

# EL ALCANCE DEL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN SUPUESTOS COMPLEJOS. ALGUNOS EJEMPLOS EN GALICIA

**Antonio Roma Valdés**

Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

**Resumen:** La primera parte del trabajo analiza la cuestión de la determinación del grado de protección de determinadas clases de suelos, a efectos de su inclusión en el tipo penal del delito de prevaricación urbanística del artículo 319.1 del Código penal. La segunda parte constituye una aproximación a la problemática de la prevaricación por omisión en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio. En la exposición se toman en consideración algunos supuestos de la práctica en Galicia.

**Palabras clave:** Delincuencia urbanística, protección penal del suelo, prevaricación por omisiva.

**Abstract:** The first part of the article focuses on the problem of the determination of the protection level of certain classes of soils, for the purposes contemplated in article 319. 1 of the Spanish Criminal Law. The second part contains an approximation to the requirements of an omission to be turned into a urban planning offence. Some examples in Galicia are taken into consideration.

**Keywords:** Urban planning offences, soil penal protection, omission

---

Recibido: julio 2008. Aceptado: octubre 2008

## 1. Introducción

Cualquier trabajo dedicado a la problemática de los incendios forestales no puede dejar de lado la existencia de otros trastornos al territorio que directa o indirectamente se encuentran relacionados. En este sentido, basta echar un vistazo a cualquier ladera de un monte y encontrar en ella viviendas, por lo que no es por ello de extrañar que en las noticias relativas a los incendios forestales mencionen la existencia de un peligro concreto en la población. Evidentemente, no se trata tan sólo de que el fuego alcance las poblaciones, en muchas ocasiones debido al propio abandono de pastos y cultivos en distintas localidades y en otras a que las construcciones se ubican cada vez más en zonas aledañas a masas forestales susceptibles de arder en cualquier momento para peligro de los moradores. Como es bien sabido, el Código Penal castiga las construcciones no autorizadas 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, además de determinadas actuaciones de las autoridades en el ámbito urbanístico. En este trabajo vamos a tratar distintos aspectos relativos al alcance del Código Penal en la concreción de los suelos comprendidos en los tipos penales, además de algunos supuestos complejos de la intervención de autoridades y funcionarios públicos, todo ello sin ánimo de exhaustividad dada la presencia de trabajos que desde distintos sectores de la doctrina han abordado de manera brillante la materia. Con carácter previo, destacar que las reglas en materia de urbanismo son claras, a saber, primero se planifica el territorio, segundo se autorizan las actuaciones de los particulares y tercero se ejecutan las obras con sujeción a la licencia. El Código Penal ha optado por tipificar determinadas actuaciones de los particulares cuando implican la construcción sin licencia en suelos protegidos o la edificación en suelos que de acuerdo al planeamiento no admiten la edificación. También castiga, esta vez en el artículo 320, a los miembros de las administraciones competentes en la ejecución del planeamiento que trasgreden con sus autorizaciones

las reglas mínimas de protección del urbanismo. Concretando este aspecto, nos encontramos con unos espacios cuya configuración vendrá establecida por la normativa sectorial, tanto en su caracterización jurídica como en su determinación en el espacio y que se concretará por disposiciones legales o reglamentarias, por actos administrativos propios de las administraciones central o autonómica o del propio planeamiento. De esta manera, el planeamiento, verdadero eje final en la clasificación urbanística del suelo, se verá afectado por los actos que se disten en ejecución de la normativa sectorial de que se trate, por ejemplo, en el deslinde de la zona marítimo terrestre, la delimitación de los usos en los parques naturales, la protección de un yacimiento arqueológico o un inmueble de valor histórico. Por otro lado, las administraciones competentes pueden llevar a efecto determinadas infraestructuras que transforman el espacio de los municipios condicionando el desarrollo urbano. Centrado este aspecto, cuando se concede una licencia que contraviene el planeamiento afectando a un suelo vedado al uso particular (en suelos destinados a viales o zonas verdes aunque el planeamiento no esté ejecutado), o infringe u omite los actos que reúnan las notas de preceptividad y carácter previo a la licencia de las administraciones encargadas de la gestión de dominios públicos (costas, aguas, carreteras, vías pecuarias, etc.) o de bienes ambientales específicos (protección de masas forestales, patrimonio cultural, parques naturales, paisajes, etc.) se habrá cometido un delito de prevaricación.

Sin embargo, a pesar de la aparente sencillez del planeamiento no siempre es fácil determinar el grado de protección de un determinado suelo a los efectos de integrar el tipo penal y aun si nos encontramos ante una licencia en otros casos. Estos supuestos complejos constituyen el objeto de este trabajo. El alcance penal de determinadas categorías en el artículo 319 del Código Penal constituye precisamente la primera parte de este trabajo.

## 2. Categorías complejas de suelo

*A) Los suelos incluidos en el artículo 319 del Código Penal*

Desde los primeros momentos de vigencia del Código Penal la doctrina ha analizado la inclusión de determinadas categorías en el suelo afectado por el artículo 319.1 del Código Penal. De manera breve, se ha atendido a las siguientes<sup>1</sup>:

a) **Suelos destinados a viales y zonas verdes.** Los comprendidos en la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras y Caminos y la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias. Al respecto, GÓRRIZ ha recordado que el tipo penal se refiere a los suelos destinados a viales y no a los viales existentes, dando entrada a aquellos suelos reservados por el planeamiento para esta finalidad aunque físicamente no existan ya que, de existir, integrarían la categoría de bienes de dominio público<sup>2</sup>.

b) **Bienes de dominio público,** sea cual sea su función o finalidad<sup>3</sup>. La Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, modificada por la Ley 46/1999, que considera de dominio público los cauces de corrientes naturales (artículos 1 y 5) y establece una servidumbre de 5 metros en las riberas y de 100 metros de policía (artículo 6). Además, fija un sistema de restricciones de uso en los límites de crecidas extraordinarias (artículo 11). Esta ley, declarada constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, establece un sistema transitorio para que los propietarios con derechos con origen en la legislación precedente se adapten al nuevo sistema jurídico. Junto a ellas, pueden plantearse los casos de humedales, embalses, lagunas, cauces, humedales sensibles de importancia internacional, las zonas sensibles de la directiva 91/271/CEE, las reservas de la biosfera, las zonas previstas en

---

1 La doctrina penal es abundante y en general uniforme desde la aparición del Código Penal. Pueden citarse sin ánimo de exhaustividad ROMÁN, 1996, NARVÁEZ, 1997, BARRIENTOS, 1996, MARTÍNEZ ARRIETA, 1997, GÓRRIZ, 2003.

2 GÓRRIZ, 2003.

3 A. VERCHER NOGUERA, 1996, p. 550, GÓRRIZ, 2003

el Protocolo de Barcelona de 1995 o los paisajes pintorescos incluidos en la legislación de patrimonio cultural. En materia de costas, se ocupa la Ley 25/1988, de 28 de julio, de Costas. En aplicación del precepto 132.2 de la Constitución, el artículo 9 de la ley atribuye al Estado la relación de dominio público en la zona marítimo-terrestre, efecto que se ve complementado por los artículos 23 y 25 que establecen en favor del Estado una servidumbre de 100 metros cuya finalidad es la de dotar de una protección al dominio público, además de fijar determinados usos prohibidos. De otro lado, se crea una servidumbre de tránsito de 6 metros, y otras de acceso al mar (artículos 27 a 29). Por último, en el artículo 30 fija una zona de influencia con otras limitaciones que alcanzan 500 metros.

**c) Suelos que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural.** Con carácter general, el artículo 9.1.a de la Ley 6/1998, de régimen de suelo y valoraciones, considera suelo no urbanizable a aquellos que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. El primero de los puntos se refiere al valor paisajístico y ecológico, y su presencia motiva a acudir a normas estatales como el artículo 12 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Espacios Naturales Protegidos, sobre la que se abundará más adelante, y el artículo 69 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. En ambos preceptos se establecen determinados espacios que deben ser protegidos, en concreto el artículo 69 de la Ley de Aguas impone la necesidad de realización de un estudio de impacto ambiental que se exige en determinadas normas autonómicas. Por lo que se refiere a los conceptos de artístico, cultural o histórico, la legislación aplicable es fundamentalmente

la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español<sup>4</sup>. En particular, dentro de este texto se configura una categoría de *bienes de interés cultural* que puede quedar perjudicada por el efecto de una construcción: la zona arqueológica.

**d) Suelos que por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.** Esta cláusula exige por su apertura una interpretación que no conculque la proscripción de la analogía contra el reo establecida en los artículos 4.2 del Código Civil y 4.1 del Código Penal. Por lo tanto, de entrada nos encontramos con una norma que exige un acto que establece una protección, comprendiéndose en aquellos los establecidos en el planeamiento dando cobertura material a determinados espacios urbanos en función de un valor paisajístico, ecológico o cultural. No obstante, se tratarán estos suelos más adelante.

La variedad de suelos que han sido apreciados por la doctrina como merecedores en abstracto de ser considerados incluidos en el artículo 319 del Código Penal no ha tenido el mismo reflejo en la jurisprudencia mayor o menor, sea por la ausencia de infracciones en estos espacios sea por que aquellas actuaciones de los particulares no se han sometido a la jurisdicción. Centrando la materia, en muchos supuestos tratados por la jurisprudencia no se ha encontrado inconveniente en considerar incluidos en el tipo castigado en el artículo 319.1 del Código Penal determinadas clases de suelo, a saber las siguientes<sup>5</sup>:

**A) Espacios naturales protegidos o parques naturales.**

Se trata de las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2<sup>a</sup>, 17 de junio de 2002, Audiencia Provincial de Madrid de 18 de junio de 2002, 19 de febrero de 2004, 11 de octubre de 2006 y 14 de mayo de 2007, Audiencia Provincial de Valencia de 8 de septiembre

---

4 V. ROMA VALDÉS, en prensa, sobre estos y otros aspectos de la tutela penal del patrimonio cultural, incluido el alcance en el delicto contra la ordenación del territorio.

5 Recogen numerosas referencias DÍAZ MANZANERA, 2006, ROMA, 2006 y GÓRRIZ, 2003

de 2004, Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, de 12 de mayo de 2005, Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de septiembre de 2006 y Audiencia Provincial de Albacete de 29 de septiembre de 2006 y 5 de febrero de 2007. En estos casos nos encontramos con supuestos contemplados bien en la legislación estatal, sea general, caso de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y de la fauna silvestre, sea particular, caso de la Ley 1/2007, de 2 de marzo de declaración del parque natural de Monfragüe, bien en la autonómica. En el caso de la primera de las normas, el artículo 13 establece el concepto y la protección de los parques naturales:

1. Los parques son áreas naturales, poco transformadas por la explotación u ocupación humana que, en razón a la belleza de sus paisajes, la representatividad de sus ecosistemas o la singularidad de su flora, de su fauna o de sus formaciones geomorfológicas, poseen unos valores ecológicos, estéticos, educativos y científicos cuya conservación merece una atención preferente.
2. En los parques se podrá limitar el aprovechamiento de los recursos naturales, prohibiéndose en todo caso los incompatibles con las finalidades que hayan justificado su creación.
3. En los parques se facilitará la entrada de visitantes con las limitaciones precisas para garantizar la protección de aquéllos.

El propio Tribunal Constitucional ha declarado en su sentencia 102/1995 que espacio natural es “cualquier zona localizada e individualizada, dentro del territorio español en la acepción propia del Derecho Internacional, digna de protección por contener elementos o sistemas naturales de especial interés o valores naturales sobresalientes”.

B) **Valor paisajístico y forestal declarado.** Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, 5 de febrero de 2002 y 6 de junio de 2001, 19 de septiembre y 6 de

noviembre de 2006, 26 de febrero y 26 de marzo de 2007, de Castellón de 30 de enero de 2006 y de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 4 de junio de 2003. Se trata de supuestos en los que el planeamiento, frecuentemente siguiendo las pautas establecidas en aplicación de la normativa estatal y autonómica de aplicación, excluye de la edificación, condicionando los usos admisibles en estos terrenos. No es necesario, por lo tanto, que el suelo se encuentre comprendido dentro del supuesto previsto en el artículo 17 de la Ley 4/1989, a cuyo tenor, *los paisajes protegidos son aquellos lugares concretos del medio natural que, por sus valores estéticos y culturales, sean merecedores de una protección especial*. Como en el resto de los supuestos, el propio planeamiento puede ir más allá de la protección establecida por las restantes administraciones competentes confiriendo protección a otros espacios dentro del municipio.

- C) **Suelos de valor forestal protegido**, en sentencias del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2006, de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de siembre de 2006 Audiencia Provincial de Castellón de 30 de enero de 2006, de la Audiencia Provincial de Jaén de 19 de junio y 6 de noviembre de 2006 y de 18 de enero de 2007, y de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de junio de 2006. Además, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de octubre de 2006 castiga por la construcción realizada en un suelo de hecho forestal aunque no se encuentre configurado de esta manera en el planeamiento de aplicación, haciendo uso de la cláusula final del artículo 319.1 del Código Penal.
- D) **Zona marítimo terrestre**. La inclusión ha sido resuelta de un modo claro por la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2006. A estos espacios se refieren, por ejemplo, la generalidad de las senten-

cias de las audiencias provinciales gallegas, caso de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, 23 de junio de 2003, Sección 2ª, de de junio de 2000 (rec. 1012/03), Sección 3ª, 4 de junio de 2003, y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 1ª, 15 de marzo de 2001, rec. 198/2001, Sección 1ª, 17 de diciembre de 2001, Sección 1ª, 18 de diciembre de 2001, Sección 1ª, 10 de septiembre de 2002, rec. 886/2002, Sección 2ª, 5 de mayo de 2000, rec. 117/2000, Sección 2ª, 27 de octubre de 2000, rec. 621/2000, Sección 6ª, 7 de marzo de 2000, rec. 21/2000, Sección 6ª, 26 de abril de 2000, rec. 13/2000, Sección 6ª, 6 de marzo de 2001, rec. 329/2000, Sección 6ª, 8 de mayo de 2002, rec. 240/2001, Sección 6ª, 4 de febrero de 2003. La esencia del castigo por estos delitos radica en la consideración de dominio público del suelo.

### *B) Supuestos complejos en especial*

Sin embargo, no todas las clases de suelos que se han planteado ante la jurisdicción han encontrado una solución tan pacífica. A estos efectos vamos a considerar los siguientes supuestos, a los efectos de su inclusión como suelos comprendidos en el artículo 319.1 del Código Penal.

a) Las Zonas Especiales de Protección de Aves y la Red Ecológica Europea Natura 2000.

De acuerdo con los artículos 20 bis y siguientes de la Ley 4/1989, introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 43/2003, de 24 de noviembre, de montes, forman parte de la Red Ecológica Europea Natura 2000 las zonas especiales de conservación y las zonas de especial protección para las aves. Esta norma ha sido sustituida por la ley 42/07, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Las zonas especiales de conservación son los espacios delimitados para garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales de

interés comunitario y de los hábitats de las especies de interés comunitario, establecidos de acuerdo con la normativa comunitaria. Por su parte, las zonas de especial protección para las aves son los espacios delimitados para el establecimiento de medidas de conservación especiales (En adelante ZEPA) con el fin de asegurar la supervivencia y la reproducción de las especies de aves, en particular, de las incluidas en el anexo II de la Ley y de las migratorias no incluidas en el citado anexo pero cuya llegada sea regular. En particular en las zonas de especial protección para las aves deberán establecerse medidas de conservación adecuadas para evitar el deterioro de sus hábitats, así como las perturbaciones que puedan afectar significativamente a las aves, medidas que podrán establecerse, en su caso, mediante planes de gestión específicos o bien integradas en otros planes de desarrollo o instrumentos de planificación.

La razón de la introducción de esta forma se suelos se produce en trasposición de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. Asimismo, en consideración a la Directiva 79/409/CEE, de conservación de las aves silvestres, que crea las ZEPA. El objetivo de la Red Natura 2000 consiste en una planificación que abarca una extensión aproximada de 40 millones de hectáreas, repartidas entre los quince entonces estados miembros. De acuerdo con el artículo 2 de la Directiva:

Se crea una red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación, denominada «Natura 2000». Dicha red, compuesta por los lugares que alberguen tipos de hábitats naturales que figuran en el Anexo I y de hábitats de especies que figuran en el Anexo II, deberá garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural.

La red Natura 2000 incluirá asimismo las zonas de protección especiales designadas por los Estados miembros con arreglo a las disposiciones de la Directiva 79/409/CEE.

2. Cada Estado miembro contribuirá a la constitución de Natura 2000 en función de la representación que tengan en su territorio

los tipos de hábitats naturales y los hábitats de especies a que se refiere el apartado 1. Con tal fin y de conformidad con las disposiciones del artículo 4, cada Estado miembro designará lugares y zonas especiales de conservación, teniendo en cuenta los objetivos mencionados en el apartado 1.

Por su parte, el artículo 6 se refiere a la materia de la siguiente manera:

1. Con respecto a las zonas especiales de conservación, los Estados miembros fijarán las medidas de conservación necesarias que implicarán, en su caso, adecuados planes de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo, y las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los lugares.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para evitar, en las zonas especiales de conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de las zonas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva.

3. Cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes y proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 4, las autoridades nacionales competentes sólo se declararán de acuerdo con dicho plan o proyecto tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública.

4. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, el Estado miembro tomará cuantas medidas

compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida. Dicho Estado miembro informará a la Comisión de las medidas compensatorias que haya adoptado.

En caso de que el lugar considerado albergue un tipo de hábitat natural y/o una especie prioritarios, únicamente se podrán alegar consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública, o relativas a consecuencias positivas de primordial importancia para el medio ambiente, o bien, previa consulta a la Comisión, otras razones imperiosas de interés público de primer orden.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la materia en varias ocasiones, algunas de las cuales afectan a España, como las sentencias de 2 de agosto de 1993 (*Marismas de Santoña*) o la de 18 de diciembre de 2007 (*canal Segarra-Garrigues*). Concretamente, en su sentencia de 28 de junio de 2007 (*Comisión contra España*) declaró que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres, en su versión modificada, en particular, por la Directiva 97/49/CE de la Comisión, de 29 de julio de 1997, al no haber clasificado como zonas de protección especial para las aves territorios suficientes en superficie en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Baleares y Canarias y territorios suficientes en número en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia y Valencia para ofrecer una protección a todas las especies de aves protegidas por la Directiva, en su versión tras la Directiva 97/49/CEE. No es el único caso, en su reciente sentencia de 13 de diciembre de 2007 (*Comisión vs. República de Irlanda*) condena al estado miembro que incumplió sus obligaciones de proteger las zonas susceptibles de inclusión en la Directiva.

Regresando a la legislación interna, el artículo 21 de la Ley 4/1989 ha encomendado la declaración y gestión de los parques, reservas naturales, monumentos naturales, paisajes

protegidos y zonas de la Red Ecológica Europea Natura 2000 a las comunidades autónomas en cuyo ámbito territorial se encuentren ubicados, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los parques nacionales, los supuestos de las competencias estatales, en especial, en lo que respecta al mar territorial. El ámbito normativo se completa con el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, que implica la incorporación al ordenamiento de la Red Natura 2000. En esencia, el procedimiento, que no prevé la intervención de los particulares afectados cuya propiedad deviene limitada, trámite de información pública, oposición por los particulares, régimen de actuaciones autorizables o su modificación<sup>6</sup>, limita la función de las autoridades internas a la proposición del espacio para su final aprobación por parte de la autoridad comunitaria. Una vez aprobado, el terreno pasa a formar parte de la Red Natura 2000, no pudiendo modificarse la clasificación por parte de las autoridades estatales o autonómicas.

Por lo tanto, nos encontramos ante una clase de suelos que por su naturaleza cuentan con una protección directa por directivas comunitarias y cuya concreción va a depender de la legislación española. Por lo tanto, es preciso abordar dos aspectos distintos en torno a la validez de la protección penal, uno derivado de la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas y otro en cuanto al alcance en nuestro derecho penal.

La cuestión de la validez de las normas comunitarias a la hora de incidir en el derecho penal de los Estados Miembros es

---

6 En una visión desde las posiciones de los afectados, en su tesis doctoral inédita ISABEL MANZANO expone como las dificultades del proceso las siguientes, entre otras: “La falta de información a los propietarios de tierras de comunidades rurales, siendo llamativa la escasa información aportada a los protagonistas del mundo rural sobre la iniciativa, que de llevarse a cabo en los términos previstos, va sin duda a modificar los sistemas socio-estructurales que organizan el espacio rural. En realidad, además de un problema de información, estamos ante una ausencia de concertación entre las Administraciones y las comunidades rurales que soportarán la existencia de la Red Natura en sus territorios, de manera que no es de extrañar que esta iniciativa se este acogiendo con desconfianza por unas sociedades que no han sido vinculadas a las nuevas directrices de gestión territorial”.

una materia que fue objeto de tratamiento doctrinal, particularmente en la década de los noventa del siglo XX<sup>7</sup>, siempre con referencia en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras, las sentencias *Kolfinghuis-nijnugen U “aguas minerales”*, de 7 de octubre de 1987, *Comisión c. Grecia* de 21 de septiembre de 1989 o *Marleasing*, de 13 de noviembre de 1990. En general, se ha diferenciado, en cuanto a su incidencia en el derecho penal interno de los estados entre reglamentos, cuya eficacia directa les permite integrar el tipo penal, de las directivas. En éstas se ha tratado su incidencia, extendiendo o restringiendo la aplicación de las normas penales en ausencia de derecho estatal que regule la materia o apartándose del contenido de la directiva<sup>8</sup>. En todo caso, se ha tratado asimismo la idoneidad de las normas comunitarias para armonizar el derecho penal de los estados miembros en los supuestos de interés comunitario dentro de los principios de efectividad de la sanción y proporcionalidad.

Sentada esta premisa, la jurisprudencia de este tribunal ha evolucionado mostrando una importante sensibilidad en cuanto a la importancia del derecho medioambiental comunitario en el derecho penal interno. Por un lado, la sentencia de 23 de octubre de 2007 consideró la necesidad de que los estados desarrollen normas penales castigando las infracciones más graves contra el medio ambiente en el marco del primer pilar comunitario y no a través de instrumentos de cooperación intergubernamental como la Decisión Marco que se sometió a su estudio. Más recientemente, la sentencia de 3 de junio de 2008 entendió que la validez de la Directiva 2005/35/CE del Parlamento Europeo

---

7 VERCHER, 1994, CARNEVALI, 1997, TEJADO, 1998, FERRE, 1998.

8 La cuestión, como afirma FERRÉ, 1998, 415-418, presenta matices que deben ser traídos a colación. Así, no puede predicarse la misma consecuencia de las directivas que han sido traspuestas, pues en este caso existe una norma interna que permite integrar cómodamente el tipo penal español, de aquellas que no lo han sido o lo han sido por normas internas que omiten o contradicen aspectos de la directiva.

y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, no puede apreciarse ni en relación con el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques, firmado en Londres el 2 de noviembre de 1973, según su texto completado por el Protocolo de 17 de febrero de 1978, ni en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmada en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982. Asimismo, la sentencia de 13 de diciembre de 2007 (*Comisión vs. República de Irlanda*) consideró insuficiente el marco normativo penal del estado que resultó finalmente condenado al establecer la protección de las aves de acuerdo con la directiva analizada. En definitiva, la interpretación del tribunal implica la necesidad de que las normas penales estatales revistan un mínimo de suficiencia para la protección del medio ambiente tanto como que el papel armonizador del derecho comunitario se establezca desde el primer pilar del derecho de la Unión.

Centrada la cuestión en el derecho comunitario, es preciso analizar su tratamiento en el derecho español. Al respecto, pueden citarse dos resoluciones judiciales que no despejan las dudas al respecto. Una primera sentencia, pronunciada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid el 19 de febrero de 2004, dejó imprejuzgada la cuestión. El supuesto sometido a su conocimiento consistió en la condena por el juzgado de lo penal por la construcción en un terreno afectado por una ZEPA en aplicación del artículo 319.1 del Código Penal. A pesar del alcance jurídico de la materia, el único aspecto recurrido consistió en la evidente necesidad de demoler lo construido<sup>9</sup>. La segunda sentencia tampoco se centra en la cuestión sino a modo de *obiter dicta*. En el caso en concreto, a pesar de conocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo que considera sujeto activo del tipo penal al autopromotor y tras realizar un prolijo estudio de la jurisprudencia de las restantes audiencias provinciales, la Audiencia absuelve

---

9 Sobre la necesidad de demoler por consecuencia de los delitos urbanísticos, v. NÚÑEZ, 2006

a los acusados que edificaron en fincas de su propiedad. La sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 27 de julio de 2004 reza de la manera siguiente al tratar el alcance jurídico de un suelo clasificado como ZEPA a los efectos del artículo 319.1 del Código Penal.

Tercero.- Inicialmente los hechos denunciados se han encuadrado en el tipo cualificado del párrafo primero del artículo 319 por considerar las partes acusadoras que el lugar de construcción tiene legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos haya sido considerado de especial protección al encontrarse el espacio incluido en la Zona de Especial Protección de Aves (ZEPA) de los Llanos de Cáceres y Sierra de Fuentes. Se dice por los recurrentes que hasta ahora al no haberse desarrollado la protección y no existir un plan rector para la zona que determine, entre otras cuestiones, las actividades realizables no puede calificarse como espacio de especial protección, aparte de que la declaración como ZEPA no es incompatible con la edificación habiéndose declarado urbanizables terrenos incluidos en la Zona de Protección.

La cuestión es de gran interés jurídico porque, efectivamente, las ZEPA no son Espacios Naturales Protegidos conforme a la normativa interna (Ley 8./988), siendo una figura de creación comunitaria (Directiva 79/409/CEE) cuyo desarrollo no se ha completado, y abarcan amplias zonas en las que ya inicialmente se incluía desde terreno rustico no urbanizable hasta terreno urbano (un ejemplo: los cascos urbanos de Valdesalor, Torreorgaz, Torrequemada o Torremocha se encuentran dentro de la ZEPA de los Llanos de Cáceres y Sierra de Fuentes que nos ocupa), y que tras su reconocimiento por la Comunidad Europea han experimentado alteraciones en la calificación urbanística de determinados terrenos (y, de hecho, nada impide que en el futuro la zona de El Collado pudiera calificarse como suelo urbanizable). Además, la razón por la que se solicitó la declaración —es decir, la vulnerabilidad por la que necesitaban protección las aves en esa zona— no era por la edificación en terrenos rurales sino, según la documentación remitida en su día por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para su reconocimiento como tal ZEPA, “tendidos eléctricos y alambradas” y “tratamientos

químicos contra la langosta”. La “especial protección” a que se refiere el artículo 319.1 debe tener alguna relación con la edificación, y podría ser que en nuestro caso la futura normativa que regule la ZEPA de los Llanos de Cáceres y Sierra de Fuentes (ahora hay “declaración” pero todavía no hay verdadera “protección” ) adopte medidas en relación con la protección de las aves que nada tengan que ver con la edificación, por lo que pese a tratarse de un “espacio protegido” quedaríamos fuera del tipo penal agravado.

La cuestión sin embargo no afecta a la tipicidad penal de los hechos porque, aún poniéndonos en la hipótesis del recurrente, podría concurrir el tipo básico del párrafo segundo del artículo 319 (edificación no autorizable en suelo no urbanizable ) por lo que es irrelevante a los efectos del sobreseimiento que se solicita.

Tras el silencio de las resoluciones judiciales en torno a la inclusión de estos espacios a los efectos establecidos en el artículo 319.1 del Código Penal, resulta preciso acudir a la jurisprudencia emanada en torno a la aplicación de otro precepto, a saber, el artículo 330 del mismo texto. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006 analiza la suficiencia de la remisión de la ley penal abierta de la siguiente manera:

PRIMERO.- Formalizan un primer motivo de impugnación en el que denuncian la vulneración del principio de legalidad y de seguridad jurídica que concreta en el hecho de que el gobierno de la Comunidad Valenciana “incumplió la obligación legal de aprobar el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) del Parque Natural, conculcando la legislación básica del Estado al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.23 CE “.

El motivo debe ser desestimado. Las exigencias del principio de legalidad aparecen cubiertos en el presente supuesto. El principio que se dice vulnerado en la impugnación comporta las siguientes exigencias: la existencia de una ley (lex scripta); que sea anterior al hecho sancionado (lex proevia); y que describa un hecho estrictamente determinado (lex certa). En definitiva, una ley que describa el ámbito de lo prohibido con anterioridad al hecho objeto del proceso penal.

El tipo penal aplicado a los hechos es el art. 330 del Código penal, la realización de actos gravemente dañosos a los elementos que hayan servido para calificar un espacio de natural protegido, y esa especial declaración fue acordada, en virtud de la delimitación competencial sobre la declaración, por ley 11/94, de 27 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Valencia. Es desde esa fecha cuando surge la prohibición que el tipo penal incrimina, la realización de comportamientos causales de un daño grave al entorno especialmente protegido y cuando las conductas que se declaran probadas en síntesis, la quema de vegetación, la disminución del nivel de agua, la construcción de caminos y la realización de diques, adquiere la relevancia penal que ha sido objeto de la incriminación penal.

Denuncia el recurrente que pese a la declaración de espacio natural, objeto de la específica protección, y pese a la norma penal que incrimina la conducta, se ha vulnerado el principio de legalidad penal porque la Generalidad Valenciana no dictó en el plazo legalmente establecido el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales. Tal planteamiento no puede ser asumido. El PORN tiene por objeto la determinación de los diversos usos y actividades admisibles en el ámbito del espacio protegido y es una norma de carácter instrumental para regular los posibles usos que se autorizan para un adecuado funcionamiento del parque natural cuyo contenido puede variar, en función de las necesidades de protección, desde las funciones de ocio, lúdicas, hasta las de explotación agrícola. Como tal norma instrumental para la mejor explotación del parque natural no afecta a la declaración y constitución del parque, sino a su posterior ordenación, delimitando las posibles actuaciones que pueden desarrollarse en él con la finalidad de asegurar su conservación y mantenimiento.

En otras palabras, las exigencias de certeza que exige la norma penal aparece cubierta mediante la constitución del Parque Natural y la descripción de la conducta típica en el art. 330 del Código penal. Las normas de desarrollo que proceda dictar, como es el PORN, son normas que afectan al desarrollo y aprovechamiento del Parque Natural ya constituido y, por ende, especialmente protegido por la norma penal.

No obstante lo anterior, conviene realizar algunas precisiones sobre la argumentación de los recurrentes. Señalan que la finalidad

que persiguen con sus comportamientos, que en este motivo no son discutidos, era el de mantener el cultivo tradicional de arroz en El Marjal y que esa actividad agrícola era compatible con la constitución del parque natural. Sin embargo, el hecho probado, refiere que los recurrentes “eran contrarios a la existencia de tal, parque natural” y que el cultivo que tradicionalmente allí se realizaba “se interrumpió sobre el año 1974”, es decir, mas de veinte años antes a la realización de la conducta declarada probada.

Por otra parte, la Generalidad Valenciana inició la elaboración del PORN el 6 de mayo de 1996, prohibiendo al día siguiente “verificar en el referido paque natural ninguna alteración de su entorno físico, ni podían verificarse cultivos ni movimientos de tierras ni obras”, lo que fue incumplido por la realización de comportamientos contrarios.

Además, el incumplimiento del plazo para la elaboración del plazo para la elaboración del PORN, no afecta a la constitución y declaración del parque natural, efectivamente existente por ley 11/94, de 27 de diciembre , y el transcurso del plazo señalado podría dar lugar, como señala el Ministerio fiscal, a una petición de actuación por parte de ciudadanos o de instituciones públicas y si fueran causa de un perjuicio a una pretensión de resarcimiento, pero nunca a una convicción de inexistencia del espacio especialmente protegido ni a la autorización de conductas lesivas al espacio protegido.

Por último la cuestión objeto del presente motivo de impugnación fue objeto del Auto del Tribunal Constitucional de 26 de noviembre de 2002 que desestimó la cuestión de constitucionalidad presentada por la Sala sentenciadora.

Por consiguiente, y a los efectos también penales, la Sala Segunda del Tribunal Supremo apreció en el caso concreto la existencia, no sólo de declaración de un espacio de acuerdo con una clasificación comunitaria, sino también la existencia de protección ambiental en el mismo, valorando como suficientes las normas de desarrollo en España, esto es, la Ley 4/1989, ahora reformada, el Real Decreto 1997/1995 y la norma autonómica de desarrollo. Llevados estos planteamientos al delito contra la ordenación del territorio, la inclusión de esta clase de suelos en el tenor del artículo 319.1 del Código Penal se producirá cuando

la norma autonómica confiera protección al espacio afectado por la actividad constructiva de una manera necesaria.

#### b) Espacios de protección de otros bienes jurídicos

Un supuesto distinto lo encontramos en determinados espacios que, no estando afectados por un dominio público, muestran determinadas limitaciones de uso dirigidos a la protección de bienes ambientales. Con otras palabras, no nos encontramos con una limitación del derecho de propiedad del suelo derivado de la presencia del derecho de un tercero (un límite *extrínseco*), caso de la servidumbre legal, sino de una limitación al derecho derivada de la propia naturaleza de la propiedad, cuya finalidad social establece un límite *intrínseco* a su ejercicio. Para tratar la cuestión vamos a traer a colación dos ejemplos, uno derivado de la normativa reguladora del derecho de propiedad y otro de la normativa en materia aeroportuaria.

En el caso de la normativa en materia de patrimonio histórico, es preciso partir de la existencia de numerosas leyes procedentes de la practica totalidad de las comunidades autónomas con diferencias en algunos casos importantes en las medidas de protección de los bienes con algún valor cultural. Como característica general, cada norma incorpora respecto de las anteriores en el tiempo novedades que son progresivamente asumidas por las normas sucesivas de las restantes comunidades autónomas. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 48 de la Ley 14/2007 de patrimonio histórico de Andalucía, que incorpora una medida de protección en forma de servidumbre legal de los yacimientos arqueológicos. Al establecerse esta categoría jurídica, los suelos afectados pasan a tener una configuración de dominio público análoga a las servidumbres de protección de aguas y costas mencionadas con anterioridad. Sin embargo, esta categoría se encuentra ausente en el resto de las leyes autonómicas en materia de patrimonio arqueológico. Por lo tanto, dentro de los límites de cada ley, la práctica administrativa ha incorporado “zonas de protección de yacimientos” en el planeamiento a través de una mecánica sencilla, a saber, en el proyecto de plan general

de ordenación urbana se señalan los espacios susceptibles de protección por su valor histórico, artístico, etnográfico o arqueológico para su traslado a las administraciones; a continuación, la Administración autonómica condiciona su aprobación al establecimiento de una zona a veces denominada servidumbre cuya urbanización queda sometida a la realización de los controles pertinentes; finalmente se aprueba el plan excluyendo de la edificación las zonas aledañas al yacimiento o inmueble afectado, evidentemente por el valor histórico o cultural del bien al que resultan afectados<sup>10</sup>. Sin embargo, no puede decirse que estos bienes pertenezcan al dominio público ni que el espacio de protección del yacimiento tenga *per se* valor histórico o cultural<sup>11</sup>.

El segundo supuesto mencionado lo encontramos en las llamadas servidumbres aeroportuarias que, más que definir un bien de dominio público, establecen la protección de un aeropuerto a los efectos de no entorpecer el tráfico aéreo, limitando la edificación en términos absolutos o el alcanzar determinadas alturas, según los casos. La naturaleza de estos espacios admite en términos de derecho civil tanto la configuración de un derecho público de servidumbre que afecta únicamente al vuelo de la finca, nunca mejor dicho, como más bien la existencia de una limitación legal al derecho de propiedad. Partiendo de esta segunda interpretación, no nos encontramos ante un bien de dominio público a los efectos del artículo 319.1 del Código Penal.

Uno y otro caso tienen en común la trasgresión de los límites intrínsecos del derecho de propiedad pero merecen un tratamiento penal diferenciado. En el primer caso, los bienes afectados no tienen (o se desconoce que lo tengan) valor histórico propio, habiéndose excluido por el planeamiento la realización de construcciones por su afectación ambiental del bien, para favorecer

---

10 Esta posibilidad fue admitida por la STS (Sala 3ª) de 3 de enero de 1996.

11 Por su parte, Górriz, 2003 entiende que “sin embargo, considero que las servidumbres administrativas y limitaciones que en determinados casos se imponen por razón de interés público, también son bienes de dominio público e integrarían el art. 319.1 C.P. Como ejemplo cabe citar las servidumbres en dominio marítimo terrestre”.

su protección, su estudio en el futuro o la fijación de un espacio que mejore su visibilidad. En este sentido, resulta de aplicación el artículo 319.1 del Código Penal que, en sus primeros incisos, castiga la protección realizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, caso del yacimiento propiamente dicho, añadiéndose a continuación a aquellos otros lugares que *por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección*. Como se ha indicado más arriba, la aplicación de esta cláusula exige un cuidado especial a los efectos de no vulnerar la interdicción de la analogía *contra reo*. Centrándonos en su alcance, esta mención exige la concurrencia de los elementos siguientes:

- En primer lugar, en cuanto a la forma, el precepto nos remite a la existencia de una *consideración* de protección especial. La vaguedad del término empleado por el Código Penal no facilita precisamente la interpretación penal en un tipo abierto donde los haya, toda vez que la “consideración” no es precisamente un término ortodoxo en derecho administrativo, más vinculado a términos precisos como leyes, actos, decisiones, reglamentos o resoluciones. En este punto, debe entenderse por consideración la existencia de una determinada ley, reglamento o acto, en los últimos casos procedente de una Administración competente que afecte concretamente a un bien inmueble, esto es, no cabe que esta consideración proceda de persona o entidad no administrativa pues implicaría una apertura excesiva del tipo penal. Además, el tiempo verbal empleado, pasado perfecto, condiciona su interpretación, de modo que este acto o reglamento debe ser anterior a la realización de la conducta típica.
- En segundo lugar, en cuanto al contenido, la consideración debe referir una *protección especial* de un bien jurídico concreto que, dada la expresión *por los mismos motivos*, debe estar dirigido a las esferas paisajística, ecológica, artística, histórica o cultural.

- Por último y en sentido negativo, que no nos encontremos en sentido propio con bienes que tengan reconocido legal o administrativamente su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, respecto de los cuales este último inciso es supletorio.

Esto es, nos encontraremos con protecciones administrativas vinculadas con un valor ambiental que no otorgan en un bien inmueble ese preciso valor específico. Centradas estas premisas, la aplicación de la cláusula final del artículo 319.1 comprende tanto las protecciones de los bienes ambientales establecidos por el planeamiento en adicción a los establecidos en aplicación de la legislación sectorial (por ejemplo, la verificación de un yacimiento ignorado por la Administración autonómica o la creación de un parque natural local) como todas aquellas protecciones legales o administrativas manifestados en limitaciones legales de la propiedad concretados en determinados espacios físicos, manifestadas en planes urbanísticos o en cualquier otro instrumento<sup>12</sup>.

De esa naturaleza de limitación de la propiedad participan las servidumbres aeroportuarias mencionadas con anterioridad, si bien en este caso no puede decirse que participen de un valor ambiental propiamente dicho. Sin embargo, nos encontramos en realidad ante un auténtico vial. Como se ha anticipado, la doctrina ha acogido sin discusión la consideración de viales de las vías pecuarias a los efectos de integrar el suelo referido en el artículo 319.1 del Código Penal. En este sentido, sería un

---

12 A estos efectos, GÓRRIZ, 2003 se refiere con estos términos: “También serán problemáticas las construcciones sobre zonas afectadas al dominio público por estar sometidas a servidumbres legales de carácter administrativo. A tenor del art. 334 del Código Civil, las servidumbres impuestas por la ley deben serlo por causa de utilidad pública, de manera que si se admite que en rigor se trata de limitaciones y no de meras servidumbres, la referencia típica a «bienes de dominio público» sólo debe comprender el demanio en sentido estricto y los derechos reales limitados adquiridos convencionalmente o por expropiación. Sin embargo, considero que las servidumbres administrativas y limitaciones que en determinados casos se imponen por razón de interés público, también son bienes de dominio público e integrarían el art. 319.1 C.P.”

contrasentido entender que es delito construir donde se conduce el ganado y no hacerlo por donde deben circular las aeronaves cargadas de pasajeros, a través de un medio de transporte cuyas rutas se encuentran sometidas a un necesario control por parte de la Administración<sup>13</sup>.

### **3. La prevaricación por omisión en los delitos contra la ordenación del territorio**

#### *A) Introducción*

El otro aspecto a considerar afecta al otro precepto que integra el Capítulo I del Título XVI, que integra distintas conductas que muestran en común algunos aspectos comunes. Así, en todos los casos se describe de una manera unitaria el sujeto activo del delito, si bien los dos primeros supuestos parecen pensados en la intervención de personal técnico, pues la conducta se traduce en *informar* favorablemente. Del mismo modo, los segundos parecen pensados en los órganos que deben *resolver la concesión*, generalmente el pleno, los alcaldes o en quien éstos deleguen, dependiendo de la legislación urbanística que resulte de aplicación. El silencio en torno a qué clase de *concesión* deben estos *resolver* debe entenderse en relación con los proyectos de edificación o las licencias. Dada la redacción del precepto, para su integración a los efectos de determinar el sujeto debe acudir al artículo 24 del Código Penal. Con todo y con ello, se ha puesto de manifiesto la existencia de supuestos complejos como los de los empleados de entidades privadas al servicio de la Administración, o en ejercicio de una concesión administrativa o los de

---

13 Al respecto, GÓRRIZ 2003 interpreta así: “Por otra parte, los bienes del denominado «dominio público artificial o instrumental» referido a las vías de comunicación (carreteras, vías pecuarias..) y en general a las grandes infraestructuras (ferrocarriles, aeropuertos...), en principio podrían adquirir relevancia penal a efectos de integrar el art. 319.1 C.P. puesto que verifican la aludida función de uso público y si bien no sirven al objeto de proteger el medio ambiente, su consideración está justificada en cuanto vinculados a la perspectiva urbanística del bien jurídico «ordenación del territorio»”.

los asesores de la Administración que informan a favor de la realización la conducta típica<sup>14</sup>.

Por otro lado, todas las conductas muestran en común la necesidad de realizarse a sabiendas de su injusticia, de modo que resultan aplicables las notas características del delito de prevaricación definidas por la jurisprudencia, cuando exige que debe tratarse de actuaciones claras terminantes o groseras (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994 y 7 de febrero de 1997, entre otras), debiendo conocer el sujeto esta ilicitud. En lo relativo a su consumación, en los casos de los informes, VERCHER ha apuntado que no basta la existencia de tal informe sino que es preciso, además, que se haya dictado el acto administrativo ilícito<sup>15</sup>. Finalmente, indicar que la recalificación posterior no permite legitimar la conducta delictiva<sup>16</sup>.

En concreto, las conductas castigadas pueden resumirse de la siguiente manera:

a) **La información favorable de proyectos de edificación.** Por tales hay que entender el que resulte exigido por la normativa urbanística al determinar las obras sujetas a licencia, siempre que impliquen una edificación como resultado<sup>17</sup>.

b) **La información favorable de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.** En este caso, el término empleado es *licencias*, de modo que se establece una diferencia terminológica con el párrafo primero del artículo 319, que alude a la ausencia de *autorización*. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la Administración cuenta con otras técnicas distintas a la licencia que pueden traer consigo una edificación, como sucede con los proyectos de urbanización. La legislación urbanística de las distintas comunidades autónomas no plantea diferencias

---

14 A. VERCHER NOGUERA, 1997, pp. 2-3.

15 Los argumentos son dos: no se trata de un delito de peligro y la penalidad es la misma para quien concede la licencia y para quien informa su concesión en sentido positivo.

16 DíEZ RIPOLLÉS ET ALII, 2004, 129 ss.

17 Sobre esta materia, GÓRRIZ, 2004, 233 ss.

llamativas, pudiendo traerse a colación el artículo 70 de la Ley 9/2001, del suelo de Madrid, a cuyo tenor, cuando la actividad de ejecución del planeamiento implique la realización de obras de urbanización, será necesaria la formulación y aprobación previa del correspondiente proyecto de urbanización, instrumento técnico que tiene por objeto el diseño y la organización de las obras precisas y necesarias para la ejecución material de la ordenación pormenorizada establecida directamente por los planes de ordenación urbanística en actuaciones integradas y los elementos de las redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos de la ordenación estructurante en los planes generales. Por lo tanto se trata de instrumentos ejecutivos que implican la puesta en marcha de actuaciones urbanísticas que pueden desarrollarse, en abstracto, en suelos vedados por el planeamiento. En todo caso, quedan fuera de la aplicación del precepto aquellas otras actuaciones que no implican el desarrollo de actividades constructivas o edificatorias, caso de la aprobación de planes u otros instrumentos urbanísticos tales como los estudios de detalle o los convenios urbanísticos<sup>18</sup>.

En cuanto al espacio afectado por la licencia que implica la construcción, resta por indicar si debe extenderse únicamente a las que impliquen la realización de las conductas previstas en el artículo 319 o por el contrario pueden extenderse a otros supuestos. Al respecto, GORRIZ<sup>19</sup> entiende, en una posición lógicamente restrictiva que impida su aplicación a toda clase de licencias, que nos encontraríamos ante el supuesto exigido en el tipo sólo si se informara favorablemente las licencias para usos y aprovechamientos que requieran licencia y se contraría de forma grave y manifiesta las normas urbanísticas vigentes haciendo aparecer, como mínimo, una infracción urbanística grave<sup>20</sup>. De esta

---

18 Excluye la aplicación del precepto para estos instrumentos la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2005. En el mismo sentido, ACALE, 2007, p. 24

19 GÓRRIZ 2003, 243-246

20 GÓRRIZ, 2004, pp. 242-243. Por su parte, BLANCO, 2002, extiende la prevaricación a las licencias de parcelación o a las de edificación no autorizable en función de los usos en el suelo no urbanizable.

manera se excluyen los informes relativos al ejercicio del derecho a urbanizar o los relativos a la aprobación de los instrumentos del planeamiento.

Por otro lado, cabe plantearse la aplicación del artículo 320 del Código Penal a aquellas licencias no dirigidas a la transformación del espacio, sino a su uso. Así, de acuerdo con el artículo 194.2 de 9/2002 de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, estarán sujetos a previa licencia municipal, sin perjuicio de las autorizaciones que fuesen procedentes de acuerdo con la legislación aplicable, los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo, tales como las parcelaciones urbanísticas, los movimientos de tierra, las obras de nueva planta, la modificación de la estructura o aspecto exterior de las edificaciones existentes, la primera utilización de los edificios y la modificación del uso de los mismos, la demolición de construcciones, la colocación de carteles de propaganda visibles desde la vía pública, los cierres y vallados de fincas y los demás actos que se señalen reglamentariamente. Como consecuencia, los servicios municipales que atienden la gestión urbanística se ocupan tanto de las que implican una actividad constructiva como de aquellas que se refieren a las actividades económicas que se desarrollarán en el espacio urbano. Sin embargo, estas licencias de uso o de actividad no pueden incluirse *a priori* en las referidas por el artículo 320 si no alcanzan a afectar a los suelos protegidos en un principio. Por lo tanto, la concesión de una licencia dirigida a la apertura de una discoteca en el suelo urbano, pongamos junto a un hospital, o la que permite abrir una industria en un inmueble previamente construido en un espacio reservado a explotaciones agrarias, aunque transgredan prohibiciones expresas establecidas en el planeamiento, no pueden considerarse en principio y aisladamente incluidas en la categoría de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes<sup>21</sup>.

---

21 Por su parte, GÓRRIZ, 2004, p. 244, considera que las licencias de uso que impidan el correcto funcionamiento de las funciones públicas protegidas a través de viales o zonas verdes alcanzaría a encajar en el tipo estudiado, siempre que merezcan el calificativo de graves.

Cuestión aparte es su conexión con la licencia que implique la edificación: aunque depende de lo dispuesto en cada ley en particular, puede citarse el artículo 196.2 de la mencionada norma gallega que establece que en los supuestos que exijan licencia de actividad clasificada o de apertura y, además, licencia urbanística serán objeto de una sola resolución, sin perjuicio de la formación y tramitación simultánea de piezas separadas para cada intervención administrativa. De esta manera, al menos en teoría, esta licencia de actividad se producirá de forma conjunta con la que implica la actividad constructiva, aunque no siempre es así. Eso no quiere decir que ambos supuestos queden exentos de la aplicación del Código Penal concurriendo determinadas circunstancias. Así, en el caso de la apertura de una discoteca, ésta puede funcionar y, caso de emitir sonidos que impliquen perjuicios en la salud de los ciudadanos el hecho puede implicar la existencia de un delito contra el medio ambiente que puede alcanzar a los funcionarios incluidos en el artículo 329 del Código Penal<sup>22</sup>. El segundo supuesto, la concesión separada de la licencia de actividad sin la que autoriza la construcción afectando suelos incluidos en el artículo 319 del Código Penal se tratará más adelante.

Por último en cuanto al contenido, las licencias que implican un exceso notable de edificabilidad, por ejemplo, la edificación de cien viviendas donde sólo son admisibles setenta, encaja de nuevo en el tipo penal<sup>23</sup>.

---

22 Esta última jurisprudencia es de particular interés en los supuestos de emisiones de ruidos efectuados por los particulares en los cascos urbanos, principalmente en horas nocturnas. Al respecto, PÉREZ DE GREGORIO, 2003. Cabe indicar que la jurisprudencia relativa a la prevaricación medioambiental ha excluido la aplicación de la prevaricación por omisión en los supuestos en que, consumado el delito contra el medio ambiente por un particular, la Administración realiza actos de mera tolerancia. V. sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2000, 4 de diciembre de 2002 y de 24 de mayo de 2003. Por lo tanto, es preciso distinguir entre el silencio en la actuación y la mera tolerancia omisiva. V. Asimismo, MARTÍNEZ ARRIETA, 2004.

23 DíEZ RIPOLLÉS ET ALII, 2004, pp. 168 ss.

c) **La resolución por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado.** Indicar que, a diferencia de los supuestos de información, la jurisprudencia viene admitiendo la comisión del delito de prevaricación por el dictado de licencias verbales al margen de todo procedimiento<sup>24</sup>.

d) **La votación a favor de la concesión por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado.** VERCHER entiende que de esta lectura resultan excluidos aquellos que voten en contra o se abstengan, lo que no es sino una precisión en armonía con la responsabilidad de los intervinientes en los órganos colegiados conforme prescribe el artículo 27.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común<sup>25</sup>.

*B) La comisión por omisión del delito del artículo 320 del Código Penal*

Hasta ahora se han tratado la emisión de un acto administrativo y es el momento de plantearse si la falta de observancia por parte de la Administración puede considerarse incluida en las conductas previstas en el artículo 320 del Código Penal. Debe introducirse la materia indicando que la jurisdicción no es ajena a la existencia de denuncias de particulares que ponen de manifiesto la falta de observancia de las autoridades competentes en materia de disciplina urbanística. Ciertamente, es difícil explicarse como en algunos montes crecen, junto a robles, pinos y eucaliptos, adosados y hasta naves industriales de tamaño más que considerable sin que a ningún responsable le llame la atención. Basándose en la aparente desatención o abusando de la falta de capacidad del control por parte de administraciones de poco tamaño, algunos ciudadanos se han entregado al *urbanismo nocturno*, colocando ladrillos aprovechando la ausencia de vigilancia por parte de la policía urbanística, sin que a la mañana siguiente nadie observe

---

24 Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2002.

25 A. VERCHER NOGUERA, 1997, p. 4, 5. Por su parte, GÓRRIZ, 2004, p. 283 admite la autoría en los casos de abstención formal en los que el sujeto contribuye de manera material a la consumación del resultado.

novedades en las obras para acordar la adopción de medidas para impedir esta labor establecidas en la legislación urbanística tales como el precinto de la obra o el corte de los suministros de electricidad y agua corriente. En otros casos, los ciudadanos no se explican el rigor sufrido cuando hicieron una determinada obra (levantar un muro por encima de determinada altura, abrir un portal a la vía, etc) para acomodarlo a las normas urbanísticas y la ausencia de celo cuando un vecino concluye lo mismo que el inició sin que se detecte reacción alguna por parte del municipio ni aun cuando denunció esta actuación.

En otras ocasiones, particularmente en las defensas de algunos imputados, se argumenta la existencia de posibles autorizaciones verbales por parte de *responsables* municipales que dejan hacer al particular o prometen no ver. De hecho, en ocasiones se pone de manifiesto la continua voluntad del *responsable* insistiendo al particular en nuevas reuniones con el objeto de mantener la mirada puesta el otro lugar no prescriba la infracción en el ejercicio de una pura coacción.

La pregunta que corresponde es si los encargados de la Administración pueden incurrir en delito de prevaricación por omisión. Al respecto, indicar que la doctrina se ha mostrado reacia a la contestación a esta pregunta sobre varios argumentos de importancia que, desglosados son los siguientes:

a) El primero consiste en la ausencia de un tipo específico de prevaricación omisiva en relación con los delitos contra la ordenación del territorio frente a su presencia para otros supuestos, caso del artículo 329 del Código Penal en relación con los delitos medioambientales<sup>26</sup>. De acuerdo con esta interpretación, caso de haberse pretendido una forma especial de prevaricación por omisión, se habría previsto un tipo específico a tal efecto que prohibiese un determinado resultado. No obstante esta idea, debe indicarse que la propia jurisprudencia ha admitido, bien es cierto

---

26 GONZÁLEZ CUSSAC, 1997. En relación con el artículo 329 del Código Penal, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2003 ha interpretado su importancia, equivalente a la decisión antijurídica.

que en supuestos excepcionales, la posibilidad de comisión por omisión en relación con el delito de prevaricación genérico del artículo 404 del Código Penal, como se indica a continuación, sin que haya resultado un obstáculo la inexistencia de un tipo penal específico. Sobre este planteamiento, en el Proyecto de reforma del Código Penal remitido por el Gobierno al Congreso el 20 de diciembre de 2006 pretendía una mejora del delito del artículo 320 del Código Penal añadiendo una forma de prevaricación análoga a la establecida en el artículo 329 del mismo texto.

b) El segundo obstáculo consiste en la interpretación del delito de prevaricación como un delito de resultado, que exige que el delito se cometa infringiendo el deber de garante impuesto por el artículo 11 del Código Penal que, en el caso de las autoridades municipales se encontraría ausente<sup>27</sup>. Por el contrario, recientemente la jurisprudencia ha partido de la consideración de la prevaricación del artículo 404 como delito de mera actividad para castigar al sujeto que con su omisión manifiesta un resultado típico a través de un equivalente a la acción<sup>28</sup>. En este punto, se ha

---

27 GONZÁLEZ CUSSAC, 1997: “Desde mi punto de vista la comisión por omisión no puede darse en el delito de prevaricación. Y ello porque hemos rechazado su entendimiento como delito de resultado, con lo que no existe nada que imputar al garante”. Más adelante, por considerar que a) la prevaricación no es delito de resultado; b) porque el funcionario no infringe ningún deber jurídico cuando no dicta una resolución que remedie una situación injusta, ya que su estatuto jurídico no le obliga a ello; c) porque tampoco existe equivalencia entre dictar una resolución y no dictar una resolución. También excluye la posibilidad de admisión de comisión ante el supuesto del silencio positivo pues no deja de resultar una ficción jurídica dirigida a facilitar al administrado la posibilidad de recurrir u obligar a la Administración a resolver. Por su parte, GÓRRIZ, 2004, p. 253, excluye por las mismas razones, en todo caso estimables, la presencia de prevaricación con el fundamento de la ficción generada por el silencio positivo en la legislación administrativa y por carecer de eficacia jurídica el silencio *contra legem*. Esta relevante autora, p. 251, partiendo de la consideración de la prevaricación del delito de prevaricación del artículo 320.1 como de mera actividad (vid. P. 396), entiende que el funcionario no reúne las condiciones que para ser considerado garante impone el artículo 11 del Código Penal.

28 Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997, 9 de junio de 1998. Por su parte, la sentencia de 5 de enero de 2001 ha exigido la posición de

indicado que, aunque se considere que el delito de prevaricación del artículo 320 del Código Penal sea de mera actividad, existen obstáculos para entender que los funcionarios tengan el deber de garante para apreciar la presencia del delito. Esto es, que aunque podamos afirmar que la Administración tiene un deber de actuar ante las infracciones urbanísticas, parece difícil extender esta responsabilidad a cada uno de sus funcionarios o a uno en particular. Sin embargo, esta argumentación es rebatible en algunos supuestos, como los que acaecen cuando la Administración, advertida de oficio o a instancia de parte de la existencia de una infracción urbanística grave, no pone en marcha los mecanismos para evitar de forma efectiva su continuación. De hecho, en la doctrina se han abierto caminos dirigidos a la atribución de responsabilidad a las administraciones en supuestos concretos en los que el particular bien no tiene capacidad de autodefensa, bien cuando las instituciones públicas asumen la función de proteger un determinado interés<sup>29</sup>. Pero además de la atribución a la Administración, es preciso que de acuerdo con la normativa que resulte de aplicación, este deber quede encomendado a una concreta autoridad o funcionario. A este respecto, debe advertirse que la legislación administrativa encomienda a los municipios (181 y siguientes de la ley 7/2002 de ordenación urbanística de Andalucía) o más específicamente al alcalde (209 de la Ley 9/1992 de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia) la vigilancia de la legalidad urbanística, facultando u obligando a adoptar medidas consistentes en el precinto de las obras, cortes de

---

garante en el sujeto activo del delito, no encontrándolo en el alcalde cuya actuación fue sometida a su jurisdicción.

- 29 C. LASCURAÍN, 2002, pp. 133-139 y 154. En la p. 136-137 entiende que su posición de garante es predicable respecto de determinados intereses generales frente a funciones esenciales de riesgo en su defensa de la ciudadanía frente a los ataques externos, incluidos aquellos daños graves procedentes de la naturaleza. Esta clase de fuente de asunción de la posición de garante, a juicio de este autor, que no plantea su observación respecto de los delitos tratados en este trabajo, debe referirse en todo caso respecto de intereses esenciales en la medida en que estos deberes de garantía repercuten en los funcionarios encargados de su observación.

suministros, etc. Una y otra normativa concluyen por individualizar el deber de actuar finalmente en una determinada autoridad. Planteadas así las cosas, no puede calificarse de la misma manera la falta de vigilancia, conducente a la ignorancia de situaciones antijurídicas, que la falta de actuación cuando esta es precisamente comunicada a la Administración para que actúe en defensa de un interés superior, la legalidad urbanística, que trasciende a la esfera penal cuando el sujeto se encuentra en situación de cometer un delito contra la ordenación del territorio. Ante supuestos como estos pueden plantearse tres alternativas:

- La primera consiste en estimar que nos encontramos ante una comisión por omisión del delito de prevaricación del artículo 320 del Código Penal, pues esta posición de garante se dirige a la adopción de aquellas medidas que impedirían la prosecución de una actividad ilícita, siempre que concurren los restantes elementos del mencionado precepto indicados con anterioridad para esta modalidad delictiva.
- La segunda, estimar que la posición de garante se extiende al delito contra la ordenación del territorio tipificado en el artículo 319 del Código Penal. En este sentido, dentro de la doctrina RENART ha entendido en relación con los delitos contra el patrimonio cultural que cuando una Administración es advertida de la existencia de un riesgo contra un bien de valor cultural y este perece responderá por omisión de un delito de daños<sup>30</sup>. Toda vez que el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319 del Código Penal es especial, la imputación en este caso requeriría seguir las reglas de participación en los delitos de esta naturaleza.
- La tercera vía de imputación se deriva de la aplicación del delito de omisión propia de perseguir los delitos

---

30 RENART, 2006, pp. 141 ss. La afirmación se realiza sobre otro deber genérico impuesto a las administraciones locales, en este caso a través del Real Decreto 2586/1986 por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las administraciones locales.

de los que tenga noticia del artículo 408 del Código Penal.

c) Por último, la doctrina ha señalado como obstáculo la insuficiencia gramatical de los términos incluidos en el artículo 320 para disponer de una omisión que resulte antológicamente equivalente a la acción<sup>31</sup>. En efecto, los términos a partir de los que se puede establecer la equivalencia con la omisión son los de informar y resolver. En el caso de informar, esta actuación sólo es posible cuando exista la obligación de actuar en tal sentido en el curso de un expediente administrativo relativo a la concesión de licencias de edificación u otras licencias contrarias al planeamiento, ámbitos que excluyen la aplicación por omisión en otra clase de expedientes en el ámbito de la gestión urbanística. Sin embargo, en el caso de la resolución cabe subrayar que determinada jurisprudencia ha admitido excepcionalmente la equivalencia en algunos supuestos especiales compatibles con la resolución señalada en el párrafo anterior y relativo al obligado por la legislación a evitar la continuación de una obra a través del correspondiente expediente municipal que con su inactuación facilita la comisión de un delito contra la ordenación del territorio<sup>32</sup>.

En resumen, sólo para los supuestos excepcionales indicados con anterioridad cabe suponer la comisión por omisión del delito de prevaricación del artículo 320 del Código Penal<sup>33</sup>.

---

31 Es la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, 1997: "Cuestión distinta es que la interpretación gramatical sea definitiva, pues es obvio que dentro del tenor literal posible, se puede acudir a criterios materiales, pero sólo para restringir su sentido, nunca desde luego para ampliarlo. En todo caso resulta imprescindible adentrarnos en otra suerte de medios interpretativos. De todos modos, partimos de la imposibilidad de su admisión desde una perspectiva gramatical". Por el contrario, OCTAVIO DE TOLEDO, 1996, pp. 6-7. Dentro de la jurisprudencia, desestiman la equivalencia de términos las del Tribunal Supremo de 14 de julio y 20 de noviembre de 1995.

32 Es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002, relativa a la negativa por el alcalde de realizar los pagos que por derecho correspondían a un determinado funcionario.

33 En todo caso, recordar que el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 había advertido la comisión por omisión del delito de prevaricación.

### *C) Entre la acción y la omisión. Los supuestos de la práctica en Galicia*

La diferencia entre la acción y la omisión constituye una materia que ha sido abordada frecuentemente por la doctrina, toda vez que existen importantes dificultades dogmáticas para establecer semejante distinción en supuestos en los que participan elementos de una y otra forma de actuar<sup>34</sup>. De esta manera, la realidad gallega ha puesto de manifiesto algunos supuestos más complejos que van más allá de la falta de observancia o mera vigilancia en el campo de este estudio. Además de los supuestos referidos con anterioridad, pueden añadirse los siguientes, caracterizados por la existencia de determinadas resoluciones que otorgan una apariencia jurídica a conductas susceptibles de ser constitutivas de los delitos tipificados en el artículo 319 del Código Penal y que se resumen a continuación:

1. Algunas formas de actuación han derivado la correspondiente actuación de la jurisdicción penal. Uno de los supuestos es las llamadas licencias condicionales, en las que una autoridad concede una licencia sujeta a una condición suspensiva de imposible cumplimiento, por ejemplo, la sujeción a la licencia por parte de la Administración Autonómica que se sabe va a denegar. Debe subrayarse que lo propio es que aquellas licencias sectoriales sean anteriores en el tiempo a la emitida por el municipio, que presupone la existencia de las restantes y que sirve de punto final. En estos casos, la licencia va acompañada del cobro de la tasa correspondiente y de la imposición al particular de dar comienzo a las obras en un plazo breve. A pesar de la falta de eficacia del acto administrativo, el particular da comienzo a la actuación urbanística autorizada, materializando un perjuicio al bien jurídico protegido sin la correspondiente licencia, quedando materialmente desprotegido frente al acto. Por su parte, la Administración omite la vigilancia o llega tarde a la infracción.

---

34 Pueden traerse a colación las aportaciones de GIMBERNAT, 1994, SILVA, 1995, CHOCLÁN, 1995, CUADRADO, 1997 y LACRUZ, 2004.

2. Otros supuesto se encuentra en la concesión de una licencia posterior a la acción que constituye un delito sancionado en el artículo 319 del Código Penal y que de ninguna manera es admisible conforme al ordenamiento jurídico. Entre ellas nos encontramos supuestos distintos:

- La licencia propiamente dicha para edificar lo que en realidad ya está concluido.
- La licencia consistente en modificar una anterior lícita en cuya ejecución se ha edificado o construido en contra del planeamiento. Por ejemplo, se autoriza una caseta pequeña para depósito de uso agrícola y se edifica un conjunto de paredos provisto de *jacuzzi*. La licencia de modificación de la caseta propone la adaptación a la obra existente ilícita.
- La certificación de que lo construido tiene una antigüedad determinada a los efectos de otorgar carta de naturaleza.

3. La concesión de una licencia de actividad o uso determinado sin pronunciarse sobre la edificación. Por ejemplo, se autoriza la actividad hotelera en un espacio físico sin resolver en torno a la edificación en que tal actividad debe desarrollarse y que no existe en el espacio físico proyectado, de modo que el sujeto debe comenzar la misma en un tiempo y lo hace en un nuevo inmueble para el que no existe licencia de edificación sin que nadie supervise su materialización. Implícitamente, la edificación se entiende autorizada y el particular presume de la licencia.

4. La concesión de una licencia de edificación dirigida a un uso incompatible con el planeamiento. Por ejemplo, la edificación de viviendas unifamiliares en los suelos rústicos o no urbanizables que admiten únicamente las construcciones accesorias a una explotación agrícola. Aunque parezca mentira, la práctica desvela la existencia de proyectos constructivos sometidos a licencia en estos suelos que muestran que la caseta agrícola dispondrá, como no, de piscina, dos baños, balcones, etc., que son autorizados por la Administración. De acuerdo con lo mencionado con anterioridad,

la edificación de estas viviendas por el particular tiene su encaje en el artículo 319.2 del Código Penal.

5. La licencia dirigida a la parcelación ilegal de suelos rústicos. Esto es, nos encontramos ante solicitudes dirigidas a dar la carta de naturaleza a la división de fincas rústicas de gran tamaño en otras con calles de entrada, salida, etc, de modo que en cada una de las cuadrículas se sitúa lo que en el futuro será una vivienda<sup>35</sup>.

En conjunto, los supuestos muestran en común el hecho de que determinados particulares han efectuado conductas subsumibles en los tipos previstos en el artículo 319 del Código Penal. Paralelamente, la Administración no sólo no impide la conducta sino que además se sitúa en una posición que imposibilita su actuación. En definitiva, nos encontramos ante casos que guardan importantes analogías como la denominada omisión por comisión o la interrupción del curso causal salvador ajeno, una forma de comisión que ha sido tratada por una doctrina particularmente dividida como delito de omisión propia, como delito ejecutado por acción, como comisión por omisión o incluso como una forma de distinta a las anteriores de comisión, habiéndose incidido en particular en la incidencia del curso causal salvador en el curso causal del hecho que provocará el resultado típico<sup>36</sup>. Dentro de

---

35 Al respecto indicar que la práctica reciente ha puesto de manifiesto fenómenos importantes de parcelaciones ilegales por parte de particulares en infracción grave de las normas de disciplina urbanística. De hecho, la proyectada reforma del Código Penal señalada con anterioridad preveía la inclusión de un tipo que las castigase de manera específica. El supuesto más denunciado ante la jurisdicción consiste en la parcelación ideal de una determinada superficie de modo que los parcelistas adquieren del propietario un derecho de uso que implícitamente implica la edificación de viviendas unifamiliares. Desde el punto de vista penal, cada parcelista habrá cometido el delito tipificado en el artículo 319.2, de modo que podemos preguntarnos la responsabilidad del parcelador, que es posible en abstracto como cooperador necesario o inductor del delito cometido por aquellos a los que cede el derecho de uso.

36 GIMBERNAT, 2005, 2006. En 2006, p. 367, se expone la materia de la siguiente manera: "Dentro de este grupo de casos hay que incluir aquellos en los que el autor ha puesto en marcha un curso causal salvador, *que se ha independizado*

esta tercera vía, GIMBERNAT diferencia el tratamiento jurídico entre la interrupción de cursos salvadores propios o ajenos y, dentro de los propios, entre aquellos en los que<sup>37</sup>:

- Un no-garante interrumpe los de un no-garante, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto impune, sin perjuicio de incurrir en la omisión propia del artículo 195 del Código Penal.
- Un no-garante interrumpe el curso salvador de un garante, en cuyo caso coopera activamente a la causación del resultado típico por acción.
- Un garante interrumpe el curso salvador de un no-garante, en cuyo caso debe responder del resultado producido.

En los supuestos planteados los miembros de la Administración no resuelven, informan o votan a favor de la concesión de una licencia urbanística ilegal sino que se limita a no actuar para impedir la comisión de un delito tras una actuación precedente a la propia omisión. Además, se ha situado en una posición jurídica que dificulta o impide jurídicamente su actuación o, caso de hacerlo, facilitar que el particular pueda obtener una compensación

---

*de él y que, si no lo rompe, va a mantener la integridad del bien jurídico protegido. Como ejemplos de este grupo de casos se pueden mencionar el de quien, después de entregar en correos la carta en la que se denuncia la próxima comisión de alguno de los delitos a los que se refiere el art. 450.2 CP, la reclama con éxito, impidiendo así que llegue al conocimiento de la policía, o el de quien, después de que ha lanzado un salvavidas atado a una cuerda, que se va aproximando a quien se debate para no perecer ahogado en las aguas, retira dicho salvavidas antes de que aquél —en quien ha reconocido a un enemigo— pueda asirse a éste para mantenerse a flote”.en la p. 389 añade: “Pero si la interrupción de cursos salvadores es una acción, que no constituye un delito de acción, porque el sujeto no causa materialmente el resultado, ni tampoco uno de omisión impropia, porque el sujeto no se limita a no-hacer, sino que, por el contrario, hace un algo al que es reconducible el resultado, entonces ello quiere decir que existe una tercera forma, distinta de las dos anteriores, de realizar el tipo, a saber: la de interrumpir cursos causales salvadores ajenos, una tercera forma”.*

37 GIMBERNAT, 2006, 393 ss.

económica al verse privado de un derecho reconocido por un acto declarado lesivo o que expropia un interés reconocido por un acto administrativo.

Puede decirse al respecto que son distintas las razones que impiden conducir la tipificación de estas conductas a través del artículo 319 del Código Penal. En primer término, no cabe afirmar que la autoridad o funcionario intervenga en el delito cometido por el particular a través de las reglas de la participación criminal. Así, no es posible hablar de la inducción en la conducta del particular toda vez que, por esencia, esta modalidad de participación es previa a la acción de construir o edificar desarrollada por el particular. Por el contrario, en los supuestos puestos como ejemplo, la acción del particular ya se encuentra consumada. Del mismo modo, tampoco puede sostenerse que la acción de la Administración contribuya de forma que pueda ser englobada en la cooperación necesaria prevista en el artículo 28 del Código Penal toda vez que las conductas que nos sirven de ejemplo en modo alguno afectan a la consumación del delito del artículo 319. Con otras palabras, el artículo 319 castiga dos acciones que se manifiestan en el plano físico y material de un determinado espacio geográfico sin que la actuación de la Administración trascienda más allá de los folios en el que se refleja, esto es, se trata de conductas que otorgan a determinadas acciones particulares una cobertura que permitirá que el delito prosiga en su fase de agotamiento, permitiendo la consagración jurídica de un acto ilegal. En segundo lugar, las acciones omisivas no encuentran acomodo en el delito del artículo 319 del Código Penal en comisión por omisión toda vez que, tal y como se han descrito, no encajan en los conceptos de *construir* o *edificar*.

Por lo tanto, los ejemplos mencionados deben de ser vistos a los efectos de apreciar la existencia del delito tipificado en el artículo 320 del Código Penal. Tal y como se ha indicado, se trata de conductas en las que se combinan elementos activos y omisivos, consistiendo estos últimos en la falta de vigilancia de la legalidad urbanística. En algunos ejemplos, esta omisión es previa a la acción (supuesto de la licencia posterior a la construcción)

y se resuelven a través de la comisión de un delito del artículo 320 del Código Penal, toda vez que las formas de consumación de los delitos del artículo 319 no afectan a las del supuesto de la prevaricación<sup>38</sup>. Por otro lado, en el resto de supuestos la licencia no alcanza la edificación aunque sí la actividad o la preparación de las parcelas o se encuentra condicionada a un acto posterior procedente de otra Administración o actuaciones urbanísticas que no son observadas por los técnicos municipales: nadie vigila que no se edifica, nadie que las parcelas no se disponen para su urbanización a través de la apertura de viales o conducciones de agua, luz, gas o teléfono, nadie comprueba si la Administración de la Comunidad Autónoma o del Estado concede aquella licencia a la que se supedita la eficacia de la municipal tras cobrar la tasa al contribuyente. En estos supuestos nos encontramos ante delitos de comisión propia manifestados a través de licencias que contravienen las normas urbanísticas en sus aspectos más esenciales. En suma, el elemento activo se muestra como prevaleciente sobre el estrictamente omisivo.

## **Bibliografía**

- M. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, Barcelona, 1997.
- M. ACALE SÁNCHEZ, “La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el Título XVI del Código Penal”, *Poder Judicial*, 1997.
- M. ACALE SÁNCHEZ, “Tratamiento de la corrupción urbanística en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007”, *La Ley Penal* 38, mayo 2007.
- J. M. BARRIENTOS PACHO, “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, *La ley*, 22 de noviembre de 1996.
- CARLOS BLANCO LOZANO, “La protección penal del urbanismo en el ámbito de la función pública”, *Cuadernos de política criminal* 76, 2002.
- J. A. CHOCLÁN MONTALVO, “La posición de garante como criterio de equivalencia entre la causación activa y la no evitación

---

38 MARTÍNEZ ARRIETA, 1997, GÓRRIZ, 2004.

- del resultado”, *La comisión por omisión. Cuadernos del Poder Judicial*, 1995.
- M. A. CUADRADO RUIZ, “La comisión por omisión como problema dogmático”, *ADPCP L*, 1997.
- N. DE LA MATA BARRANCO, “El artículo 320.1: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en DE LA MATA, *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, 1998.
- J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, A. M. PRIETO DEL PINO, A. GÓMEZ CÉSPEDES, P. STANGELAND, D. J. VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Valencia, 2004.
- R. DE VICENTE MARTÍNEZ, “La responsabilidad penal de la Administración urbanística: el párrafo 2º del artículo 320 del Código Penal”, *Delitos contra la ordenación del territorio*, Oñati, 1998.
- J. L. DÍAZ MANZANERA, “Informe de jurisprudencia: el delito urbanístico en la jurisprudencia”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, Nº. 31, 2006, 83-113.
- E. FARRÉ DÍAZ, J. A. DOMÍNGUEZ LUÍS, *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Madrid, 1998.
- J. C. FERRÉ OLIVÉ, “Recepción del derecho comunitario en el ámbito del delito ecológico”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal VIII*, 1998.
- A. M. GARCÍA URETA, “Una aproximación al concepto y tipos de espacios naturales protegidos en la normativa estatal”, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, 2000.
- E. GIMBERNAT ORDEIG, “Causalidad, omisión e imprudencia”, *Causalidad, omisión e imprudencia. Cuadernos del Poder Judicial*, 1994.
- E. GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en la llamada omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’*, Buenos Aires, 2005.

- E. GIMBERNAT ORDEIG, “Una tercera forma de realización del tipo: la interrupción de cursos causales salvadores”, *Revista CENICEP*, 2006.
- J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Madrid, 1997.
- J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, “Responsabilidad criminal por la adopción colegiada de resoluciones arbitrarias”, *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, 1998.
- ELENA GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2002.
- ELENA GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 del Código Penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2003.
- J. M. LACRUZ LÓPEZ, *Comportamiento omisivo y Derecho Penal*, Madrid, 2004.
- J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión. Fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002.
- I. MANZANO MACEIRA, *Análisis comparativo de la normativa de las directivas que dan origen a la Red Natura 2000 y su transposición al marco legislativo español*, tesis doctoral inédita, 2008.
- A. MARTÍNEZ ARRIETA, “Delito urbanístico”, en E. BACIGALUPO ZAPATER, *Empresa y delito en el Código Penal. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial* 1997.
- A. MARTÍNEZ ARRIETA, “prevaricación medioambiental”, *Estudios de Derecho Judicial* 52, 2004.
- A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, *Estudios jurídicos Ministerio Fiscal*, 1997.
- A. NÚÑEZ SÁNCHEZ, “Las facultades judiciales de demolición de construcciones y edificaciones ilegales del artículo 319 del código penal”, *Cuadernos del consejo General del Poder judicial*, 2006.
- E. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal”, *La Ley*, 7 de octubre de 1996.

- J. PÉREZ DE GREGORIO, “Jurisprudencia penal medioambiental (IV)”, *La Ley* 4, 2003.
- F. RENART GARCIA, *El delito de daños al patrimonio cultural español (análisis del art. 323 del código penal de 1995)*, Comares, Granada, 2002.
- F. RENART GARCIA, “A conducta típica nos danos dolosos ao patrimonio cultural”, *O patrimonio cultural. Valía e protección*, Santiago, 2006.
- A. ROMA VALDÉS, “Breve extracto da xurisprudencia verbo do delicto contra a ordenación do territorio”, *Revista da Asesoría da Xunta de Galicia* 2, 2006.
- A. ROMA VALDÉS, *La aplicación de los delitos contra el patrimonio cultural*, Comares, Granada 2008.
- F. ROMÁN GARCÍA, “Delitos sobre la ordenación del territorio”, en C. LESMES SERRANO, F. ROMÁN GARCÍA, S. MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, E. ORTEGA MARTÍN, *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Comares, Granada, 1997.
- M. V. SIERRA LÓPEZ, “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” *Actualidad Penal* 36, 2000.
- J. M. SILVA SÁNCHEZ, “‘Comisión’ y ‘omisión’. Criterios de distinción”, *La comisión por omisión. Cuadernos del Poder Judicial*, 1995.
- J. TERRADILLOS BASOCO, “Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y el medio ambiente”, *Estudios Penales y Criminológicos* XX, 1997.
- A. VERCHER NOGUERA, “La incidencia del derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente”, *Actualidad Penal* XII, 1994.
- A. VERCHER NOGUERA, “Delitos contra la ordenación del territorio”, en *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* IV, Expansión, Madrid, 1996.

- A. VERCHER NOGUERA, “*La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio*”, en *La Ley*, 1997.
- A. VERCHER NOGUERA, “*La incidencia del derecho comunitario en la protección penal del medio ambiente*”, *Actualidad Penal XII*, 1994.