y no son permanentes o fijas al suelo.

Dos cobertizos de 25 m2 que se construyen adosados a una vivienda ya existente de 138 m2: tienen escasa entidad que no afectan al bien jurídico protegido (AP La Coruña 8-5-02), y no se destina a reunión.

Un cobertizo de 420 m2 ampliando una nave existente en una parcela propiedad del acusado, que no deja de ser un espacio diáfano con un techo apoyado en la nave legalizada y con las pilastras al lado contrario (AP Madrid 27-10-04). No se destina a reunión de personas.

Edificación auxiliar de 65 m2 para cochera y trastero sobre parcela donde ya existe una vivienda. Además está en suelo no urbanizable pero no está sometido a especial régimen de protección y entre sus usos está el residencial (AP Ciudad Real 25-11-05). No se destina a habitación y no tiene entidad suficiente.

Un edificio para «granja-escuela» para personas que padecen enfermedades mentales en suelo no urbanizable por ser de interés social y por no ser contraria a las normas urbanísticas vigentes (AP Madrid 24-10-05). Aquí se absuelve por otras causas.

Cocina campera de 65 m2 con porche de 50 m2 (AP Madrid 17-10-05). No se destina a reunión y tiene escasa entidad.

Caseta desmontable de chapa, techado de una barbacoa con madera de teja y relleno de tierra vegetal (AP Salamanca 3-2-06). Se considera de escasa entidad.

Casa prefabricada de madera esencialmente móvil y desmontable, e incluso hábil para ser transportada de un lugar a otro por estar constituida por paneles y otros elementos identificables (AP Alicante 30-5-06)".

⁷³⁹ *La prevaricación se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho(arts. 103 y 106 CE). Es claro que la función de control de la actuación funcional puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden Contencioso administrativo como el penal, cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino cuando, además, es arbitraria. Es claro que el control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa administrativa como la penal, reservando ésta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración.*

Además, el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso administrativo, sino aquellas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración. El sistema penal tiene, en consecuencia, un carácter fragmentario y es la última ratio sancionadora y es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión mas peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple

infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la trasgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública. Se hace necesario que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1993). Esta mención se efectúa por cuanto tanto la denegación de la licencia como la sanción impuesta por la ejecución de las obras ejecutadas sin la misma, fueron objeto de revisión por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en concreto por el Juzgado de lo Contencioso No3 de esta capital en los Autos de Procedimiento Abreviado 238/2003 con sentencia de 1 de marzo de 2004 .

Resulta necesario transcribir parcialmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2007 que resume la doctrina jurisprudencial acerca del delito que ahora nos ocupa y por el que han sido condenados los recurrente.

"El delito de prevaricación administrativa viene definido en el artículo 404 del Código Penal que sanciona "a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

Por lo tanto, se sancionan penalmente conductas realizadas por quienes forman parte de los órganos administrativos, con capacidad resolutoria, y dentro del ámbito propio de funcionamiento de la Administración Pública.

Debemos recordar aquí lo que se decía en la STS núm. 331/2003, de 5 de marzo recogido luego en la STS núm. 1658/2003, de 4 de diciembre. Como se decía en la STS núm. 1015/2002, de 31 de mayo, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras). La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

La jurisprudencia se ha ocupado de la cuestión en numerosos precedentes, estableciendo la diferencia entre la ilegalidad administrativa y la prevaricación. Así, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **16 de noviembre de 2010**, Roj: SAP CO 1632/2010, Nº de Recurso: 22/2010, Nº de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO, se acusa por: **“un delito de prevaricación urbanística del art. 320-2º, en relación con el art. 404 del Código Penal, y de un delito de falsedad del art. 390, 1.3º del mismo texto legal”** resolviendo al respecto que:

“No se trata de que el delito de prevaricación urbanística venga a absorber las expresiones falsas del documento, lo cual sí se produciría respecto de la expresión relativa a que se han cumplido las exigencias de la normativa urbanística, al poder cometerse ambos delitos de prevaricación y falsedad porque, como sostiene la STS 13-3-09, si además de prevaricar, se miente, haciendo constar por escrito lo que no es verdad, se colman las previsiones típicas del art. 390.1.4º del Código penal. Lo que ocurre es que esa falta a la verdad es, en el presente caso, por completo accesoria del documento, sin que afecte a los elementos esenciales del mismo ni altere su eficacia, la cual es ajena a la constancia o no de que el técnico municipal haya girado visita a la edificación de que se trate. Faltando, pues, uno de los requisitos del delito de falsedad, se impone la absolución del acusado por el referido delito.”

producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS núm. 226/2006, de 19 de febrero.

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS núm. 627/2006, de 8 de junio, en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002, con mayores indicaciones jurisprudenciales)".

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución.

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

Veamos ahora el posible concurso con delito de cohecho.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 4ª, de fecha **10 de julio de 2007**, Roj: SAP M 12900/2007, Nº de Recurso: 44/2001, Nº de Resolución: 97/2007, Ponente: JUAN JOSE LOPEZ ORTEGA, absuelve por un delito de **cohecho**, al existir dádiva en relación al informe del funcionario. En efecto, la mencionada resolución señala que: “...*el aparejador municipal aceptó una recompensa por informar favorablemente las licencias urbanísticas solicitadas por SEAT, la cuestión se centra en determinar el carácter justo o injusto del acto objeto de cohecho, es decir, del dictamen emitido por el acusado*”.⁷⁴⁰

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolutoria), Sección 1ª, de fecha **26 de noviembre de 2002**, Roj: SAP GC 3179/2002, Nº de Recurso: 60/2002, Nº de Resolución: 190/2002, Ponente: EMILIO JESUS JULIO MOYA VALDES, en la que “*la acusación particular considera que todos los imputados, con las variables que en su propio escrito expone, bien principal o bien alternativamente son autores de los delitos continuados contra la ordenación del territorio previsto y penado en el artículo 320 del Código Penal, del delito de desobediencia de resoluciones judiciales previsto y penado en el art. 410 del CP y del delito de prevaricación al que se refiere y castiga el artículo 404 del Código Penal, excepto el imputado Ángel al que la acusación particular solo le imputa un delito contra la ordenación del territorio y, en su caso, otro de prevaricación, pero no uno de desobediencia*”, la Sala viene a recordar la relación concursal entre ambas normas⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Finalmente la Sala lo absuelve al entender que: “*SEAT solicitó y obtuvo licencia para parcelar, segregando la finca matriz en tres fincas independientes. Mas, lo que a los fines de la calificación hay que destacar, es que en este hecho ninguna intervención ha tenido el funcionario municipal don Gregorio, a quien, por tanto, ninguna actuación u omisión le es imputable en relación con el otorgamiento de la licencia de parcelación.*”

En efecto, la competencia para tramitar la licencia de parcelación correspondía a la Gerencia Municipal de Urbanismo, que resolvía la solicitud de "propia manu", sin recabar informes ni mantener comunicación alguna con las juntas municipales de cada distrito, ni tan siquiera los antecedentes relativos a otras licencias anteriores”.

⁷⁴¹ “*TERCERO: En cuanto al delito de prevaricación, el artículo 404 del Código Penal castiga a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo" y, por su parte, respecto al delito contra la ordenación del territorio contemplado en el artículo 320 del CP se castiga con las mismas penas previstas para el de prevaricación, por un lado, en su primer párrafo a "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes" y, por otro, en su segundo párrafo, con las mismas penas, a "la autoridad o funcionario público que por si mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia". El delito contra la ordenación del territorio contenido en el art. 320 no es sino una prevaricación específica, existiendo entre tal delito y la prevaricación contenida en el art. 404 un concurso de normas a resolver en favor de la primera norma citada por aplicación del principio de especialidad contenido en el art. 8.1ª del CP. La estructura del tipo del 320 contiene elementos de la prevaricación general del art. 404 del CP y además elementos específicos descritos en el art. 320, pero tienen un punto de partida inexcusable, previo al análisis del resto de los elementos, y es que haya habido una resolución arbitraria, sin embargo en autos no aparece resolución arbitraria alguna en el sentido en el que dicho elemento es interpretado por doctrina y jurisprudencia.*”

Téngase en cuenta que, según la doctrina, el interés jurídicamente protegido es la adecuación de la actividad pública a la Ley, porque la actividad administrativa, gubernativa y por supuesto la política, se rigen por el principio de oportunidad y conveniencia, pero siempre en el marco de la legalidad y siendo este bien jurídico idéntico al que preside el control administrativo y el jurisdiccional contencioso-administrativo, la aparición de este ilícito como delito es una cuestión esencialmente cuantitativa. Ello explica que la doctrina y la jurisprudencia en numerosísimas sentencias anteriores y posteriores a la

4. Delito continuado:

Finalmente es de examinar esta modalidad delictiva. Aprecian la concurrencia de delito continuado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **9 de diciembre de 2011**, Roj: SAP GC 2437/2011, Nº de Recurso: 26/2010, Nº de Resolución: 113/2011, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA⁷⁴², y la Sentencia de la Audiencia Provincial de

entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, hayan exigido a la conducta para que sea delictiva requisitos que expresan con variados adjetivos, como evidente, flagrante, clamorosa, patente, notoria, incuestionable, deliberada, falta de razonamiento, torticera o que "tuerce el derecho"; con desprecio olímpico de la legalidad y, después de la entrada en vigor del nuevo Código, estrictamente dolosa en el sentido directo y no eventual, maliciosa, arbitraria y en consecuencia caprichosa, soberbia, prepotente, grosera, presidida por la satisfacción de un fin particular, o con desprecio del interés público, etc. Todo ello evidencia la preocupación de los juristas de evitar la criminalización de toda la actividad administrativa, así como la de no convertir al derecho punitivo en la "prima ratio" y no en la última como es su lugar, en virtud del llamado principio de mínima intervención, que tiene su antecedente en el jurisprudencial de que las normas penales son de interpretación estricta y no admiten ampliaciones, torcimientos y menos analogías en la aplicación de los tipos que definen el delito.

Tales criterios han sido plasmados en multitud de sentencias del Tribunal Supremo. Así, la de 3 de febrero de 1995, que desestima la existencia del delito si podía la conducta acomodarse posteriormente a la normativa administrativa convalidación; la 422/95 de 25 de marzo; la 541/95 de 5 de abril; la de 14 de julio de 1995; la de 2 de noviembre de 1995; la de 30 de enero de 1996; la 290/96 de 14 de marzo; la 155/97 de 7 de febrero, que se refiere a la "intención dolosa"; la 278/97 de 5 de marzo, que se refiere de manera especial al supuesto de duda sobre la legalidad del acto administrativo que ha de resolverse en favor del reo; la 707/97 de 12 de mayo que subraya la lesión de los intereses generales; la de 5 de noviembre de 1998 que se ocupa de la llamada infracción administrativa corregible ante aquella jurisdicción; la de 18 de noviembre de 1998; o la de 11 de octubre de 1999 que establece la necesidad de una "estruendosa injusticia" en la resolución administrativa, mientras que en la judicial basta la resolución injusta sin más calificativos. Como dice la STS de 21 de diciembre de 1999, el nuevo Código Penal ha venido a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho. Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, y la manifiesta contradicción con la justicia, son los elementos que caracterizan al acto arbitrario (sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio)".

⁷⁴² "ANTECEDENTES: "SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas efectuadas oralmente en el acto del Juicio, calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

un continuado delito contra la ordenación del territorio, tipificado y sancionado como prevaricación urbanística en el art. 320.1, en relación con el art. 404, y el 74.1, todos ellos del Código Penal;

un continuado delito contra la ordenación del territorio, tipificado y sancionado como prevaricación urbanística en el art. 320.2, en relación con el art. 404, y el 74.1, todos ellos del Código Penal;

un continuado delito contra la ordenación del territorio, tipificado y sancionado como prevaricación urbanística en el art. 320.1, en relación con el art. 404, y el 74.1, todos ellos del Código Penal, en concurso ideal con un delito de falsedad en documento público del art. 390.1.4o del Código Penal, de conformidad con el artículo 77.1 y 2 del mismo texto legal.

Todo ello en consonancia con los arts. 12, 14.3.c), 27, 80, 81, 93, 88, 146, 147, 152.2, 166.1.a, 168.1y2, y 170.1y4 de la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias aprobada por Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, del art. 8 a) de la Ley 6/1998, de régimen del suelo y valoraciones, de la ley 5/1987 sobre ordenación urbanística del suelo rústico de la Comunidad de Canarias, del decreto 80/1994, del art. 5.6.3.2 del Plan Insular de Ordenación Territorial de Lanzarote de 9 de abril de 1991 y demás concordantes del mismo, y del PGOU de Yaiza de 31 de marzo de 1973.

Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha **28 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 170/2010, Nº de Recurso: 114/2006, Nº de Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES, FJ 4º: *“Por otro lado, procede ahora analizar si concurren los elementos que le dan sustantividad propia al delito continuado, los cuales se han de analizar conforme a lo establecido en el art. 69 bis del C. Penal de 1973 y se corresponden con los que siguen:*

a) pluralidad de acciones u omisiones constitutivas de delito;

b) que tal pluralidad de acciones infrinja el mismo o semejantes preceptos penales;

c) que ofendan a uno o más sujetos;

d) que el sujeto o sujetos activos actúen en virtud de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión;

y e) cercanía espacio-temporal, (este último elemento ha sido introducido por la jurisprudencia, aunque expresamente no se recoge en el precepto legal).

*En el presente caso resulta evidente que **sí concurren**, pues los tres acusados, actuando de la forma antes expuesta, aprovechan una misma sesión de la Comisión de Gobierno para sin solución de continuidad emitir su voto favorable a la concesión de dos licencias y luego, cuando no habían pasado cuatro meses de la actuación anterior, dos de ellos, Pedro Francisco y Sacramento , (el tercero, Alejandro no asistió), se prevalen de una situación prácticamente idéntica, sesión extraordinaria de la Comisión de Gobierno, para votar a favor de la concesión de una nueva licencia.”*

Asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, Nº de Recurso: 263/2006, Nº de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 4º: *“Llegamos a tal conclusión puesto que bajo esta denominación de **proyecto básico y proyecto de ejecución** utilizamos un documento compuesto de varios "subdocumentos relacionados" que sirve de base para autorizar la realización del edificio en cuestión (**licencia de obra**). Por tanto no es posible considerar que nos encontramos ante una continuidad delictiva”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 15ª, de fecha **29 de junio de 2002**, Roj: SAP M 8611/2002, Nº de Recurso: 208/2002, Nº de Resolución: 323/2002, Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO, en el FJ 4º: *“el acusado dictó las resoluciones injustas de concesión de licencias tanto con anterioridad al 24 de mayo de 1996 como con posterioridad a esta fecha. Por lo cual, se dan los elementos necesarios para configurar el delito continuado con arreglo a ambos códigos. Ahora bien, como el delito continuado es único jurídicamente y ha quedado consumado con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, éste ha de ser el aplicable, sin que la decisión quede a la libre elección de la parte acusada”*.

(...) DÉCIMO.- Respecto del juicio de tipicidad, ninguna duda arbitra esta Sala en relación a la apreciación del delito continuado del art. 74, dada su construcción dogmática en relación a la secuencia temporal descrita en los hechos que se declaran como probados y la identidad sustancial entre las sucesivas licencias concedidas e informes emitidos. “

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 1ª del **23 de Marzo del 2012** (ROJ: SAP M 4963/2012), Nº de Recurso: 49/2011, Ponente: LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES, en el FJ 4º:

“CUARTO.- Los hechos referidos en el apartado 3º A y B son constitutivos de un delito continuado de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP. La continuidad viene determinada pues la ejecución de los actos ilícitos se realizó aprovechando idéntica ocasión quebrantando el mismo precepto legal en las dos acciones definidas.

Como establece la STS de 27.11.09 "la prevaricación, especial por urbanística, que sanciona el art. 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio. Mas tal elemento normativo aparece reflejado en el factum que relata como secuencia sin soluciones de continuidad, dentro del plan unitario, la irregularidad en el informe, la consiguiente resolución administrativa y el final quebrantamiento de la ordenación territorial.....no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa". En el mismo sentido la STS de 28.05.09 "delito de prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal. La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción de deber del funcionario, que ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo, tutela. La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar".

El funcionario público, aparejador o arquitecto técnico, informó favorablemente la concesión de la licencia para la construcción de 12 viviendas unifamiliares adosadas en hilera en una parte de la FINCA000 " y posteriormente en un segundo dictamen informó favorablemente la licencia de obras para las 32 viviendas. A sabiendas de que el Proyecto incumplía la Ordenanza Urbanística específica de Ciudad Jardín en cuanto a la tipología. La ordenanza de Ciudad Jardín no admitía la construcción en hilera, sino viviendas aisladas o pareadas de dos en dos. Al otorgarse la licencia se vulneraron los artículos 6.8.2 y 6.8.3 de las NNUU de Plan, dando lugar a una infracción manifiesta y grave de la normativa urbanística reguladora de la situación de las edificaciones". Subsumible en los artículos 186 y 226 T.R.LS. y 34 y 54 del Reglamento de Disciplina Urbanística (RD2187/78).

El artículo 54. 1 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística, establece que "las infracciones urbanísticas se clasifican en graves y leves.3. Tendrán el carácter de graves las infracciones que constituyan incumplimiento de las normas sobre parcelaciones, uso del suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación permitida de la superficie de las parcelas, salvo que en el expediente sancionador se demuestre la escasa entidad del daño producido a los intereses generales, o del riesgo creado en relación con los mismos".

La continuidad delictiva se produce desde el momento en que en dos momentos diferentes, en enero y agosto de 1999, y para dos urbanizaciones diferentes, realizó dos acciones consistentes en la emisión de sendos informes favorables a sabiendas de que los proyectos vulneraban las normas urbanísticas."

CAPITULO V

DISPOSICIONES COMUNES, CONSECUENCIAS JURIDICAS Y CUESTIONES PROCESALES

A. Disposiciones Comunes:

Procede hacer referencia, ahora, a las disposiciones comunes que se encuentran en el Capítulo V del Título XVI, y que son las siguientes:

- 1. Artículo 338 CP: “Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas.”**

La misma redacción legal excluye cualquier comentario y digna de parabién pues los Espacios Naturales protegidos son como preciosas joyas de la naturaleza.

Encontramos un ejemplo en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (absolutoria), Sección 3ª de fecha **29 de marzo de 2012**, Roj: SAP S 4/2012, Nº Recurso: 57/2011, Ponente: PAZ MERCEDES ALDECOA ALVAREZ-SANTULLANO, en la que *“El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas efectuadas oralmente en el acto del juicio, consideró que los hechos eran constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en los arts. 320.2 del Código penal en relación con el artículo 404 del Código Penal y 338 del Código penal y, subsidiariamente, entendió que tales hechos eran constitutivos de un delito de prevaricación del art. 404 del Código penal”*, sin embargo el fallo fue absolutorio.

Asimismo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gran Canaria, Sala de lo Penal, sección 1, de fecha **18 de Julio del 2011** (ROJ: SAP GC 1981/2011), Recurso:

⁷⁴³ “SÉPTIMO.- Ordinal 2º, parte segunda del recurso de apelación: Respecto de la indebida aplicación del artículo 338 del Código Penal pues se habría infringido el principio de la proscripción de la doble punición (“non bis in idem”), la sentencia de instancia aborda el estudio de la cuestión, dentro del fundamento de derecho primero, a partir del párrafo segundo del folio 794.

Como punto de partida conviene recordar la compatibilidad de ambas figuras delictuales, pues partiendo del régimen general de protección penal del art. 319 del CP, el subtipo agravado del art. 338 se sustenta en un plus de reprochabilidad en atención a la especial configuración del suelo afectado. **El Tribunal Supremo ya admitió expresamente dicha compatibilidad - STS 1.250/2001, de 26 de junio** ; citada correctamente por la Juzgadora de instancia-, señalando al efecto que “El artículo 338 citado se inserta en las Disposiciones comunes aplicables a los delitos previstos en el Título XVI, es decir, los relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, estableciendo una agravación específica cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. Sin embargo, el tipo cualificado contra la ordenación del territorio que se ha aplicado en este caso, 319.1, no incluye «per se» dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el artículo 338 CP, y recuerda la Audiencia, sino que se limita a castigar a los 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, luego la agravación implica algo cualitativamente distinto, es decir, que el espacio natural esté reconocido y haya sido ya calificado administrativamente como protegido, y siendo ello así debió operar la agravante específica, pues el delito base no comporta dicha cualidad fáctica específica. Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que el artículo 319.1 CP parte de un planteamiento protector general, mientras que la agravación reconoce un plus de protección cuando, además de los valores referidos en aquel precepto, el espacio natural haya sido reconocido como protegido.”

Desde esta perspectiva debe reconocerse que la cuestión sometida al examen de esta Sala presenta un componente eminentemente fáctico, y no solo en atención a la categoría del suelo afectado, sino incluso respecto de determinadas circunstancias puestas de manifiesto por la Juez a quo que ponen de relieve la especial lesión del bien jurídico tutelado por el subtipo agravado del art. 338.

Respecto del suelo afectado por la actuación que se imputa al recurrente, **ninguna duda se suscita de que se trata de un espacio Natural Protegido sujeto a la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, denominado “Paisaje Protegido de Pino Santo - C-23”**, tal y como así consta en el informe técnico emitido por la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural del Gobierno de Canarias -folios 126, 222 a 227-, tomado en consideración por la sentencia de instancia, estando calificado en el Plan General Municipal de Ordenación de Las Palmas de Gran Canaria como suelo rústico de protección medioambiental.

Por tanto, las especiales características que rodean la zona afectada, y que lo han configurado como un espacio natural protegido que implica por tanto un reforzamiento de la protección legal precisa para su conservación, se plasman en una mayor tutela penal que solo al legislador incumbe, sancionando por tanto más duramente la conducta típica cuando quedan afectados suelos a los que la propia Administración pretende otorgar una mayor protección. De mantener la tesis del recurrente, el subtipo agravado quedaría vacío de contenido mediante una interpretación contra legem que resultaría contraria al principio de legalidad, no compartiendo en tal sentido esta Sala la tesis sostenida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz citada por la Juez a quo. Pero es que incluso de mantenerse dicha tesis, que va más allá de la interpretación que del precepto da el Tribunal Supremo, la Juez de instancia expone primero en su declaración de hechos probados, y luego al fundamentar tal planteamiento -al final del segundo párrafo del folio 795-, que la actuación del acusado supuso una auténtica alteración de valores naturales esenciales anudados a la especial protección dispensada por la normativa autonómica protectora de los Espacios naturales, no tratándose de una mera afirmación sino la proyección de una razonada convicción fuertemente asentada en prueba de cargo sólidamente incorporada al plenario, en especial el informe del Servicio de Medioambiente emitido en fecha 28 de diciembre de 2006.

Ni siquiera cabe sostener como argumento colateral, un eventual desconocimiento de la altísima protección dispensada al suelo afectado, en términos tales que puedan proyectar el invocado error de prohibición -en realidad error de tipo como se ha dicho-, no ya respecto del tipo básico sino respecto del subtipo agravado. Más siendo trasladable también a éste las consideraciones ya apuntadas respecto de aquél, no podemos obviar, como tampoco lo hace razonadamente la juez de instancia, que al acusado se

Y en relación con el tipo objeto de estudio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 6, de fecha **2 de mayo de 2011**, Roj: SAP GC 416/2011, N° de Recurso: 58/2010, N° de Resolución: 46/2011, Ponente: CARLOS VIELBA ESCOBAR, que señala:

“Con respecto a Torcuato calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación urbanística de los artículos 320 y 404 en concurso ideal como cooperador necesario de un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319 y 338, interesando igualmente la demolición de lo construido. Igual calificación efectuó la acusación particular, interesando las defensas la libre absolución (...)”

“TERCERO: (...)Igualmente no puede ser objeto de discusión que no solo se trata de suelo rústico sino que el terreno (y por tanto la vivienda) se encuentra enclavada en el Paisaje Protegido de La Geria, protección otorgada por la Ley de Espacios Naturales de Canarias y que en la actualidad recoge el Anexo 1 del Decreto Legislativo 1/2000 antes citado, como así se recoge en el informe pericial elaborado por Desiderio y que no ha sido impugnado (protección que conlleva la aplicación del artículo 338) (...)”

“SEPTIMO.- Respecto de Torcuato los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de prevaricación del artículo 320 en relación con los artículos 404 y 338 del Código Penal.”

le hizo saber por agentes de Medio ambiente el 23 de abril de 2004 -folios 78, 79 y 86- que estaba llevando a cabo obras sin ningún tipo de autorización en un espacio natural protegido, requiriéndole para que las parara -folio 87, siendo así que el ahora recurrente hizo por completo caso omiso a un requerimiento que sin ningún tipo de dudas le dejaba claro cuál era el real alcance de su ilegal actuación, tal y como se constata en la nueva denuncia efectuada por agentes de Medio Ambiente en inspección realizada en fecha 8 de junio de 2004 -folio 115-, con amplia aportación fotográfica -folios 166 y ss-, y que gráficamente pone de manifiesto no solo el pleno conocimiento por parte del acusado de su proceder ilegal, sino de su absoluto desprecio hacia la legítima actuación administrativa, máxime en cuanto más de una semana antes -el 25 de mayo de 2004- le fuere notificada la Resolución 1543 de la Agencia de Protección del Medio Ambiente y Natural por la que se precintaban las obras.

Incluso aún después de esta segunda denuncia, los días 10 y 15 de junio, agentes del Seprona constatan la continuación de las obras -folios 6 y ss-, incluso cuando se llega al precintado el 29 de junio se patentiza la continuación en la ejecución de las obras -fotografías obrantes a folios 197 a 209- con evidente intención de sustraerse a una ilegalidad de las mismas que le eran del todo punto conocidas.

Para finalizar con este aspecto, resulta ineludible hacer mención a documentación que lejos de ser aportada por la acusación pública, lo es por la propia defensa, refiriéndonos al informe de medidas correctoras en la Finca Camino de Masapez-La Milagrosa elaborado a instancia del acusado por la entidad Gestión y Estudios de Naturaleza, S.L. -folios 323 a 330- en fecha 21 de junio de 2004, y que además de poner de manifiesto el altísimo valor ecológico de la zona afectada, con mención a numerosa flora recogida en la Orden de 20 de febrero de 1991, sobre protección de especies de la flora vascular silvestre de la Comunidad Autónoma de Canarias, hace hincapié en el pérdida de algunos ejemplares precisamente por las obras que se estaban ejecutando.

Por tanto y en suma, no es posible atender el motivo del recurrente de infracción del principio nem bis in idem al subsumirse los hechos declarados probados no solo en el tipo básico, sino en el subtipo agravado del art. 338 , pues la conducta de aquél supuso el plus de reprochabilidad tomado en consideración por el legislador según la interpretación que de ello ha dado la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Se desestima pues este motivo de impugnación.”

Finalmente Torcuato es condenado como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación a las penas de seis meses de prisión e inhabilitación para empleo o cargo público por espacio de siete años.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **11 de noviembre de 2009**, Roj: SAP J 1278/2009, N° de Recurso: 13/2009, N° de Resolución: 210/2009, Ponente: JOSE CALIZ COVALEDA, recoge: “*por el Ministerio Fiscal antes de iniciarse la vista, se calificaron provisionalmente los hechos procesales como constitutivos de un delito Contra la Ordenación del Territorio previsto y penado en el artículo 319.1 y 3 y 338 del Código Penal , en relación con la Ley 2/89 de 18 de Julio de Inventario de EMP de Andalucía y un delito de Prevaricación del artículo 320.2 del Código Penal y 338 del Código Penal, designando como autor del primer delito al acusado Rafael , y del delito de Prevaricación al acusado Hugo , y apreciando en el acusado Rafael las circunstancias modificativas de responsabilidad atenuante analógica del artículo 21.6º, en relación con el 21.5º, como muy cualificada.*

Hubo conformidad con los Hechos⁷⁴⁴ y acusación por lo que fallaron: “*Que debemos condenar y condenamos al acusado Hugo , como autor penalmente responsable de un delito de PREVARICACIÓN del artículo 320.2 del Código Penal y 338 del Código Penal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena aceptada de inhabilitación especial para el cargo de Alcalde o Concejal por tiempo de 10 años y un día e incapacidad para obtener el cargo público de Alcalde o Concejal y la de ser elegido para tales cargos por el tiempo de 10 años y un día, multa de veinticuatro meses a tres euros diarios con la responsabilidad personal subsidiaria de doce meses en caso de impago. Costas.*”⁷⁴⁵

⁷⁴⁴ “*Aparece probado por investigación sumarial y conformidad de las partes y así expresamente se declara que el acusado D. Rafael a comienzos de abril de 2.006 promovió la construcción de una nave industrial con unas dimensiones de 15 metros de fachada, 10 de fondo en el denominado Paraje La Platera X 527630,40 Y4252405,23 (con superficie de 726 metros cuadrados) en la localidad de Torres de Albánchez, suelo clasificado como no urbanizable de especial protección al estar ubicado dentro del Parque Natural de Cazorla Segura y las Villas, no siendo la obra susceptible de legalización.*

El acusado había obtenido del Ilmo. Sr. Alcalde de Torres de Albánchez, el acusado Hugo con fecha 18 de abril de 2.006 autorización por escrito para llevar a cabo la mencionada obra pero sabía que necesitaba licencia de obras y visto bueno de medio ambiente por lo que en fecha 3 de julio lo solicitó en forma al Ayuntamiento cuyos técnicos informaron desfavorablemente al igual que los de medio ambiente.

Esta autorización fue dictada por el acusado Hugo al margen de la legalidad urbanística con infracción grosera de los más esenciales requisitos procedimentales, careciendo entre otros del preceptivo informe de la Consejería de Medio Ambiente, y no habiendo ni siquiera incoado expediente administrativo alguno.

La edificación construida no es autorizable conforme a lo previsto en este tipo de suelo en el PO del Territorio de la Sierra de Segura, Plan Rector del uso y gestión del Parque Natural de Cazorla Segura y las Villas y LOUA.

El acusado Rafael, antes del juicio oral ha manifestado ante la Sala su compromiso de llevar a cabo la demolición de la edificación objeto del presente procedimiento en el plazo de tres meses.”

⁷⁴⁵ VERCHER NOGUERA, A., analiza ampliamente los Espacios Especialmente protegidos a cuyo trabajo nos remitimos, en “*La delincuencia urbanística...*”, op. cit., págs. 177 a 212.

2. Artículo 339 CP, medidas cautelares: “Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.”- Demolición

Este precepto se ha visto afectado por la reforma de la LO 5/2010. En efecto, antes de la reforma el precepto señalaba que “*los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar...*”. Como se observa, la reforma en este caso es doble, porque si bien se ha eliminado por un lado el potestativo “*podrán*” y se ha sustituido por el imperativo “*ordenarán*”, por otro, se elimina de la letra del precepto la referencia a la motivación⁷⁴⁶, que según ACALE SÁNCHEZ, M.⁷⁴⁷, carece de relevancia pues las decisiones judiciales no pueden ser arbitrarias.

Compartimos con ACALE SÁNCHEZ, M. la opinión de que la primera de las modificaciones ha de ser bien recibida: ha de entenderse que cuando sea necesario restaurar el equilibrio ecológico a consecuencia de un delito urbanístico, los jueces de lo penal en todo caso han de ordenarla, así como la adopción de otras medidas cautelares que sean “*necesarias*” para la protección de los bienes tutelados. Asimismo, somos de su opinión en cuanto a la obligatoriedad de la adopción de las medidas necesarias no solo para restaurar el equilibrio ecológico perturbado, sino que también debería ser en el caso de haber recaído sobre un suelo destinado por el planeamiento a vial.

Como ejemplo de lo anterior encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **28 de marzo de 2006**, Roj: STS 7937/2006, N° de Recurso: 2067/2004, N° de Resolución: 363/2006, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 30 de junio de 2004, Roj: SAP PO 1712/2004, N° de Recurso: 1011/2003, N° de Resolución: 14/2004, Ponente: ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ.) señalando que la Sala sentenciadora podía haber adoptado alguna decisión al amparo de las previsiones del art. 339 CP.

También, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (absolutoria), Sección 3ª de fecha **29 de marzo de 2012**, Roj: SAP S 4/2012, N° Recurso: 57/2011, Ponente: PAZ MERCEDES ALDECOA ALVAREZ-SANTULLANO.

“El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas... procediendo por aplicación del art.339 del Código Penal declarar la nulidad del Acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera de fecha 11-11-06 en el que se acuerda conceder la licencia de obra a la Entidad Prado Pernaza S.L. y consiguientemente, acordar la demolición de lo ilegalmente construido a cargo de los acusados, con reposición del suelo afectado a su estado anterior al inicio de las obras debiendo declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera. (...)

⁷⁴⁶ Vide ACALE SANCHEZ, M., “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...”, Op., cit., pág. 363.

⁷⁴⁷ Vide ACALE SANCHEZ, M., “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...”, Op. Cit., pág. 364.

FJ PRIMERO: *...La cuestión controvertida se centra en determinar si habiéndose inadmitido a trámite un recurso jurisdiccional contra un acto administrativo, por haber transcurrido con creces el plazo previsto en el art.46 de la L.J.C-A ; concurriendo por tanto la causa de inadmisibilidad del art.69.e) LJCA , cabe o no instar la nulidad del mismo acto en un proceso penal de forma conjunta al ejercicio de la acción penal y al amparo del art. 339 del Código Penal.*

Pues bien, no puede prosperar la excepción de cosa juzgada y ello, porque cuando el Auto declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo no formuló pronunciamiento alguno sobre la legalidad o ilegalidad del acuerdo impugnado, limitándose a apreciar la falta de concurrencia de un requisito procesal para el válido entablamiento del recurso, y dejando, por consiguiente, huérfano de valoración alguna al acuerdo objeto de la impugnación.

Ello conduce a la conclusión de que no concurren las identidades jurisprudencialmente requeridas para la apreciación de la cosa juzgada que se invoca, procediendo el rechazo de la excepción deducida por la defensa.

El fallo es absolutorio al entender que los hechos no son constitutivos de delito⁷⁴⁸.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, que decide no decretarla penalmente, en la medida en que no habían sido llamados a juicio terceros adquirentes de las viviendas de buena fe, dejando abierta por tanto la puerta a la actuación administrativa. En efecto, recoge el FJ 7º:

“...Resta por referirnos concretamente a la petición de demolición instada por Izquierda Unida los Verdes convocatoria por Andalucía, puesto que el Ministerio Fiscal no lo solicitó, y por Asociación Política Los Verdes por Andalucía , reclamó determinada cantidad de dinero para proceder a la demolición y sin embargo no insta expresamente la demolición.

La primera cuestión a plantearse es la posibilidad o no que desde esta jurisdicción se acuerde la demolición de las viviendas.

*Es indudable que al amparo de lo dispuesto en el **Art. 339 del Código Penal** es admisible la decisión de demolición o cualquier otra medida que tenga por objeto restaurar el orden urbanístico perturbado cuando atendiendo a las circunstancias concretas del caso se considere oportuno su adopción.*

⁷⁴⁸ “la Sala no entiende acreditado que el Alcalde y la Junta de Gobierno del Ayuntamiento hubieran dictado una resolución arbitraria cuando procedieron sin el preceptivo informe de la Consejería a la concesión de la licencia de obra. Y ello porque a que si bien a juicio de esta Sala y con la normativa en vigor en ese momento debió haberse solicitado, lo cierto es que si no lo hicieron fue precisamente, al menos es lo que consta de lo practicado en el juicio oral, porque siguieron los informes técnicos que en ningún momento así se lo indicaron, ante el convencimiento existente en ese momento de que la situación jurídica no había cambiado tras la entrada en vigor de la Ley 4/2006.”

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta declaración parece evidente que es una consecuencia específica y facultativa, como parte de la reparación del daño a la que se refiere el Art. 113 CP.

El efecto lógico en este tipo de delito es la declaración de nulidad de la licencia, así como proceder a su demolición, como la forma normal de reestablecer el orden urbanístico perturbado, pero en el caso sometido a consideración de la Sala ello no es posible. Decimos que no es posible puesto que no han sido llamados al proceso los terceros adquirentes de las viviendas, que pueden resultar afectados en sus derechos, por cuanto no han sabido del proceso o que no hayan podido mostrarse como partes en el mismo.

Consecuencia de lo anterior no es posible en esta jurisdicción acceder a la petición de demolición instada por la Acusación popular, por afectar presuntamente a terceros que no han sido oídos en la causa, ni tan siquiera han tenido oportunidad de intervenir.”

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS.

“El recurrente alega que no es factible un pronunciamiento penal de demolición del edificio en los supuestos de prevaricación urbanística, y que en cualquier caso no procede la remisión de las actuaciones a la autoridad urbanística correspondiente a los efectos de sí procede o no la demolición del edificio, ya que entiende que no es de aplicación la Ley 7/2002 de 17 de diciembre, de Ordenación urbanística de Andalucía.

Las alegaciones efectuadas por el recurrente relativas a sí en la jurisdicción penal es admisible o no acordar en sentencia la demolición del edificio, resultan innecesarias, ya que la única petición en tal sentido fue retirada por la acusación popular al elevar a definitivas su calificación provisional.

Es indudable que al amparo de lo dispuesto en el Art. 339 del Código Penal es admisible la decisión de demolición o cualquier otra medida que tenga por objeto restaurar el orden urbanístico perturbado cuando atendiendo a las circunstancias concretas del caso se considere oportuno su adopción.

La segunda cuestión planteada por el recurrente es que tampoco procede remitir la sentencia a la Conserjería de Obras Públicas y Urbanismo a los efectos de sí lo considera oportuno en su caso ordenar la demolición ya que la ley 7/2002 no puede tener efectos retroactivos. Tal cuestión escapa de esta jurisdicción, y será el organismo correspondiente el que resuelva sobre ello. La aplicación de la Ley de Ordenación urbanística de Andalucía al caso concreto que nos ocupa y sobre la retroactividad o no a de la misma es una cuestión que escapa de la jurisdicción penal, y será precisamente en la vía administrativa donde deba ser objeto de debate.

En consecuencia lo acordado por el Juzgador debe mantenerse en cuanto a este particular.

El sexto motivo de impugnación lo fundamenta la parte en la necesidad de que se condene a la acusación popular al pago de las costas procesales causadas por la entidad Turasa, al entender que aquella ha actuado con temeridad y mala fe.

La tesis planteada por la representación de la entidad Turasa no puede prosperar y ello porque su presencia en el pleito no se ha debido exclusivamente a la petición de demolición instada por la acusación popular, sino además por la petición de nulidad de la licencia de obras solicitada por dicha entidad al Excmo. Ayuntamiento de Marbella y en la que los acusados votaron favorablemente a su concesión y cuya beneficiaria lo fue la entidad recurrente.

La petición de demolición instada por la acusación popular y que mantuvo hasta elevar a definitivas su calificación provisional, en modo alguno se ha de considerar como temeraria. Tal petición se ajusta a la legalidad y al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que el delito que ha sido objeto de enjuiciamiento es contra la ordenación del territorio, y que dicha posibilidad tiene amparo legal en el Código Penal en el Art. 339.

Por tanto entender que la retirada de dicha petición necesariamente ha de dar lugar a la imposición de las costas procesales causadas por Turasa, no es ni proporcional ni ajustada. No olvidemos que la presencia de la recurrente en el procedimiento hubiese sido necesaria con o sin petición de demolición, se trata de un tercero que se ha visto afectado por las decisiones adoptadas en el presente procedimiento, es decir la nulidad de la licencia de obras y por tanto y a los solos efectos de no causarle indefensión era precisa y necesaria su presencia en el procedimiento.

Las razones expuestas por el Juzgador en el último párrafo del fundamento decimosexto justifican que no se imponga a la acusación popular las costas causadas por Turasa.”

Para ACALE SÁNCHEZ, M., dos son las dudas que el precepto despeja. El precepto establece dos tipos de medidas: **de restauración** y **cautelares**.

En primer lugar, las medias para restaurar el equilibrio ecológico no participan del carácter cautelar de las segundas, por la finalidad distinta que con la adopción de una y otra se persiguen (las primeras de restauración, y las segundas de paralización de los efectos perniciosos que con la infracción se perpetúan sobre los objetos protegidos), y por el distinto momento en que ha de ser adoptadas (de forma que la restauración del equilibrio ecológico solo será posible cuando dicho perjuicio se haya producido, y difícilmente podrá ser en los momentos iniciales del procedimiento, si se atiende a que ese desequilibrio será apreciable tras un periodo de tiempo). Las medias de restauración solo van a resultar aplicables cuando efectivamente se haya producido el perjuicio, resultado de lesión. Con la adopción de las medias cautelares para la protección de los bienes tutelados más que a ellos, el legislador se está refiriendo la adopción de medida para tutelar los otros bienes tutelados en el Título XVI, a través de los objetos materiales efectivamente agredidos en cada supuesto, respecto a los cuales se pueden tomar,

realmente, medidas de este tipo. La desobediencia a las órdenes de la autoridad será constitutivo de un delito de desobediencia grave del art. 556 CP, si es persistente⁷⁴⁹.

Asimismo, un ejemplo de medida cautelar lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 1972/2011, Nº de Recurso: 117/2010, Nº de Resolución: 114/2011, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO, al señalar: “*Como quiera que al iniciarse la investigación por los presentes hechos la edificación carecía todavía de certificado final de obras y de cédula de habitabilidad y existían ya indicios de su ilegalidad, el Juzgado Instructor, por Providencia de 13 de febrero de 2007, dispuso librar oficio al Ayuntamiento de Andratx a fin de que **no se expidiera el certificado final de las obras.***” También sirva como ejemplo la la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, Nº de Recurso: 147/2005. Nº de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en la que se ordena la **anotación preventiva de querrela, cuya finalidad era que aquellos que accedieran al Registro para cualquier anotación o inscripción tuviesen conocimiento de su existencia.**

En segundo lugar, se resuelve la cuestión de reconocer que el equilibrio ecológico puede verse perturbado por cualquiera de las agresiones incluidas en el Título XVI. En este sentido, hay que señalar⁷⁵⁰ que el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1994 carecía de un Capítulo semejante a éste, y se repetía en cada uno de los respectivos Capítulos la posibilidad de que el Juez o Tribunal ordenara, junto a las medidas tendentes para la protección de los bienes jurídicos protegidos, la adopción de medidas cautelares, entendiéndose que sólo en el Capítulo dedicado a los recursos naturales y al medio ambiente se podían ordenar medidas tendentes a restaurar el equilibrio ecológico.

Esta autora⁷⁵¹ entiende que la medida de restauración del equilibrio ecológico es aplicable en el Capítulo I, porque también aquí el medio ambiente es bien jurídico protegido. Añade que ello no significa que sea el único pues como tal, el Capítulo de disposiciones comunes, cumple su función de aglutinación de lo común: lo específico o privativo no tendrá cabida en él⁷⁵².

Finalmente veamos el art. 340.

3. Artículo 340 CP: “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.”

⁷⁴⁹ SAP de Almería 146/2010, de 4 de marzo, y SAP de Girona 146/2010, de 4 de marzo.

⁷⁵⁰ Siguiendo a ACALE SÁNCHEZ, M. “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...*”, Op., cit., pág. 366.

⁷⁵¹ Vide ACALE SÁNCHEZ, M. “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...*”, Op., cit., pág. 367.

⁷⁵² Vide ACALE SÁNCHEZ, M. “*LOS NUEVOS DLEITOS SOBRE LA ORDENACION...*”, Op., cit., pág. 366.

Este artículo contiene una regla de determinación de la pena. ACALE SANCHEZ, M.⁷⁵³ entiende que con ello, se le otorga un tratamiento penológico cualificado en las materias castigadas en el Título a la circunstancia atenuante genérica del art. 21.5 –“haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”–, adaptándola a las características específicas de unos delitos, como son los incluidos en el interior del Título XVI en los que al protegerse bienes jurídicos colectivos, difícilmente puede hallarse una “víctima”. Lo cierto, añade esta autora, es que se guarda silencio en torno al momento en el que el culpable ha de proceder a reparar el daño causado, como sí se hace en el art. 21.5 que se limita a un momento anterior al acto del juicio oral⁷⁵⁴.

B. Consecuencias Jurídicas:

De ellas, las más trascendentes son de orden penológico sin perjuicio de otras civiles y administrativas. Veámoslas:

1. Penas:

a) Prisión y multa:

La incorporación al Código de estas conductas en 1995 no tuvo, sin embargo, en consideración a efectos de pena, la mayor gravedad de la conducta del funcionario (sobre la del particular del art. 319 CP), de forma que éste salía beneficiado si se comparaba la pena dispuesta para él, y la dispuesta para el particular. En efecto, el

⁷⁵³ Vide ACALE SÁNCHEZ, M., “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...”, Op. cit., pág. 362-363. Cita a BAUCCELLS LLADÓS, J., “La atenuante de reparación del daño ambiental ante la Directiva 2004/35/CE de la responsabilidad ambiental”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), *Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, cit., pp. 427 y ss; PUENTE ABA, L.M., “La atenuación de la pena en los delitos contra el medio ambiente: entre la prevención y la reparación de los daños ambientales”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), *Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, cit., pp. 685 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J.M., “La reparación como instrumento de protección penal del ambiente”, QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., *Estudios de Derecho ambiental, Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, cit., pp. 747 y ss.; VIDALES RODRIGUEZ, C., “La reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. Análisis del artículo 340 del Código penal”, QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (coords.), *Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, cit., pp. 761 y ss.; POZUELO PÉREZ, L., “La reparación del daño al medio ambiente”, en JORGE BARRERIRO, A., (dir.), *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español*, cit., pp. 237 y ss; TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Artículo 325 del Código penal. Lecturas jurisprudenciales”, en el mismo, *Técnicas de investigación e infracciones medioambientales*, cit., pp. 155 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Delitos contra el medio ambiente*, cit., pp. 172 y ss.

⁷⁵⁴ Niega la aplicación de la atenuación la STS 1182/2006, de 29 de noviembre (RJ/2007/4521) con el siguiente argumento: “los términos en los que viene redactado el art. 340 del Código Penal evidencian que la norma exige una reparación efectiva y eficaz del daño causado, no una mera manifestación o propósito de intenciones de una futura reparación que no tora cosa supone el proyecto presentado, máxime teniendo en cuenta la persistente y contumaz conducta del acusado a resistirse desde el primer momento a aportar el Estudio de Impacto Ambiental que exige la Ley 2/89, de 3 de marzo (LCV 1989,62) de la Comunidad Autónoma, y a hacer caso omiso de las órdenes de suspensión de las obras, y de restauración y restitución que le fueron impartidas desde 1998”.

funcionario era castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años –esto es, la establecida en el art. 404, y además, prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, frente a las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación para profesión u oficio de seis meses a tres años.

La reforma operada por la LO 5/2010 ha venido a elevar la pena que el corresponde al funcionario público o autoridad, que pasa a ser ahora la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años –esto es, la establecida en el art. 404- y además la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de 12 a 24 meses –cumulativa a la prisión, cuando hasta entonces, se trataba de penas alternativas-. La mayor duración de la pena de prisión parece que viene a poner de manifiesto la duplicidad de bienes jurídicos protegidos.

ACALE SANCHEZ, M. señala que debería haberse aprovechado la reforma para incluir en el art. 320 un nuevo número 3º en virtud del cual, se previera la prohibición de modificar la calificación urbanística del suelo afectado: si se establece dentro de los incendios forestales, también debe preverse en este caso. Quizás esta medida sirva para desincentivar a los funcionarios públicos de actuar de forma contraria a los intereses colectivos⁷⁵⁵.

Pues bien, en orden a la obligatoriedad para el tribunal sentenciador de individualizar la pena, encontramos los siguientes ejemplos: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **16 de noviembre de 2010**, Roj: SAP CO 1632/2010, Nº de Recurso: 22/2010, Nº de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO, en el FJ 6º señala:

*“En orden a la **individualización de las penas** a imponer, el art. 320-2º CP, en relación con el art. 404 del mismo texto legal, prevén para el delito indicado las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años y prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.*

La Sala considera adecuada la extensión de la pena de inhabilitación solicitada por las acusaciones (8 años), dado que se trataba de un conjunto de viviendas, cuya pena tiene la dimensión determinada por el art. 42 CP, así como la pena de multa (alternativa a la prisión) en la extensión de 16 meses, e importe de la cuota diaria que se solicita, el cual está próximo al mínimo legal, previsto éste para situaciones de indigencia que no son del caso.”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha **27 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 1718/2010, Nº de Recurso: 93/2009, Nº de Resolución: 25/2010, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Hubiera bastado con introducir un precepto del siguiente tenor: “3. En estos casos, los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo afectado no pueda modificarse en un plazo de hasta treinta años”. En esta línea, propuso el Grupo de Estudios de Política Criminal (Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas, cit., pág. 36) incluir un nuevo párrafo en el art. 320 en el que se estableciese que “en estos casos, los jueces o tribunales podrán acordar que la calificación del suelo afectado no pueda modificarse en un plazo que podrá alcanzar los quince años”.

⁷⁵⁶ FJ 7º: “A la **individualización punitiva** se le ha de aplicar la misma exigencia de motivación conforme a los criterios legales que fija el Código Penal, debiendo respetarse la que haga el juzgador de instancia siempre que sea razonada y razonable, sin que en aplicación de tales criterios pueda identificarse

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA, en el FJ **“DECIMOSEXTO.- Denuncia también el Partido Popular, la indebida aplicación del artículo 66-6 del Código Penal a la hora de fijar las penas impuestas a Diego y a Germán por el delito de prevaricación urbanística por el que han sido condenados. Son exiguas las penas, ante la gravedad y repercusión de los hechos, aunque no exista concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes; porque la actuación de estos fue excesivamente dolosa hasta el punto de obviar el informe negativo, que desapareció del expediente administrativo, y de que como consta en el factum al tener conocimiento de su existencia y tenor, intentaron persuadir al Letrado Municipal para que emitiera otro favorable a la licencia. Además no existe duda alguna que el Alcalde y Concejales de urbanismo, tuvieron multitud de reuniones con técnicos y con el otro acusado Antón de cara a dicha actuación, además de tener más facultades de control uno por ser el alcalde y otro por ser su área de actuación como concejal; y por tanto no cabe duda que en pura lógica la responsabilidad penal debe ser también mayor que la de los otros concejales. Ya hemos explicado anteriormente que los acusados no eran meros instrumentos en manos de los servicios jurídicos. Muy al contrario, son estos los que haciendo uso de los instrumentos jurídicos tratan de "maquillar" su conducta. Es decir primero se decide lo que se pretende hacer y después se le buscan los instrumentos y formas jurídicas necesarias.**

Prueba de ello es que acudieron a informes jurídicos de quienes no pertenecían al servicio jurídico del Ayuntamiento, es más este finalmente fue eliminado puesto que su informe a sazón de carácter preceptivo, no era del gusto de quienes lo "recibían", esto es, los acusados.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que esta conciencia prevaricadora era mayor que la del resto de los concejales, parecía que se buscaban recovecos y artimañas al objeto de burlar la ley, acudiendo a otros asesoramientos favorables, cuando otros estaban en contra. En definitiva la Sala quiere poner de manifiesto que

gravedad del delito (ya insita en el margen punitivo que se efectúa en el tipo, y por tanto labor del legislador) con gravedad del hecho. Desde esta perspectiva, no es posible que se utilice la misma argumentación que diera lugar a calificar la conducta del acusado como delictiva para imponer una pena por encima del mínimo legal, en un contexto de carencia de antecedentes penales, luego a falta de otros se ha de imponer el mínimo de doce meses de multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público relacionado con la función en cuyo desarrollo se cometieron los hechos punibles en los términos que expresa el art. 42 del CP, también por el tiempo mínimo de siete años.

*Respecto a la extensión de la cuota diaria -36 €- entre el margen de 2 a 400 €, la juzgadora lo sustenta en el tiempo en que el acusado viniera desempeñando la función de Alcalde -desde hace varios años. Debe señalarse que la jurisprudencia admite la fijación de una cuota media de 6 € sin especial motivación (SSTS 20/11/2000;1.058/2005, de 28 de septiembre; STS 49/2005, de 28 de enero, STS 607/2009, de 19 de mayo) pues el mínimo de 2 € solo resulta admisible para indigentes. Desde esta perspectiva, no discute la parte apelante la aseveración en la cuál la Juez a quo sustenta la cuantificación de la multa, sino que la misma sea razonable, cuando lo cierto es que el art. 50.5 del CP permite sustentar la valoración -entre otras- **en las circunstancias personales del reo, en la que desde luego cabe integrar su larga trayectoria como Alcalde.** Frente a ello, nada se aporta en relación a supuestas cargas familiares ni en relación a su alegada condición de desempleado, razón por la cuál, **considerar que dispone de capacidad económica suficiente para afrontar una cuota de 36 € por día (cuando el máximo son 400) sobre la base justamente de su larga trayectoria como Alcalde se considera razonada y razonable”.***

los acusados eran conscientes de su actuación, que infringían la normativa vigente en materia de urbanismo a sabiendas de su ilegalidad, y que cuando votan en la Comisión de Gobierno tenían plena conciencia y voluntad en el momento de concesión de la licencia urbanística de que no se ajustaba a la legalidad y sin que estuviese el informe jurídico que legalmente era preceptivo.

En consecuencia no puede tener el mismo castigo la actuación de aquellos concejales de la Comisión de Gobierno, que la de estos, alcalde y concejal de urbanismo; y por ello "en atención a las circunstancias personales de estos acusados y a la mayor gravedad del hecho la pena a imponer debiera ser la establecida en la mitad superior del tipo en cuestión."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **17 de enero de 2003**, Roj: SAP SE 183/2003, N° de Recurso: 2428/2002, N° de Resolución: 4/2003, Ponente: ANGEL MARQUEZ ROMERO, en su FJ: *"Noveno.- En cuanto a la pena a imponer al acusado, teniendo en cuenta la entidad del daño al interés público resultante de la infracción ejecutada, la falta de diligencia existente en el Ayuntamiento en la tramitación de expedientes en la época en que se desarrollan los hechos, así como la situación económica que se desprende de su calificación profesional y el patrimonio de las empresas que él representaba, procede fijar la pena de multa en 20 meses a razón de 18 euros diarios y determinar la inhabilitación especial para cargo o empleo público en 7 años.*

No ha lugar a declarar la nulidad de la licencia de obras, dado el fallo de la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del TSJA de fecha 8 de febrero de 2002."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de julio de 2006**, Roj: SAP MA 1846/2006, N° de Recurso: 30/2006, N° de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 6º, analizando la proporcionalidad de la imposición de la pena de prisión impuesta, señala: *"Los acusados merecen un reproche penal **pues sus conductas han acrecentado la especulación que desgraciadamente se hace del suelo y la necesidad del uso sostenido del mismo.** Circunstancias todas ellas que nos llevan a confirmar como adecuada a las circunstancias del caso concreto y proporcionada la pena en la naturaleza y extensión impuesta por el Juzgador de Instancia. Junto a estas circunstancias a las que ya apunta el Juzgador, la cualidad de autoridad de los mismos y el mal uso que han hecho de la confianza depositada por los ciudadanos en ellos, va más allá de la mera irregularidad administrativa para, para exigirle una responsabilidad penal."*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 8º:

"OCTAVO: En cuanto a las penas a imponer, concurriendo una circunstancia atenuante de responsabilidad penal de dilaciones indebidas, el arco penológico es más limitado debiendo imponer la pena en su mitad inferior. Ahora bien pese a ello entendemos que no se debe poner el mínimo y ello teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, las circunstancias de los acusados y la naturaleza y extensión de las penas

legalmente previstas, este tribunal considera justas y proporcionadas, en cuanto al delito de prevaricación urbanística ya definido, imposición de una pena de doce meses de prisión.

Ello en base a que el delito cometido reviste ciertamente gravedad dada la vulneración que supuso de las normas reguladoras de la ordenación del territorio en un punto de vital importancia, así como por la frecuencia de los comportamientos irregulares. No olvidemos que se lesiona en mayor o menor medida a toda la colectividad por el mal uso que los acusados han hecho de las prerrogativas que como poder electo tenían. Al igual que no podemos perder de vista la distorsión que de la función pública urbanística que revela la actuación de los acusados. Todo ello nos aboca a la imposición de la pena privativa de libertad y en la extensión que hemos hechos referencia.”

b) Pena de Inhabilitación

En cuanto a esta pena, y siendo su contenido jurídico la privación de idoneidad para la función pública, hay obligación de concretarla. En efecto: la Sentencia del Tribunal Supremo recaída en recurso de Casación, Sección 1, de fecha **1 de julio de 2011**, Roj: STS 4499/2011, N° de Recurso: 2723/2010, N° de Resolución: 704/2011, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN, recoge la:

“necesidad de concretar la pena de inhabilitación impuesta al condenado que, de acuerdo con la doctrina ya existente al respecto en esta materia (SsTS de 8 de Febrero de 1994o16 de Mayo de 2006, por ejemplo) y atendido el ámbito de actuación administrativa en la que el delito fue cometido(art. 45 CP), deberá alcanzar, tan sólo, al cargo de Alcalde, Teniente de Alcalde, Concejal o cualquier otro de naturaleza electiva y ámbito local que implique una participación en el Gobierno Municipal.”

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en su FJ 2º y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, FJ 8º: *“Por aplicación de lo dispuesto en el art. 42 del Código penal la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.*

En el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18-1-2001, se dice que las expresiones utilizadas por el legislador (empleo y cargo público), hay que entenderlas en sus exactos y actuales términos. Empleo es la relación que el sujeto tiene con el empleador, que en el caso de cargos públicos, no es otro que la Administración del Estado considerada en términos generales. El concepto de cargo es más anfibológico y viene a ser considerado, desde la perspectiva del puesto o función

pública que se desempeña, pero al mismo tiempo el cargo se desempeña en función de la relación de empleo de que se disfruta.

El concepto de empleo se aplica exclusivamente para los funcionarios públicos, mientras que el cargo es el adecuado para definir la situación de los que, sin el carácter o condición de permanencia y continuidad, ostentan una función pública por elección o por cualquier otra circunstancia transitoria.

Respecto de su naturaleza, es una pena única, aunque tenga dos efectos: la privación del empleo o cargo sobre el que recae, y la imposibilidad de obtenerlo durante el tiempo marcado por la ley (en este sentido, véase Auto del Tribunal Supremo de fecha 5 de febrero de 2001).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha reivindicado una concreción de la pena privativa de derechos impuesta, incluso tildando de ambigua la mera transcripción del precepto -entonces 36.2 del Código Penal de 1973- que hacía imposible su ejecución judicial por falta de determinación de la pena. Por ello el legislador de 1995 (Art. 42), añadió al Art. 36 la frase "en la sentencia habrá de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación" pues era una exigencia jurisprudencial -basada en una interpretación restrictiva de la pena- la necesidad de determinar en el fallo de la sentencia qué cargos y honores quedaban restringidos por la pena impuesta. Esa concreción ha de realizarse sobre los empleos o cargos que resultan afectados por la actuación considerada injusta, esto es, ha de analizarse la conducta desplegada y ha de proyectarse sobre la penalidad a imponer, teniendo en cuenta que sólo el juez o tribunal sentenciador pueden concretar la pena en el fallo de la sentencia para su ejecución por el juez de la ejecutoria.

Doctrinal y jurisprudencialmente (Sentencia 224/2001, de 12 de febrero) se ha criticado en ocasiones el recurso a la analogía en una materia afectada por el principio de legalidad en las penas. Aunque el Código responde a este principio en todo su articulado, en este tema ha optado por dotar al sistema de imposición de las penas de una mayor eficacia posibilitando que judicialmente se concrete el alcance de la pena de inhabilitación especial dada la pluralidad de supuestos que pueden concurrir, desde relaciones de sujeción distinta a la funcional, situaciones de excedencia, etc., siempre que la pena impuesta guarde relación con la profesión desde la que se realiza la conducta delictiva.

De manera que es preciso especificar el empleo o cargo público a que afecta la inhabilitación especial impuesta. Así lo ha entendido la jurisprudencia (Sentencias de 27-9-1993, 3-5-1990 y 18-10-1993), en el sentido de que la sentencia condenatoria deberá concretar los cargos o empleos públicos de que se verá privado el acusado en virtud de la pena de inhabilitación especial para cargo público, debiendo ceñirse básicamente a aquellos cargos en los que abusa de sus funciones con motivo de la perpetración del delito (Sentencias 756/1999, de 4 de mayo, y 1463/1998, de 24 de noviembre).

Por tanto en el presente caso los acusados deberán ser condenados a la pena de inhabilitación especial para cargo electo como miembro de la Corporación Local por período ocho años."

Señalando en el Fallo: “*REMÍTASE testimonio, una vez firme, al Excmo. Ayuntamiento de Marbella, a la Junta Electoral de Zona de Marbella, a la Junta Electoral Provincial de Málaga, a la Junta Electoral Central y Oficina del Censo Electoral a los efectos de ejecución de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público dictada.*”

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de noviembre de 2009**, Roj: SAP GR 2061/2009, N° de Recurso: 210/2009, N° de Resolución: 571/2009, Ponente: MARIA AURORA GONZALEZ NIÑO, FJ: “*SEXTO.- Como último motivo del recurso, ya subsidiario a los anteriores, se alega la vulneración por la sentencia de la norma del art. 42 último inciso del Código Penal al no haber indicado el fallo de la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recae la pena de inhabilitación especial impuesta al condenado.*”

*Toda la argumentación jurídica que expone en desarrollo de este motivo estimamos tiende a que este Tribunal supla la omisión denunciada, que en efecto se comprueba, por haberse negado la Juez a quo a subsanarla al responder en su auto de fecha 3 de marzo de 2009 a la petición de aclaración formulada por el recurrente en este sentido. Convenimos con el apelante en que no cabía ninguna justificación de esa negativa al ser tajante la norma del art. 42, que exige esa expresa especificación. Por otro lado, el propio apelante, para evitar confusiones o dificultades que pudieran afectar a su seguridad jurídica durante la eventual fase de ejecución del proceso caso de que se confirmara la condena, como así ha ocurrido, lo que pretende es que se declare que la inhabilitación especial sólo recaerá sobre el cargo que ostentaba en el Ayuntamiento de Almuñécar al tiempo de emitir los informes en que consistió su delito. Y por último, ése parece ser el criterio interpretativo de la Juez a quo cuando indicó en su auto de aclaración que por la propia naturaleza de esta pena la inhabilitación especial **presupone la privación definitiva del cargo que ocupaba el condenado** en el Ayuntamiento de Almuñécar y de los honores a él anejos, así como la incapacidad para obtener el mismo u otros similares durante el tiempo de la condena. A ello se suma la imprecisión del propio Ministerio Fiscal que, al formular sus conclusiones, no indicó a qué cargo o empleo público debía afectar la pena de inhabilitación especial solicitada.*

El riguroso cumplimiento de la norma penal en cuanto al alcance de la pena de inhabilitación especial impuesta al condenado, obliga a este Tribunal a introducir en la sentencia apelada esa única rectificación del fallo completándolo en los términos que se proponen, con estimación del recurso en este único sentido y desestimándolo en todo lo demás”⁷⁵⁷.

Para hacer efectivo el cumplimiento de la pena será necesario oficiar al Ayuntamiento correspondiente, a la Junta Electoral Central o de Zona y a la Oficina del Censo Electora o en su caso, a la delegación provincial de dicha oficina.

En efecto, así lo recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de marzo de 2009**, Roj: SAP MA 4075/2009,

⁷⁵⁷ Siendo el Fallo del siguiente tenor literal: “*DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en el único sentido de adicionar que la pena de inhabilitación especial por tiempo de siete años impuesta al condenado Sr. Luis Miguel lo es para su cargo como arquitecto técnico municipal del Ayuntamiento de Almuñécar, pena que supondrá la pérdida definitiva de ese empleo más la imposibilidad de obtener el mismo empleo u otros similares durante el mismo periodo, confirmando los demás extremos del fallo.*”

Nº de Recurso: 43/2009, Nº de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, recoge en los Hechos Probados: “Una vez firme esta resolución remítase testimonio al Excmo. Ayuntamiento de Marbella, a la Junta Electoral de zona de Marbella, a la delegación provincial de la oficina del censo electoral a los efectos de la ejecución de la pena de inhabilitación especial.”

En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **16 de julio de 2010**, Roj: SAP MA 1884/2010, Nº de Recurso: 172/2010, Nº de Resolución: 439/2010, Ponente: MARIA LUISA DE LA HERA RUIZ-BERDEJO, declara en los Hechos Probados: “Firme que sea la presente, librense oficios a la Junta Electoral Central y Oficina del Censo Electoral, acompañando testimonio de la presente, al objeto de constancia y ejecución de la misma respecto al cumplimiento de la pena de **INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CARGO PUBLICO**.”

Firme que sea la presente, librese oficio al Ayuntamiento de Canillas de Albaida, acompañando testimonio de la presente al objeto de constancia y ejecución de la misma respecto al cumplimiento de la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA CARGO PUBLICO, así como respecto a la declaración de nulidad de la licencia de obras otorgada a Cosme con fecha 2/11/04 en el Expediente Administrativo 71/04.”

De conformidad con el Artículo 66 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁷⁵⁸: “La pena principal o accesoria de inhabilitación **absoluta** cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto a todos los empleos o cargos que tuviere.”

Asimismo: “La pena principal o accesoria de inhabilitación **especial** cuando hubiere adquirido firmeza la sentencia que la imponga produce la pérdida de la condición de funcionario respecto de aquellos empleos o cargos especificados en la sentencia.”

Según el art. 68.2 del mismo cuerpo legal: “Los órganos de gobierno de las Administraciones públicas podrán conceder, con carácter excepcional, la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Si transcurrido el plazo para dictar la resolución, no se hubiera producido de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud.”

2. Responsabilidad Civil ex delicto:

Al igual que en otros apartados, tan solo son de señalar los efectos de precitadas conductas en el ámbito de la responsabilidad civil, en el sentir de la doctrina jurisprudencial.

⁷⁵⁸ (BOE 13 de abril)(Incluyendo modificaciones introducidas en la ley 40/2007, en el Real Decreto-Ley 8/2010, en Ley 39/2010, en la Ley 27/2011 y en el Real Decreto-Ley 20/2012).

Al respecto cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 7º señala: *“La acción civil «ex delicto», de los artículos 1089 y 1092 del Código Civil remiten para su regulación al Código Penal, en su aspecto sustantivo, artículos 19 a 22, 101 a 108 y 111, se encuentra también contemplada en numerosos preceptos de Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 100, 106 a 117 y 615 a 621, entre otros, así como el 761 en cuanto a la forma de su ejercicio en el Procedimiento Abreviado. Por ello, la doctrina científica y la jurisprudencial han manifestado reiteradamente la **naturaleza privada de esta acción**, como prueba el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en que se permite la renuncia del perjudicado y los artículos 110 y 111, en cuanto a su ejercicio simultáneo en el proceso penal o la reserva para hacerlo en otro proceso civil posterior, lo que le ha llevado a proclamar que son de aplicación los principios rectores del proceso civil, particularmente, los de rogación, congruencia-artículos 742 LECrim y bilateralidad, con las particularidades y matizaciones derivadas del proceso penal en que se actúa, en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 marzo 1987, 13 febrero 1989, 25 enero 1990, 14 marzo 1991, 22 julio 1992 y 22 mayo 1993. «De ahí que lo verdaderamente importante en esta materia es que la sentencia en aras del respeto a los principios acusatorios que la sentencia guarde la debida congruencia con las peticiones oportunamente deducidas en el juicio por las partes, al objeto de observar adecuadamente el principio de congruencia y el derecho a la defensa, tan íntimamente ligados, artículo 24.1 de la Constitución Española (y que la resolución judicial dé cumplida respuesta a las cuestiones planteadas, de conformidad lo dispuesto en los artículos 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La congruencia, según la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, no es sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, sin que tal ajuste haya de ser literal, sino racional y flexible, lo que permite la agregación de extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad, dejando resueltos todos los puntos que fueron objeto del debate y de la prueba, guardando las sentencias debida concordancia con lo solicitado, concordancia que impide dar más de lo pedido, distinto de lo pedido o dejar sin decidir alguna petición. En el supuesto de autos la parte se limita a decir que sea este Tribunal quien determine las bases para cuantificar los perjuicios. Conforme a la doctrina expuesta, no es posible pues se vulneraría el principio acusatorio y especialmente el de rogación si este Tribunal entrase a cuantificar o a establecer que criterios se ha de seguir para su determinación. **No se ha acreditado que clase de perjuicio se ha causado (cuestión que correspondía a quien los reclama)**. Tampoco se especifica quienes sean los beneficiarios de la cuantificación de tales perjuicios. En su escrito de calificación refiere a terceros, pero en cualquier caso son indeterminados. Por tanto a la luz del principio acusatorio que rige en el derecho procesal penal, y el principio de rogación y congruencia al que hemos hecho referencia anteriormente, este Tribunal no puede hacer tal pronunciamiento ya que sería incongruente su resolución. Sin que sea posible que el Tribunal valore por sí mismo que clase de perjuicios se irrogaría y a quienes.*”

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **16 de noviembre de 2010**, Roj: SAP CO 1632/2010, N° de Recurso:

22/2010, N° de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO, en el FJ 7° señala:

“Conforme a los arts. 109 y 116 y siguientes CP, todo responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente y viene obligado a la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, en el presente caso no procede establecer la responsabilidad civil ex delicto que se solicita por la acusación particular dado que, de una parte, ninguna alegación ni prueba se ha aportado en el acto del juicio para justificar la petición de resarcimiento que se formula; y, de otra, tampoco se acredita que a causa de la expedición de la licencia se hayan irrogado perjuicios a los querellantes. En este sentido, no puede establecerse nexo de causalidad entre el otorgamiento de la licencia y el resultado de los pleitos civiles promovidos por los hoy querellantes, toda vez que la referida licencia fue un elemento probatorio más valorado en conjunto por el Juez civil que conoció de tales procedimientos. “

Supuesto de singular relieve, y por ello se menciona, es el de **la intervención de tercero no responsable civil pero de presencia necesaria en el proceso.**

En este sentido, resulta muy interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en relación a la personación en la causa de una entidad que no fue requerida por el Ministerio Fiscal ni por la acusación para que se personara, sino que con motivo de que en el auto de admisión de querrela se acordaba entre otras medidas y diligencias, la paralización de las obras del edificio que estaba construyendo esta entidad, con ocasión del otorgamiento de la licencia objeto de querrela, en su FJ 6° señala: *“Cierta es que Turasa **no puede tener la consideración de responsable civil en los estrictos términos que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero su presencia en el procedimiento es necesaria.** Es indiscutible que la resolución de paralización de las obras de construcción, los pronunciamientos relativos a una declaración de nulidad de la licencia de obras, así como a una hipotética de demolición de la obra, le afectaban y por tanto debía ser oída sobre tales cuestiones a los efectos de no causarle indefensión.*

Consideramos que a este supuesto le serían de aplicación los criterios establecidos en los casos en los que se decreta cautelarmente la intervención de vehículos o el comiso de los mismos, cuando su titular es un tercero totalmente ajeno a la actividad ilícita que se investiga, pero ciertamente la resolución que se dicte en caso del comiso definitivo de los mismos le afectaría.

El Tribunal Supremo con relación a este último supuesto, establece en su STS de 20-1-1997 que: "toda persona directamente afectada por un comiso ordenado por la autoridad judicial, en cuanto titular o propietaria de los bienes decomisados, tiene derecho -aunque no haya intervenido como parte en el proceso de que se trate- a impugnar en la forma permitida por las leyes de procedimiento la correspondiente resolución judicial, ejercitando personalmente los recursos pertinentes; pues, de otra forma, se vendrían a desconocer las exigencias inherentes a la interdicción de toda indefensión, proclamada en el art. 24.1 de la Constitución.

Con este punto de partida, parece obligado poner de manifiesto que, para evitar esa indefensión constitucionalmente proscrita, cuando se investiguen delitos en que alguna medida cautelar pudiera perjudicar a un tercero que no es objeto de investigación y encaminada a asegurar la efectividad de la resolución que, en definitiva, pueda tomarse en la sentencia penal sobre los mismos es preciso que tales personas sean notificadas, que serán oídos sobre el particular.

Y, desde ese momento, dichos terceros podrán intervenir en el proceso, nombrando Letrado y Procurador, si preciso fuere, para proponer los medios de defensa de sus derechos e intervenir en las diligencias acordadas al respecto, tanto a su instancia como a instancia de las demás partes personadas en la causa -normalmente las acusadoras-; llegando su intervención, lógicamente, a la formulación de calificaciones provisionales o escrito de defensa, con la pertinente proposición de pruebas -bien que limitadas a la defensa exclusiva de sus derechos-.

A falta de una concreta previsión legal sobre el particular, y por razón de analogía, podrían aplicarse, en lo procedente, las normas previstas en los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los supuestos de "responsabilidad civil de terceras personas", formando "pieza separada", interpretadas aquéllas de conformidad con los preceptos y principios constitucionales(Art. 5.1 LOPJ).

(...)Por tanto, su situación procesal es equiparable a un responsable civil, si bien en este caso no se reduce a responder directamente de unos perjuicios o indemnizaciones evaluables económicamente en este proceso, pero afectan a sus intereses económicos como promotora de la edificación cuya licencia de obra ha sido puesta en cuestión.

Por tanto de no haber sido llamada al proceso se le hubiese causado indefensión puesto que no hubiera podido hacer valer sus derechos frente a aquellos pronunciamientos de nulidad de licencia de obras y/o demolición de lo construido”.

3. Declaración de nulidad de la licencia:

Ya en el ámbito de las consecuencias de carácter administrativo es de señalar este particular efecto.

El Juez Penal, sentenciador, tiene facultad para ordenar la demolición⁷⁵⁹, siempre que sea necesario restaurar el orden urbanístico, y para declarar la nulidad de la licencia. En efecto, en este último sentido encontramos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad) Sección 2ª, de fecha 2 de diciembre de 2011, Roj: SAP IB 2502/2011, Nº de Recurso: 31/2011, Nº de Resolución: 143/2011, Ponente: EDUARDO CALDERON SUSIN, que señala:

“Que, por conformidad de las partes, debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Pedro , como responsable de un delito de prevaricación urbanística precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES de PRISIÓN y a la de 8 años de inhabilitación

⁷⁵⁹ Vide ACALE SÁNCHEZ, M. “Los nuevos delitos...” Op. cit., pág. 350.

especial para empleo o cargo público, y al pago de un tercio de las costas procesales.
(...)

*Procede **declarar la nulidad** de la licencia administrativa y la condena en costas.*

En la misma línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 1972/2011, Nº de Recurso: 117/2010, Nº de Resolución: 114/2011, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO:

*“Para concluir este apartado, ninguna duda cabe desde el punto de vista urbanístico y al margen de cualquier consideración sobre la actuación prevaricadora y falsaria que por el Ministerio Fiscal se imputa cometida a alguno de los acusados y que derivó en el otorgamiento de la licencia (cuya nulidad por tal motivo devendría obligada ex artículo 62.1 d de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), la misma fue otorgada contrariamente a la normativa urbanística, ya que se indujo a error al Ayuntamiento otorgante de la licencia sobre la existencia en la parcela en cuestión de una vivienda, así como sobre la legalidad de la misma, con lo cual dicha licencia por **ser contraria a derecho sería por sí nula y anulable** conforme a las normas generales sobre la nulidad de los actos administrativos (arts 62.1 f y 63.1 de la Ley 30/92), debiendo de tener en cuenta a este respecto que las licencias siempre son otorgadas sin perjuicio de tercero (art. 12 de la Ley de Bases de Régimen Local) y por supuesto como cualquier otro acto administrativo se hallan sujetos a los requisitos que han de presidir su validez.”*

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª, de fecha **12 de noviembre de 2009**, Roj: SAP CA 1641/2009, Nº de Recurso: 107/2009, Nº de Resolución: 397/2009, Ponente: MANUEL BLANCO AGUILAR, *“Se declara la nulidad de pleno derecho de la licencia urbanística concedida a XXX S.L. en el seno del Expediente 2184/03 del Ayuntamiento de Chipiona por la Comisión Municipal de Gobierno reunida el pasado día 23/05/03.”*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de marzo de 2009**, Roj: SAP MA 4075/2009, Nº de Recurso: 43/2009, Nº de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, declara en los Hechos Probados: *“Se declara la **nulidad de la licencia de obra mayor** concedida a la Entidad XXX S.A. en el expediente NUM000”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **16 de julio de 2010**, Roj: SAP MA 1884/2010, Nº de Recurso: 172/2010, Nº de Resolución: 439/2010, Ponente: MARIA LUISA DE LA HERA RUIZ-BERDEJO, declara en los Hechos Probados: *“**SE DECLARA la nulidad** de la licencia de obras otorgada a Cosme con fecha 2/11/04 en el Expediente Administrativo NUM000 ,para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en el Paraje PARAJE000 , parcela NUM001 del Polígono NUM002 , termino municipal de Canillas de Albaida”*.

Con idéntico criterio se dicta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, Nº de Recurso: 263/2006, Nº de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ 7º, que examina la solicitud de declaración de nulidad, señalando: *“Consideramos que la Sala es competente para decretar la nulidad de las licencias urbanísticas siguiendo la doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en fecha 18 de enero de 1994 en la que exponía “Los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva (vid. Art. 4 LJCA, que declara, en estos casos, la competencia exclusiva de los Tribunales penales, el Art. 3 y 7 LCR. , Que regulan las cuestiones prejudiciales, y el Art. 10 LOPJ. Ciertamente que el tema es complejo y acaso ha de situarse, no en sede de competencia para declarar la nulidad, que no parece ofrecer duda, sino en orden a sí al declararla se ha producido indefensión para el Excmo. Ayuntamiento y para las personas físicas que, al amparo de las resoluciones declaradas nulas, pudieron adquirir determinados derechos, con lo que hubiera habido que hacer unos llamamientos genéricos a cuantas se considerasen perjudicadas. El Art. 3 LCR. declara que, por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. El Tribunal de instancia, a estos efectos, hubo de situarse, de ello no cabe duda, en la posición del Juez C-A a fin de precisar que grado de desviación se había producido entre el Ordenamiento jurídico relativo al Urbanismo y las resoluciones administrativas correspondientes y, convencido de la profunda disociación entre aquél y éstas, declara que se ha producido un delito continuado de prevaricación y, en consecuencia, la nulidad de tales acuerdos. Se trata de actos nulos de pleno derecho, conforme al Art. 47.1º bis LPA, entonces vigente, solución conforme con la vigente L 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, cuyo Art. 62.1ºd) establece la nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta (una remisión a la teoría general de la ineficacia del negocio jurídico: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión, es obligada en este momento). ” Porque un Tribunal penal no puede, en absoluto dejar de pronunciarse sobre una petición que procesal y correctamente se le formula, ni puede ceder esta decisión en favor de otra jurisdicción, que no actúa de oficio, sino a petición de los interesados, incluida la Administración, de donde podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos (vid. Art. 117.3º CE.)”.*

Descendiendo al caso que nos ocupa es evidente que siguiendo dicha doctrina se consideran nulos aquellos actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal.”

Disponiéndose en el Fallo: *“SE DECRETA la nulidad de pleno derecho de las licencias de obras otorgada a la entidad “XXX, S. A”.*

REMÍTASE, mediante atento oficio, testimonio de la presente, una vez firme, a la Sala en Málaga de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla a efectos de constancia de la presente y de la declaración

de nulidad de la licencia en sus autos de recurso contencioso-administrativo número 1583/1998.”

Siempre y cuando no afecten a derechos de terceros no llamados al proceso, como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, Nº de Recurso: 421/2010, Nº de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA⁷⁶⁰, que si bien invoca la misma STS de 18 de enero de 1994 entiende que no puede resolver sobre la nulidad de la licencia.

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **13 de diciembre de 2010**, Roj: SAP CC 917/2010, Nº de Recurso: 646/2010, Nº de Resolución: 385/2010, Ponente: VALENTIN PEREZ APARICIO, la Sentencia de instancia recurrida fallaba entre otros pronunciamientos: *No procede decretar especie alguna de resarcimiento a cargo del acusado por el concepto de responsabilidad civil derivada del hecho punible, **ni decretar en esta sede la nulidad de las licencias en cuestión y, ello, sin perjuicio de las acciones administrativas y/o contencioso- administrativas que cupieren de las que, en esta Resolución, se deja hecha expresa reserva.*** La Sentencia de apelación en el FJ 4º reitera: *“Qué duda cabe de que la anulación de esas licencias afecta, obviamente, a derechos de unos terceros que han sido ajenos a este procedimiento, como son los propietarios de las viviendas a las que las mismas se refieren, personas que ahora cuentan con una vivienda absolutamente legalizada (aún cuando en uno de los presupuestos de dicha legalización se cometiera un delito) y que, en caso de anularse la licencia, quedarían en una comprometida situación no solo urbanística sino incluso patrimonial (la desaparición jurídica de una vivienda hipotecada podrá ser causa de resolución y consecuente ejecución del préstamo garantizado). **En estas circunstancias, la decisión del juzgador de instancia de remitir la cuestión a la propia vía administrativa o, en su caso, contencioso administrativa, resulta la única forma de garantizar los derechos de esos terceros, como también los del propio Ayuntamiento de Ceclavín, en cuanto que posible responsable patrimonial de los perjuicios económicos que la ilícita actuación del acusado, en el ejercicio de sus funciones como alcalde, pudiera generar.**”*

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (declaración de nulidad y retroacción de actuaciones), Sección 3ª, de fecha **13 de marzo de 2003**, Roj: SAP MA

⁷⁶⁰ “OCTAVO.- La doctrina expuesta por el Tribunal Supremo en fecha 18 de enero de 1994, considera a los Tribunales Penales competentes para decretar la nulidad de las licencias urbanísticas, exponía que: “Los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva (vid. art. 4 LJCA, que declara, en estos casos, la competencia exclusiva de los Tribunales penales, el art. 3 y 7 LCR., Que regulan las cuestiones prejudiciales, y el art. 10 LOPJ. Ciertamente que el tema es complejo y acaso ha de situarse, no en sede de competencia para declarar la nulidad, que no parece ofrecer duda, sino en orden a sí al declararla se ha producido indefensión para el Excmo. Ayuntamiento y para las personas físicas que, al amparo de las resoluciones declaradas nulas, pudieron adquirir determinados derechos, **con lo que hubiera habido que hacer unos llamamientos genéricos a cuantas se considerasen perjudicadas.** El art. 3 LCR. declara que, por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. Lo que ya podemos adelantar que no converge en el presente caso, y que con sumo acierto lo ha indicado el Juzgador de instancia, y por ello no corresponde hacer en esta sede el pronunciamiento de declaración de nulidad de las mismas.”

997/2003, Nº de Recurso: 38/2003, Nº de Resolución: 67/2003, Ponente: FEDERICO MORALES GONZALEZ, comprobamos como la Sala entiende que han de ser llamados al proceso esos terceros. En efecto, en el FJ 4º señala: “... *no existe razón para que los Tribunales de la jurisdicción penal prescindan de llamar al proceso a quienes pueden resultar afectados por la consecuencia -ex lege- de la declaración de que el acto administrativo es constitutivo de delito. Así resulta del mandato constitucional derivado del artículo 24 de la CE.*”

Y, dentro del ámbito estrictamente penal, sería forzoso reconocer que si los titulares de las licencias no han sido considerados partícipes -siquiera a título lucrativo- en la actividad delictiva, deberían ser tenidos, al menos, como posibles perjudicados y actuarse respecto de ellos en el modo en que lo prescriben los artículos 109 y concordantes de la LECRim.

Y si se habla de perjuicio es inevitable traer a colación lo que dice el artículo 121 del Código Penal que señala inequívocamente a la Corporación Local como parte en la causa en el concepto en que ahí se expresa.

En definitiva, la necesidad de conciliar el exacto acatamiento del mandato constitucional contenido en el artículo 106 de la CE con el artículo 24 de la misma, siguiendo en todo caso la obligación establecida en el artículo 5 de la LOPJ, solo puede ser lograda mediante la retroacción del procedimiento, cuya nulidad ha de preceder, al momento en que, pudiendo y debiendo ser llamados los beneficiarios de los actos administrativos y la Corporación Local misma, se de oportunidad para que comparezcan en el procedimiento.

QUINTO.- Siendo claro que ese momento debe ser el inmediatamente anterior al auto de incoación del procedimiento abreviado...”

Disponiendo en el Fallo: “1- Estimar en lo que resulta de este pronunciamiento los recursos de apelación interpuestos respectivamente por el Ministerio Fiscal, por José Francisco y tres más y por Remedios contra la sentencia identificada en el primero de los antecedentes de la presente y declarar nulo todo lo actuado en la causa desde el dictado del auto de incoación del procedimiento abreviado a fin de que se proceda a llamar a la causa en el concepto en que sea interesado por la acusación y decida el Juzgado a las personas titulares de las licencias de obras que especifica la sentencia recurrida así como al Ayuntamiento de Ojén.”

*Y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, Nº de Recurso: 147/2005. Nº de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, se tuvo en cuenta a esos terceros, ya durante la Instrucción lo que se considera muy interesante. Así, en su FJ 6º señala: “Está claro que el Juez de lo Penal es competente para resolver sobre la nulidad de la licencia de obras. El Tribunal Supremo lo ha manifestado en su sentencia de fecha 18 de enero de 1994 en la que exponía "Los actos administrativos constitutivos de delito ingresan en el Derecho Penal y han de ser los Tribunales de este orden jurisdiccional quienes determinen, a estos efectos, las consecuencias de su condición delictiva (vid. Art. 4LJCA, que declara, en estos casos, la competencia exclusiva de los Tribunales penales, el Art. 3 y 7 LCR. , Que regulan las cuestiones prejudiciales, y el Art. 10 LOPJ. Ciertamente que el tema es*

complejo y acaso ha de situarse, no en sede de competencia para declarar la nulidad, que no parece ofrecer duda, sino en orden a sí al declararla se ha producido indefensión para el Excmo. Ayuntamiento y para las personas físicas que, al amparo de las resoluciones declaradas nulas, pudieron adquirir determinados derechos, con lo que hubiera habido que hacer unos llamamientos genéricos a cuantas se considerasen perjudicadas. El Art. 3 LCR. Declara que, por regla general, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. El Tribunal de instancia, a estos efectos, hubo de situarse, de ello no cabe duda, en la posición del Juez C-A a fin de precisar que grado de desviación se había producido entre el Ordenamiento jurídico relativo al Urbanismo y las resoluciones administrativas correspondientes y, convencido de la profunda disociación entre aquél y éstas, declara que se ha producido un delito continuado de prevaricación y, en consecuencia, la nulidad de tales acuerdos. Se trata de actos nulos de pleno derecho, conforme al Art. 47.1º bis LPA, entonces vigente, solución conforme con la vigente L 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, cuyo Art. 62.1º d) establece la nulidad de pleno derecho de los actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta (una remisión a la teoría general de la ineficacia del negocio jurídico: inexistencia, nulidad, anulabilidad y rescisión, es obligada en este momento). "Porque un Tribunal penal no puede, en absoluto dejar de pronunciarse sobre una petición que procesal y correctamente se le formula, ni puede ceder esta decisión en favor de otra jurisdicción, que no actúa de oficio, sino a petición de los interesados, incluida la Administración, de donde podría generarse el contrasentido de que decisiones calificadas jurisdiccionalmente de injustas y, por consiguiente, de delictivas, produjeran todos sus efectos (vid. Art. 117.3º CE.)."

El único problema existente es si en realidad este pronunciamiento que se ha efectuado puede causar indefensión a otras personas que no han sido llamadas al proceso, en concreto los adquirentes de las viviendas.

En el caso que nos ocupa, en su día se acordó la **anotación preventiva de querella** (folio 690), cuya finalidad era que aquellos que accedieran al Registro para cualquier anotación o inscripción tuviesen conocimiento de su existencia.

Cierto es que se libró mandamiento al Registro de la Propiedad de Marbella, e inicialmente se denegó la anotación preventiva. Posteriormente y cuando se tuvo constancia de que el titular de terreno era la entidad Turasa se libró nuevo mandamiento al Registro de la Propiedad aunque no consta que se hubiese anotado aunque a través de la propia representación de la entidad Turasa se supo que se habían paralizado todas las anotaciones con motivo de la interposición de un Recurso ante la Dirección General del Registro y Notariado, en relación con la primera denegación de anotación preventiva de querella.

Ello nos obliga a plantearnos si realmente esta nulidad de la licencia repercute en terceras personas que no han sido llamadas en este procedimiento. Entendemos que en el caso concreto que nos ocupa ningún tipo de indefensión objetiva se le ha causado puesto que **si se suspendieron todas las anotaciones en el Registro de la Propiedad**

difícilmente ha podido tener acceso al Registro la inscripción de quien haya resultado titular último de la vivienda o bien si se ha alzado la suspensión la entidad Turasa tenía pleno conocimiento de que se había acordado la anotación preventiva de querrela y que se había cuestionado la legalidad de la licencia.

*Tampoco podemos obviar que la entidad Turasa como titular del terreno donde se estaban construyendo las viviendas es parte en este procedimiento y por tanto conocedora del estado procesal del mismo, así como de las peticiones de nulidad que se habían realizado, amén de que tenía plena constancia de la anotación preventiva de querrela (solicitó en dos ocasiones que se dejara sin efecto) y por tanto entendemos que **los terceros adquirentes, aun cuando sean de buena fe podrán efectuar las correspondientes reclamaciones a quienes consideren oportuno pero no han podido ser llamados a este procedimiento puesto que inicialmente estos no eran los receptores de la licencia sino precisamente Turasa.***

4. Declaración de lesividad y otras conductas:

Encontramos dos sentencias a destacar, en la primera reprocha al Ayuntamiento no haber declarado la lesividad de los actos y en el segundo, reprocha no haber acudido a la facultad que otorga el art. 112 b) de la LJCA.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (declaración de nulidad y retroacción de actuaciones), Sección 3ª, de fecha **13 de marzo de 2003**, Roj: SAP MA 997/2003, Nº de Recurso: 38/2003, Nº de Resolución: 67/2003, Ponente: FEDERICO MORALES GONZALEZ, en el FJ 4º señala: ***“el Ayuntamiento de Ojén que, pudiendo en su día haber declarado la lesividad de los actos para impugnarlos seguidamente en vía contencioso administrativa, ha permanecido impasible”***.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (absolutoria), Sección 3ª, de fecha **25 de abril de 2008**, Roj: SAP Z 1103/2008, Nº de Recurso: 181/2007, Nº de Resolución: 265/2008, Ponente: CARLOS LASALA ALBASINI, en su FJ 5º señala:

“La Sala de lo Contencioso Administrativo no arremetió contra el Ayuntamiento de Utebo y su Alcalde instando la vía penal, pues ahí está la facultad que le atribuye el apartado b) del artículo 112 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.”

C. Prescripción:

Procede ahora hacer una alusión a las causas de extinción de la responsabilidad penal, en concreto la prescripción, tanto del delito como de la pena.

1. Del delito:

El delito previsto en el art. 320 CP prescribe en atención a los nuevos plazos y reglas incorporados al Código a través de la LO 5/2010, en forma distinta a como lo hacia antes de su aprobación⁷⁶¹.

En efecto, la pena que establece el precepto es de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años –esto es, la establecida en el art. 404- y además la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. Según establece el nuevo número 3 del art. 131 “*cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará para la aplicación de las reglas comprendidas en esta artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción*”. En este sentido, al tener la inhabilitación mayor duración que la prisión, será ella la que marque los plazos de prescripción: “*a los diez años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez*”.

Nos encontramos ante un delito instantáneo que se consuma desde que se informa, se silencia, se oculta, se vota o se resuelve a favor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **24 de enero de 2008**, Roj: SAP PO 282/2008, Nº de Recurso: 25/2007, Nº de Resolución: 2/2008, Ponente: MARIA MERCEDES PEREZ MARTIN-ESPERANZA, en el FJ 1º: “*Como cuestión previa se ha alegado por la representación de los acusados Víctor , Lucas y Ernesto , la prescripción de la acción contra ellos ejercitada, puesto que desde que ocurrieron los hechos hasta que se dirige la acción contra ellos y se les cita como imputados, han pasado con exceso el plazo prescriptivo de 5 años establecido en el art. 113 del C. Penal de 1.973aplicable al caso.*

Dicha cuestión, requiere su examen en primer lugar.

*Y así, ha de decirse que, a propósito del "dies ad quem" o momento interruptivo de la prescripción, el Tribunal Supremo mantiene una posición intermedia, según la cual no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quienes interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de inculpado), siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción **por "dirigirse el procedimiento contra el culpable"** en expresión legal, que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aún cuando no estén identificadas nominalmente aparezcan perfectamente definidas, doctrina acogida en la sentencia del Alto Tribunal de 20 de diciembre de*

⁷⁶¹ Vide ACALE SÁNCHEZ, M. cita en “*LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACION...*” op., cit., pág. 350 a MUÑOZ CONDE, F., y GRACIA ARÁN, M., Derecho penal. Parte General, cit., pág. 404 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J.C., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M., DE VICENTE MARTINEZ, R., ACALE SÁNCHEZ, M., NIETO MARTÍN, A., DEMETRIO CRESPO, E., y PÉREZ CEPEDA, A., *Curso de Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 591 y ss.

1996 EDJ 1996/12021 , 19 de julio de 1997, 30 de septiembre EDJ 1997/6354, 3 de octubre EDJ 1997/7541 y 11 de noviembre de 1997 EDJ 1997/7857 ,12 de febrero de 1999 EDJ 1999/975 , y 17 de mayo de 2002 EDJ 2002/16866 , entre otras.

Dicho de otro modo, asimismo en palabras del T.S., desde el momento en que figura en las actuaciones procesales el dato incriminador contra una persona determinada, aunque aún no haya existido una resolución judicial que, recogiendo este dato, cite como imputada a una persona, ha de entenderse que el procedimiento ya se está dirigiendo contra el culpable, como señalan las sentencias de 9 EDJ 1999/17023 y 16 de julio de 1999 EDJ 1999/1704 , 30 de diciembre EDJ 1997/9372 y 4 de junio de 1997 EDJ 1997/5917, en que se afirma textualmente que "la prescripción del delito se interrumpe por la sumisión a procedimiento penal de los hechos integrantes del mismo, y, por tanto, por la presentación de la querrela o denuncia en que se dé cuenta de los hechos", añadiendo que "no es exigible por tanto para la interrupción de la prescripción una resolución por la que se acuerde, mediante procesamiento o inculpación, la imputación a una persona del hecho delictivo que se investiga" (Vid, sentencia del T.S. de 26 de julio de 1999 EDJ 1999/19391y las anteriores, que también en ella se citan)."

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6, de fecha **2 de mayo de 2011**, Roj: SAP GC 416/2011, N° de Recurso: 58/2010, N° de Resolución: 46/2011, Ponente: CARLOS VIELBA ESCOBAR, al respecto señala en el FJ 1°:

"Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (sentencias de 8 de febrero de 1995,13 de octubre de 1995,26 de noviembre de 1996,11 de febrero de 1997y24 de febrero de 2009) que sólo tiene virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 establece: "Se hace preciso diferenciar, a los efectos de interrupción del plazo prescriptorio aquellas resoluciones - normalmente providencias-sin contenido real ni justificación procesal, destinadas a crear apariencia de actividad procesal o que resulten intrascendentes, a estos fines, en cuanto en modo alguno representan actividad procesal dirigida contra el presunto culpable de los hechos delictivos, de aquellas otras, bien distintas, que entrañen una actividad procesal claramente dirigida a materializar la relación acusación o defensa respecto de quien aparece como sujeto pasivo del proceso penal en trámite".

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000, declara que la prescripción sólo se interrumpe cuando se ha llevado a efecto una efectiva actividad judicial que se plasma en actos concretos que producen actuaciones del órgano judicial encargado de la instrucción o enjuiciamiento (SSTS 13 de mayo de 1993,22 de julio de 1993,17 de noviembre de 1993y11 de octubre de 1997), no reputándose como tales actuaciones procesales como el ofrecimiento de acciones, la tasación de efectos o, incluso la reclamación de antecedentes penales, en general, aquellas resoluciones sin contenido sustancial que no contribuyen a la efectiva prosecución del procedimiento. Y también la sentencia del mismo Tribunal de 7 de septiembre de 2004 establece: "...estimándose que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción resoluciones éstas que han venido interpretando la paralización en términos extensivos «pro reo». Se

han calificado como intrascendentes resoluciones que hacen referencia, por ejemplo, a la expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, solicitud de pobreza, reposición de actuaciones o incluso órdenes de búsqueda y captura o requisitorias, de forma que el **efecto interruptivo sólo se producirá cuando la resolución constituya una efectiva prosecución del procedimiento contra el culpable (STS 30 de mayo de 1997)**".

De lo expuesto resulta que no ha existido paralización de las actuaciones durante el tiempo que señala el recurrente, a estos efectos, señala el Tribunal Supremo; (Sentencia de 7 de febrero de 1992), que "no cabe entender por procedimiento a efectos de la prescripción solamente las diligencias sumariales o previas sino todas las que sean necesarias para lograr una resolución provisional o definitiva que le ponga fin. En este sentido son también actuaciones procesales que interrumpen la prescripción, los trámites que se realizan en la fase intermedia hasta la apertura del juicio oral y todas las diligencias indispensables encaminadas a preparar la celebración de las sesiones de la vista oral públicas que terminan con una sentencia absolutoria o condenatoria."

Al tratar las **cuestiones prejudiciales** ya mencionamos la interesante cuestión que plantea la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, Nº de Recurso: 147/2005. Nº de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, (FJ 1º) en el sentido de que: "No se vulnera ni el principio de seguridad jurídica, puesto que ya existe el previo pronunciamiento y vincula lógicamente al Juzgador de Instancia y a esta Sala, ni causa indefensión a la parte, pues aún cuando se trata de tipos penales en blanco sin embargo existen elementos suficientes para su enjuiciamiento como así expuso el Juzgador. Los alegatos de la defensa relativos a mantener la suspensión del procedimiento supondrían que mediante el ejercicio del derecho al recurso en el ámbito de la jurisdicción administrativa, transcurrieran los plazos prescriptivos establecidos en el **Art. 131 del Código Penal para el delito objeto de investigación cuya tramitación se suspenda por mor del planteamiento y admisión de una cuestión prejudicial, habida cuenta que resulta indiscutible que suspendido el procedimiento se paraliza el mismo a los efectos establecidos en el Art. 132.2 del Código Penal abriéndose una vía al fraude procesal prohibido (Art. 11 de L. O.P.J.)**".

2. De la pena. STC 97/2010 de 15 de noviembre de 2010:

La pena prescribirá en atención a lo establecido en el art. 133.1 CP⁷⁶² a los quince años, si la pena de inhabilitación impuesta es superior a seis años, lo que ocurrirá

⁷⁶² "1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

- A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.
- A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.
- A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.
- A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.
- A los 10, las restantes penas graves.
- A los cinco, las penas menos graves.

como regla general, ya que la duración de la inhabilitación base es de siete a diez años, a no ser que concurra alguna de las circunstancias que determinan la imposición de la pena inferior en grado, pero la pena de prisión prescribirá antes: esto es, en la medida en que puede alcanzar desde un año y seis meses hasta los cuatro años, a los diez años. Esta situación se debe a que la regla incorporada al art. 131.3 CP⁷⁶³ se refiere sólo a la prescripción del delito, no así de la pena, causando situaciones paradójicas pues el derecho del Estado a hacer cumplir la pena impuesta sólo cedería en parte por el transcurso del tiempo: esto es, en relación con la prisión y no con la inhabilitación, Como si aquél pudiera ser objeto de parcelación. En opinión de ACALE SÁNCHEZ, M.⁷⁶⁴, todo apunta a que se impone pues de *lege ferenda* una solución a este problema, provocado por la incorporación al Código a través de la LO 5/2010 de la regla específica prevista en el art. 132.2 a los solos efectos de la prescripción del delito y no de la pena.

Al respecto es necesario recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara en la STC 97/2010 de 15 de noviembre de 2010- ceñido a un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitaba un indulto particular que finalmente fue desestimado- al afirmar que: “*el Código Penal de 1995 únicamente contempla de manera expresa la existencia de causas de interrupción de la prescripción penal en relación con la prescripción de las infracciones penales (art. 132 CP), no en relación con la prescripción de las penas. Por lo que se refiere a éstas, el CP 1995, tras enunciar como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal la prescripción de la pena (art. 130.7 CP), se limita a señalar los plazos de prescripción de las penas impuestas por Sentencia firme, así como a declarar la no prescripción de las penas impuestas por la comisión de determinados delitos (art. 133 CP) y a determinar el dies a quo del cómputo de dichos plazos (art. 134 CP). Al respecto este último precepto dispone que: “el tiempo de prescripción de la pena se computara desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de la condena, si ésta hubiere comenzado a cumplirse”. Aunque el precepto se circunscribe así establecer dos momentos del inicio del cómputo del tiempo de la prescripción, implícitamente cabe inferir de su redacción, como pacíficamente admite la doctrina, que en él se contempla el cumplimiento de la pena como causa de interrupción de la prescripción. Ninguna otra causa de interrupción de la prescripción de la pena se recoge en los preceptos dedicados a la regulación de este instituto. Regulación que contrasta con la del precedente Código penal de 1973, cuyos artículos 115 y 116 estaban dedicados a la prescripción de las penas. En tanto que el art. 115 CP 73 establecía los plazos de prescripción de las penas, el art. 116 constaba de dos párrafos, dedicado el primero a disponer el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción, que sustancialmente no difiere del art. 134 CP de 1995, y el segundo a prever los efectos de la interrupción de la prescripción de la pena y contemplar expresamente como causa de la interrupción de la prescripción la comisión de otro delito antes de completar el tiempo de la prescripción. Así pues el legislador del CP 1995... omite cualquier referencia a los efectos de la prescripción de las penas y a la comisión de otro delito como causa de*

• Al año, las penas leves.”

⁷⁶³ “3. Cuando la pena señalada por la Ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.”

⁷⁶⁴ Vide ACALE SÁNCHEZ, M. “LOS NUEVOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN...” op. cit. pág. 351

interrupción, entonces regulados en el párrafo segundo del art. 116 CP de 1973”. Y tras afirmar que “los arts. 4.4 CP de 1995 ni el art. 56 LOTC en la redacción anterior a la dada por la LO 6/2007, de 24 de mayo, que era la aplicable al supuesto ahora considerado otorgan a las suspensiones correspondientes la condición o la cualidad de causas interruptivas de la prescripción de la pena suspendida”, concluye que “el criterio interpretativo mantenido por el tribunal Militar Territorial Cuarto en los Autos recurridos no satisface el canon constitucional reforzado exigido en supuestos como el que ahora nos ocupa, pues excede el propio tenor literal de los preceptos legales aplicables, que, de un lado, no contemplan la suspensión de la ejecución de la pena como consecuencia de la tramitación de un indulto o de un recurso de amparo como causa de interrupción de la prescripción (art. 134 CP de 1995), ni, de otro lado, confieren a dicha suspensión en uno y otro caso la referida condición o cualidad (arts. 4.4 CP de 1995 y 56 LOTC), con los efectos que se les ha otorgado el órgano judicial. La interpretación judicial plasmada en los Autos impugnados excede, por tanto, del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales, en este caso, concernidos, en definitiva de cobertura legal... La contemplación de nuevas causas de interrupción de la prescripción de las penas distintas a las recogidas en los preceptos legales reguladores de dicho instituto no es un supuesto que, lógicamente, teniendo en cuenta los precedentes del CP de 1995, pudiera haber pasado inadvertido al legislador al regular dicha materia, lo que «desde la obligada pauta de la interpretación en el sentido de la mayor efectividad del derecho fundamental y de la correlativa interpretación restrictiva de sus límites» (SSTC 19/1999, de 22 de enero, FJ 5; 57/2008, de 28 de abril, FJ 6), permite entender que si el legislador no incluyó aquellos supuestos de suspensión de ejecución de la pena como causas de interrupción de la prescripción de las mismas fue sencillamente porque no quiso hacerlo. En todo caso, y al margen de problemáticas presunciones sobre la intención del legislador, el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable y, a partir de él, no resulta constitucionalmente aceptable una interpretación de los preceptos legales aplicables que excede de su más directo significado gramatical. Además resulta también una interpretación constitucionalmente no aceptable, en cuanto es una interpretación que no se compadece en este caso ni con el derecho a la libertad (art. 17.1 CE) ni con el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) al carecer del necesario rigor con el tenor literal de los preceptos legales que le sirven de fundamento. En este sentido es necesario recordar que, en supuestos como el que nos ocupa, la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el derecho a la libertad (art. 17 CE) y por ende sin posibilidad de interpretaciones in malam partem (art. 25.1 CE) (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12), resultando conculcado el derecho a la libertad «tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley, como cuando se proceda contra lo que la misma dispone» (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 2; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 322/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; y 57/2008, de 28 de abril, FJ 2) y, por ello, los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor «en tanto que perjudiquen al reo» (SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12; y 37/2010, de 19 de julio, FJ 5).”

D. Cuestiones procesales:

Aún a riesgo de excedernos de los límites temáticos de la presente Tesis se hace conveniente aludir a las **cuestiones procesales**. Siendo estas las siguientes:

1. Ejercicio de la acción:

La Ley de Enjuiciamiento Criminal faculta a cualquier ciudadano para practicar detenciones, que es una labor más bien propia de autoridades y funcionarios, sin que por el hecho de practicarlas un ciudadano adquiera automáticamente la condición de tales (VERCHER NOGUERA, A.).

Así, si bien el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que la autoridad o el agente de la policía judicial tendrán la obligación de detener a las personas incursoas en los supuestos referidos en el propio artículo, a su vez, el artículo 491 del citado cuerpo legal señala que el particular que detuviere a otro justificará, si este lo exigiere, haber obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido se hallaba comprendido en alguno de los supuestos en los que la Ley prevé tal detención.

En respuesta a la pregunta de, en el presente tipo penal, **quien está obligado a perseguir delitos**, FERNANDEZ APARICIO, J.M.⁷⁶⁵ entiende que, en primer lugar, está incluido en el tipo, el Alcalde.

En efecto, en primer lugar es autoridad-funcionario a los efectos penales del art. 24 CP, como lo sería cualquier empleado de la corporación cualquiera que fuera la naturaleza que lo vinculara con ésta. Por otra parte entiende este autor que la legislación local le encomienda de forma implícita la persecución de delitos.

Así Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local establece las competencias del alcalde en el art. 21. Entre ellas destaca el art. 21.1 i que le atribuye la jefatura de la policía local. Y el apartado k de ese mismo precepto le encomienda singularmente el ejercicio de las acciones judiciales y administrativas y la defensa del Ayuntamiento en las materias de su competencia, incluso cuando las hubiere delegado en otro órgano, y, en caso de urgencia, en materias de la competencia del Pleno, en este supuesto dando cuenta al mismo en la primera sesión que celebre para su ratificación.⁷⁶⁶

⁷⁶⁵ Vide FERNANDEZ APARICIO, J.M., NOVEDADES EN LA PROTECCIÓN PENAL DEL SUELO, Sepin práctica penal (Núm. 63, 2º trimestre de 2011), pág. 25.

⁷⁶⁶ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1, de fecha 28 de enero de 2010, Roj: SAP GC 170/2010, N° de Recurso: 114/2006, N° de Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES, FJ 3º: *“En tal sentido, no cabe más que traer a colación el esclarecedor contenido de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de Abril de 2007 y que cabe extrapolar al supuesto que nos ocupa, con el que guarda un gran paralelismo. De la citada resolución se resalta lo que sigue:*

“...La Sala no comparte tal criterio, y ello en base a que es cierto que el art. 21 de la Ley de Bases de Régimen Local establece que la competencia para la concesión de licencias es una atribución que corresponde al Alcalde, ahora bien, también es cierto que es admisible y susceptible de delegar esa facultad conforme a lo especificado en el apartado tercero del propio art. 21 en la Junta de Gobierno.

Igualmente el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en el artículo 44 dispone:

1. Todas las delegaciones a que se refiere el artículo anterior serán realizadas mediante Decreto del Alcalde que contendrá el ámbito de los asuntos a que se refiere la delegación, las facultades que se deleguen, así como las condiciones específicas de ejercicio de las mismas, en la medida en que se concreten o aparten del régimen general previsto en este reglamento.

2. La delegación de atribuciones del Alcalde surtirá efecto desde el día siguiente al de la fecha del Decreto, salvo que en ella se disponga otra cosa, sin perjuicio de su preceptiva publicación en el Boletín Oficial de la provincia y en el municipal, si existiere.

3. Las normas de los apartados anteriores serán aplicables a cualquier modificación posterior de las delegaciones.

4. De todas las delegaciones y de sus modificaciones se dará cuenta al Pleno en la primera sesión que éste celebre con posterioridad a las mismas.

Por su parte el art. 45 dispone que "Las delegaciones que puede otorgar el Alcalde a tenor de lo dispuesto en el art. 43.3 párrafo 2º, deberán adaptarse a las grandes áreas en que el reglamento orgánico, en el caso de que hubiera sido aprobado por la Corporación, distribuya los servicios administrativos del Ayuntamiento.

Desde luego en el presente caso no se ha acreditado que el Alcalde en su día efectuase la delegación correspondiente y además se procediese a su inmediata publicación.

Por tanto tal extremo no puede ser obviado, pero ello no implica que no puedan ser sujetos activos del delito los acusados, y ello por un motivo fundamental consistente en que existía una apariencia de que tenían delegadas las competencias en materia de concesión de licencias, el Alcalde (Accidental) estaba presente y no se hizo constar ninguna circunstancia que revelara una falta de competencia para la concesión de las mismas...

...Ahora bien llegados a este punto y sin perjuicio de que esta cuestión deba resolverse en la jurisdicción contenciosa administrativa, la falta de delegación expresa en nada impide que la concesión de la licencia haya surtido aparentemente plenos efectos, como así ha sido, y por tanto ello no supone que los acusados no puedan ser sujetos activos del delito. Estos forman parte de un órgano colegiado, han votado favorablemente a la concesión de una licencia que no se ajusta a un Plan General de Ordenación Urbana previo a su concesión y además no tenían competencias para dictar dicha resolución. Tal circunstancia si se quiere es aún más un plus de antijuridicidad. El tipo penal no exige que tengan la delegación expresa y en la forma establecida en la legislación local aplicable.

Para que no fuese de aplicación el tipo penal del art. 320-2º C.P., (art. 358 del C. Penal de 1973), por no concurrir la cualidad necesaria en el sujeto activo del delito serían necesarias dos condiciones negativas: que no fuesen concejales los acusados y que no perteneciesen a la comisión de Gobierno y/o no fuese alcalde accidental. Pero no es el caso, es evidente que los acusados habían sido elegidos concejales por la mayoría del pueblo de Marbella, que estos en su día juraron o prometieron sus cargos, es decir eran concejales de dicho Ayuntamiento, y en su condición de tal pertenecían a la Comisión de Gobierno. Por tanto no es que no sean Autoridad o funcionario en los términos del art. 320-2º C.P, lo que ellos no tenían era delegada las competencias. No se puede confundir la condición del sujeto activo del delito, con la falta de competencia, en este último caso con mayor razón cometen el delito por ser, un órgano manifiestamente incompetente. Los acusados eran concejales y pertenecían a la Comisión de Gobierno, eso sí, sin competencias que les respaldase, lo que significaba un mayor retorcimiento del derecho al objeto de aplicar el art. 320-2 del C. penal.

Por tanto los acusados son sujetos activos del delito de prevaricación urbanística derivada de su condición de autoridad y pertenecer a la comisión de gobierno.

No es admisible como argumento jurídico a efectos de excluir la responsabilidad penal de los acusados, que la Comisión de gobierno no tiene la cualidad de órgano colegiado y por ello tampoco es susceptible de encuadrar en el tipo del art. 320-2 C.P.

Las normas han de ser interpretadas sistemáticamente y en su conjunto. Es cierto que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común expone en su disposición adicional primera que las disposiciones del Capítulo II del título II de la presente ley no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades locales, a los Órganos Colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, pero ello no significa que no tenga el concepto de órgano colegiado sino que su funcionamiento y estructura no se regirá por las normas contenidas en los artículos 22 a 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración pública..

La Sala no tiene la más mínima duda de que la Comisión de gobierno tiene la consideración de órgano colegiado, y prueba de ello es que el art. 22 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales establece:

1. Los miembros de las Corporaciones locales están sujetos a responsabilidad civil y penal por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

2. De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente.

Si se acude al art. 25 de esta Ley:

“1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

2. El Municipio ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:

a) Seguridad en lugares públicos.

b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas.

c) Protección civil, prevención y extinción de incendios.

d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales.

e) Patrimonio histórico-artístico.

f) Protección del medio ambiente.

g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores.

h) Protección de la salubridad pública.

Con ello queremos poner de manifiesto que realmente lo que dispone la Ley de Régimen jurídico de la Administración pública, es que la organización y funcionamiento de los Órganos Colegiados no se regirán por estas normas de carácter general sino a través de las propias contenidas en su legislación específica, es decir La ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, así como los Reglamentos específicos en la materia.

Más claro si se quiere y así lo conceptúa este mismo Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales en su Artículo 43:

1. El Alcalde puede delegar sus atribuciones, salvo las mencionadas en los Art. 21,3 y 71 L 7/1985 de 2 abril, en los términos previstos en este artículo y en los siguientes.

2. El Alcalde puede efectuar delegaciones en favor de la Comisión de Gobierno, como órgano colegiado. En tal caso, los acuerdos adoptados por ésta en relación con las materias delegadas, tendrán el mismo valor que las resoluciones que dicte el Alcalde en ejercicio de las atribuciones que no haya delegado, sin perjuicio de su adopción conforme a las reglas de funcionamiento de la Comisión.

En igual sentido la Ley reguladora de Bases de Régimen local en su Artículo 46 dispone:

1. Los órganos colegiados de las entidades locales funcionan en régimen de sesiones ordinarias de periodicidad preestablecida y extraordinaria, que pueden ser, además, urgentes.

2. En todo caso, el funcionamiento del Pleno de las Corporaciones locales se ajusta a las siguientes reglas.

Es decir son tan órganos colegiados como aquellos que se constituyen por ley en la Administración Central o autonómica lo único que ocurre es que se regirán en cuanto a sus normas de funcionamiento por su legislación específica. La existencia del órgano colegiado es un concepto susceptible de aplicar a todo aquel organismo cuya composición se constituye por un número determinado de personas y cuyas decisiones se toman por la mayoría de sus miembros. En definitiva sus decisiones como su nombre indica se toman en comunidad o conjunto de personas...." .

- i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud.*
- j) Cementerios y servicios funerarios.*
- k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social.*
- l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.*
- ll) Transporte público de viajeros.*
- m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas: ocupación del tiempo libre; turismo.*
- n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.*

3. Sólo la ley determina las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo, de conformidad con los principios establecidos en el art. 2.”

Se observa, por tanto, que el municipio tiene competencia en casi todo apareciendo en el largo elenco de competencias seguridad y disciplina urbanística. Se puede afirmar que la legislación urbanística hace recaer en el Alcalde la obligación de velar por la correcta ordenación de su territorio.

Así lo hacía la legislación estatal representada por el Texto refundido de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana, aprobada por RD 1346/1976, de 9 de abril (art. 228.6). Esta ley estaba desarrollada por tres reglamentos; RD 2159/1978, de 23 de junio, 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, el RD 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 y por último el RD 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la ley sobre Régimen del suelo y ordenación urbana.

Y la actual legislación estatal a través del **RD legislativo 2/2008, de 20 de junio**, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, y más concretamente en su **artículo 42**, al regular las infracciones constitutivas de delito o falta, establece que:

“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 o falta 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”.

Por tanto el Alcalde o concejal delegado está obligado a perseguir los delitos contra la ordenación del territorio de suerte que abierto un expediente sancionador, deberá dar traslado del mismo al Fiscal si aprecia delito o falta. Así se infiere del deber de colaborar con el Fiscal poniendo en conocimiento presuntos delitos o faltas que pueda tener conocimiento con ocasión del ejercicio de potestades reconocidas en la legislación local. Este deber impuesto a la autoridad o funcionario público puede determinar que su omisión deliberada por parte de éste pueda acarrearle responsabilidad penal. Pues es evidente que la Autoridad Fiscal difícilmente va a poder ejercitar acciones penales contra los autores de un delito del art.319 CP si el ayuntamiento no pone en su conocimiento tales hechos.

Este deber de colaboración de poner en conocimiento del Fiscal presuntos delitos urbanísticos o relacionados con el urbanismo como sería el delito de desobediencia cometido por el particular que sigue construyendo pese a la orden municipal de paralizar la obra ha sido llevada también a la legislación autonómica⁷⁶⁷.

Por tanto y como conclusión, el alcalde o concejal delegado que no procede a abrir expedientes sancionadores estaría en opinión de FERNANDEZ APARICIO, J.M.⁷⁶⁸ cometiendo o bien prevaricación en la nueva redacción dada al art. 320 CP o en todo caso omisión de perseguir delitos del art. 408 CP, debiendo optarse por el primero en virtud del principio de especialidad.

⁷⁶⁷ Así y como muestra podemos citar a título de ejemplo la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía que establece en su art. 181, al regular la medida cautelar de suspensión

“1. Cuando un acto de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación e instalación, o cualquier otro de transformación o uso del suelo, del vuelo o del subsuelo que esté sujeto a cualquier aprobación o a licencia urbanística previas se realice, ejecute o desarrolle sin dichas aprobación o licencia o, en su caso, sin orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, el Alcalde deberá ordenar, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos.

...

4. El incumplimiento de la orden de suspensión dará lugar, mientras persista, a la imposición de sucesivas multas coercitivas por períodos mínimos de diez días y cuantía, en cada ocasión, del diez por ciento del valor de las obras ejecutadas y, en todo caso y como mínimo, de 600 euros. Del incumplimiento se dará cuenta, en su caso, al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad que proceda.”

La obligación de adoptar medidas cautelares de paralización de obras con la obligación de acudir al Fiscal para que en caso de desobediencia depure las responsabilidades penales. En igual sentido el art. 195 del mismo texto legal, al regular la competencia para iniciar, instruir y resolver.

“1. La competencia para iniciar y resolver los procedimientos sancionadores corresponde:

a) Al Alcalde del correspondiente municipio o al concejal en quien delegue.

...

4. En los casos de indicios de delito o falta en el hecho que haya motivado el inicio del procedimiento sancionador, la Administración competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, suspendiendo la instrucción del procedimiento hasta el pronunciamiento de la autoridad judicial.

Igual suspensión del procedimiento sancionador procederá desde que el órgano administrativo tenga conocimiento de la sustanciación de actuaciones penales por el mismo hecho.”

⁷⁶⁸ Vide FERNANDEZ APARICIO, J.M., Op. cit., pág. 25.

En todo caso la supuesta ausencia de medios personales o materiales no pueden constituir una excusa en la no persecución de los delitos urbanísticos. Aparte de que tal aseveración deberá ser acreditada por quien la alegue, FERNANDEZ APARICIO, J.M. entiende que la constitucionalmente reconocida autonomía local con la consiguiente autonomía presupuestaria (art. 140 CE) juega en contra de quienes dicen carecer de medios. Habrá que examinar caso a caso y ver si lo que realmente existe es una decidida voluntad de no perseguir estos delitos, movido por intereses electorales, por muy legítimos, no por ello son respetuosos necesariamente con la legalidad.

2. Denuncia

También se puede tener conocimiento a través del atestado, como el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (condena con conformidad), Sección 3ª, de fecha **20 de mayo de 2011**, Roj: SAP AL 234/2011, Nº de Recurso: 25/2010, Nº de Resolución: 176/2011, Ponente: TARSILA MARTINEZ RUIZ, señala en los Antecedentes: ***“PRIMERO.- La presente causa fue incoada en virtud de Atestado de la Unidad de Policía del Área de Protección Medioambiental”***.

O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (absolutoria), Sección 10, de fecha **25 de abril de 2002**, Roj: SAP B 4264/2002, Nº de Recurso: 83/2000, Ponente: DANIEL ALMERIA TRENCO, en el FJ 1º recoge que la investigación se inició por atestado del **SEPRONA**, en este orden de cosas señala:

*“Al respecto, debe señalarse que la **policía judicial** cumple funciones de investigación, a título preventivo, **como medio de presentar denuncias y por encargo del ministerio fiscal o del juez de instrucción**. Dispone el art. 282 LECrim que la Policía tiene por objeto y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad Judicial. Por su parte, el art. 284 de la misma ley señala que inmediatamente que los funcionarios de Policía judicial tuvieren conocimiento de un delito público lo participarán a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, si pudieran hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención y, en otro caso, lo harán así que las hubieren terminado. Y en relación con tales preceptos, establece el art. 20 RD. 769/87 de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial, que cuando dichos funcionarios realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretado a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, continúa el precepto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente, que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllos, en cuyo caso los funcionarios de policía actuarán bajo su dependencia directa y practicarán las diligencias que el Fiscal les encomiende.(...)”*

Resulta, en definitiva, plenamente justificado, incluso obligado, el que la Policía Judicial forme atestado, en base a una sospecha delictiva inicial, así como que dicho atestado, instruido con observancia a las normas que dispone la LECrim.,

también exigibles a los funcionarios de policía (art. 299 y ss.) sobre investigación, y bajo la supervisión y dependencia del ministerio fiscal, constituya en sí mismo el contenido total de la investigación oficial o Diligencias Previas, tras la convalidación de las diligencias policiales ante el juez instructor y, por supuesto, la imprescindible primera comparecencia del imputado ante aquél con el contenido necesario del art. 789.4 LECrim. Este criterio estructural sobre el proceso penal constituye la actual tendencia sobre investigación penal, en consonancia con el resto de ordenamientos procesales en Derecho Comparado, y viene sancionado en nuestro Derecho por el art. 789.3 LECrim, tras la LO 7/88 de 28 de diciembre. (...)

De otro lado, el SEPRONA, como tal Policía Judicial, es competente para la práctica de las diligencias de investigación que llevó a cabo (art. 282 LECrim.), conforme a lo dispuesto en la ley procesal (art. 299 y ss.) y su propia normativa reguladora, pudiendo recabar de particulares o Administraciones información y documentos, tomar declaraciones, de imputado o testificales, pedir informes periciales etc.”

3. Actuación de la Fiscalía: diligencias informativas-querrela:

A través de diligencias informativas, que tras la oportuna tramitación pueden terminar en archivo o en la presentación de querrela.

Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 15ª, de fecha **29 de junio de 2002**, Roj: SAP M 8611/2002, N° de Recurso: 208/2002, N° de Resolución: 323/2002, Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO, en el FJ 3º indica: “*el procedimiento se ha iniciado por una querrela del Ministerio Público*”.

O recibiendo denuncias, como en el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de noviembre de 2009**, Roj: SAP GR 2061/2009, N° de Recurso: 210/2009, N° de Resolución: 571/2009, Ponente: MARIA AURORA GONZALEZ NIÑO, Antecedentes, Primero, dentro de los hechos probados:

*“IV.- Asimismo D. Carlos Antonio, en representación de la entidad **"Ecologistas en Acción"** presentó denuncia ante el Ministerio Fiscal contra la Sra. Verónica, su marido Sr. Guillermo y el acusado D. Luis Miguel, entendiendo ilegales los actos administrativos que habían dado lugar a la concesión de las licencias oportunas por infracción de la legalidad vigente en materia urbanística en Almuñécar”.*

4. Acusación particular:

Igualmente Ayuntamiento, Asociaciones pueden ejercer la acusación particular como es ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 16, de fecha **24 de octubre de 2005**, Roj: SAP M 11370/2005, N° de Recurso: 41/2005, N° de Resolución: 92/2005, Ponente: MIGUEL HIDALGO ABIA, causa en la que ejerce la acusación particular la **Asociación para la defensa del Valle de Lozoya y**

de la Sierra de Madrid. O la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 6, de fecha **2 de mayo de 2011**, Roj: SAP GC 416/2011, Nº de Recurso: 58/2010, Nº de Resolución: 46/2011, Ponente: CARLOS VIELBA ESCOBAR, donde ejerce la acusación particular la entidad **WWF/ADENA**.

5. Acusación popular:

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sección 1 del **28 de Marzo del 2006** (ROJ: STS 7937/2006) Recurso: 2067/2004 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, en su Fundamento Jurídico Trigésimo, señala:

“El art. 101 LECrim establece que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación en los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio al Ministerio Fiscal, al contrario con carácter general, se establece que todos los ciudadanos la podrán ejercitar, sin perjuicio de las limitaciones que se previenen en distintos preceptos, la acción popular. El propio art. 125 CE determina que los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el art. 19 LOPJ precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular, en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105, 270, 271 y 280 LECrim el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultas del juicio.

Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (art. 105 LECrim.), como defensor de la legalidad (arts. 124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos LECrim. (STS. 10.7.95).

En este caso de acción popular lo que la caracteriza es que cualquier ciudadano, por el mero hecho de estar en la plenitud del gozo de sus derechos, puede ejercerla, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral (arts. 100, 101 y 102 LECrim). En la acción popular que se contempla en el art. 125 CE el particular actúa en interés de la sociedad, viniendo a asumir dentro del proceso un papel similar al Ministerio Fiscal.

Como advierte el Tribunal Constitucional (SS. 62/83, 147/85, 37/93 y 40/94) en el caso de la acción popular se actúa en defensa de un interés común o general, pero

también se sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos casos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común.

Por ello, en el momento actual, se defiende por la doctrina, que la acción popular puede asumir un importante papel en la persecución de aquellos delitos que pueden infringir un bien perteneciente a la esfera o patrimonio social, con respecto a los cuales se ha podido observar un escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal. Importante papel que no puede ser menospreciado porque coyunturalmente y con ocasión del debate político se haya utilizado a veces la acción penal popular espuriamente y, por otra parte, es evidente que nuestra Constitución la consagra (art. 125), como un medio de participación en la administración de justicia.

TRIGESIMO PRIMERO: En el caso que examinamos, el delito del art. 320 CP viene contemplado en el Libro II, Título XVI, relativo a los delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente y que tiene su fundamento y razón de ser en la protección general y armónica del urbanismo y la ordenación del territorio. En este sentido el bien jurídico protegido en el delito de urbanismo, como ya hemos señalado con anterioridad, es la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. Se trata casi 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, bien jurídico- que en el supuesto de esta prevaricación especial, se complementa con el recto y normal funcionamiento de las administraciones públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática.

*Se trata, en todo caso, de intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo y corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter delictivos. **Pertenece a la comunidad en general y por ello -como precisa la STS. 5.4.2002- la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular.***

(...)

*Trigésimo segundo.- (...) "Sin olvidar que esta Sala viene manteniendo (SSTS. 18.3.92, 22.5.93, 3.6.95, 4.2.97), que el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110LECriminal, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela. **La existencia de fianza, impuesta por el art. 280, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando ésta es medio de iniciación del proceso penal, pero cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso la necesidad de tal requisito no parece razonable**".*

Así encontramos numerosos ejemplos, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Absolutoria), Sección 2, de fecha **2 de marzo de 2009**, Roj: SAP AL 214/2009, Nº de Recurso: 428/2008, Nº de Resolución: 73/2009, Ponente:

JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON, Federación Provincial de **Ecologistas en Acción** y **Asociación de Amigos del Parque Natural de cabo de Gata Níjar**.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de marzo de 2009**, Roj: SAP MA 4075/2009, N° de Recurso: 43/2009, N° de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON, ejercen la **acción popular** la **Comunidad de Propietarios de la URBANIZACIÓN000** y la **Asociación Política Los Verdes**.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, ejercen la **acusación popular**: *“la representación de **izquierda unida los Verdes Convocatoria por Andalucía**, y la representación de la **Asociación Política los Verdes de Andalucía**.”*

Al hilo de lo anterior es precisa la referencia a la repercusión en materia de costas para la acusación popular:

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, N° de Recurso: 421/2010, N° de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA, causa en la que actúan LOS VERDES DE ANDALUCIA, ECOLOGISTAS EN ACCION, ARQUITECTURA Y COMPROMISO SOCIAL (ADOBE) y PARTIDO POPULAR, en su FJ: *“DECIMO.- Por ultimo en cuanto a la condena en costas que interesa el Fiscal, no puede prosperar, pues la misma se ha efectuado de manera proporcional a los delitos y acusados, siendo acorde con el criterio general del Tribunal Supremo de exclusión de las mismas a las acusaciones populares.*

*En la sentencia de 30 de junio 2008 el TS ya dijo, esta Sala ha venido manteniendo la **general exclusión de las costas de la acusación popular** (SSTS 224/95, de 21-2 EDJ 1995/1734;649/96, de 2-2 EDJ 1996/8623;2/98 de 29-7 EDJ 1998/9430;1237/98, de 24-10 EDJ 1998/23373;515/99, de 29-3 EDJ 1999/8752;1490/2001, de 24-7 EDJ 2001/32015;1811/2001, de 14-5 EDJ 2001/11069y1798/2002, de 31-10EDJ 2002/51347).*

En efecto, el art. 240-3 L.E.Cr. prevé la imposición de costas al querellante particular o actor civil; y de ello no puede deducirse nunca, por hermenéutica de sentido contrario, que la acción popular, posibilitada constitucionalmente por el art. 125 CE. y en consonancia con él los arts. 19 LOPJ y 101LECr., produzca una inflexión en los gastos del proceso repercutibles sobre la parte acusada. Ciertamente es que la condena en costas no se concibe ya como sanción sino como mero resarcimiento de gastos procesales; pero no menos exacto es que el ejercicio de la acción popular por un ente no imbricado en la dinámica delictiva nunca puede, cuando existe una acusación pública oficial ejercitada por el Ministerio Fiscal, dar origen a tal forma de resarcimiento que repercutiría aditivamente sobre el acusado condenado (SSTS 224/95, de 21-2 EDJ 1995/1734y649/96, de 2-2EDJ 1996/8623).

Siendo reiterado que el ejercicio de la acción popular por personas o entidades que no han sido directamente afectadas por los hechos delictivos nunca pueden dar origen al pago o resarcimiento de las costas originadas por su actuación procesal.

Serían perfectamente imponibles las costas en la proporción que determinase el Tribunal en aquellos casos en no existiese acusador particular o cuando habiéndolo no se hubiera constituido en parte.

Pero en los demás casos la Jurisprudencia entiende que no debe agravarse injustificadamente la posición de los condenados, lo que no impide reconocer el importante y desinteresado trabajo realizado por las partes procesales. “

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, Nº de Recurso: 263/2006, Nº de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el FJ “NOVENO.- *Por aplicación de los artículos 123 del C. Penal y 240 de la L. E. Criminal las costas son de imponer a los acusados con exclusión de las devengadas por las acusaciones populares.*

No es posible incluir esta últimas pues "...como reiteradamente dice la Jurisprudencia de esta Sala (SST de 6 de abril y 4 de mayo de 1989, 15 de marzo de 1990, 12 de marzo de 1992, 21 de febrero de 1995o 2 de febrero de 1996, por ejemplo), a partir de la propia literalidad del referido precepto (Art. 240.3LCR), la legitimación que el artículo 125 de la Constitución confiere a cualquier ciudadano para su personación, ejercitando la Acción Popular en el procedimiento penal, no conlleva, puesto que no se está ejercitando acción directamente derivada de la comisión del concreto delito enjuiciado, la imposición al condenado del pago de las costas ocasionadas por esta parte, que no se derivan, en realidad, del ejercicio de acciones por parte de los directamente perjudicados, como es el caso de las Acusaciones Particulares, a las que, en exclusiva, hay que referir el citado artículo 240 de la Ley adjetiva y el 241, que define el contenido de las costas..." -Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002-. “

Asimismo y para la acusación particular, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **17 de febrero de 2006**, Roj: SAP MA 346/2006, Nº de Recurso: 32/2006, Nº de Resolución: 90/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS, en el procedimiento del que trae causa ejerce la acusación particular dos vecinos, el Juez de instancia le impone las costas, la Sala resuelve: “*El art. 240.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la condena en costas al querellante particular o al actor civil cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe.*

Los conceptos de temeridad y mala fe son empleados como sinónimos, aunque cabe distinguirlos en cuanto la mala fe supone un concepto más restringido que el de temeridad, al comprender el supuesto de quién inicia y mantiene el proceso a sabiendas de la injusticia de su pretensión, mientras que la temeridad puede entenderse referida a quién podría haber conocido que no le asistía la razón ni tenía fundamento para acusar si hubiera obrado con la necesaria diligencia. En definitiva, el mandato legal se refiere a la culpa lata, cuya concurrencia debe apreciarse cuando se incoa y prosigue un proceso conociendo de forma clara y rotunda, o pudiendo manifiestamente conocer,

que no se lleva razón de modo que la culpa levisima, consistente en la omisión de una meditación profunda sobre la justicia de la pretensión, no alcanza entidad suficiente para motivar una condena en costas.

*Para determinar cuál sea la naturaleza de la culpa atribuible al querellante particular en el supuesto de absolución del acusado, será preciso atender a **la verosimilitud y probabilidad de los hechos, las pruebas aportadas, la actividad procesal desarrollada y la causa del rechazo de su acusación**. Cuando existan dudas razonables sobre la existencia de los elementos configuradores de la infracción penal, ha de concluirse que las peticiones del querellante deben considerarse dentro de los límites razonables del derecho de acusación. La postura mantenida por las querellantes ha sido coincidente con la sostenida por el Ministerio Fiscal, circunstancia reveladora de la pertinencia del ejercicio de la acción penal, y que implica además la ausencia de gastos derivados de la actuación de dicha parte, en tanto la actuación acusatoria pública hubiera obligado igualmente al Sr. Cristóbal, a asumir igualmente la posición de acusado, con todas las consecuencias inherentes.”*

E. Especialidades procesales:

Para concluir basten unas alusiones en el ámbito del proceso penal,

1. Instrucción:

Por regla general, el conocimiento de la investigación de estos delitos corresponde al Juez de Instrucción del lugar donde ocurren los hechos, ex art. 14.2 LECr., quien incoará Diligencias Previas.

2. Enjuiciamiento:

Corresponderá al Juzgado de lo Penal de conformidad con el art. 14.2 de la LECr., salvo que concurra con otros delitos y que obliguen a elevar su conocimiento a la Audiencia. Contra la Sentencia que se dicte cabrá recurso de apelación ante la Audiencia correspondiente (art. 790 LECr.)

Será posible la conformidad del acusado, siempre que acepte los hechos de los que se le acusa y la pena que se le impone, cuando la pena solicitada o exceda de 6 años de prisión (art. 787 LECr.).

En efecto, encontramos sentencias dictadas con conformidad como: la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (condena con conformidad), Sección 3ª, de fecha 20 de mayo de 2011, Roj: SAP AL 234/2011, N° de Recurso: 25/2010, N° de Resolución: 176/2011, Ponente: TARSILA MARTINEZ RUIZ, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha 13 de septiembre de 2010, Roj: SAP IB

1734/2010, N° de Recurso: 29/2010, N° de Resolución: 86/2010, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha 31 de octubre de 2011, Roj: SAP IB 2205/2011, N° de Recurso: 72/2010, N° de Resolución: 126/2011, Ponente: MONICA DE LA SERNA DE PEDRO, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad) Sección 2ª, de fecha 2 de diciembre de 2011, Roj: SAP IB 2502/2011, N° de Recurso: 31/2011, N° de Resolución: 143/2011, Ponente: EDUARDO CALDERON SUSIN.

Si el acusado no compareciere el día del juicio se podrá celebrar en su ausencia si la pena que se le pide no excede de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años (art. 786 LECr.), en el presente caso objeto de estudio entendemos que no cabe esta posibilidad pues las penas de prisión pueden ser de hasta cuatro años y la inhabilitación de hasta diez años.

3. Recurso de casación:

Cabrá interponer contra la sentencia dictada la Audiencia en juicio oral y única instancia (art. 847 b)

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 4ª, de fecha **31 de mayo de 2005**, Roj: SAP M 6377/2005, N° de Recurso: 39/2001, N° de Resolución: 77/2005, Ponente: MARIA DEL PILAR DE PRADA BENGGOA, recoge en el pie de recurso: “Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación”.

4. Ejecución:

Corresponde ejecutar la Sentencia condenatoria al Juzgado que la dicto (art. 985 de la LECr., quedando a salvo la excepción del art. 986 LECr⁷⁶⁹.)

Dado que la condena contemplará pena de prisión y multa además de la inhabilitación, se procederá a **incoar ejecutoria**, recabar hoja de antecedentes penales del penado (con anotación de la condena impuesta) a los efectos de determinar si procede la concesión del beneficio de la suspensión de la pena privativa de libertad, que podrá ser otorgada por un plazo de 2 a 5 años, siempre que cumpla los requisitos del art. 81 CP (carecer de antecedentes penales, tener satisfechas las responsabilidades civiles y haber sido condenado a pena no superior a 2 años de prisión). El beneficio se revocará si durante el plazo de suspensión el penado volviera a delinquir (se computará el plazo desde la notificación personal del Auto concediendo la suspensión).

⁷⁶⁹ “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, la sentencia dictada a continuación de la de casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ejecutará por el Tribunal que hubiese pronunciado la sentencia casada, en vista de la certificación que al efecto le remitirá la referida Sala.”

Transcurrido el tiempo de **suspensión** sin haber delinquido de declarar remitida la pena, procediéndose al archivo definitivo de la ejecutoria, con anotación en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Asimismo, y dado que puede ser condenado a pena de prisión se le puede conceder el beneficio de la **sustitución** de la prisión por multa siempre que cumpla con los requisitos del art. 88 del CP, penas de prisión que no excedan de un año (excepcionalmente de 2 años) por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad (pena para la que se necesita el consentimiento expreso del penado), y en los casos de penas de prisión que no excedan de seis meses, también por localización permanente, siempre que las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente (en su domicilio o en centro penitenciario).

La pena de multa se impone con responsabilidad personal subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas. En estos delitos en los que el penado es funcionario público o autoridad, se puede obtener el pago de la multa por vía coercitiva a través del embargo del sueldo, así entendemos que si es funcionario de carrera difícilmente se le declarará insolvente y por tanto la conversión de multa en responsabilidad personal subsidiaria (que también se puede ver sujeta al beneficio de la suspensión de la pena ex art. 81 CP), salvo que pierda la condición de funcionario.

No cabe duda de que el penado podrá tramitar la solicitud de **indulto total o parcial**, e interesar la suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramita. E incluso interponer **recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional** e igualmente solicitar la suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramita.

Los **antecedentes penales** se extinguirán de conformidad con el art. 136 del CP, a los 5 años al entender que nos encontramos ante una pena grave ex art. 33 CP.

En el caso de que una misma persona haya sido condenada por varios hechos delictivos, habiendo recaído las consiguientes sentencias condenatorias, puede solicitar la **acumulación de condenas (art. 988 LECr.⁷⁷⁰)**. Esto es, se ponen las sentencias por orden de antigüedad de la fecha de la firmeza, de más antigua a más moderna finalizando con la de la Ejecutoria que trae causa de la petición de acumulación. Solo se

⁷⁷⁰ “Cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado.

Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo esté sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.

Cuando el culpable de varias infracciones penales haya sido condenado en distintos procesos por hechos que pudieron ser objeto de uno solo, conforme a lo previsto en el artículo 17 de esta Ley, el Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia, de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del condenado, procederá a fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal. Para ello, el Secretario judicial reclamará la hoja histórico-penal del Registro central de penados y rebeldes y testimonio de las sentencias condenatorias y previo dictamen del Ministerio Fiscal, cuando no sea el solicitante, el Juez o Tribunal dictará auto en el que se relacionarán todas las penas impuestas al reo, determinando el máximo de cumplimiento de las mismas. Contra tal auto podrán el Ministerio Fiscal y el condenado interponer recurso de casación por infracción de Ley.”

podrá acumular aquellas cuyo hecho delictivo sea más antiguo que la fecha de la Sentencia firme más antigua. Y no se acumulan cuando los hechos de la Sentencia posterior ocurren después de la Sentencia anterior. Todo ello con el límite señalado en el art. 76 CP⁷⁷¹.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha **31 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 2205/2011, Nº de Recurso: 72/2010, Nº de Resolución: 126/2011, Ponente: MONICA DE LA SERNA DE PEDRO, falla: *“A Moises la pena de UN AÑO de PRISIÓN y la de 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público. Pero por aplicación analógica in bonam parte de lo dispuesto en el artículo 988 de la L.E.Crim. en relación con los hechos enjuiciados en esta causa con los ya enjuiciados definitivamente en la causa con número de Rollo 76/07 de la Audiencia Provincial de Palma que dimanaba del mismo Procedimiento Abreviado número 3501/06 (pieza separada 56) y los del Juzgado Penal Uno (pieza 54) y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias del Tribunal Supremo: RJ 2009/5483 número 629/2008 de 4 de noviembre , la 1074/2004 de 18 de octubre , la 500/2004 de 20 de abril , la de 6 de octubre de 1991 a sensu contrario) **procede considerar cumplida las penas de Moises toda vez que ha sido condenado a las penas máximas previstas para el delito continuado de prevaricación urbanística del 320”**.*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad) Sección 2ª, de fecha **2 de diciembre de 2011**, Roj: SAP IB 2502/2011, Nº de Recurso: 31/2011, Nº de Resolución: 143/2011, Ponente: EDUARDO CALDERON SUSIN, recoge en los Hechos Probados: *“Tanto esos delitos (pieza 56, 54 y 4) como el que se describe en este escrito (pieza 55) se realizaron aprovechando la misma situación de ser el jefe del área de urbanismo del Ayuntamiento de Andratx en periodos temporales muy próximos (6-5-2003 en la pieza 56, 19-2-2002 y 20-8-2002 en la pieza 4 y 6-6-2002 en esta pieza) y guiado con una misma intención de favorecer, arbitrariamente, a determinadas personas con licencias urbanísticas ilegales.”*, y dicta Sentencia de conformidad con la acusación, recogiendo en el Fallo: *debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Pedro , como responsable de un delito de prevaricación urbanística precedentemente definido, sin la concurrencia de*

⁷⁷¹ “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a. De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b. De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d. De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.”

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de SEIS MESES de PRISIÓN y a la de 8 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, y al pago de un tercio de las costas procesales.

*Por aplicación analógica in bonam partem de lo dispuesto en el artículo 988 de la L.E.Crim. en relación con la apreciación de la continuidad delictiva (artículo 74 del C.P.) entre los hechos enjuiciados en esta causa con los ya enjuiciados definitivamente en la causa con número de Rollo 76/07 de la Audiencia Provincial de Palma que dimanaba del mismo Procedimiento Abreviado número 3501/06 (pieza separada 56) y los de la pieza separada 4 ya sentenciada así como los del Juzgado Penal Uno (pieza 54) y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias del Tribunal Supremo: RJ 2009/5483 número 629/2008 de 4 de Noviembre, la 1074/2004 de 18 de octubre, la 500/2004 de 20 de Abril, la de 8 de Octubre 1991a sensu contrario) **procede considerar cumplida las penas de Pedro toda vez que ha sido condenado a las penas máximas previstas para el delito continuado de prevaricación urbanística del 320.***

Procede declarar la nulidad de la licencia administrativa y la condena en costas”.

Se da la circunstancia de que el acusado utilizaba el mismo “modus operandi”.⁷⁷²

⁷⁷² A saber (de conformidad con los Hechos declarados probados”): “Se declara probado, por conformidad de las partes en el trámite del juicio oral, que desde el 18 de Mayo de 1990, Amadeo, era propietario de la parcela NUM003 del Polígono NUM004 de Andratx, donde existían las ruinas de una edificación.

Estos terrenos tenían la consideración de suelo Rústico Protegido por estar clasificados en virtud de la Ley de Espacios Naturales de las Islas Baleares (Ley 1/1991 de 30 de Enero), como suelo No Urbanizable de Especial Protección con la categoría de Área Natural de Especial Interés Paisajístico (ANEI).

Dado el nivel de protección legal vigente y la escasa superficie de la parcela (3.603 m2) era imposible, legalmente, autorizar la construcción en dicho terreno de una vivienda unifamiliar aislada de nueva planta. Tampoco podía rehabilitarse unas ruinas que habían perdido el uso de vivienda.

En 1992 el propietario presentó una solicitud acompañada de un proyecto para la "reconstrucción" de las ruinas existentes en la parcela. Dicha petición de licencia ante el Ayuntamiento de Andratx fue tramitada (expediente NUM005) y concedida la licencia.

Con la licencia concedida se procedió a reconstruir y ampliar la edificación hasta un total de 134'18 metros cuadrados, inscribiéndola en el registro de la propiedad en fecha 22 de febrero de 2001 (inscripción 2º).

Aproximadamente cinco años más tarde, el propietario solicitó licencia para la construcción de una piscina, siendo registrada con el número NUM006 y concedida por el Ayuntamiento en fecha 21 de Febrero de 1997.

Como se ha indicado, la parcela tenía una superficie total de 3.603 m2, pero el 20-12-2001 por acuerdo dictado en el expediente NUM011 se segregó una porción de la parcela colindante con número NUM007 del polígono NUM008 para añadirla a la NUM003, pasando en consecuencia a tener ésta una superficie total de 6.577 m2 (exp. NUM009 de la Gerencia Regional de catastro).

En fecha 28 de agosto de 2001 (cuando la parcela constaba únicamente de 3.603 m2) el propietario solicitó licencia para "la ampliación de vivienda unifamiliar aislada "existente, presentando un proyecto básico redactado por los arquitectos Cosme y Humberto, dicha solicitud fue registrada con el número de expediente municipal NUM010.

El 6 de noviembre de ese mismo año el acusado Pedro (Jefe del Área de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx y el momento de la comisión de los hechos Arquitecto Técnico Municipal), mayor de edad, emitió informe favorable, omitiendo cualquier tipo de referencia a la calificación y clasificación del suelo, requiriendo al promotor a los efectos de justificar el exceso de cabida de la

F. Especial mención a los Notarios y Registradores:

Por último, nos detenemos en el examen de la conceptualización de los Notarios y Registradores, pues las resoluciones judiciales, en cuanto a los mismos y su naturaleza, en algunos casos han sido contradictorias. Así, se consideran funcionarios públicos a efectos penales a concretos empleados, como a los del Registro de Propiedad y de las Notarías (STS de 15 de febrero de 1990, F.D. 2º a), RJ 1934). En este sentido, autores como FERNANDEZ APARICIO, J.M.⁷⁷³, como consecuencia de la reforma del CP de 2010, entienden que la reforma no despeja la duda de si determinadas conductas de otros funcionarios pueden ser incardinadas en el *delito de prevaricación* o en el *delito*

parcela, quien lo efectuó debidamente mediante acta notarial de fecha 1 de febrero de 2002 ante el notario de Andratx D. Luis Terrasa Jaume.

Un vez subsanada la deficiencia reseñada, en fecha 6 de junio de 2002 el acusado Pedro emitió un informe favorable a la licencia pese a indicar en el mismo que se trataba de suelo catalogado como ANEI y ARIP (según la LEN de 1991) y por tanto con una máxima protección

Conociendo perfectamente la normativa urbanística, de los trámites a seguir para la concesión de licencias en zona ANEI, y de que se solicitaba una ampliación que suponía rebasar en 2,5 veces el volumen máximo autorizable por las Normas Subsidiarias de Andratx -aprobadas por la Comisión Provincial de Urbanismo el 22/02/89 el acusado emitió su informe favorable.

Las mismas normas indicaban la necesidad de que la construcción a ampliar se hubiera edificado cumpliendo la normativa vigente y que la ampliación no rebasara el 25%.

Este acusado también omitió el trámite de información pública y la remisión del expediente al Consell Insular para emisión del preceptivo informe (evitando así el informe negativo de dicha administración) y posibilitó una ampliación hasta un total de 226'13 m2, es decir, un 100% del inexistente volumen inicial).

Se infringía así el artículo 3.3 y el 7.7 de la Ley de Disciplina Urbanística de 23-10-1990 por cuanto sin informes preceptivos no se puede otorgar licencia y en caso de concesión son nulas de pleno derecho las licencias así concedidas.

El celador de obras del Ayuntamiento de Andratx emitió el 21 de junio de 2002 un informe oficial en el que se afirmaba que en la parcela existía una vivienda cuya antigüedad era anterior a 1.950 y ello debido a que parte de la construcción era una buena imitación de las técnicas constructivas de la edificaciones rurales de Mallorca.

De manera similar, el asesor jurídico del área de urbanismo del Ayuntamiento, emitió el preceptivo informe jurídico el día 26-6-2002, pues conforme a la Ley 10/1990 de 23 de Octubre de Disciplina Urbanística (artículo 7.6) es preceptiva la emisión de informe jurídico sobre la legalidad de la licencia. Su informe fue también favorable.

Gracias al informe del acusado, la licencia fue concedida el día 5 de julio de 2002. La Junta de Gobierno Local de fecha 16 de diciembre de 2005 concedió una prórroga de la licencia de ampliación y seis meses después otra.

Pedro fue condenado por sentencia firme de fecha 23-5-2008 confirmada por la de 27-11-09 en relación a la pieza separada 56 de esta causa como autor directo de un delito de prevaricación urbanística a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de diez años. También ha sido condenado por el mismo delito en las piezas separadas 54 y 4.

Tanto esos delitos (pieza 56, 54 y 4) como el que se describe en este escrito (pieza 55) se realizaron aprovechando la misma situación de ser el jefe del área de urbanismo del Ayuntamiento de Andratx en periodos temporales muy próximos (6-5-2003 en la pieza 56, 19-2-2002 y 20-8-2002 en la pieza 4 y 6-6-2002 en esta pieza) y guiado con una misma intención de favorecer, arbitrariamente, a determinadas personas con licencias urbanísticas ilegales. “

⁷⁷³ Vide FERNANDEZ APARICIO, J.M., Op. cit., pág. 27.

de omisión de perseguir delitos. Así se plantea el problema de irregularidades cometidas por notarios o registradores respecto a parcelaciones que son incompatibles con la legalidad urbanística.

Entiende este autor, que el Notario, como fedatario público, está obligado a realizar lo que se denomina el control de legalidad, lo que implica que debe abstenerse de autorizar documentos que sean contrarios a las leyes como así lo recuerda el art. 145 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado conocido por Reglamento Notarial: *“La autorización o intervención del instrumento público implica el deber del notario de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes. Dicha autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial, una vez que los interesados le hayan proporcionado los antecedentes, datos, documentos, certificaciones, autorizaciones y títulos necesarios para ello.*

Esto no obstante, el notario, en su función de control de la legalidad, no sólo deberá excusar su ministerio, sino negar la autorización o intervención notarial cuando a su juicio:

1.º La autorización o intervención notarial suponga la infracción de una norma legal, o no se hubiere acreditado al notario el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos como previos.

2.º Todos o alguno de los otorgantes carezcan de la capacidad legal necesaria para el otorgamiento que pretendan.

3.º La representación del que comparezca en nombre de tercera persona natural o jurídica no esté suficientemente acreditada, o no le corresponda por las leyes. No obstante, si el acto documentado fuera susceptible de posterior ratificación o sanación el notario podrá autorizar el instrumento haciendo la advertencia pertinente conforme artículo 164.3 de este Reglamento, siempre que se den las dos circunstancias siguientes:

a) Que la falta de acreditación sea expresamente asumida por la parte a la que pueda perjudicar.

b) Que todos los comparecientes lo soliciten.

4.º En los contratos de obras, servicios, adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes bases del contrato no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

5.º El acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes o al orden público o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para su plena validez o para su eficacia.

6.º *Las partes pretendan formalizar un acto o contrato bajo una forma documental que no se corresponda con su contenido conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de este Reglamento.*

Cuando por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, autonómica, provincial o local, deba extenderse instrumento público, el notario requerido para autorizarlo o intervenirlo tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia, y que la persona que intervenga en nombre de la Administración es aquella a quien las leyes atribuyen la representación de la misma.

En el caso de resoluciones judiciales que den lugar al otorgamiento ante Notario de un instrumento público, de apreciarse la falta de competencia, procedimiento, documentación o trámites necesarios para el mismo, el Notario se dirigirá con carácter previo al Juzgado o Tribunal poniendo de manifiesto dicha circunstancia. Una vez recibida la resolución del órgano jurisdiccional, el Notario procederá al otorgamiento en los términos indicados por el Juzgado o Tribunal, sin perjuicio de formular en el momento del otorgamiento las salvedades que correspondan, a fin de excluir su responsabilidad. La negativa de los notarios a intervenir o autorizar un instrumento público podrá ser revocada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en virtud de recurso de cualesquiera de los interesados, la cual, previo informe del notario y de la Junta Directiva del Colegio Notarial respectivo, dictará en cada caso la resolución que proceda. Si ésta ordenara la redacción y autorización del instrumento público, el notario podrá consignar al principio del mismo que lo efectúa como consecuencia de la resolución de la Dirección General a fin de salvar su responsabilidad.”

Esta premisa tan sencilla se complica cuando se configura al Notario como órgano no jurisdiccional, lo que implica que no tiene potestad para interpretar la voluntad o la intención de los comparecientes, sino que su potestad es para autorizar documentos válidos; de igual forma, su potestad para interpretar la norma lo es para autorizar documentos válidos.

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de suelo proyecta este control de legalidad que deben hacer notarios y registradores respecto a las normas urbanísticas.

El art. 17 de la Ley estatal del suelo establece que: *“la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción.*

Los notarios y registradores de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles.”

Igualmente el art. 19 de la misma ley recuerda al notario con ocasión de la enajenación de una finca el deber de solicitar de la Administración Pública competente

información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas. Los notarios remitirán a la Administración competente, para su debido conocimiento, copia simple en papel o en soporte digital de las escrituras para las que hubieran solicitado y obtenido información urbanística, dentro de los diez días siguientes a su otorgamiento.

Estas obligaciones también aparecen recogidas en las diferentes leyes autonómicas.

Así y como ejemplo el art. 66.3 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad. Por tanto, no podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente. Además el Notario está obligado como establece el apartado 5º de este precepto a remitir a instancia de los otorgantes copia autorizada al Ayuntamiento para que este pueda tener conocimiento de esta parcelación.

En relación a los Registradores de la Propiedad el apartado 3º del art. 28 Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. (BOJA 7 de abril: “3. *Los Registradores de la Propiedad deberán comunicar a la Consejería competente en materia de urbanismo las solicitudes de inscripción registral de parcelaciones con licencia o declaración de innecesariedad cuando éstas pudieran ser contrarias a la ordenación urbanística y territorial.*”) les impone un control de legalidad de los documentos que quieren acceder al sistema de protección registral. Este peculiar funcionario al igual que el notario debe actuar de filtro y por tanto evitar y al mismo tiempo denunciar presuntas ilegalidades urbanísticas.

Entiende FERNANDEZ APARICIO, J.M.⁷⁷⁴ que tanto uno como otro no pueden alegar ignorancia o considerar su conducta como imprudente para soslayar posibles responsabilidades cuando en su labor incumplan lo preceptuado en la legislación urbanística. Sin embargo no parece que su conducta pueda subsumirse en los tipos descritos sino que más bien podría dar lugar a una responsabilidad administrativa o patrimonial pero no de índole penal.

⁷⁷⁴ Vide FERNANDEZ APARICIO, J.M., Op. cit., pág. 28v.

CONCLUSIONES:

Al redactar estas conclusiones no solo queremos subrayar las ideas a las que nos han conducido las reflexiones, que constituyen el contenido de esta Tesis; si no también resaltar los conceptos, que con carácter de presupuestos, han orientado, a modo de iter en nuestro discurrir. Tal es el caso, del concepto del derecho penal, las ideas de suelo y litosfera, de democracia y partidos políticos, corrupción etc..., no desarrolladas en el texto por su ajenidad y provenientes de otros sectores del saber científico, que sirve como de soporte y orientación en este caminar quijotesco de la investigación científica, en las paginas que siguen; y todo en esclarecimiento del porqué del tema elegido desde el Derecho Penal, en especial desde su vertiente jurisprudencial, autentico “derecho vivo”, en expresión feliz del Magistrado sr. Soto Nieto⁷⁷⁵.

PRIMERA.- EL DERECHO PENAL.- De las muchas definiciones que tratan de acotar el concepto del Derecho Penal hemos escogido una, que por su contenido y prestigio del autor creemos que reúne las condiciones de objetividad precisas que deben caracterizar esa aventurada tarea.

La misión del derecho penal dice HANS-HEINRICH JESCHECK⁷⁷⁶, es proteger la convivencia humana en la comunidad. La convivencia humana se desarrolla ante todo conforme a una pluralidad de reglas transmitidas por la tradición, normas que forman en su conjunto el orden social. La vigencia de tales normas es en buena parte independiente de la coacción externa, ya que se basan en el reconocimiento de su necesidad por parte de todos y se hallan protegidas mediante ciertas sanciones inmanentes que actúan, espontáneamente, en caso de contravención (represión social mediata).

El orden social no puede, sin embargo, asegurar por si solo la convivencia humana en la comunidad. Ha de completarse, perfeccionándose y reforzándose, por medio del orden jurídico, cuyo titular es el Estado, cuya misión protectora a través del Derecho es hoy más importante que nunca en una sociedad de masas en que pelagra la existencia del hombre. El derecho penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coacción estatal. Cuando otras medidas y posibilidades fracasan, el derecho penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico positivo.

Ahora bien el poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la sociedad. El derecho penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de forma compatible con el nivel cultural general de la nación. El derecho penal solo puede asegurar la protección de la sociedad, garantizando la paz pública. La protección de la paz pública significa que el dominio del más fuerte desaparece y que la conciencia de la seguridad general hace posible a todos los

⁷⁷⁵ SOTO NIETO, F., “*DERECHO VIVO (Jurisprudencia comentada)*”, Madrid, Rev. Der. Judicial, 1970-71, 2 tomos.

⁷⁷⁶ Tratado de Derecho Penal.- Parte General.- Vol. I, Ed. Bosch, casa editorial S.A. Barcelona, 1981.- traducción S. MIR PUIG y Muñoz Conde, pág. 3.

ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad. El derecho penal no sólo limita, pues la libertad si no que también crea libertad.

Y concluimos con el profesor de Friburgo que el derecho penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social. En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valor positivos sobre bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad que son, por tanto, merecedores de protección a través del poder coactivo del Estado representado por la pena pública. Tales bienes elementales son por ejemplo: la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción y de movimiento, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el orden constitucional, la paz pública, la seguridad exterior, y el medio ambiente y sus elementos entre otros. Estos valores se convierten en bienes jurídicos gracias a su incorporación a la esfera de protección del orden jurídico⁷⁷⁷.

SEGUNDA.- LA TIERRA, EL SUELO BIEN DE TODOS.- El suelo puede ser objeto de consideración desde múltiples perspectivas, bien económicas, culturales, o ambientales, amén de las exclusivamente físicas o geológicas; son las economicistas de rentabilidad la incentivación o abandono de cultivos por razones de estrategia de consumo. La atención a la impronta civilizatoria determina la conservación de bosques y paisajes, testimonios de la evolución de la Historia o por razones estéticas o paisajísticas; asimismo el desarrollo de la civilización urbana determina tensiones para la expansión de las ciudades, complejos industriales y conjuntos turísticos. Finalmente, el suelo realiza funciones esenciales de carácter ambiental, dado que sobre el suelo se ejercen acciones con trascendencia para los sistemas naturales que le hacen asumir funciones de agente, destinatario, transmisor y corrector de disfunciones ambientales.

Pese a lo anterior la atención de los poderes públicos en cuanto al suelo ha sido escasa y todavía lo es, dado que el suelo se consideraba sujeto, en exclusiva, al estatuto de la propiedad y tan solo posteriormente completo dicha regulación con la introducción de restricciones a la libre disposición de los propietarios sobre sus fincas en cuanto a pastoreo y, sobre todo, a la tala de arboles.

Otros instrumentos utilizados para la protección del suelo guardan relación con la disciplina territorial⁷⁷⁸. En efecto, puede afirmarse con PARADA VÁZQUEZ⁷⁷⁹ que entre la planificación del territorio y la edificación está la intervención administrativa en el ius aedificandi, se produce un proceso intermedio, el de urbanización; que podemos definir como el de creación o modificación de espacios comunes de comunicación (plazas, calles, carreteras, infraestructuras, en general) para la posterior creación de núcleos habitados y que es el objeto central y esencia del Derecho Urbanístico. Es este, una realidad jurídica relativamente reciente y surgida, sin duda, para controlar y vigilar los procesos de urbanización y construcción que en épocas pretéritas de escasos capitales y lentas técnicas constructivas no parecían posibles de colisionar con el interés general. En nuestra época, por el contrario, en que se producen rapidísimos procesos de

⁷⁷⁷ Tratado de Derecho Penal.- Parte General.- Vol. I, Ed. Bosch, casa editorial S.A. Barcelona, 1981.- traducción S. MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, pág. 5.

⁷⁷⁸ En todo este tema seguimos las opiniones del profesor MARTIN MATEO en su obra Tratado de D. Ambiental.- Tomo II.- págs. 460 y ss.- Ed. Trivium 1992.

⁷⁷⁹ Derecho Administrativo.- Tomo III.- Ed. Marcial Pons.- Madrid 2004.

transformación del suelo que las concentraciones de capital y el desarrollo tecnológico han hecho posible la normativa encauzadora y limitadora del derecho a urbanizar y a edificar se han incorporado a todas las legislaciones con el fin de impedir que desde una concepción todopoderosa del derecho de la propiedad se pretenda erigir o fundar nuevas ciudades, crear nuevos núcleos habitados lo que ya es otra facultad cuya naturaleza publica ha sido incuestionable a lo largo de la Historia. En este sentido apunta PARADA VÁZQUEZ que en Roma la calificación de los terrenos conquistados como *ager publicus* supone, inicialmente, la necesidad de sujetar la fundación de colonias de nueva planta a una ley votada en las Asambleas. Dicha ley hacia la división de las tierras, señalaba el trazado de las calles y el fórum o plaza central y delimitaba el perímetro de la ciudad asignando a los colonos las respectivas parcelas; técnicas publicas de intervención que se continuaron en épocas posteriores, como explica.

TERCERA.- LA PRETENDIDA CRISIS DE LA DEMOCRACIA, LA CORRUPCION ¿CAUSA O EFECTO?.- La conclusión anterior de vinculación de la actuación urbanística al quehacer público nos lleva a una breve consideración de este ámbito social. En efecto, hoy en día y en el mundo occidental en el que vivimos, el sistema democrático como sistema de articulación política es realidad incuestionable, añadiendo URIARTE, E.⁷⁸⁰ que es también un ideal profundamente arraigado en los valores de los ciudadanos. Sin embargo, en su configuración actual basada en la representación política, a diferencia de las épocas clásicas, de su forma directa, hace pensar que la representación aleja al pueblo, a los ciudadanos de la toma de decisiones, decisiones que quedan en manos de unos representantes convertidos en el elites alejadas de la ciudadanía, dando lugar a la denominada “democracia de audiencia”. En efecto, hoy los partidos políticos han quedado convertidos en maquinarias electorales que los ciudadanos sienten alejados de sus intereses a lo que es de añadir, el grado de control que estos partidos ejercen sobre las instituciones democráticas, dando por resultado el sentido alejamiento ciudadano.

Como es de ver, en todo sistema político democrático existe una organización institucional fruto de la diversidad y reiteración de tareas, en especial, en el ámbito de la ejecución administrativa, ordenada constitucionalmente y confiada al quehacer funcional, siendo pues los funcionarios por su acreditada competencia y bien hacer, garantes del quehacer publico con la salvaguardia del triple alcance de responsabilidad: civil, penal y disciplinaria. Siendo a estas instituciones y funcionarios a quienes por las respectivas administraciones se confía la gestión urbanística.

Cuestión resaltada por la Ciencia Política, es la referida a la financiación de los partidos políticos que ha atravesado diferentes etapas; como dice VALLÉS, J.M.⁷⁸¹ en la política prodemocrática dicha actividad estaba reservada a los ricos pues aunque los cargos públicos no eran retribuidos, el disfrute de sus rentas personales les permitía una dedicación política de la que –directa o indirectamente- obtenían también un beneficio para sus negocios y otras actividades privadas. La política democrática significo el acceso a la política activa de personas sin patrimonio, necesitadas de una retribución regular para sus subsistencia, ello junto a una mayor profesionalización de la política, el incremento de los costos organizativos o los excesos de gasto en las campañas electorales hicieron insuficientes en muchos casos las cuotas individuales establecidas y

⁷⁸⁰ Introducción a la Ciencia Política.- La política en las sociedades democráticas.- 3ª Edición.- Ed. Tecnos, 2010.

⁷⁸¹ Ciencia Política.- Una introducción, 8ª ed., Ed Ariel, 2010.

por ello desde los años 60 del siglo XX se extendió la idea de que los partidos políticos deberían ser financiados con cargo a los presupuestos públicos en condiciones de transparencia y equidad para la competencia real, así en la Alemania Federal en 1959 y en Suecia en 1965 iniciaron el camino en función del número de afiliados y vínculos con grupos de interés y su capacidad económica. No obstante existen otras fuentes de financiación que bordean o constituyen ilegalidades manifiestas y que constituyen una clara muestra de corrupción política penadas por las leyes⁷⁸².

CUARTA.- EL QUEHACER PÚBLICO DEL PLANEAMIENTO GARANTÍA DE LA SOSTENIBILIDAD.- La Tierra, el suelo como bien de todos, requiere para garantizar, un uso racional y sostenido, tanto de personas como de los seres que la habitan, de una regulación adecuada que han procurado proporcionar tanto la inicial Ciencia Regional, de traducción europea, como Ordenación del Territorio, como el más reciente Derecho Urbanístico, cada uno en su respectivo ámbito. Fueron las técnicas planificadoras de la segunda mitad del siglo XX las que dieron garantía a la sostenibilidad a la utilización del suelo, al verse en los “planes” las formas jurídico-económicas más adecuadas para regular el uso del suelo con garantía de futuro. Superada la dicotomía Ordenación del Territorio-Urbanismo y refiriéndonos exclusivamente a este último⁷⁸³, fueron confiándose progresivamente a las correspondientes instituciones y departamentos de las Administraciones respectivas, en nuestro país, fundamentalmente, a los Ayuntamientos, desde la inicial Ley de 1956, las tareas de planeamiento de los pueblos y ciudades conforme a la normativa dispensada por la Ley General del Suelo, y todo ello sin perjuicio de las competencias correspondientes a otras Administraciones.

Competencias últimamente mantenidas en las reformas de 1975, 1990, 1992, 1998, 2007, hasta el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 22 de junio, tras la Sentencia del TC 61/1997; legislación estatal hoy a completar por la de las distintas Comunidades Autónomas tras la fijación de competencias de la Constitución de 1978.

El quehacer público de tales Administraciones se vio considerablemente afectado por el auge de la industria de la construcción experimentado en nuestro país en las últimas décadas que en sincronía con la instauración de un sistema político

⁷⁸² VALLÉS, J. M^a, Op. Cit, pag. 368.

⁷⁸³ A este propósito de la distinción entre Ordenación del territorio y Urbanismo es oportuno recordar lo escrito por Sáenz de Buruaga de que frente a la concepción globalizadora-voluntarista y optimista- de la ordenación territorial de la década de los 60 y frente a la concepción integradora en el compromiso eficiencia-equidad que se recalca tras la crisis económica de los 70, el derecho positivo español de los últimos años conforma un sentido muy restringido de la ordenación territorial, esencialmente vinculada a la ordenación urbana. Así, a partir del art. 1º de la Ley del Suelo de 1976 donde se declara “*es objeto de la presente Ley la ordenación urbanística de todo el territorio nacional, el art. 2º señala que la actividad urbanística se referirá a los aspectos de planeamiento urbanístico, régimen urbanístico del suelo, ejecución de las urbanizaciones y, finalmente, fomento e intervención del ejercicio de las facultades de propiedad respecto al uso del suelo y edificación*” lo que cabe concluir que la ordenación territorial se concibe en dicha Ley son funciones iguales que la ordenación urbana. Idéntica conclusión cabe obtener en vista de la regulación del tema en nuestra Constitución. En definitiva, Ordenación Territorial y Urbanismo tienden a aproximarse en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía siendo su línea de diferenciación el mayor campo de actuación espacial de aquella y de estos. En su trabajo Sentido de la Ordenación Territorial en la España actual.- Estudios Territoriales.- Julio-Septiembre 1982.- Centro de Estudios de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.

constitucional en el que los partidos políticos desplegaron una evidente dinámica provocadora de denuncias de corrupción política que trascendieron a los medios de comunicación social determinando un estado en la opinión pública, que el Estado hubo de atender con sendas reformas en el ámbito del Derecho Penal, mediante la fijación de tipos delictivos y señalamientos de penas desde la promulgación del Código Penal de 23 de noviembre de 1995, pasando por la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, hasta la vigente de cuyo artículo 320.1 y 2 integra el objeto de la presente Tesis.

QUINTA.- INTERVENCION ADMINISTRATIVA Y PENAL.- Nuestro actual Texto Constitucional en el año 1978, recoge la división territorial del Estado en Comunidades Autónomas, provincias y municipios. Las Comunidades Autónomas han adquirido un protagonismo activo en materia de urbanismo. En efecto, el art. 148.1.3 C-78 establece que estas tienen competencia exclusiva en materia de ordenación del suelo, quedando relegada la competencia estatal a la valoración, tras la STC del año 1997. La regulación urbanística se ha configurado como principal, en aquellas Comunidades Autónomas que han dictado normas en la materia, subsistiendo la regulación estatal como supletoria, salvo en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, donde es texto principal al carecer de competencias legislativas. Amén de seguir vigentes normas preconstitucionales como el Reglamento de Disciplina Urbanística del año 1978.

A ello se ha de unir el creciente protagonismo del Derecho Comunitario, no solo con la entrada de nuestro país en el año 1985, siendo efectiva en 1986, sino por la creciente necesidad de la regulación del uso del suelo, y procurar su desarrollo sostenible, a nivel europeo e internacional, pues a nadie le resulta extraño señalar que el suelo es un recurso natural cuya conservación se ha de proteger pues si no se degrada y extingue. La normativa europea tiene una función de cooperación, sin embargo, su labor de vigilancia esta siendo crucial en la protección como faceta o aspecto del medio ambiente.

Por tanto, la Ordenación del Territorio, el Urbanismo y la Vivienda se caracterizan por ser ámbitos en los que intervienen los cuatro ámbitos normativos, europeo, estatal, autonómico y local. El abanico normativo administrativo es, por tanto, muy amplio. Esto ha llevado a la configuración penal del tipo que se analiza como norma penal en blanco, pues se produce una remisión a toda la normativa mencionada. No obstante los principios de legalidad, intervención mínima, taxatividad y proporcionalidad han de estar presentes en la aplicación de la norma penal.

Como característica propia de convivencia entre los dos ordenamientos se sitúa el principio de non bis in ídem, a resolver conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero de 2003.

SEXTA.- Como se ha mencionado anteriormente, el devenir de los acontecimientos puso de relieve que la regulación administrativa sancionadora disciplinaria fuese escasa, y así en el año 1995, con el nuevo Código Penal, se introdujo por primera vez la prevaricación propiamente urbanística, en el artículo 320 CP, que es objeto de la presente Tesis y su tratamiento jurisprudencial.

En efecto, el legislador dio respuesta a una demanda social, ante las graves conductas que se daban como consecuencia del anormal funcionamiento de la función pública en el ámbito urbanístico. La exigencia de responsabilidad a personas que tenían

a su cargo el servicio público del urbanismo, los funcionarios públicos y autoridades, resultaba escasa si se ceñía a exigirles una responsabilidad meramente disciplinaria. Con el tratamiento penal innovador, los sujetos que asumían estas censurables conductas, no se limitaban a los que ostentaban la condición estatutaria de funcionarios o autoridades sino a los que lo fueran, desde la óptica del Derecho Penal, por lo que la protección subjetiva dispensada se abría los contratados, interinos, expertos asesores independientes, entre otros.

La prevaricación administrativa ya estaba tipificada en el CP anterior al texto de 1995. El legislador con la promulgación del nuevo Código Penal, quiso proteger el bien jurídico del correcto funcionamiento de la Administración junto a la Ordenación del Territorio, ello dio lugar al art. 320 CP. Dentro de dicho tipo, castigaba tres conductas: Resolver, Votar e Informar.

Siendo la primera, resolver, de configuración idéntica a la prevaricación administrativa, solo que ceñida al ámbito del urbanismo. Por ello, el concurso de normas entre los preceptos del art. 320 CP y del art. 404 CP se resuelven conforme al principio de especialidad del art. 8.1 CP.

En cuanto a la segunda conducta, votar, podemos señalar que la previsión legislativa devotar y resolver tipificada por separado, en el supuesto de órgano unipersonal, resulta irrelevante, pues la conducta se realiza en unidad de acto, no así en cuanto a los órganos colegiados.

Por último, la conducta de informar, apareció como tipo de nueva creación, dado que el anterior silencio legal solo era salvable mediante la figura del cooperador necesario.

Conductas todas que requerían, ser realizadas por autoridad o funcionario público, que fuere favorable, aunque contrario a las normas urbanísticas y a sabiendas de su injusticia. Y siempre teniendo por objeto proyectos de edificación o licencias, excluyendo otros supuestos.

A este propósito queremos dejar constancia de que la teoría de la accesoriedad limitada en la participación del ámbito de la doctrina, recibió sanción jurisprudencial en la STS Sala 2ª, de 4 de marzo de 2010, en la que resulta condenado el partícipe extraneus y absuelto el autor de la resolución prevaricadora intraneus. En ella se enjuicia a tres acusados, uno de ellos con la cualidad de autoridad, los otros no. La resolución, a la que el Tribunal le reconoce el carácter prevaricador, era preparada por dos de los acusados, y la autoridad la firmaba, pues bien, en el caso enjuiciado se absuelve al autor (autoridad firmante de la resolución prevaricadora) por entender que concurre error de prohibición invencible del art. 14.3 del CP, al desconocer la naturaleza ilícita de la resolución que firmaba, pues los otros dos acusados le ocultaron datos de hecho que reflejaban tal naturaleza contraria a derecho. En definitiva, no se le podía imputar personalmente, a la autoridad, el hecho punible.

A la vista de los acontecimientos que se iban desarrollando, aquella regulación resultó insuficiente, situación a la que el legislador dio respuesta con la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, de 22 de junio, en una cuádruple vertiente: ampliando el bien jurídico protegido a la moderna concepción del Urbanismo,

ampliando las conductas típicas, mediante la inclusión de la omisiva, ampliando el objeto de la conducta (instrumentos de planeamiento etc...) y mediante el endurecimiento de las penas.

SEPTIMA.- El urbanismo, en su concepción actual, ha experimentado una ampliación considerable, y como bien jurídico, esta protegido administrativa y penalmente. En el ámbito administrativo tiene su protección mediante la disciplina urbanística, campo que comprende la protección de la legalidad urbanística, la restauración de la misma si procede, y por último las infracciones urbanísticas y sus sanciones.

En el ámbito penal, la nueva rúbrica así lo subraya bajo la rúbrica del capítulo I, del Título XVI (De los delitos sobre la Ordenación del Territorio y el Urbanismo), siendo de citar a este propósito la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2012 (JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE) que recoge que 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 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 tanto el interés del Estado en la protección del urbanismo, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si el mismo se ve, seria y negativamente afectado, por la conducta de los llamados a desempeñar la función pública, urbanística.

Se da la circunstancia de que las conductas realizadas por los funcionarios públicos o autoridades tienen ya una sanción administrativa. Considerándose como falta muy grave *“La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”* (art. 6.1 d) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, y art. 95.2 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público) y como falta grave *“La emisión de informes y la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales cuando causen perjuicio, a la Administración o a los ciudadanos y no constituyan falta muy grave”* (art. 7.1 h) del mismo cuerpo legal). Para recaer sanción administrativa es necesario causar un perjuicio.

Frente a lo anterior, y tras la reforma del CP por la LO 5/2010, de 22 de junio, el art. 320 CP sanciona las conductas de los funcionarios públicos o autoridades, cuando emitan informe (favorable, a sabiendas de su injusticia, en 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), cuando con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, y cuando 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.

Por tanto, a priori, la diferencia entre la conducta sancionada disciplinariamente y la sancionada penalmente estriba en que, en vía administrativa, es necesaria la causación de un perjuicio para incurrir en la conducta e imposición de sanción, y en vía penal, el tipo no recoge que la causación del perjuicio sea necesario. Por ello, no parece aceptable interpretar un precepto penal de suerte que incluya en el mismo supuestos que ni siquiera merecen la sanción administrativa. Lo que conduce a que algún sector de la doctrina lo interprete como que se ha de sancionar como tentativa si no se produce el resultado (dictar resolución en el caso del art. 320.1 CP).

Sin embargo, a nuestro modo de ver, la previsión de la posibilidad del delito para excluir la sanción administrativa presupone mayor entidad en la antijuridicidad que la que da lugar a la intervención del Derecho administrativo sancionador.

Por ello, entendemos que la labor que ha de realizar el juez, en la aplicación del derecho al caso concreto, es doble, para determinar si nos encontramos ante un hecho sancionable administrativa o penalmente. Por un lado, deberá ponderar el bien jurídico protegido, y de otro, habrá de tener presente el principio de proporcionalidad. Así, en cuanto al primer aspecto, ya hemos señalado que el espectro sobre el que se proyecta el bien jurídico protegido, en el orden penal, es mayor que en el ordenamiento administrativo.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena, el juzgador ha de tener presente, que ese juicio le compete en primer lugar al legislador, de acuerdo con los estándares mínimos que marca la Constitución, en segundo lugar, al juez interpretando la norma penal que ha de aplicar, aplicando el principio de taxatividad, el principio de proporcionalidad, valorar la pena solicitada, y su cantidad o gravedad, y la incidencia de la conducta en el bien jurídico tutelado. Así deberá conjugar las herramientas de interpretar teleológicamente el bien jurídico protegido, comparar la intensidad de la antijuridicidad de la conducta con la respuesta penal asignada (proporcionalidad) y la contemplación de otras ramas del ordenamiento que contemplan sanciones de otra naturaleza (fragmentariedad).

En definitiva se trata de interpretar la norma penal en coherencia con la legislación administrativa, dejando para este último ámbito aquellas no encuadrables en el penal, sin dejar vacío de contenido la legislación administrativa disciplinaria.

Desde esta directriz de interpretación, acorde al principio de intervención mínima del Derecho Penal, entendemos que ha de interpretarse la descripción del tipo penal del art. 320.1 CP. Y por tanto, creemos que estamos en condiciones de afirmar que el legislador al tipificar la conducta de informar, sin hacer mención expresa a la resolución, quiso configurar el tipo como de peligro, no cabiendo formas imperfectas de ejecución como la tentativa.

La jurisprudencia soluciona mediante concurso real, la situación en la que el funcionario informa, posteriormente se resuelve o se vota a favor y finalmente se concede la licencia, a cuyo amparo el solicitante lleva a cabo la obra de urbanización, construcción o edificación del art. 319 CP (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 27 de noviembre de 2009, Roj: STS 7703/2009, N° de Recurso: 1539/2008, N° de Resolución: 1127/2009, Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ).

OCTAVA.- La reforma del CP ha ampliado el tipo objetivo. Así en el art. 320.1 CP, se castiga no solo el emitir informe sino también la **omisión de informar**, en sus dos modalidades de **silenciar infracciones detectadas u omitir las inspecciones obligatorias**.

Lo anterior, unido a la solución jurisprudencial que permite sancionar la comisión por omisión (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997), en aquellas personas en las que recae la posición de garante, como los Alcaldes, completa el tipo. Amén de dar entrada a nuevos sujetos activos, al ser posible que sean autores los inspectores urbanísticos, celadores etc...

La tipificación de la conducta omisiva supone el reconocimiento por el legislador de una solución adoptada por la jurisprudencia de la que fue exponente la sentencia de la Sala II del TS de 24 de mayo de 2003, a las situaciones en la que los obligados de impedir o denunciar no lo realizaban.

NOVENA.- Se han ampliado también los objetos sobre los que recae la conducta típica, a **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**.

Los instrumentos de planeamiento forman parte del ordenamiento jurídico urbanístico, pudiendo recaer la conducta de informar, sobre informes técnicos y normativos. Estos instrumentos conforman el planeamiento, tanto la planificación inicial como la de desarrollo, siendo importante insistir en que han de estar vigentes para lo que es necesaria su publicación.

Aunque pueden existir diferencias autonómicas, entre estos instrumentos se pueden distinguir los “planes de ordenación del territorio”, que pueden ser de ámbito regional o subregional, cuyas determinaciones tienen distinto grado de vinculación sobre los “planes urbanísticos” propiamente dichos, circunscritos normalmente al ámbito municipal. Dentro de estos últimos se distingue el “planeamiento general”, con el Plan General de Ordenación Urbanística (PGOU) como figura más importante, y “planeamiento de desarrollo”, en el que podemos encontrar instrumentos como el Plan Parcial de Ordenación (PP), el Plan Especial (PE) y el Estudio de Detalle (ED), instrumento este último sobre el que la jurisprudencia ha dejado claro que es el último escalón del planeamiento y al que por tanto le es de perfecta aplicación el tipo examinado. Pueden aparecer las conductas del art. 320.1 y 320.2 CP, pues ellos se ha de informar, votar y resolver.

Por lo que respecta a los "proyectos" el legislador ha incluido diferentes tipos de naturaleza diferente entre sí. Así hace referencia a los proyectos de urbanización,

parcelación, reparcelación, construcción o edificación, y licencia urbanística, nosotros haremos especial referencia a las Evaluaciones de Impacto ambiental.

Los proyectos de urbanización son proyectos de obras, a través de ellos se trata de dar una solución aislada a un problema urbano. Dependiendo del tipo de obra integran el expediente de concesión de licencias. La finalidad es ejecutar materialmente la determinación del Plan. Viene referido a la implantación de servicios tales como agua, gas, luz o energía eléctrica, alcantarillado, alumbrado público. La conducta del art. 320.1 CP se puede cometer al realizar el informe referido al proyecto técnico que tiene que acompañar al de urbanización. Estos proyectos no están sujetos a licencia. Los que resuelven o votan a favor lo hacen con criterios de oportunidad política.

Los proyectos de parcelación tienen por objeto la división simultánea o sucesiva de una finca, generalmente de suelo rústico, en varias independientes con susceptibilidad de constituir un núcleo de población, urbano. Esto es, el resultado de la parcelación tiene la consideración de solar. Esta sujeto a licencia o declaración de innecesariedad, por lo que se puede dar la conducta del art. 320.2 CP. Necesita el certificado de la autoridad municipal fundamentado en el informe técnico municipal a solicitud del particular. La conducta del art. 320.1 CP se puede cometer al realizar el informe del proyecto técnico. Se vota a favor o en contra de la licencia y se resuelve.

Los proyectos de reparcelación tienen por objeto la agrupación de finca comprendidas en un ámbito de ejecución sistemático para su nueva división ajustada al planeamiento, con adjudicación de las parcelas restantes a los interesados en proporción a sus respectivos derechos, constituyéndose estos en derechos edificatorios. Es necesaria la cesión de viales, dotaciones y el equilibrio entre beneficios y cargas. Aprobado por el alcalde previo procedimiento administrativo con trámite de audiencia a los interesados e información pública general. La conducta típica del art. 320.1 CP se puede producir en el informe técnico del proyecto de reparcelación, y la del art. 320.2 CP en la votación a favor o resolución política del mismo.

Los proyectos de edificación se utilizan para la construcción de un edificio o instalación complementaria al mismo. Necesitan de un proyecto técnico, siendo este un documento técnico que acompaña a la licencia para edificar. La conducta del art. 320.1 CP puede aparecer en el informe técnico donde los funcionarios informantes emiten un informe en el que resuelven con criterios técnicos sobre la viabilidad de su contenido. Se rigen por la Ley Orgánica de la Edificación, teniendo dos fases, una fase de proyecto técnico en la que es suficiente para solicitar la licencia municipal de obra, esto es la que define la obra, y otra fase de proyecto de ejecución necesaria para comenzar la ejecución.

Los proyectos de construcción se configuran como intervenciones parciales en edificios construidos, tales como de demolición, de reforma, de reparación, de conservación o de obras menores.

Los proyectos de construcción y del de edificación necesitan ser visados, con lo que se someten al doble control corporativo de identidad y habilitación profesional y de corrección e integridad formal de la documentación técnica. Se somete a votación la licencia a la que acompañan y que se ha de resolver.

Las licencias habilitan para la realización de viviendas o edificios, o modificación de edificios o construcciones. La licencia urbanística se sigue conceptuando como acto de autorización reglado. Esta compuesta por dos fases, una en la que se necesita un informe jurídico y otra de un informe técnico. Se puede producir la conducta del art. 320.1 y 320.2 CP.

Entendemos incluidas dentro de las licencias, las evaluaciones de impacto ambiental en cuanto evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Tiene por objeto el estudio de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente. Procedimiento de análisis de la protección del medio ambiente, patrimonio histórico y Ordenación del Territorio, se unifica dentro del primero en la evaluación de impacto ambiental.

DECIMA.- Se ha procedido al endurecimiento del sistema de penas para castigar mas duramente las conductas, imponiéndole prisión y multa además de la inhabilitación.

Resulta interesante la posibilidad de solicitar medidas cautelares de conformidad con el art. 339 CP, incluido dentro de las disposiciones comunes. Destaca también el mayor reproche penal que se traduce en una agravación de la pena en el caso de espacio natural protegido (art. 338 CP), y de la atenuación si se procede a la reparación del daño (art. 340 CP).

En las sentencias se podrá incluir un pronunciamiento sobre nulidad del acto administrativo.

BIBLIOGRAFIA

- ACALE SÁNCHEZ, M., “*Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*”, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “*Delitos urbanísticos*”, Barcelona, 1997.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “*Delitos contra la Administración pública*”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M. (coord.), *Memento práctico penal de empresas de empresas 2004-2005*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2003, pág. 587-588.
- ACALE SÁNCHEZ, M., “*Tutela penal del medio ambiente y funcionarios públicos*”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), *Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008. pág. 847 y ss.
- ACALE SÁNCHEZ, M.: “*La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Título XVI del Código Penal: Especial referencia al artículo 320*”, en *Poder Judicial*, nº 47, 1997, pág. 129.
- ALASTUEY DOBON, M.C., “*El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas*”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº 9, 2002, pág. 34.
- ALCARÁZ RAMOS, M., “*El estado de derecho frente a la corrupción urbanística*”. Ed. La Ley, Madrid, 2007, pág. 211.
- ALONSO MAS, M.J., en *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Domingo Zaballos (coord.) Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005.
- AÑÓN ROIG, M.J. y MIRAVET, P., “*Derecho, Justicia y Estado Constitucional. Un tributo a Miguel C. Miravet*”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pág. 141.
- ARCILA NIÑO, O. H., “*Aproximación teórica y práctica al estudio e identificación de riesgos de la corrupción (estudio de caso)*”. Departamento Administrativo de la Función Pública, República de Colombia-Banco Mundial, Bogotá 2000, pág. 17.
- ASUA BATARRITA, A., “*Delitos contra la Administración Pública*”. Ed. Asua Batarrita, Bilbao 1997, pág. 14.
- BAKER, E. Y HARDING, C., “*From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar*”, *European Law Review*, vol. 34, n. 4/2009, pág. 25 y ss;
- BAÑO LEÓN, J.M., “*La ordenación de las normas reguladoras del régimen local*” en *Tratado de derecho Municipal*, I, segunda edición, seguido por Santiago Muñoz Machado, Thomson –Civitas, Madrid, 2003.
- BARRIENTOS PACHO, J., “*Delitos relativos a la ordenación del territorio*”, en *La Ley*, 1996/6, pág. 1560.
- BASSOLS COMA, M., “*Las obras públicas y el urbanismo. Los actos de uso del suelo y la ejecución de obras promovidas por la Administración del*

- Estado*". M. O. P. T. y M. A. Dirección General para la Vivienda, Urbanismo y Arquitectura. Madrid, 1994, Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, Núm. 145, Octubre 1995, pág. 33.
- BAUCELLS LLADÓS, J., "Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental", ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pags. 30 y ss.
 - BAUCELLS LLADÓS, J., "La atenuante de reparación del daño ambiental ante la Directiva 2004/35/CE de la responsabilidad ambiental", en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), Estudios de Derecho Ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, cit., pp. 427 y ss.
 - BENITEZ ORTÚZAR, I.F., "Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el título VIII de la Constitución española de 1978", Cuadernos de Política Criminal. Madrid: EDESA, nº 81, 2003, pág. 485 a 524.
 - BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J.C., SERRANO PIEDECASAS, J.R., TERRADILLOS BASOCO, J.M., DE VICENTE MARTINEZ, R., ACALE SÁNCHEZ, M., NIETO MARTÍN, A., DEMETRIO CRESPO, E., y PÉREZ CEPEDA, A., "Curso de Derecho penal. Parte General", cit., pág. 591 y ss.
 - BERMUDO, J., "Maquiavelo, consejero de príncipes". Universidad de Barcelona, Barcelona 1994, pág. 281.
 - BETRÁN ABADÍA, R./CORVINOS BASECA, P./FRANCO HERNÁNDEZ, Y., "Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y la disciplina urbanística", RDUMA, nº 151, 1997, pág. 46.
 - BIERCE, Ambrose: Diccionario del Diablo, Madrid, Edimat Libros, 1998, pág. 125.
 - BLANCO LOZANO, C., "El delito urbanístico", Ed. Montecorvo, 2001.
 - BOIX REIG, J. y JUANATEY DORADO, C., "Comentarios al Código Penal de 1995" (coord. VIVES ANTÓN, T.S.), vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 1582.
 - BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, "Los delitos urbanísticos", Ed. Atelier, pág. 228.
 - BUSTILLO BOLADO, R., y CUERNO LLATA, J.R., "Los Convenios Urbanísticos entre las Administraciones Locales y los Particulares", ed. Aranzadi, Elcano, 2001, pág. 129 y ss.
 - CACIAGLI, M.: "Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 72.
 - CALVO, J. y otros, "Comentarios a la Ley de Suelo estatal". Ed. Lex Nova, Valladolid 2007, pág. 51.
 - CALVO ROJAS, E.; SABAN GODOY, A., y PICÓ LORENZO, S.: "El control del poder ejecutivo", El País, 26 de mayo de 1997.
 - CANCIO MELIÁ, Manuel: "La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código penal español", Anuario de Derecho Penal núm. 52, 1999, pág. 313.
 - CANTERO CERQUELLA, C.J., "La responsabilidad penal de los funcionarios por delitos ambientales", ed. Reus, Madrid oct. 2010, pág. 294.
 - CARBONELL, M. y VÁZQUEZ, R., "Poder, Derecho y Corrupción". México: Siglo XXI, 2003, pág. 48.
 - CARBONELL MATEU, J.C., "La justificación penal", Madrid, 1982, págs. 158 y ss.

- CARBONELL MATEU, J. C.: *“Derecho penal: concepto y principios constitucionales”*. 3ª Ed. Valencia, 1999.
- CARCELLER FERNÁNDEZ, A., *“Manual de disciplina urbanística”*, Tecnos, Madrid, 1982, pág. 142.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *“El delito continuado”*, Ed. Bosch, Barcelona 1977.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *“Lecciones de Derecho Penal”*, Ed. Atelier Libros Jurídicos, Barcelona 2011.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *“Los delitos relativos a la Ordenación del Territorio y el Urbanismo. El nuevo Código Penal: comentarios a la reforma / coord. por Nuria Pastor Muñoz; Jesús María Silva Sánchez (dir.)*, LA LEY 2012, págs. 491-508.
- CASTRO BOBILLO, J.C., *“Los delitos contra la ordenación del territorio”*, en Revista La Ley Actualidad Penal, nº 18, 1997, pág. 416.
- CATALÁN SENDER, J., *“Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal (Doctrina y jurisprudencia)”*, Barcelona, 1999, pág. 497.
- COBO DEL ROSAL, M. *“Sustitución del I.G.T.E. por el I.V.A.: Principio de legalidad y retroactividad de la Ley Penal más favorable”*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 53, 1994, pág. 447.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S. *“Derecho Penal. Parte General”*, 5ª Ed., Valencia, 1999, pág. 357 y 358.
- COBO DEL ROSAL, M., *“Examen crítico del párrafo tercero del artículo 119 del Código penal español”* (Sobre el concepto de funcionario público a efectos penales), LRJ, 1962, pág. 247 y 255 y nota 99.
- COBO DEL ROSAL, M., *“Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código penal español”*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 212, 1962, págs. 239 a 241.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C. *“De los delitos relativos a la ordenación del territorio y del medio ambiente”* en V.V.A.A. (dir. Conde Pumpido Ferreiro, C.) Doctrina y Jurisprudencia, Tomo II, Madrid 1997.
- CONDE-PUMPIDO TOURON, C., *“Los delitos urbanísticos o relativos a la Ordenación del Territorio”* en Empresa y Derecho Penal (dir. Bajo Fernández, M.) Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S., *“Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- COSCULLUELA MONTANER, L., *“Acción pública en materia urbanística”*, Revista de Administración Pública, nº 71, 1973, págs. 9 a 58.
- COSÍN ÁLVAREZ, J., *“Mafia y corrupción: El Gilismo que no muere”*. Ed. Corazón de Andalucía, Marbella, 2008, pág. 8.
- CRIADO SANCHEZ, A.J. *“El delito contra la Ordenación del Territorio tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal”*, ESTUDIOS, Revista de Práctica Urbanística Número 100, Enero 2011, pág. 74.
- DAWSON, M., *“The ambiguity of social Europe in the in the open method of coordination”*, European Law Review, vol. 34, 2009/4, págs. 55 y ss.
- DE ALFONSO LASO, D., *“Cuestiones prácticas en el orden penal sobre los delitos contra la ordenación del territorio”*, Cuadernos de Derecho Local (QDL) ISSN: 1696-0955, núm. 26, junio de 2011, p. 89-101. Fundación Democracia y Gobierno Local.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. y BLANCO CORDERO, I., “*El modelo de la Constitución Europea*”, en CARBONELL MATEU, J.C., y otros, Estudios penales en homenaje al prof. Cobo del Rosal, ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 290.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “*Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho Comunitario*”, en TERRADILLOS BASOCO, J.M., (coord.), Técnicas de investigación e infracciones medioambientales, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 79 y ss.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, “*Protección penal de la ordenación del territorio y del medio ambiente (Tít. XIII, Libro II, PANCP 1983)*”, en Documentación jurídica, nº 37/40, 1983, pág. 910.
- DE LA ENCARNACIÓN VALCÁRCEL, A.M., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA, Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, Valencia 2008, pág. 20.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., “*El art. 320.1: prevaricación específica en casos de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas*”, Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, (ed. DE LA MATA BARRANCO, N.), Oñati, 1998, pág. 135.
- DEL MORAL GARCIA, A., “*El trámite de calificación definitiva en el procedimiento abreviado*”, en El Juicio oral en el proceso penal, Especial referencia al procedimiento abreviado, Estudios de Derecho Procesal Penal, Ed. Comares, S.L., Granada, 2010.
- DEL MORAL GARCIA, A., “*Supuestos prácticos de Derecho Penal*”, ed. Comares, Granada 1991.
- DEL MORAL GARCIA, A., “*Comentarios al Código Penal de 1995*” coordinador de la segunda edición con Serrano Butragueño, ed. Comares, Granada 2001.
- DEL MORAL GARCIA, A., “*Manual de Derecho de la Construcción*”, coordinadora Susana San Cristóbal Reales. Ed. La Ley (Manuales profesionales LA LEY) 2008.
- DE VEGA RUIZ, J.A., “*Delitos contra el medio ambiente*”, en La Ley, 1996 (4.061), pág. 6.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “*La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio*”, en Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio, Seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, (coord. TERRADILLOS BASOCO, J.M.), Enero de 1997, pág. 142 y 143.
- DE VICENTE MARTINEZ, R., “*La responsabilidad penal de la Administración urbanística: párrafo 2º del art. 320 CP*”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J., Delitos contra el urbanismo y la ordenación territorial, cit., pág. 190.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. “*La responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*”, ed. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.
- DEL TORO, al comentar el artículo 119 CP 73, en “*Comentarios al Código penal*” (Córdoba-Rodríguez Mourullo-Casabó) Ed. Ariel, 1976, pág. 737.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. “*Enciclopedia jurídica básica, vol. I*”, voz “*Autoridad y funcionario a efectos penales*”, Madrid, 1995, pág.710.
- DIEGO BAUTISTA, O., “*La Ética en los servidores públicos*”. Universidad Pedagógica Nacional, México, 2001, pág. 90.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., “*Intervención en el uso del suelo, en Derecho Urbanístico Estatal y Autonómico*”, Tomás Quintana López, Coord. Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 666.
- D.J.F.A.: Diccionario Judicial, que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia, Madrid, Imprenta de Miguel de Burgos, 1834, pág. 190.
- DOMINGUEZ LUIS, J.A. y FARRÉ DÍAZ, E. “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”. Ed Revista General de Derecho. Valencia, 1998, pág. 160.
- DOVAL PAIS, A., en “*Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*”, Valencia, 1999, pág. 71 y 72.
- ESCANILLA PALLÁS, M., “*La responsabilidad de los funcionarios ante los delitos urbanísticos en los tribunales de justicia*”, en Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio”, Oñati, 1998, pág. 225.
- ESTEFANÍA, J. (ed.) (2010): Informe sobre la democracia en España/2010, Madrid: Fundación Alternativas, (en línea). <http://www.falternativas.org/laboratorio/libros-e-informes>, acceso 27 de julio de 2011.
- ESTRADA CUADRAS, A., “*Vía libre al Derecho penal europeo*”, en InDret Revista para el análisis del Derecho, 272006 (www.indret.com), pág. 15.
- FARRÉ DÍAZ, E., y DOMÍNGUEZ LUIS, J. A., “*Los delitos relativos a la ordenación del territorio*”, Valencia, Ediciones de la Revista General de Derecho, 1998, pág. 168 et seq.
- FELIP I SABORIT, D., “*La delimitación del conocimiento de la antijuridicidad, una aportación al estudio del error de prohibición.*” Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, 1997.
- FELIP I SABORIT, D., “*Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*”. Ed. Atelier, 2011.
- FELIP I SABORIT, D., “*Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación del abogado*” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993 II (XLVI): págs.. 769 a 785.
- FELIP I SABORIT, D., “*El Nuevo Código Penal*” comentarios a la reforma, dir. Jesús Mª Silva Sánchez, La Ley 2012.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J.M., “*Novedades en la protección penal del suelo*”, Sepin práctica penal (Núm. 63, 2º trimestre de 2011), pág. 25.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “*DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*”. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., “*MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO PENAL. Parte Especial*” (2ª ed., Valencia 2004) con otros autores. Directora: Corcoy Bidasolo.
- FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., “*Manual de Derecho Urbanístico*”, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2001, 16ª edición.
- FUERTES SUAREZ, J. L., “*Administración y función pública*”, en Gobierno y Administración en la Constitución, tomo I, IEF, Madrid, 1998, pág. 43.

- GALLEGO SOLER, I., “*Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito medioambiental: non bis in idem material y procesal*” (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre) Mirentxu Corcoy Bidasolo, José Ignacio Gallego Soler. Actualidad penal, ISSN 0213-6562, Nº 8, 2000, pág. 159.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L., “*Lecciones de Derecho Urbanístico*”, Civitas, Madrid, 1981, p. 793
- GARCIA DE ENTERRIA, E., “*Democracia, jueces y control de la Administración*”, Ed. Civitas, Madrid 1995, pág. 105.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “*El problema jurídico de las sanciones administrativas*”, REDA, 1976, nº 10, pág. 399.
- GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T.R., “*Curso de Derecho Administrativo*” vol. I, 6ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 85.
- GARCÍA DE ENTERRIA “*Curso de Derecho Administrativo*” I, 1979, pág. 46 y ss.
- GARCÍA GRAELLS, A., “*Medidas contra la corrupción urbanística en España a través de la nueva Ley del Suelo*”. Noticias de Actualidad Jurídica nº 11/2007.
- GARCÍA MACHO, R.: “*Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*”, Tecnos, Madrid, 1992
- GARCÍA MEXIA, P., Profesor de Derecho Constitucional, “*La corrupción en España, Aspectos Políticos, Sociales y Jurídicos*”. Temas para Reflexionar. Nueva Revista de Política, Cultura y Arte. Nº 106 JULIO-SEPTIEMBRE 2006, pág. 37.
- GARCÍA NOGUERA, L., “*La STJCE de 13 de septiembre de 2005 ¿una puerta abierta para la competencia penal de las Comunidades europeas? Posibles repercusiones para el tratamiento de la delincuencia relacionada con las tecnologías de la comunicación y la información*”, 4-8 septiembre 2006 (www.law.ed.ac.uk/ahrb/complaw/docs/garcia-noguera.doc).
- GARCÍA PEREZ, O., “*El tipo de las denominaciones específicas de los artículos 320 y 329*”, en http://www.isel.org/cuadernos_S/Legislacion/o_garcia.htm.
- GARCÍA PLANAS, G. “*El delito urbanístico (delitos relativos a la Ordenación del Territorio)*” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, pág. 46.
- GARCÍA VALDES, C., MESTRE DELGADO, E. / FIGUEROA NAVARRO, C., “*Delitos contra la ordenación del territorio, el urbanismo y el patrimonio histórico*.” Lecciones de Derecho Penal, pág. 165, Edisofer SL, Madrid 2011.
- GARZÓN VALDES, E., “*Filosofía, política, derecho: escritos seleccionados*”, ed. a cargo de J. de Lucas, Universidad de Valencia, Valencia 2001, pág. 212.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. “*Autor y cómplice en Derecho Penal*”, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1996, pág.252.
- GIMENO SENDRA, J.V., “*Cuestiones prejudiciales devolutivas y "non bis in idem" en el proceso penal*”, La Ley nº 3, 2003, pág. 1804-1813.
- GÓMEZ PUENTE, M., “*La inactividad de la Administración*”, 3ª Ed. Elcano, 2002, pág. 471.

- GÓMEZ RIVERO, M.C., “*Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental*”, en La Ley, 10 de julio de 1996/4076.
- GÓMEZ RIVERO, M.C., “*El régimen de autorizaciones en los delitos relativos a la protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*”, ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GÓMEZ TOMILLO, M. “*Consideraciones en torno al campo límite entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal*”, en Actualidad Penal, nº 4, semana del 24 al 30 de enero de 2000, págs.77-80.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “*Urbanismo. Función pública y Derecho penal*”, ed. Comares, Granada, 2000.
- GONZÁLEZ, J., “*Corrupción y justicia democrática*”. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2006, pág. 25.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., Ponencia “*La nueva regulación de los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación*” en el curso del Consejo General del Poder Judicial: Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995, de 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “*El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*”, 2ª Ed., Valencia, 1997, pág.150.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (CARBONELL MATEU, J.C. y ORTS BERENGUER, E.) “*LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACION GENERAL*” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Universidad de Valencia. Diploma de Especialización Profesional Universitario en Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas, Valencia 2008, pág. 71.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. “*Responsabilidad criminal por la adopción colegiada de resoluciones arbitrarias*”, en Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal, Ministerio de Justicia, nº III, 2002, pág. 206.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., “*Las licencias de urbanismo*”, ed. El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1978, pág. 213.
- GÓRRIZ ROYO, E., “*Protección penal de la ordenación del territorio*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 20.
- GÓRRIZ ROYO, E., “*Los delitos de prevaricación urbanística*” Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 31.
- GÓRRIZ ROYO, E., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*” INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA URBANÍSTICA, Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, Valencia 2008, pág. 91.
- GÓRRIZ ROYO, E., en “*Comentarios a la Reforma Penal de 2010*”, Directores ALVAREZ GARCIA, F.J. y GONZALEZ CUSSAC, J.L., Ed. Tirant lo Blanch reformas, Valencia 2010, pág. 379.
- GÓRRIZ ROYO, E., “*Sentido y alcance del “ne bis in idem” respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional*” Estudios Penales y Criminológicos, vol. 24, 2002-2003, pág.217.
- GUARDIOLA GARCIA, J. “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. *LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL*” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, pág. 5.

- HEIDENHEIMER, A.J., “*Perspectives on the Perception of Corruption*”, en A.J. Heidenheimer et al., eds., *Political Corruption: A Handbook*, New Brunswick, NJ: Transaction Books, 1989, pág. 161.
- HERVÁS MAS, J. Realiza un estudio en su libro “*Ordenación del Territorio, Urbanismo y Protección del Paisaje*”, Ed, Bosch, Enero 2009.
- HEYWOOD, P.: «*De la dictature à la démocratie: les formes changeantes de la corruption en Espagne*», en D. DELIA PORTA & Y. MÉNY (dirs.): *Démocratie et corruption en Europe*, La Découverte, París, 1995a, págs. 82.
- HEYWOOD, P.: «*Sleaze in Spain*», *Parliamentary Affairs* 48, núm. 4, octubre, 1995b, pág. 736.
- HORTAL IBARRA, J.C., “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- HORTAL IBARRA, J.C., “*MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO PENAL. Parte Especial*”, 2ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004.
- JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal.- Parte General.- Vol. I*, Ed. Bosch, casa editorial S.A. Barcelona, 1981.- traducción MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE.
- JORDANO FRAGA, J., “*La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*”, ed. Bosch, Barcelona, 1995.
- KLITGAARD, R.: *Controlling Corruption*, Berkeley: University of California Press, 1988.
- LAMO DE ESPINOSA, E.: “*Corrupción política y ética económica*”, *Revista de Occidente*, 179, abril, 1996, págs. 10.
- LAPORTA, F. y ALVAREZ S., “*La corrupción política*”. Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág. 19.
- LEAL, A., “*El crepúsculo de la política*”. Lom Ediciones, Chile 1996, pág. 141.
- LEPAGE, H., y otros, “*Study on environmental crime in the Member States*”, http://e.europa.eu/environement/legal/crime/studies_en.htm, sin paginar.
- LÓPEZ GARRIDO, D. y GARCÍA ARÁN, M., en “*El Código Penal de 1995 y la voluntad del Legislador. Comentario al Texto y al debate parlamentario*”, ed. Eurojuris, Madrid, 1996, pág. 176 y 177.
- LÓPEZ PELLICER, “*Régimen de las infracciones y sanciones administrativas en materia de disciplina urbanística*”, *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 62, 1979, pág. 94.
- LÓPEZ RAMÓN, F., “*Introducción al Derecho Urbanístico*”, Marcial Pons, Madrid 2005.
- LÓPEZ RAMÓN, F., “*Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos*” *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Núm. 151, Enero 1997
- LORA-TAMAYO, M., “*Urbanismo de Obra Publica y Derecho a Urbanizar*”, Marcial Pons Librero Editor, 2002. Pág. 83.
- LLOPIS REYNA, E., “*Intercambio de información entre Administraciones Públicas y derecho de defensa*”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 83, 1994.
- MAGRO SERVET, V., “*Las infracciones urbanísticas desde el punto de vista del Derecho Penal*”, *Revista Valenciana d’estudis autonòmics*, nº 31 segundo semestre de 2000, págs. 75 a 92.
- MALEM SEÑA, J., “*La corrupción*”, Ed. Gedisa, Barcelona, 2002, pág. 32.
- MANES, V., “*La incidencia de las Decisiones Marco en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología RECPC09-07/2007*.

- MARINA JALVO, B., “*El régimen disciplinario de los funcionarios públicos.*” Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 58.
- MARTÍN REBOLLO, L. “*La función pública local de cara a su reforma.*” Revista de Estudios de la vida local. Año 1984, número 233, pág. 234.
- MARTÍN MATEO, R., “*Tratado de Derecho Ambiental*”, ed. Trivium, Madrid, 1995.
- MARTIN MATEO, R. en su obra *Tratado de D. Ambiental.- Tomo II.-* págs. 460 y ss.- Ed. Trivium 1992.
- MARTINEZ BARGUEÑO, M., “*La ética nuevo objeto de la gestión pública*”. Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas, sept-dic 1997. Número 10, pág. 24.
- MATELLANES RODRÍGUEZ, N.: *Medio ambiente y funcionarios públicos*, Barcelona, Bosch Editorial, 2000, pág. 257 et seq.
- MIR PUIG, C. “*Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*” en Biblioteca de Derecho Penal, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2000.
- MIR PUIG, C., “*La prevaricación administrativa. Jurisprudencia y Doctrina*” Iuris: Actualidad y práctica del derecho, Nº 96, 2005, págs. 42-52.
- MIR PUIG, C., “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*”, Directores: M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig. Arts. 404 a 445 CP. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- MIR PUIG, S., “*Derecho Penal. Parte General*” 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona. Pág. 278.
- MIR PUIG, S., “*Bases Constitucionales del Derecho Penal*”, Ed. Iustel 2011.
- MIRÓ LLINARES, F. “*Cooperación judicial en material penal en la Constitución Europea*”, en GARRIDO MAVOL, V., GARCIA COUSO, S., y ÁLVAREZ CONDE, E., *Comentarios a la Constitución Europea*, vol. 3, 2004, pág. 1.211.
- MITSILEGAS, V., “*The third wave of third pillar law: which direction for EU criminal justice?*”, en *European Law Review*, 2009/34, págs. 523 y ss.
- MORALES PRATS, F./TAMARIT SUMALLA, J.M., en “*De los delitos sobre la ordenación del territorio.*” *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.; coord. MORALES PRATS, F.), Elcano (Navarra), 2001, pág. 1538 y 1539.
- MORALES PRATS, F./RODRIGUEZ PUERTA, M.J., “*Delitos contra la Administración pública*”, en *Comentarios al Nuevo Código Penal* (dir. QUINTERO OLIVARES, G.), 2ª Ed., Elcano (Navarra), 2001.
- MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal. Parte Especial*”, 14ª Ed., Valencia, 2002, pág. 930.
- MUÑOZ CONDE, F., en “*Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*” *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 11, diciembre de 1997, pág. 482.
- MUÑOZ CONDE, F., y GARCIA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, A. “*Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística*”, *Actualidad Penal-La Ley*, nº 16, 14-20 abril 1997, págs. 351 a 391.
- NARVAEZ RODRIGUEZ, A.: “*La responsabilidad penal de la Administración*”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 270, 21 de noviembre de 1996, pág. 2.

- NIETO GARCÍA, A., “*Corrupción en la España democrática*”, Ed. Ariel, Barcelona, 1997, pág. 23.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., “*La prevaricación del funcionario público*”, Madrid 1980, pág.405
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. “*El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal*”, La Ley, 4138, 7 de octubre de 1996, págs.1513 y 1517.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “*Un ejemplo de norma jeroglífica: el artículo 329 CP (RDL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) – Algunas cuestiones (y ciertas respuestas) sobre consumación, tentativa, autoría, participación y pena referidas al artículo 329 (y figuras afines)*” Revista de Derecho y Procesal Penal, Elcano, 2000, págs. 31 y 32.
- OLAIZOLA FUENTE, Inés: “*Concepto de funcionario público a efectos penales*”, en Delitos contra la Administración pública. IVAP 1997, (edición al cuidado de Adela de Asúa), Bilbao, 1997, pág. 77.
- OLIVERA PRADO, M., “*Hacia una sociología de la corrupción*”. Revista Probidad. N° 24. INEA Estudios Anticorrupción, 2003, pág. 11.
- OLIVERAS SAMITIER, J., “*Ciudad y territorio: Estudios territoriales*”, ISSN 1133-4762, N° 94, 1992 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a Antonio Bonet Correa), págs. 79 (79-92).
- ORTS BERENGUER, E. /VALEIJE ÁLVAREZ, I., “*Comentarios al Código Penal*”, (coord. VIVES ANTÓN, T.S.), Volumen II, Valencia 1996, pág.1777.
- ORTS BERENGUER, E., “*Comentario al art. 24*”, en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, vol. I, ed. Tirant lo Blanch, Valencia,1996.
- ORTS BERENGUER, E. “*De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos*”, en VIVES ANTÓN, T.S., (coord.), Comentarios al Código Penal de 1995, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo III. Bienes públicos. Derecho urbanístico, ed. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- PARADA VAZQUEZ, J.R., Derecho Administrativo.- Tomo III.- ed. Marcial Pons.- Madrid 2004.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M. “*Los delitos sobre la Ordenación del Territorio*”, Revista Quincenal de Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales, Pamplona, Septiembre, nº 8, 2000, pág. 25.
- PAREJO ALFONSO, L., “*Eficacia y Administración. Tres estudios*”. INAP. Madrid, 1995, pág. 89.
- PAREJO ALFONSO, L., “*La autonomía local en la Constitución*”, en Tratado de Derecho Municipal I, segunda edición, Dirigido por Santiago Muñoz Machado, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- PAREJO ALFONSO, L., “*La disciplina urbanística*”, Iustel, Madrid, 2006, p. 31
- PÉREZ DE GREGORIO, J.J., “*Los delitos contra el medio ambiente*”, en La Ley, 1996/3.981, pág. 4.
- PICOTTI, L., “*Las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho comunitario: estado actual y perspectivas*”, en Revista de Derecho penal y Criminología, 2004/13, págs. 151 y ss.

- PORTILLA CONTRERAS, G., “Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos” Cuadernos de Política criminal, nº 39, Madrid 1989.
- POZUELO PÉREZ, L., “Notas sobre la denominada “expansión del Derecho Penal”: un análisis al hilo de los delitos contra la Ordenación del Territorio” en Revista de Derecho y Proceso Penal, 2003 -1, nº 9, Elcano, pág. 46.
- POZUELO PÉREZ, L., “La reparación del daño al medio ambiente”, en JORGE BARRERIRO, A., (dir.), Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español, ed. Comares, Granada, 2005.
- PRATS CANUT, J.M., “Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración pública”, en DE LA MATA BARRANCO, N.J. (ed.), Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio, ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998.
- PRATS CANUT, J.M., “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Quintero Olivares (Dir.), Valle Muñiz (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 866.
- PUENTE ABA, L.M., “La atenuación de la pena en los delitos contra el medio ambiente: entre la prevención y la reparación de los daños ambientales”, en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.), Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, cit., pp. 685 y ss.;
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: “Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa”, en Estatuto y Aplicación del Código Penal de 1995, Tomo II, Parte Especial, Madrid Colex, 1997, pág. 147.
- QUERALT JIMENEZ, J.J. “El concepto penal de funcionario público” en Cuadernos de Política Criminal, nº 27, 1985, pág. 495.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”, en Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador, en Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, tomo IX.
- JOAN J. QUERALT. “Derecho Penal Español”, PE. Vol II, 1987, pág. 602.
- QUINTERO OLIVARES “Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español”, Barcelona, 1974, pág.31.
- QUIRÓS RODRIGUEZ, J.M., “La nueva redacción del Artículo 320 del Código Penal”, Revista de la Guardia Civil, Enero de 2011, pág. 111.
- REBOLLO PUIG Y ALARCÓN SOTOMAYOR, Voz Disciplina urbanística, Bases de conocimiento Iustel.
- REBOLLO VARGAS, R., “La revelación de Secretos e Información por Funcionario Público”, Barcelona, 1996, pág.79.
- RIVERO YSERN, J.L., “Manual de Derecho local”, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- RODRIGUEZ ARANA, J., “Ética de la función pública”, Papeles de trabajo, Instituto Ortega y Gasset, 1998, pág. 6.
- RODRIGUEZ ARANA, J., “La dimensión ética”, Ed. Dikynson, Madrid 2001, pág. 280
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. en “Comentarios al Código penal”, Ed. Civitas, 1996, pág.159.

- RODRIGUEZ PUERTA, M.J., y VILLACAMPA ESTIARTE, C., “*La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*”, en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Elcano (Navarra)*, 2001, págs. 1737 a 1767.
- RODRIGUEZ RAMOS, J.L. “*La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)*”, *Revista de Derecho Urbanístico*, nº 81, 1983, pág. 41 y 43.
- RODRIGUEZ RAMOS, J.L., en “*Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente (Libro II, Título XIII del Proyecto de Código Penal)*”, en *I Congreso Andaluz de Ciencias Penales, El Puerto de Santamaría*, 1993, pág. 192.
- RODRIGUEZ RAMOS, L., “*COMPENDIO DE DERECHO PENAL, Parte general*” Ed. Dykinson, S.L., Madrid 2006, pág.103.
- RODRIGUEZ RAMOS, L.: “*Responsabilidad penal por atentados contra el medio ambiente*”, en *Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación*, nº 1, 1994, pág. 905.
- ROMÁN GARCÍA F., en V.V.A.A. “*Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*”, Granada, 1997.
- ROSA RUIZ, J.A., “*El sistema de actuación por compensación. El proyecto de reparcelación*”, en GUTIERREZ COLOMINA, V., y GUTIERREZ JULIÁN, F.J., *Manual práctico de Derecho urbanístico de Andalucía*, cit., pág. 639 y ss
- RUEDA MARTÍN, M^a A. “*Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública*”, *Revista de Derecho Penal y Criminología (UNED)*, nº 8, 2^a Época, julio, 2001, págs. 127 a 165. Pág. 148.
- SÁENZ DE BURUAGA, “*Sentido de la Ordenación Territorial en la España actual*”.- *Estudios Territoriales*.- Julio-Septiembre 1982.- Centro de Estudios de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.
- SAENZ DE PIPAON Y MENGES, J., “*El destinatario del tipo en el delito urbanístico*”, en *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Ed. Edisofer 2008.
- SÁNCHEZ GOYANES, E. e IVARS BAÑULS, J.A., “*Derecho Urbanístico de la Comunidad Valenciana*”, ed. La Ley, Valencia 2007, pág 1660.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (director): “*Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*”, Ed. Lex Nova, 2^a edición, Valladolid, 2008, pág. 398.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “*Derecho de la Función Pública*”, 2^a Ed., Madrid, 1997.
- SANTANA VEGA, M^a D. “*Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*”, Directores: M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig. Arts. 319 y 320 CP. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011.
- SANTANA VEGA, M^a D.: Título: “*Delitos urbanísticos (o de cómo no legislar en Derecho Penal), en Nuevas tendencias en Política Criminal*”. Una auditoría al Código Penal español de 1995, Mir Puig, Corcoy Bidasolo (dirs.), Gómez Martín (coord.), Montevideo, B de F, Madrid, Reus, 2006.
- SARMIENTO, D., “*Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la unión Europea. La sentencia Maria Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco*”, en www.reeig.org;

- SAYED, T. y BRUCE, D., “*Police Corruption: toward a working definition*” en African Security Review 1998, Vol. 7, Nº 2, pág. 9.
- SIERRA LÓPEZ, M.V., “*La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del artículo 404 del Código Penal*”, Actualidad Penal, nº 36, 8 de octubre de 2000, págs. 771 a 783.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. “*Legislación Penal Socio-Económica y retroactividad de disposiciones favorables en el caso de las “Leyes en blanco”*”, en Revista Jurídica de Cataluña, 1994, nº 1, pág. 91.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “*Delito contra el medio ambiente*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 60.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “*¿Política Criminal Moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal*”, Actualidad Penal nº 23, 1998.
- SOSA WAGNER, F., “*Manual de Derecho local*”, Aranzadi, Elcano, 2001.
- SOSPREDA NAVAS, F.J., “*Jurisprudència sobre el regim disciplinari dels funcionaris públics*”, Federació de municipis de Catalunya, Barcelona 2008.
- SOTO NAVARRO, S., “*La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*”, ed. Comares, Granada 2003.
- SOTO NIETO, F., “*DERECHO VIVO (Jurisprudencia comentada)*”, Madrid, Rev. Der. Judicial, 1970-71, 2 tomos.
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “*La reparación como instrumento de protección penal del ambiente*”, QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., Estudios de Derecho ambiental, Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, cit., pp. 747 y ss.;
- TAMARIT SUMALLA, J.M., “*De los delitos sobre el patrimonio histórico*”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) y MORALES PRATS, F. (coord.), Comentarios al Nuevo Código Penal, cit., pág. 1700
- TERRADILLOS BASOCO, en “*Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente*” Estudios Penales y Criminológicos, nº XX, 1997, págs. 320 y 321.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “*Artículo 325 del Código penal. Lecturas jurisprudenciales*”, en el mismo, Técnicas de investigación e infracciones medioambientales, cit., pp. 155 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, J., Derecho Penal de la Empresa, Madrid 1995.
- TORTOSA BLANCO, J.M., “*Corrupción*”. Barcelona, Icaria, 1995, pág. 18.
- TRAYTER JIMENEZ, J.M., “*Comentarios a la Ley de Urbanismo de Cataluña*”, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 47.
- UREÑA SALCEDO, J.A., “*Infracciones Urbanísticas: Sanciones Penales y Administrativas*”. LAS INFRACCIONES URBANÍSTICAS: APROXIMACIÓN GENERAL” Instituto Universitario de Criminología y Ciencias Penales. Fundació Universitat Empresa. Universidad de Valencia, pág. 8.
- URIARTE, E., Introducción a la Ciencia Política.- La política en las sociedades democráticas.- 3ª Edición.- Ed. Tecnos, 2010.
- URRAZA ABAD, J.: “*Relaciones Derecho Penal-Derecho Administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: Constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas. Los conceptos normativos*”

- y los conceptos valorativos en el Código Penal de 1944 (II)”, en La Ley, 6 de julio de 1999, pág. 6.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I. “El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho”, Madrid, 1995, pág. 481.
 - VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública.” C.P.C. nº 62, 1997, págs. 471 y 472.
 - VALERA ESCOBAR, G., “Las licencias urbanísticas de obras y de primera ocupación. Licencias de parcelaciones”, en GUTIÉRREZ COLOMINA, V., y GUTIÉRREZ JULIÁN, F.J., Manual práctico de Derecho urbanístico de Andalucía, cit., pág. 902-903.
 - VALLÉS, J.M^a, Ciencia Política.- Una introducción, 8^a ed., Ed Ariel, 2010.
 - VAQUER CABALLERIA, M., “Estudio Preliminar: Constitución, Ley del Suelo y Ordenamiento Territorial y Urbanístico”, en parejo Alfonso, I., Roger Fernández, G., “Comentarios a la Ley del Suelo, Iustel, Madrid, 2007.
 - VASCO, M.A., Atalaya Diplomático. Biblioteca del Pensamiento Internacionalista del Ecuador. Quito 2006: Abya-Yala, pág. 305.
 - VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General”, Santiago de Compostela 2003, pág.138.
 - VERCHER NOGUERA, A., “La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo”, en VV.AA., El Derecho europeo ambiental: estado actual de la transposición del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico, Estudios de Derecho judicial 2005/67, págs. 39 y ss;
 - VERCHER NOGUERA, A. “LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA Aspectos penales prácticos sobre el urbanismo y ordenación del territorio”, Ed. Colex, Madrid, 2002, pág.67.
 - VERCHER NOGUERA, A., “Delitos contra la ordenación del territorio”, El Nuevo Código Penal y su Aplicación a Empresas y Profesionales. Manual Teórico-Práctico (IV), ed. Diario Expansión, 1996.
 - VIDALES RODRIGUEZ, C., “La reparación del daño en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. Análisis del artículo 340 del Código penal”, QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F. (coords.), Estudios de Derecho ambiental. Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut, cit., pp. 761 y ss.
 - VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Delito sobre la ordenación del Territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320 CP)” en La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, dir. Gonzalo Quintero Olivares, Aranzadi, pág. 269 a 285.
 - VILLORIA MENDIETA, M. “Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España”, Gestión y Análisis de Políticas Publicas, nº 21, mayo-agosto, 2001, pág. 104.
 - VILLORIA MENDIETA, M., “La corrupción política”, Ed. Síntesis, Madrid, 2006, pág. 278 y ss.
 - VILLORIA MENDIETA, M., “Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa”. Ed. Tecnos-Universidad Pompeu Fabra, Madrid 2000, pág. 24.
 - VILLORIA MENDIETA, M. y FERNANDEZ JIMENÉZ “La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos”. Reis 138, abril-junio 2012, pp. 109-134.

- VILLORIA MENDIETA, M., INFORME GLOBAL 2007 SOBRE LA CORRUPCIÓN EN ESPAÑA emitido por TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA,
http://www.transparencia.org.es/%C3%8DNDICES_GLOBAL_DE_LA_CORRUPCI%C3%93N/INFORME%20GLOBAL%202007/Informe%20global%20sobre%20la%20CORRUPCI%C3%93N%20EN%20ESPA%C3%91A%202007.pdf
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J., “*El delito de prevaricación del funcionario público*”, en *Delitos contra la Administración Pública*, (ed. ASUA BATARRITA, A.) Bilbao, 1997.
- VIVES ANTÓN, T.S. “*Detenciones ilegales*”, en VIVES ANTÓN, T.S./GIMENO SENDRA, J.V., *La detención*, Barcelona 1977, pág. 51.
- VIVES ANTÓN “*Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida*” *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, nº V, 1981, pág. 139.
- VIVES ANTÓN, T. S. “*La libertad como pretexto*”. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995.

JURISPRUDENCIA:

A. Jurisdicción Penal:

1. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **28 de diciembre de 1995**, Roj: STS 6724/1995, Nº de Recurso: 928/1995, Nº de Resolución: , Ponente: ROBERTO GARCIA-CALVO MONTIEL (Recurso de Casación contra la Sentencia Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Cuarta que, con fecha 28 de diciembre de 1994).
2. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 31 de octubre de 2003, Roj: STS 6782/2003, Nº de Recurso: 1843/2002, Nº de Resolución: 1440/2003, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN (Recurso de casación contra la Sentencia Audiencia Provincial de Cantabria (condenatoria), Sección1ª, de fecha **24 de junio de 2002**, Roj: SAP S 1336/2002, Nº de Recurso: 5/2002, Nº de Resolución: 15/2002, Ponente: JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA).
3. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **27 de septiembre de 2004**, Roj: STS 5943/2004, Nº de Recurso: 1675/2003, Nº de Resolución: 1043/2004, Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha 17 de enero de 2003, Roj: SAP SE 183/2003, Nº de Recurso: 2428/2002, Nº de Resolución: 4/2003, Ponente: ANGEL MARQUEZ ROMERO).
4. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **29 de septiembre de 2004**, Roj: STS 6057/2004, Nº de Recurso: 1011/2003, Nº de Resolución: 1068/2004, Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolutoria), Sección 1ª, de fecha 26 de noviembre de 2002, Roj: SAP GC 3179/2002, Nº de Recurso: 60/2002, Nº de Resolución: 190/2002, Ponente: EMILIO JESUS JULIO MOYA VALDES).
5. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **23 de mayo de 2005**, Roj: STS 3276/2005, Nº de Recurso: 2428/2003, Nº de Resolución: 663/2005, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA

- TORRE. (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, cuya Sección Segunda, con fecha 15 de octubre de 2003).
6. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **28 de marzo de 2006**, Roj: STS 7937/2006, Nº de Recurso: 2067/2004, Nº de Resolución: 363/2006, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 30 de junio de 2004, Roj: SAP PO 1712/2004, Nº de Recurso: 1011/2003, Nº de Resolución: 14/2004, Ponente: ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ.)
 7. La Sentencia del Tribunal Supremo Roj: STS 3285/2009, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **28 de mayo de 2009**, Nº de Recurso: 2454/2008, Nº de Resolución: 562/2009, Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que con fecha 16 de octubre de 2008).
 8. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **25 de noviembre de 2009**, Roj: STS 8155/2009, Nº de Recurso: 417/2009, Nº de Resolución: 1219/2009, Ponente: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 14 de noviembre de 2008, Roj: SAP IB 1462/2008, Nº de Recurso: 26/2008, Nº de Resolución: 75/2008, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO).
 9. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **27 de noviembre de 2009**, Roj: STS 7703/2009, Nº de Recurso: 1539/2008, Nº de Resolución: 1127/2009, Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 23 de mayo de 2008, Roj: SAP IB 985/2008, Nº de Recurso: 76/2007, Nº de Resolución: 28/2008, Ponente: JUAN PEDRO YLLANES SUAREZ).
 10. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **1 de julio de 2011**, Roj: STS 4499/2011, Nº de Recurso: 2723/2010, Nº de Resolución: 704/2011, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN (Recurso de Casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 16 de noviembre de 2010, Roj: SAP CO 1632/2010, Nº de Recurso: 22/2010, Nº de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO).
 11. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **4 de junio de 2012**, Roj: STS 4187/2012, Nº de Recurso: 732/2011, Nº de Resolución: 497/2012, Ponente: JUAN SAAVEDRA RUIZ (Recurso de Casación contra la Sentencia núm 130/11, de 24 de febrero de 2011 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), dictada

en el Rollo de Sala núm. 24/2010, dimanante del P.A. núm. 17/2010 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Córdoba).

12. La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **21 de Junio del 2012**, ROJ: STS 4573/2012, N° de Recurso: 2261/2011 | Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE (Recurso de Casación contra la Sentencia de fecha 21 de julio de 2011, de la Audiencia Provincial de Cádiz (condenatoria de un delito art. 319 CP), Sección 4ª, que, en el Procedimiento Abreviado número 45/2010).
13. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección 1, de fecha **28 de mayo de 2012**, N° de Recurso: 1573/2011, N° de Resolución: 466/2012, Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA.
14. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (absolutoria), Sección 3ª, de fecha **7 de Marzo del 2012** (ROJ: SAP A 661/2012), Recurso N° 64/2007, Ponente: FRANCISCA BRU AZUAR.
15. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (condena con conformidad), Sección 3ª, de fecha **20 de mayo de 2011**, Roj: SAP AL 234/2011, N° de Recurso: 25/2010, N° de Resolución: 176/2011, Ponente: TARSILA MARTINEZ RUIZ.
16. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (absolutoria), Sección 10, de fecha **25 de abril de 2002**, Roj: SAP B 4264/2002, N° de Recurso: 83/2000, Ponente: DANIEL ALMERIA TRENCO.
17. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Absolutoria), Sección 2, de fecha **2 de marzo de 2009**, Roj: SAP AL 214/2009, N° de Recurso: 428/2008, N° de Resolución: 73/2009, Ponente: JUAN RUIZ-RICO RUIZ-MORON.
18. Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (absolutoria), Sección 1ª, de fecha **14 de mayo de 2010**, Roj: SAP BI 687/2010, N° de Recurso: 160/2010, N° de Resolución: 379/2010, Ponente: JUAN FRANCISCO LOPEZ SARABIA.
19. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (desestima recurso contra condena), Sección 6ª, de fecha **17 de marzo de 2010**, Roj: SAP BI 2190/2010, N° de Recurso: 28/2010, N° de Resolución: 276/2010, Ponente: JOSE IGNACIO AREVALO LASSA.
20. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña (A), Sección 2ª, de fecha **4 de junio de 2007**, Roj: SAP C 1504/2007, N° de Recurso: 123/2007, N° de Resolución: 235/2007, Ponente: MARIA DEL CARMEN TABOADA CASEIRO.
21. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (condenatoria), Sección 4, de fecha **26 de mayo de 2010**, Roj: SAP CA 1205/2010, N° de Recurso: 36/2010,

Nº de Resolución: 216/2010, Ponente: MARIA INMACULADA MONTESINOS PIDAL.

22. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4ª, de fecha **12 de noviembre de 2009**, Roj: SAP CA 1641/2009, Nº de Recurso: 107/2009, Nº de Resolución: 397/2009, Ponente: MANUEL BLANCO AGUILAR.
23. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **13 de diciembre de 2010**, Roj: SAP CC 917/2010, Nº de Recurso: 646/2010, Nº de Resolución: 385/2010, Ponente: VALENTIN PEREZ APARICIO.
24. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **24 de junio de 2002**, Roj: SAP S 1336/2002, Nº de Recurso: 5/2002, Nº de Resolución: 15/2002, Ponente: JAVIER DE LA HOZ DE LA ESCALERA. Recurrida en Casación (La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha 31 de octubre de 2003, Roj: STS 6782/2003, Nº de Recurso: 1843/2002, Nº de Resolución: 1440/2003, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN).
25. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (absolutoria), Sección 3ª de fecha **29 de marzo de 2012**, Roj: SAP S 4/2012, Nº Recurso: 57/2011, Ponente: PAZ MERCEDES ALDECOA ALVAREZ-SANTULLANO.
26. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (condenatoria), Sección 1ª, de fecha 16 de noviembre de 2010, Roj: SAP CO 1632/2010, Nº de Recurso: 22/2010, Nº de Resolución: 861/2010, Ponente: FELIX DEGAYON ROJO. Recurrida en Casación (La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **1 de julio de 2011**, Roj: STS 4499/2011, Nº de Recurso: 2723/2010, Nº de Resolución: 704/2011, Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN).
27. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 1, de fecha **28 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 170/2010, Nº de Recurso: 114/2006, Nº de Resolución: 3/2010, Ponente: PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES.
28. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 6, de fecha **2 de mayo de 2011**, Roj: SAP GC 416/2011, Nº de Recurso: 58/2010, Nº de Resolución: 46/2011, Ponente: CARLOS VIELBA ESCOBAR.
29. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolución), Sección 2, Roj: SAP GC 1501/2011, de fecha **6 de julio de 2011**, Nº de Recurso: 179/2010, Nº de Resolución: 174/2011, Ponente: MARIA DEL PILAR VERASTEGUI HERNANDEZ.

30. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 1, de fecha **27 de enero de 2010**, Roj: SAP GC 1718/2010, N° de Recurso: 93/2009, N° de Resolución: 25/2010, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA.
31. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolución), Sección 6ª, de fecha **23 de junio de 2009**, Roj: SAP GC 1797/2009, N° de Recurso: 52/2007, N° de Resolución: 105/2009, Ponente: EMILIO JESUS JULIO MOYA VALDES.
32. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **9 de diciembre de 2011**, Roj: SAP GC 2437/2011, N° de Recurso: 26/2010, N° de Resolución: 113/2011, Ponente: SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA.
33. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (absolutoria), Sección 1ª, de fecha 26 de noviembre de 2002, Roj: SAP GC 3179/2002, N° de Recurso: 60/2002, N° de Resolución: 190/2002, Ponente: EMILIO JESUS JULIO MOYA VALDES. Recurrida en Casación (La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **29 de septiembre de 2004**, Roj: STS 6057/2004, N° de Recurso: 1011/2003, N° de Resolución: 1068/2004, Ponente: ANDRES MARTINEZ ARRIETA).
34. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **13 de abril de 2011**, Roj: SAP GR 751/2011, N° de Recurso: 102/2011, N° de Resolución: 217/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA.
35. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (absolutoria), Sección 1ª, de fecha **21 de junio de 2011**, Roj: SAP GR 955/2011, N° de Recurso: 73/2011, N° de Resolución: 391/2011, Ponente: JESUS FLORES DOMINGUEZ.
36. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **28 de julio de 2011**, Roj: SAP GR 1207/2011, N° de Recurso: 421/2010, N° de Resolución: 502/2011, Ponente: PEDRO RAMOS ALMENARA.
37. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de noviembre de 2009**, Roj: SAP GR 2061/2009, N° de Recurso: 210/2009, N° de Resolución: 571/2009, Ponente: MARIA AURORA GONZALEZ NIÑO.
38. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **27 de septiembre de 2010**, Roj: SAP GR 2502/2010, N° de Recurso: 95/2010, N° de Resolución: 518/2010, Ponente: ROSA MARIA GINEL PRETEL.

39. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (condenatoria con conformidad), sección 2ª del **16 de Abril del 2012**, ROJ: SAP H 130/2012, Nº de Recurso: 3/2012, Ponente: FRANCISCO JOSE MARTIN MAZUELOS.
40. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 23 de mayo de 2008, Roj: SAP IB 985/2008, Nº de Recurso: 76/2007, Nº de Resolución: 28/2008, Ponente: JUAN PEDRO YLLANES SUAREZ. Recurrida en Casación (la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **27 de noviembre de 2009**, Roj: STS 7703/2009, Nº de Recurso: 1539/2008, Nº de Resolución: 1127/2009, Ponente: SIRO FRANCISCO GARCIA PEREZ).
41. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 14 de noviembre de 2008, Roj: SAP IB 1462/2008, Nº de Recurso: 26/2008, Nº de Resolución: 75/2008, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO. Recurrida en Casación(la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **25 de noviembre de 2009**, Roj: STS 8155/2009, Nº de Recurso: 417/2009, Nº de Resolución: 1219/2009, Ponente: ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER).
42. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha **13 de septiembre de 2010**, Roj: SAP IB 1734/2010, Nº de Recurso: 29/2010, Nº de Resolución: 86/2010, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO.
43. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **6 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 1972/2011, Nº de Recurso: 117/2010, Nº de Resolución: 114/2011, Ponente: DIEGO JESUS GOMEZ-REINO DELGADO.
44. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad), Sección 2ª, de fecha **31 de octubre de 2011**, Roj: SAP IB 2205/2011, Nº de Recurso: 72/2010, Nº de Resolución: 126/2011, Ponente: MONICA DE LA SERNA DE PEDRO.
45. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (condenatoria con conformidad) Sección 2ª, de fecha **2 de diciembre de 2011**, Roj: SAP IB 2502/2011, Nº de Recurso: 31/2011, Nº de Resolución: 143/2011, Ponente: EDUARDO CALDERON SUSIN.
46. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares.- Palma de Mallorca (absolutoria y condenatoria con conformidad) Sección 1ª, de fecha **26 de Junio de 2012**, ROJ: SAP IB 1472/2012, Nº de Recurso: 27/2011, Ponente: ROCIO NOBELDA MARTIN HERNANDEZ.

47. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **14 de enero de 2011**, Roj: SAP J 85/2011, N° de Recurso: 116/2010, N° de Resolución: 4/2011, Ponente: JOSE CALIZ COVALEDA.
48. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (condenatoria), Sección 3ª, de fecha **11 de noviembre de 2009**, Roj: SAP J 1278/2009, N° de Recurso: 13/2009, N° de Resolución: 210/2009, Ponente: JOSE CALIZ COVALEDA.
49. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (absolutoria), Sección 1ª, de fecha **9 de marzo de 2010**, Roj: SAP L 173/2010, N° de Recurso: 27/2010, N° de Resolución: 84/2010, Ponente: MARIA LUCIA JIMENEZ MARQUEZ.
50. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 1ª del **23 de Marzo del 2012** (ROJ: SAP M 4963/2012), N° de Recurso: 49/2011, Ponente: LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES.
51. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 5ª, de fecha **8 de abril de 2008**, Roj: SAP M 4570/2008, N° de Recurso: 41/2006, N° de Resolución: 30/2008, Ponente: MARIA PAZ REDONDO GIL.
52. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 4ª, de fecha **31 de mayo de 2005**, Roj: SAP M 6377/2005, N° de Recurso: 39/2001, N° de Resolución: 77/2005, Ponente: MARIA DEL PILAR DE PRADA BENGOA.
53. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 15ª, de fecha **29 de junio de 2002**, Roj: SAP M 8611/2002, N° de Recurso: 208/2002, N° de Resolución: 323/2002, Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO.
54. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), Sección 16, de fecha **24 de octubre de 2005**, Roj: SAP M 11370/2005, N° de Recurso: 41/2005, N° de Resolución: 92/2005, Ponente: MIGUEL HIDALGO ABIA.
55. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria de un delito de cohecho), Sección 4ª, de fecha **10 de julio de 2007**, Roj: SAP M 12900/2007, N° de Recurso: 44/2001, N° de Resolución: 97/2007, Ponente: JUAN JOSE LOPEZ ORTEGA.
56. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (condenatoria), Sección 6ª, de fecha **7 de junio de 2005**, Roj: SAP M 16491/2005, N° de Recurso: 26/2004, N° de Resolución: 297/2005, Ponente: JULIAN ABAD CRESPO.
57. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (declaración de nulidad y retroacción de actuaciones), Sección 15ª, de fecha **29 de diciembre de 2001**, Roj: SAP M 18497/2001, N° de Recurso: 342/2001, N° de Resolución: 447/2001, Ponente: ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO.

58. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (absolutoria), sección 15ª, de fecha **7 de Mayo del 2012**, ROJ: SAP M 8568/2012, N° de Recurso: 69/2011, Ponente: CARLOS FRANCISCO FRAILE COLOMA.
59. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **17 de febrero de 2006**, Roj: SAP MA 346/2006, N° de Recurso: 32/2006, N° de Resolución: 90/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS.
60. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (absolutoria), Sección 3ª, de fecha **5 de febrero de 2010**, Roj: SAP MA 523/2010, N° de Recurso: 28/2010, N° de Resolución: 96/2010, Ponente: ANDRES RODERO GONZALEZ.
61. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (declaración de nulidad y retroacción de actuaciones), Sección 3ª, de fecha **13 de marzo de 2003**, Roj: SAP MA 997/2003, N° de Recurso: 38/2003, N° de Resolución: 67/2003, Ponente: FEDERICO MORALES GONZALEZ.
62. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **29 de junio de 2010**, Roj: SAP MA 1769/2010, N° de Recurso: 155/2010, N° de Resolución: 394/2010, Ponente: LUIS MIGUEL MORENO JIMENEZ.
63. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de abril de 2007**, Roj: SAP MA 1829/2007, N° de Recurso: 263/2006, N° de Resolución: 256/2007, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS.
64. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **25 de julio de 2006**, Roj: SAP MA 1846/2006, N° de Recurso: 30/2006, N° de Resolución: 489/2006, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS.
65. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **16 de julio de 2010**, Roj: SAP MA 1884/2010, N° de Recurso: 172/2010, N° de Resolución: 439/2010, Ponente: MARIA LUISA DE LA HERA RUIZ-BERDEJO.
66. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 9ª, de fecha **20 de octubre de 2010**, Roj: SAP MA 2386/2010, N° de Recurso: 154/2010, N° de Resolución: 528/2010, Ponente: MARIA BELEN AROZA MONTES.
67. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (absolutoria), Sección 3ª, de fecha **2 de noviembre de 2010**, Roj: SAP MA 3315/2010, N° de Recurso: 278/2010, N° de Resolución: 614/2010, Ponente: JOSE MARIA MUÑOZ CAPARROS.

68. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de marzo de 2009**, Roj: SAP MA 4075/2009, N° de Recurso: 43/2009, N° de Resolución: 157/2009, Ponente: AURORA SANTOS GARCIA DE LEON.
69. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (condenatoria) Roj: SAP MA 4780/2005, Sección: 2, de fecha **9 de noviembre de 2005**, N° de Recurso: 147/2005. N° de Resolución: 618/2005, Ponente: MARIA JESUS ALARCON BARCOS.
70. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **5 de febrero de 2009**, Roj: SAP O 1780/2009, N° de Recurso: 1/2009, N° de Resolución: 27/2009, Ponente: JULIO GARCIA-BRAGA PUMARADA.
71. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (condenatoria), Sección 2ª, de fecha **18 de noviembre de 2010**, Roj: SAP OU 1035/2010, N° de Recurso: 163/2010, N° de Resolución: 465/2010, Ponente: ANA MARIA DEL CARMEN BLANCO ARCE.
72. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **24 de enero de 2008**, Roj: SAP PO 282/2008, N° de Recurso: 25/2007, N° de Resolución: 2/2008, Ponente: MARIA MERCEDES PEREZ MARTIN-ESPERANZA.
73. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (condenatoria), Sección 2ª, de fecha 30 de junio de 2004, Roj: SAP PO 1712/2004, N° de Recurso: 1011/2003, N° de Resolución: 14/2004, Ponente: ANGELA IRENE DOMINGUEZ-VIGUERA FERNANDEZ. Recurrida en Casación (La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **28 de marzo de 2006**, Roj: STS 7937/2006, N° de Recurso: 2067/2004, N° de Resolución: 363/2006, Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE).
74. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (absolutoria), Sección 4ª, de fecha **4 de diciembre de 2006**, Roj: SAP PO 3107/2006, N° de Recurso: 55/2006, N° de Resolución: 151/2006, Fecha de Resolución: 04/12/2006, Ponente: ANTONIO BERENGUA MOSQUERA.
75. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 3ª, de fecha 17 de enero de 2003, Roj: SAP SE 183/2003, N° de Recurso: 2428/2002, N° de Resolución: 4/2003, Ponente: ANGEL MARQUEZ ROMERO. Recurrida en Casación (La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de fecha **27 de septiembre de 2004**, Roj: STS 5943/2004, N° de Recurso: 1675/2003, N° de Resolución: 1043/2004, Ponente: PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ).

76. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (condenatoria), Sección 7ª, de fecha **5 de Marzo del 2012** (ROJ: SAP SE 1120/2012), N° de Recurso: 2074/2010, Ponente: ESPERANZA JIMENEZ MANTECON.
77. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (condenatoria), Sección 1ª, de fecha **23 de noviembre de 2004**, Roj: SAP SG 429/2004, N° de Recurso: 73/2004, N° de Resolución: 71/2004, Ponente: IGNACIO PANDO ECHEVARRIA.
78. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Donostia-San Sebastián (absolutoria), Sección 2ª, de fecha **22 de enero de 2002**, Roj: SAP SS 70/2002, N° de Recurso: 2052/2001, Ponente: AUGUSTO MAESO VENTUREIRA.
79. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (absolutoria de prevaricación urbanística), Sección 2ª, de fecha **28 de junio de 2005**, Roj: SAP TO 647/2005, N° de Recurso: 6/2005, N° de Resolución: 40/2005, Ponente: ALFONSO CARRION MATAMOROS.
- 80. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (absolutoria), Sección 3ª, de fecha 25 de abril de 2008, Roj: SAP Z 1103/2008, N° de Recurso: 181/2007, N° de Resolución: 265/2008, Ponente: CARLOS LASALA ALBASINI.**

B. Jurisdicción Contencioso- Administrativa:

1. Sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de marzo de 2002 (Recurso 7667/1997; ponente: Sr. Trillo Torres).
2. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 19 de septiembre de 1994 (Recurso núm. 2579/1989; ponente: Sr. Conde Martín de Hijas).
3. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 16 de diciembre de 2003 (Recurso de casación núm. 4996/1998; ponente: Sr. González Rivas).
4. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya núm. 332/2002 (Sala Contenciosa Administrativa, sección 4a), de 18 de abril de 2002 (Sentencia núm. 332; Recurso núm. 951/1997; ponente: Sr. Barrachina Juan).
5. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Contenciosa Administrativa, sección 7a), de 30 de mayo de 2000 (Recurso de casación núm. 513/1996; ponente: Sr. Maurandi Guillén).