

¿ERA NECESARIO REFORMAR LOS DELITOS URBANÍSTICOS? ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN URBANÍSTICA Y A SU TRAYECTORIA JURISPRUDENCIAL

ESTHER POMARES CINTAS

Prof^ª Doctora de Derecho Penal

ANTONIO JOSÉ BERMEJO CHAMORRO

Abogado y Técnico Urbanista

SUMARIO: *I. Introducción. II. Normas penales en blanco. III. Principio de intervención mínima. IV. El bien jurídico protegido: ordenación del territorio y urbanismo. V. El art. 320 CP tras la reforma de 2010. A. Consideraciones previas. B. La situación anterior a la introducción de los delitos de prevaricación urbanística. C. La frustrada pretensión de establecer una coordinación entre los arts. 319 y 320 CP. D. El delito de prevaricación urbanística como delito especial propio. E. Las nuevas conductas punibles. 1. Emitir Informes favorables arbitrarios (art. 320.1). 1.1. La idoneidad del Informe. 1.2. El objeto material. 1.3. Valoración del alcance de la reforma. 2. Conductas omisivas relativas al incumplimiento de deberes de inspección. 3. Las conductas del art. 320.2 CP. 3.1. El término «resolución» como acto administrativo específico. 3.2. El término «votar». 4. La infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes y la arbitrariedad del Informe, Resolución o Voto favorable.*

I. Introducción

A partir del Código Penal de 1995, el legislador ha ido manifestando una creciente preocupación por los llamados «delitos urbanísticos». Se regulan en el Capítulo Primero del Título XVI, en dos preceptos: el art. 319 y el art. 320. La rúbrica original del Capítulo los define como «*delitos sobre la ordenación del territorio*».

La Exposición de Motivos justificaba su incriminación porque las «crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja» y el respeto del principio de intervención mínima aconsejaban dar «prudente acogida» a nuevas formas de delincuencia. Ciertamente, esa necesidad se manifestaba porque, hasta entonces, las conductas tipificadas en el art. 319 CP —llevar a cabo obras de construcción o edificación ilegales por el promotor, constructor, o técnicos directores— constituían exclusivamente ilícitos administrativos, a pesar de su trascendencia para la ordenación del territorio.

En lo que concierne a las formas de «prevaricación» urbanística, el art. 320 contempla conductas que, con anterioridad al CP de 1995, ya se sancionaban penalmente —así, la concesión de licencias urbanísticas ilegales o la emisión de informes favorables a proyectos de construcción (como forma de participación)—. En consecuencia, no era tanto la «necesidad de tutela» en este contexto, sino que el problema era otro. En cierta medida, la ineficacia de los mecanismos administrativos, o su falta de aplicación, habían contribuido a la incriminación específica de estos comportamientos, un argumento que, por sí solo, no es suficiente para legitimar la creación de delitos, y menos, para adelantar la intervención penal, como ocurre con las conductas del art. 320.1 CP: emitir informes favorables contrarios a la legislación urbanística, por su naturaleza de trámite, se sitúa en una fase anterior a la de «dictar resoluciones administrativas arbitrarias».

Por un lado, el CP de 1995 subrayaba la importancia que reviste la protección de un bien jurídico como la ordenación del territorio. Por otro lado, frente a las pretensiones iniciales de «prudente acogida» de estas formas de delincuencia, las propuestas posteriores de reforma penal (2007-2009) han querido romper esa barrera pero sin un objetivo claro acerca de las nuevas conductas que debían integrar los delitos urbanísticos.

Finalmente, la LO 5/2010, de 22 de junio, ha decidido ampliar desmesuradamente el catálogo de conductas punibles. Si antes se manejaban los conceptos de construcción, edificación, o concesión de licencias ilegales, ahora se incorporan al ámbito penal términos más

específicos procedentes del derecho urbanístico —urbanización, parcelación, reparcelación, instrumentos de planeamiento o la inspección urbanística—, expresiones que añaden una especial complejidad a la hora de medir el alcance de los tipos penales.

Asimismo, la reforma ha agravado la pena de los delitos urbanísticos. Eleva el límite mínimo y máximo de las penas de prisión respectivas (1 año y 6 meses hasta 4 años, arts. 319.1, 320). La pena de multa prevista para los delitos de prevaricación urbanística (art. 320) ya no es alternativa sino cumulativa, y se establece la posibilidad de la pena de multa proporcional sólo para el delito del art. 319. También eleva la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio prevista para este último delito, además de declarar aquí la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 319.4).

Si la regulación inicial de estos delitos planteaba problemas en torno al principio de intervención mínima, las exigencias de taxatividad en la tipificación de las conductas delictivas, además de cuestionar el principio de proporcionalidad, esta controversia se reproduce con la reforma de 2010.

Véase el siguiente cuadro comparativo:

Delitos sobre la ordenación del territorio antes de la reforma de 2010: Art. 319.	Regulación vigente: Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: Art. 319¹.
<p>1. Se impondrán las penas de prisión de 6 meses a 3 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 6 meses a 3 años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.</p>	<p>1. Se impondrán las penas de <i>prisión de 1 año y 6 meses a 4 años</i>, multa de 12 a 24 meses, <i>salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio</i>, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de <i>1 a 4 años</i>, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo <i>obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables</i> 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.</p>

¹ Lo subrayado en cursiva ha sido introducido por la reforma de 2010.

<p>2. Se impondrá la pena de prisión de 6 meses a 2 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 6 meses a 3 años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable.</p> <p>3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.</p>	<p>2. Se impondrá la pena de prisión de 1 a 3 años, multa de 12 a 24 meses, <i>salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio</i>, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de 1 a 4 años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.»</p> <p>3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra <i>y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada</i>, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. <i>En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.</i></p> <p>4. <i>En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de 1 a 3 años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.</i></p>
--	--

<p>Delitos sobre la ordenación del territorio antes de la reforma de 2010: Art. 320.</p> <p>1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias</p>	<p>Regulación vigente: Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: Art. 320².</p> <p>1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente <i>instrumentos de planeamiento, proyectos de urba-</i></p>
--	--

² Lo subrayado en cursiva ha sido introducido por la reforma de 2010.

<p>contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de 6 meses a 2 años o la de multa de 12 a 24 meses.</p> <p>2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.</p>	<p><i>nización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio</i> será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de 1 año y 6 meses a 4 años y la de multa de 12 a 24 meses.</p> <p>2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.</p>
--	---

II. Normas penales en blanco

Los delitos contemplados en los arts. 319 y 320 constituyen *normas penales en blanco*. Esta técnica legislativa basada en criterios de accesoriedad administrativa puede conculcar el principio de legalidad penal desde una doble vertiente: hace depender el ámbito de lo punible de la interpretación y aplicación de normas de rango inferior a la Ley Orgánica, incluso de normas reglamentarias, además del problema que supone la dispersión y el carácter especialmente dinámico de la normativa administrativa.

El ordenamiento urbanístico, al que necesariamente hay que acudir para interpretar los distintos elementos normativos de sendos preceptos, está formado por un conjunto de normas de naturaleza estatal, autonómica y local, en cuya elaboración no han estado especialmente presentes los principios de coordinación, colaboración y cooperación entre las distintas Administraciones Públicas. Tras la STC 61/1997, 20-3, el urbanismo es una materia de competencia autonómica, lo que significa que hay tantos ordenamientos como Comunidades autónomas. Es decir, cada Comunidad autónoma decide lo que es o no autorizable en su territorio, de manera que lo que es lí-

cito en un territorio, puede no serlo en otro. Esta situación puede afectar al principio de igualdad ante la ley penal³, en la medida en que la existencia del delito urbanístico dependerá de la normativa de cada Comunidad Autónoma —basta que un tipo de edificación sea autorizable en una y en otra no-, y esas diferencias fácticas afectarán, en consecuencia, al alcance jurídico-penal de los comportamientos tipificados en los arts. 319-320⁴.

Sin embargo, se ha admitido la constitucionalidad de la remisión penal a la normativa urbanística. El Tribunal Constitucional ha señalado que resulta viable que las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias operen como complemento válido de las leyes penales en blanco (STC 120/1998, 15-6; Auto TC de 19 de octubre de 2004).

Con todo, la solución de este problema dependerá del significado de la accesoriadad administrativa en el ámbito urbanístico, teniendo en cuenta que el Derecho penal es independiente en el establecimiento de sus presupuestos (principio de autonomía del Derecho penal) y que, por tanto, como sostiene GÓRRIZ ROYO, los conceptos sobre la «ordenación del territorio» procedentes del Derecho administrativo pueden «modularse» en el ámbito penal⁵.

III. Principio de intervención mínima

Otro de los problemas principales que plantea la accesoriadad administrativa es el deslinde entre el derecho administrativo sancionador y los delitos urbanísticos. En este sentido, el Derecho penal debe adaptarse a las exigencias del principio de intervención mínima, esto es, no se trata sólo de reprimir aquí conductas arbitrarias contrarias a la legalidad urbanística⁶, ni de utilizar el derecho penal para

³ Sobre ello, BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*. Ed. Atelier, Madrid, 2007, p. 45. Vid. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. «Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del Estado diseñada por el Título VIII de la Constitución española de 1978», Cuadernos de Política Criminal, 2003, pp. 458 ss. Véase también el Auto AP Ciudad Real, de 10 de diciembre de 2002.

⁴ En otro sentido, BOLDOVA PASSAMAR, M. A., cit., p. 49.

⁵ GÓRRIZ ROYO, E., «Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP». En, (J. Álvarez García/J.L. González Cussac, Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, p. 368. Sobre esta cuestión, vid. detenidamente, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «La accesoriadad del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo: criterios de imputación en el delito urbanístico», *Revista Studia Iuridica*. CGPJ, pp. 151 y ss.

⁶ SAP de Burgos de 29 de marzo de 2003.

reforzar el respeto de la legalidad urbanística o por razón del fracaso de la actuación administrativa para garantizar su cumplimiento⁷. En este contexto, las SSTS 1658/2003, 4-12, y de 7 de enero de 2003, han señalado que la función de la jurisdicción penal no es la de suplantar a la contencioso- administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho⁸, sino de perseguir supuestos límite, de mayor gravedad que la que representan los tipos administrativos en relación con el bien jurídico protegido.

Ni el argumento del respeto de la legalidad urbanística, ni la ineficacia de los mecanismos administrativos para garantizar su cumplimiento son criterios que pueden explicar, por sí solos, la incriminación específica de los delitos urbanísticos. Debe buscarse una legitimidad material de los mismos basada en el menoscabo o puesta en peligro de un valor merecedor de protección penal. Éste debe ser el punto de partida desde el cual establecer si la tipificación de las conductas punibles constituyen ataques graves al mismo y son proporcionales a la pena impuesta.

IV. El bien jurídico protegido: ordenación del territorio y urbanismo

Se ha cuestionado la rúbrica del Capítulo en el que se insertan los delitos urbanísticos porque los define por su vinculación, y no por su contradicción, con la ordenación del territorio —«De los delitos *sobre* la ordenación del territorio»⁹. La reforma de 2010 ha persistido en la rúbrica original, pero ha añadido a «la ordenación del territorio», «el urbanismo» como objeto de tutela.

⁷ La STS 1127/2009, de 27-11, subraya la inoperancia de la disciplina urbanística para justificar el recurso al Derecho Penal.

⁸ Así, L. PAREJO ALFONSO alude a una debilitación de la preferencia general por los mecanismos administrativos de respuesta (en particular, el Derecho sancionador administrativo) que han sido desplazados y sustituidos por los mecanismos penales. Se entiende que el recurso al derecho penal se ha convertido en respuesta primaria, y no subsidiaria, frente a cualquier supuesta irregularidad urbanística. Cfr. «La contribución de la Ley 8/2007, de Suelo, al remedio del arbitrio urbanístico y su secuela de corrupción», En, Cuadernos de Derecho Público, n.º 31, 2007, p. 55.

⁹ Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M^a. B. *Delitos Urbanísticos*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 52. Por ello, se ha insistido en una rúbrica que aludiera a los ataques contra la ordenación del territorio, como forma de «dotar de autonomía y entidad suficiente al bien jurídico». Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Grupo de Estudios de Política Criminal, 2010, p. 27.

Como se ha señalado, no se puede justificar la intervención del Derecho penal en materia urbanística para tutelar exclusivamente el cumplimiento del Derecho urbanístico. Una concepción formal del bien jurídico no sería conciliable con el principio de intervención mínima del Derecho Penal¹⁰. Si afirmamos que el objeto de tutela penal es el cumplimiento de la normativa administrativa, estaríamos propiciando una extensión ilegítima del Derecho Penal, que haría inservible, a esos efectos, el Derecho administrativo sancionador.

En consecuencia, debemos buscar un contenido al objeto de tutela de los delitos urbanísticos que trascienda la mera obediencia a la legalidad vigente.

El legislador es consciente de que cada vez son más limitados los recursos naturales, incluyendo el concepto del territorio. Ciertamente, en los últimos años, hemos asistido a una vorágine en el sector de la construcción, al tiempo que la Unión Europea venía advirtiendo los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada que primaba en España durante el período de auge inmobiliario: el impacto ambiental, la ineficiencia económica derivada de los elevados costes energéticos, de construcción y de mantenimiento de las ingentes infraestructuras y de prestación de los servicios públicos¹¹.

En efecto, los modelos de desarrollo territorial, urbano y constructivo dispersos, con su estilo de vida asociado, resultan ser mucho más exigentes en recursos y más pródigos en residuos y en daños ambientales. Las preocupaciones ecológicas han prestado atención especial al deterioro territorial que ocasiona la evolución en curso de los sistemas urbanos: la calidad de vida es el interés que, en suma, se halla en juego.

Como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo (TRLS, en adelante), el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable.

En consecuencia, el objeto de tutela debe incidir en la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, en virtud

¹⁰ SÁNCHEZ DOMINGO, M^a. B, op. cit., p. 56; QUINTERO OLIVARES, G. «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», Las fronteras del Código penal y el Derecho administrativo sancionador, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, pp. 349 ss. Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Grupo de Estudios de Política Criminal, cit., p. 27.

¹¹ *Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español*. Ministerio de Vivienda. Madrid, 2010, p. 6. La STS 1127/2009, de 27-11, alude a la desastrosa situación a la que se ha llegado en España en la ordenación del territorio incluida la protección paisajística.

de los arts. 45 y 47 CE, en la medida que garantiza la calidad de vida y hábitat humano así como la conservación de los recursos naturales¹². Junto a ello, forma parte del bien jurídico la función social de la propiedad del suelo (tanto público como privado), su destino o uso social. Asimismo, y relacionado con estos valores, los delitos de prevaricación del art. 320 CP protegen también el correcto funcionamiento de la Administración pública en las exigencias de legalidad, objetividad e imparcialidad dirigido a velar dicha función social del suelo, independientemente de la titularidad y de la clasificación del suelo a que las licencias o proyectos urbanísticos afecten¹³.

Esta relación entre la utilización racional de los recursos naturales, especialmente, el suelo, y la calidad de vida se pone especialmente de manifiesto en ciertos ámbitos como el insular. La SAP, Islas Baleares, Sección 2ª, de 23 de mayo de 2008, destaca la vinculación existente entre la calidad de vida y el desarrollo de los servicios turísticos basados, en gran parte, en el disfrute de recursos naturales y ambientales, que deben ser especialmente protegidos en un territorio caracterizado por su limitada superficie y fragilidad.

La consideración del bien jurídico protegido desde la perspectiva material está avalada por jurisprudencia reciente. Así, la SAP, Almería, Sección 2ª, 261/2009, de 24-9, sostiene que deben castigarse las conductas más graves, las que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio, entendido éste como la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general; por ello, el análisis del tipo debe realizarse desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando, en su caso, el principio de insignificancia cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado.

¹² En este sentido se pronuncia la SAP, Cádiz, de 4 de enero de 1999. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, arts. 319 y 320 CP», En, (G. QUINTERO OLIVARES, Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Ed. Aranzadi, 2010, p. 271; BAUCCELLS LLADÓS, J. «De los delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente» en (J. CÓRDOBA RODA/M. GARCÍA ARÁN, Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1348.

¹³ BOLDOVA PASAMAR, Mª. A., *Los delitos urbanísticos*, cit., pp. 45, 94-95; ACALE SÁNCHEZ, M., «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», En, (L. ARROYO ZAPATERO, Dir.), *Comentarios al Código Penal*. Ed. Iustel, Madrid, 2007, p. 720; DE LA MATA BARRANCO, N. «La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales», En, (G. QUINTERO OLIVARES/F. MORALES PRATS, Coord.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1237; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística», En, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales...* cit., pp. 1743-1744.

Inciendiando en esa concepción material, la SAP Córdoba, 506/2009, de 30-6, considera que la existencia de construcciones previas en la misma zona donde se construye sin licencia, o la ampliación de un perímetro ya existente, no suponen en sí mismas exoneración de responsabilidad penal. Sin embargo, es necesario examinar en cada caso concreto si una nueva construcción supone un *plus* de degradación del territorio, del suelo, de los recursos naturales o del paisaje¹⁴, o una utilización irracional del territorio. En el caso enjuiciado, considera el Tribunal que al existir procesos de parcelación y edificación irregulares en la zona y establecerse como uno de los objetivos del PGOU en tramitación buscar una respuesta urbanística y soluciones a la situación actual, se trata más de un problema de gestión administrativa que debe quedar ajeno a la esfera jurídico-penal¹⁵.

Frente a este criterio jurisprudencial, se han mantenido otras posiciones que acaban identificando los delitos urbanísticos con una manifiesta desobediencia a la legalidad urbanística. La SAP, Jaén, Sección 1ª, 14/2009, de 29-1, aplica el delito del art. 319 a la construcción de naves industriales en suelo no urbanizable en un lugar cercano a la ciudad de Jaén. No obstante, reconoce que, de hecho, se trataba de un auténtico Polígono industrial, que contaba con una comunidad de propietarios. Además, el Ayuntamiento de Jaén, consciente de la problemática creada, propuso llevar a cabo el abastecimiento de agua e incluyó en el futuro PGOU la regularización de los terrenos, existiendo propuesta de legalización amparada por la Gerencia de Urbanismo.

En relación con los delitos de prevaricación urbanística (art. 320 CP), existen pronunciamientos judiciales que confunden la ordenación del territorio con el bien jurídico relativo al correcto funcionamiento de la Administración pública. En esta línea, la SAP, Málaga, Sección 2ª, 256/2007, 25-4, acaba identificando el delito del 320 con una manifiesta desobediencia a la legalidad urbanística: *«no se requiere que se ocasione con la concesión de las licencias un perjuicio tangible a un ciudadano concreto o a ciertos valores urbanísticos. La lesión del bien jurídico se produce cuando se dan resoluciones que se apartan totalmente del ordenamiento jurídico, de su sistema de fuentes y de la jerarquía normativa, sin ajustarse además al principio de legalidad. Resoluciones de esa índole, que quedan totalmente fuera del ám-*

¹⁴ La STS 1127/2009, 27-11, considera que la lesión del bien jurídico protegido también se puede hacer derivar del efecto acumulativo provocado por las transgresiones administrativas en materia urbanística.

¹⁵ Vid. también, SAP, Granada, Sección 2ª, 571/2009, de 6-11.

bito de los principios elementales del sistema jurídico de un Estado de Derecho, son palmariamente injustas».

Por último, la reforma de 2010 ha decidido añadir a «la ordenación del territorio», «*el urbanismo*» como objeto de tutela penal. Sin embargo, esta referencia expresa al «urbanismo» no significa reconocer un bien jurídico diferente. En realidad, el «urbanismo» no es más que una especificación de la «ordenación del territorio» como bien jurídico, es una vertiente del mismo, tal y como se ha interpretado¹⁶.

El art. 148 CE atribuye a las Comunidades Autónomas la competencia en materia de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda». Si la ordenación del territorio incluye el establecimiento y regulación de las directrices y figuras de planeamiento territorial, las previsiones sobre emplazamiento de infraestructuras y equipamientos, la promoción del equilibrio territorial y la adecuada protección ambiental (véase el art. 56.5 Estatuto de Autonomía de Andalucía), el urbanismo engloba la regulación del régimen urbanístico del suelo, el régimen jurídico de la propiedad del suelo, de los instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística, la política de suelo y vivienda, y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo. Asimismo, el urbanismo se encarga de la protección de la legalidad urbanística, que incluye, en todo caso, la inspección urbanística, las órdenes de suspensión de obras y licencias, las medidas de restauración de la legalidad física alterada, así como la disciplina urbanística (art. 56. 3 Estatuto de Autonomía de Andalucía).

En definitiva, la ordenación del territorio integra las distintas perspectivas con relevancia territorial (económica, social, cultural y medioambiental). Por ello, representa una escala más amplia res-

¹⁶ Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., «Ordenación del territorio, arts. 319 y 320 CP», En, (J. ÁLVAREZ GARCÍA/J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 322, manifestándose contraria a la introducción del término urbanismo; de la misma autora, «Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP». En, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, cit., p. 369. También, ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos Urbanísticos*. Ed. Cedecs, Barcelona, 1997, p. 204; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*, cit., p. 32; CARMONA SALGADO, C., «Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos», En, (J. L. Díez RIPOLLÉS/C. M. ROMEO CASABONA/L. GRACIA MARTÍN/J. F HIGUERA GUIMERÁ, Ed.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Profesor Cerezo Mir*. Ed. Tecnos, 2002, p. 1208. Considera acertada la inclusión expresa del «urbanismo», NÚÑEZ SÁNCHEZ, A., «Delitos sobre la ordenación del territorio y urbanismo», en, *Memento Experto Reforma Penal 2010*. Ed. Francis LeFebvre, Madrid, 2010, p. 350.

pecto del urbanismo. El nexo de unión entre ambas materias se produce en la medida en que comparten valores e intereses¹⁷: utilización racional de los recursos naturales y regulación del suelo de acuerdo con el interés general y la función social de la propiedad.

El planteamiento que hemos sostenido subraya el grado de importancia que reviste la protección de un bien jurídico como la ordenación del territorio. La utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, a la calidad de vida y hábitat humano, así como el destino o uso social de los suelos tanto públicos como privados, son valores dignos de tutela penal. Por ello, la creación de delitos en el contexto urbanístico, o la intervención penal en la tutela de tales intereses colectivos, estaría justificada en el marco de un Estado social y democrático de Derecho. En virtud del principio de intervención mínima, el recurso al Derecho Penal debe basarse en la necesidad de perseguir comportamientos cuya potencialidad lesiva del bien jurídico protegido provoque la insuficiencia de la respuesta administrativa.

Éste será el punto de partida para medir el alcance de la tipificación del delito previsto en el art. 320 CP, especialmente desde la reforma de 2010, y su posible colisión con otros principios del Derecho Penal —mandato de taxatividad y proporcionalidad—.

V. El art. 320 CP tras la reforma de 2010

A. Consideraciones previas

La decisión del legislador de proteger el medio ambiente, el patrimonio histórico y la ordenación del territorio frente a ciertas intromisiones de quienes participan de funciones públicas (el funcionario público o autoridad) no encuentra parangón en otros modelos de Derecho comparado de nuestro entorno jurídico¹⁸. Las respectivas figuras delictivas de prevaricación comparten una similar técnica

¹⁷ La STC 28/1997, de 13-2, señala que existe una acusada interrelación entre la ordenación del territorio y el urbanismo, de manera que su deslinde requiere, en cada caso, un detenido examen, no sólo de la finalidad de las normas, también del contenido de las mismas.

¹⁸ GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación administrativa*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 31; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. «Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del Derecho comparado», en (N. DE LA MATA BARRANCO, ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, IVAP, Oñati, 1998, pp.197-221.

de tipificación (arts. 320, 322, 329 CP). Se han estructurado en dos fases (de trámite y ejecución), en función del momento de intervención de la autoridad o funcionario público en el procedimiento administrativo.

Los denominados delitos de «prevaricación urbanística» se regulan en el art. 320 CP, en dos apartados que se corresponden con esa estructura bifásica. Introducido por el Código penal de 1995, el precepto ha sido objeto de una sustancial reforma por LO 5/2010, de 22 de junio. No sólo se han elevado las penas, también se ha ampliado su ámbito de aplicación al incorporarse nuevas modalidades de conducta, activas y omisivas.

El art. 320 CP sanciona las siguientes conductas (dolosas) realizadas por funcionario público o autoridad (los términos subrayados en letra cursiva han sido introducidos por la reforma).

- Informar favorablemente *instrumentos de planeamiento* contrarios a las normas de *ordenación territorial* o urbanística vigentes (Apartado 1).
- Informar favorablemente proyectos de *urbanización, parcelación, reparcelación, construcción* o edificación contrarios a las normas de *ordenación territorial* o urbanística vigentes (Apartado 1).
- Informar favorablemente la concesión de licencias contrarias a las normas de *ordenación territorial* o urbanística vigentes. (Apartado 1).
- *Silenciar, con motivo de inspecciones, la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes* (Apartado 1).
- *Omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio* (Apartado 1).
- Resolver o votar a favor de la aprobación de los *instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción* o edificación o la concesión de las licencias contrarias a las normas de *ordenación territorial* o urbanística vigentes (Apartado 2).

Las modalidades delictivas de «prevaricación urbanística» responden a la lógica del *iter* procedimental previsto en la normativa administrativa para la producción de actos administrativos que adoptan la forma de licencia o autorización. Existe una primera fase de comprobación de que lo que se solicita se ajusta o no a la legalidad, momento en el que se emiten los informes pertinentes, o se exige el cumplimiento de los deberes de inspección, y una segunda fase decisoria o ejecutiva, que adopta la forma de resolución o acuerdo.

B. La situación anterior a la introducción de los delitos de prevaricación urbanística

La Exposición de Motivos del Código Penal de 1995, de modo muy genérico, justificaba la introducción de los delitos urbanísticos para dar respuesta a las «crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja», una necesidad que debía conciliarse, a su vez, con el respeto del principio de intervención mínima. Seguramente el legislador no había estimado suficiente la trayectoria jurisprudencial en torno a la aplicación del ya existente delito de prevaricación administrativa (art. 358 CP de 1973) sobre modalidades de conducta de relevancia urbanística. Por su interés político-criminal, destacaremos los siguientes pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales.

a) *Sentencias condenatorias que aplican el delito de prevaricación administrativa a aquellos que, aprovechando el cargo de Alcalde, conceden licencias urbanísticas arbitrarias.*

- STS 2550/1992, de 27-11¹⁹. Conducta: concesión de una licencia para la construcción de 45 viviendas faltando el requisito previo de la aprobación definitiva del correspondiente planeamiento de desarrollo y en contra de los informes técnicos y jurídicos.

- STS 184/2000, de 15-02²⁰. Conducta: concesión de una licencia de obras e instalaciones para establecer la actividad de comercio menor de vehículos en terrenos que gozaban de la calificación urbanística de equipamiento de nueva creación de tipo deportivo, parque urbano metropolitano y parque urbano. Los correspondientes informes técnicos, entre ellos el del servicio de urbanismo y obras, hacían constar que los usos solicitados no son acordes con los previstos en el Plan General para la citada zona, pero que dichos usos podrían autorizarse con carácter provisional y a precario, previo informe favorable de la Comisión de urbanismo (que no se recabó). Con su decisión arbitraria, el Alcalde permitió que se efectuaran —y se siguieran efectuando porque no corrigió la situación previo requerimiento de la Dirección General de Urbanismo— las obras e instalaciones necesarias para la apertura del negocio.

- STS 1658/2003, de 4-12²¹. Conducta: concesión de una licencia mediante Decreto para construir una vivienda en suelo rústico, sin

¹⁹ Confirma la SAP, Murcia, de 18 de noviembre de 1989.

²⁰ Confirma la SAP, Barcelona, de 2 de marzo de 1998.

²¹ Confirma la SAP, Málaga, de 7 de mayo de 2002.

cumplir los parámetros urbanísticos (parcela mínima, distancia a linderos, etc.) y sin proyecto de obra.

- SAP Alicante, Sección 3ª, 862/1999, de 21-12. Condena como autor de un delito de prevaricación administrativa al Concejal de Urbanismo del Ayuntamiento que actuó con delegación de firma otorgada por el Alcalde. Conducta: concesión de una licencia de obra mayor para construir una vivienda unifamiliar en suelo no urbanizable, sabiendo que constaba un informe contrario de la Oficina Técnica Urbanística, así como un informe desfavorable a tal concesión del Colegio de Arquitectos de la Comunidad Valenciana. Tampoco existía la autorización previa y preceptiva de la Consellería de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte de la Generalitat Valenciana.

b) *Sentencias condenatorias que aplican el delito de prevaricación administrativa a aquellos que ocupan el cargo de Concejales de la Corporación Local y emiten dolosamente su voto favorable a una decisión contraria a las normas urbanísticas.*

- STS 1152/1994, de 27-5²². Son coautores de un delito continuado de prevaricación administrativa el Alcalde y Concejales de un Ayuntamiento, en su condición de miembros de la Comisión de Gobierno. Conducta: votar a favor y resolver la concesión de licencias de construcción de edificios de nueva planta (por acuerdo unánime y dolosamente) sin exigir el preceptivo proyecto técnico como advertía el Secretario del Ayuntamiento.

- SAP, Segovia, 33/1998, de 6-4. Condena como coautores de un delito de prevaricación administrativa al Alcalde y Concejales de un Ayuntamiento, en su condición de miembros de la Comisión de Gobierno. Conducta: votar a favor y resolver la concesión (por acuerdo unánime) de una licencia de construcción de una nave para garaje fuera del casco urbano, sabiendo que la nave, ya erigida, se encontraba en suelo rústico, sin posibilidad de construir otras naves que las destinadas a usos agrícolas. En ese sentido se había pronunciado ya el informe desfavorable emitido por la Oficina Técnica de Asistencia y Asesoramiento a Municipios de la Diputación Provincial, un extremo que los autores conocían en el momento de la adopción del acuerdo ilegal.

- SAP, Tarragona, Sección 2ª, 586/1998, de 3-11. Condena como coautores de un delito continuado de prevaricación administrativa al Alcalde y Concejales de un Ayuntamiento, en su condición de miembros de la Comisión de Gobierno Municipal. Conducta: votar a favor

²² Confirma la SAP, Valladolid, de 18 septiembre 1993.

y resolver el cambio de clasificación de un suelo como urbanizable, sin observar los procedimientos legales aplicables, y, asimismo, la concesión de una licencia de obras para construir en dicha zona verde, sin autorización de los organismos provinciales y regionales competentes; de igual modo, se resolvió la concesión de una licencia para construir un almacén en una zona que, según las Normas Subsidiarias de Planeamiento, reviste Interés Histórico, sin el informe favorable del Departamento de Cultura de la Generalitat.

c) *Sentencias que reconocen la relevancia penal de la participación—cooperación necesaria— en el delito de prevaricación por contribuciones dolosas que afectan a la ordenación del territorio.*

- *Participación de un funcionario público:* La STS 1312/1994, de 24-6, declara la responsabilidad penal del Alcalde y varios Concejales del Ayuntamiento en concepto de coautores de un delito de prevaricación administrativa. Conducta: votar a favor y resolver la recalificación ilegal de unos terrenos adscritos a una zona verde y la concesión de una licencia de construcción en ellos. El acuerdo se toma dolosamente en contra del PGOU, del informe del Asesor Jurídico y de una Resolución de la Comisión de Urbanismo. Asimismo, se condena en concepto de cooperador necesario al Arquitecto y Jefe de Urbanismo que contribuye de modo relevante en el proceso dirigido a la adopción del acuerdo arbitrario en materia urbanística.

- STS 249/1995, de 15-2²³. Además de condenar como coautores de un delito de prevaricación administrativa al Alcalde²⁴ y a los concejales miembros de la Comisión de Gobierno municipal²⁵, se califica de *cooperador necesario* a un constructor. Se le aplicó la pena de 6 años y un día de inhabilitación especial para la profesión u oficio de constructor²⁶. Por el interés de la sentencia en materia urbanística, merecen destacarse los siguientes hechos probados: en las normas urbanísticas del municipio se preveía, en una determinada zona, una ocupación máxima del 35% de la parcela. Un constructor, que había adquirido una finca en dicha zona, se puso en contacto con un arquitecto, quien, a la vista de la finca comprada y teniendo en cuenta las normas subsidiarias de la localidad, hizo un primer cálculo sobre

²³ Confirma SAP, Santander, de 2 de mayo de 1994.

²⁴ Se aplica la pena de 8 años de inhabilitación especial para el cargo de alcalde y concejal e incapacidad de obtener otros análogos por el tiempo de la condena.

²⁵ Se aplica la pena de 6 años y un día de inhabilitación especial para el cargo de alcalde y concejal e incapacidad de obtener otros análogos por el tiempo de la condena.

²⁶ Además, se le condenó como cooperador necesario del delito de falsedad en documento privado cometido por el arquitecto.

las posibilidades de edificación llegando a la conclusión de que solamente sería posible construir 16 viviendas. Tal conclusión no satisfacía las pretensiones del constructor por lo que éste, el Alcalde y el arquitecto mantuvieron una reunión con el propósito de aumentar las posibilidades de edificabilidad de la finca mediante la presentación de un Proyecto en el que la parcela sobre la que se elaboraría el plano tuviese una superficie mucho mayor a la que tenía la finca sobre la que, previamente comprada, se pretendía construir. Encargado el Proyecto al mencionado arquitecto, éste elaboró uno donde se computaba como superficie el solar adquirido por el constructor, la plaza del pueblo y diversa zona verde ocupada entonces por huertas de particulares, y, por tanto, carentes de edificabilidad. En la memoria justificativa del Proyecto se declaraba que la finalidad del trabajo era una obra de 34 viviendas, locales y garajes, vinculada a una parcela de 4.000 m² (cuando, en realidad, sólo era posible construir 16 viviendas). Finalmente, el Proyecto fue presentado por el constructor ante el Ayuntamiento. La Comisión de Gobierno compuesta por el alcalde y varios concejales, todos ellos conocedores de la realidad física de la finca propiedad del constructor y de la limitación de ocupación en el casco antiguo, y sin la existencia de informes técnicos ni jurídicos previos, acordaron por unanimidad conceder la licencia de obras.

d) *Criterios que se emplean para medir la gravedad de las conductas prevaricadoras.*

La SAP, Tarragona, Sección 2^a, 586/1998, de 3-11, aplicó el límite mínimo de la pena a imponer considerando la ausencia de peligrosidad apreciable en los acusados y porque de los hechos no se derivó un grave perjuicio para el interés público; se señala que las zonas verdes fueron sustituidas posteriormente y la edificación en la zona de Interés histórico se realizó en forma que no afectó a su visión²⁷.

e) *Resoluciones que admiten la relevancia penal, a través del delito de prevaricación administrativa, de determinadas conductas lesivas de la ordenación del territorio. Las licencias de parcelación.*

El Auto AP, Barcelona, Sección 6^a, de 1 de febrero de 2000, considera que la concesión por un Ayuntamiento de licencias de parcelación y edificación en suelo urbanizable programado sin la previa aprobación de Plan parcial de ordenación, sin constitución de Junta de Compensación ni aprobación de proyecto de compensación y urbanización, constituye, en principio, una infracción frontal y eviden-

²⁷ Se aplicó la pena de 6 años y un día de inhabilitación especial a cada uno de los acusados, conforme al art. 358 CP 1973.

te de normas esenciales de la legislación urbanística, y es perfectamente incardinable en el delito de prevaricación administrativa.

Como se desprende de este análisis jurisprudencial, antes de la existencia de los delitos urbanísticos, el delito de prevaricación administrativa se había aplicado sobre conductas que afectaban no sólo a la legalidad urbanística sino también a lo que se ha interpretado aquí bajo la expresión «ordenación del territorio». Se han reconocido a través de situaciones de coautoría y de participación en el mencionado delito. Teniendo en cuenta que el delito de prevaricación administrativa, como tipo de resultado, admite la tentativa, era difícil dejar un espacio de impunidad que justificara por sí mismo la incriminación de figuras prevaricadoras relativas a la materia urbanística. La necesidad de dotar de autonomía al bien jurídico ordenación del territorio y de luchar contra la corrupción urbanística han sido las razones que han determinado al legislador a introducir, en el CP de 1995, el art. 320 CP, con penas más graves. Sin embargo, este precepto no se ha limitado a reproducir la estructura del delito de prevaricación administrativa (dictar dolosamente una resolución arbitraria en un asunto administrativo), a pesar de la remisión expresa a la pena prevista en él. En el apartado 1, el legislador ha adelantado las barreras de la intervención penal, castigando comportamientos de trámite del procedimiento administrativo que, anteriormente, merecían la calificación de participación en el delito de prevaricación administrativa (informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias de modo contrario a la normativa urbanística vigente). Tanto estas formas de puesta en peligro de la ordenación del territorio (apartado 1 del art. 320) como las modalidades delictivas similares a la prevaricación administrativa²⁸ (apartado 2) se equiparan a efectos de pena, a pesar de su distinta trascendencia. 15 años después, los delitos de «prevaricación urbanística han sido objeto de una significativa reforma que analizaremos a continuación.

C. La frustrada pretensión de establecer una coordinación entre los arts. 319 y 320 CP

Se ha señalado que el art. 320 CP ha sido objeto de una sustancial reforma. No sólo eleva la pena —prisión de 1 año y 6 meses a 4 años

²⁸ Vid., sobre este aspecto, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. «Sobre la prevaricación específica en los delitos contra el medio ambiente», *Estudios de Derecho ambiental, Libro Homenaje al Profesor Josep Miquel Prats Canuts* (G. QUINTERO OLIVARES/F. MORALES PRATS, Coord.). Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 2008, pp. 995 y ss.

y pena cumulativa de multa de 12 a 24 meses²⁹—, sino que ha ampliado las modalidades de conductas punibles.

Con anterioridad al 23 de diciembre de 2010, fecha en la que entra en vigor la reforma penal, el apartado 1 castigaba exclusivamente la conducta (dolosa) consistente en informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, conductas que guardaban correspondencia con las formas de prevaricación del apartado 2.

Ahora, la redacción vigente del art. 320 ha extendido el objeto material de las respectivas conductas (informar favorablemente/resolver o votar a favor) a los *instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación o construcción*. Se rompe así la pretensión del Proyecto de reforma de 27 de noviembre de 2009 de establecer una simetría entre los delitos del 319 y del 320³⁰. Mientras que las obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables están incluidas expresamente en el art. 319, no ocurre lo mismo con la parcelación y reparcelación, términos que pertenecen exclusivamente al ámbito de los delitos de prevaricación urbanística. Como sostiene VILLACAMPA ESTIARTE, la reforma parece querer situar estos delitos «en el epicentro en la lucha contra la corrupción urbanística»³¹.

Curiosamente, la integración en el art. 320 de los *instrumentos de planeamiento, los proyectos de parcelación o reparcelación* ha sido fruto de la tramitación parlamentaria del Proyecto de 2009 porque no aparecían en él. De la misma manera se ha tomado la decisión de elevar la pena tal y como hoy está prevista³².

Por otro lado, esta vez a iniciativa de los Proyectos de reforma de 2007 y 2009, se ha tipificado en el art. 320. 1 CP una doble modalidad omisiva: silenciar, con motivo de inspecciones, la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes y omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio (esta última modalidad no constaba en el Proyecto de 15 de enero de 2007).

²⁹ GÓRRIZ ROYO proponía la pena de prisión de 1 a 2 años o la de multa de 12 a 24 meses. Cfr. «Ordenación del territorio, arts. 319 y 320 CP», cit., p. 330.

³⁰ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. «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, 2007, pp. 5 ss.

³¹ Cfr. «Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, arts. 319 y 320 CP», cit., p. 282.

³² Vid. Proyecto de 28 de abril de 2010, núm. 121/000052.

D. El delito de prevaricación urbanística como delito especial propio

Los delitos contemplados en el art. 320 CP son delitos especiales propios reservados a la «autoridad o funcionario público»³³.

Como señala RUEDA MARTÍN³⁴, en los delitos especiales, los bienes jurídicos que se protegen no se encuentran accesibles a todos, sino que sólo lo son de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social o institucional de carácter cerrado (estructura de dominio social). Ello fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico respecto a un sujeto o clase de sujetos. Es decir, determinados bienes jurídicos son susceptibles de ser lesionados por aquel individuo que ejercita las funciones propias de un rol social en el sentido mencionado.

De este modo, el delito del art. 320 CP no se puede realizar si al mismo tiempo no se desarrolla una función que materialmente compete al sujeto cualificado. La conducta típica toma como referencia el ejercicio de unas funciones específicas que sólo pueden ser realizadas por determinados sujetos que ocupan una posición de dominio en el ámbito social o institucional en el que se encuentra involucrado el bien jurídico a proteger y, en consecuencia, son los que pueden llevar a cabo acciones idóneas para lesionar o poner en peligro el bien jurídico³⁵. Por ello, la condición de funcionario público o autoridad es determinante para la existencia del delito. Otra cuestión será el alcance de este concepto desde la perspectiva penal y a los efectos del art. 320.

Cabe destacar el carácter autónomo del concepto penal de funcionario público (art. 24 CP). Es más amplio respecto del que maneja el Derecho Administrativo; no atiende a las notas de incorporación o permanencia en la función pública sino a la finalidad de proteger aquellos bienes jurídicos que se encuentran bajo la dependencia de aquél que participa de funciones públicas³⁶. Con arreglo al art. 24 CP, el concepto penal de funcionario público se basa en dos requisitos: la participación en el ejercicio de funciones públicas (requisito material)

³³ GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 87.

³⁴ RUEDA MARTÍN, M. A. *Delitos especiales de dominio y su relación con el art. 65. 3 CP*. Ed. Comares, Granada, 2010, pp. 32, 33.

³⁵ RUEDA MARTÍN, M. A., op. cit., p. 36.

³⁶ GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pp. 88, 92; GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, Función pública y Derecho Penal*. Ed. Comares, Granada, 2000, p. 78; ÚBEDA TARAJANO, F. E., *La responsabilidad por el otorgamiento de Licencias Ilegales*. Ed. Iustel, Madrid, 2006, p. 141. Vid. criterio jurisprudencial consolidado, STS 2361/2001, 4-12, Auto TSJ Andalucía, Sección 1ª, 61/2007, 9-10.

y la incorporación a dicho ejercicio por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente (requisito formal). Indudablemente, el urbanismo es una función pública. El art. 3 del TRLS establece que la ordenación territorial y urbanística son funciones públicas que organizan y definen el uso del territorio del suelo de acuerdo con el interés general.

Sin embargo, no todo sujeto en quien concurren los requisitos anteriores puede ser considerado autor del art. 320 CP. Habrá que determinar si el funcionario público de que se trate puede realizar actos con trascendencia para el bien jurídico tutelado por la norma penal, si ocupa materialmente una posición idónea para lesionar o poner en peligro la ordenación del territorio³⁷ (no sólo, por tanto, el bien jurídico concerniente al correcto funcionamiento de la Administración pública). Así, es posible incluir dentro de la esfera de los posibles autores a quienes se encuentran vinculados a la Administración local por un contrato de servicios para realizar funciones de asesoramiento técnico en materia de ordenación del territorio y urbanismo y, por tanto, para emitir informes en las citadas materias. Precisamente, en el ámbito del urbanismo actúan con frecuencia empresas públicas o privadas que prestan diferentes servicios, planteándose la duda de si dichas empresas y sus empleados ejercen funciones públicas cuando tienen encomendadas labores de asesoramiento técnico (realización de informes) y su actuación pueda condicionar la toma de decisiones manifiestamente contrarias a la legalidad urbanística³⁸. Como señala GÓRRIZ ROYO, más allá del concreto modelo de gestión que se escoja, el dato fundamental para establecer si se ejerce una función pública es si determinada actividad le es imputable directa o indirectamente a la Administración, por cuanto aquélla ostenta su titularidad³⁹.

Sobre la problemática en torno a la idoneidad del autor del art. 320 CP, cabe destacar la SAP, Málaga, Sección 2ª, 256/2007, 25-4. Va-

³⁷ Vid. ÚBEDA TARAJANO, F. E., *La responsabilidad por el otorgamiento de Licencias Ilegales*, cit., p. 132; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística», cit., pp. 1737 y ss. Vid. STS 627/2006, de 8-6.

³⁸ Véase en la relación de los hechos probados de la SAP, Málaga, Sección 2ª, 256/2007, 25-4, la importancia de la labor de asesoramiento externo en el marco de los delitos de prevaricación urbanística.

³⁹ GÓRRIZ ROYO E. *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 98. Según VERCHER NOGUERA, considerar al asesor externo posible autor del 320. 1 CP sería forzar el concepto de funcionario público a los efectos de este delito. Su conducta de informar favorablemente y de forma arbitraria podría tener cabida a título de cooperación necesaria en el delito del art. 320.2. Cfr. «La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio», *Diario La Ley*, Tomo 1, 1997, p. 5.

lora un supuesto de concesión de una licencia de obras para construir en un terreno no urbanizable. Se acusa a los miembros de la Comisión de gobierno local que votaron favorablemente a su concesión sabiendo que esa decisión no gozaba de amparo legal. Como señala la Sentencia, los miembros de la Junta de Gobierno local no se limitan a votar sino que su obligación es la de cerciorarse de que las decisiones que tomen se ajusten a la legalidad urbanística. Son, por tanto, autores idóneos para realizar el tipo penal. No obstante, en el juicio oral se incorporó un Informe realizado por ZUGALDÍA ESPINAR que fundamentaba una situación de autoría inidónea: los acusados no pueden ser autores del delito del 320. 2 porque no les habían sido delegadas las competencias en materia de urbanismo y, por tanto, carecían de competencia para la concesión de licencias urbanísticas. Sin embargo, ellos ejercían esa función de modo efectivo: el Alcalde accidental estaba presente y no se hizo constar ninguna circunstancia que revelara una falta de competencia para la concesión de las mismas. En consecuencia, como señala la SAP, «*la falta de delegación expresa en nada impide que la concesión de la licencia haya surtido aparentemente plenos efectos y por tanto ello no supone que los acusados no puedan ser sujetos activos del delito*».

E. Las nuevas conductas punibles

1. Emitir Informes favorables arbitrarios (art. 320.1)

Las modalidades delictivas contempladas en el art. 320. 1 CP giran en torno a la conducta de *informar favorablemente* de forma contraria a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes. Dicha conducta debe recaer sobre instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o sobre la concesión de licencias. Con la introducción de nuevos objetos materiales (instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y construcción), se plantea si es legítimo, según el principio de proporcionalidad, alterar las reglas generales de la autoría y participación establecidas en el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Piénsese que, hasta el 23 de diciembre de 2010, estas conductas eran exclusivamente susceptibles de ser calificadas a título de participación en el delito del 404 CP: informar favorablemente no se integra en el concepto de *resolución* administrativa porque no es una declaración de voluntad de contenido decisorio o ejecutivo (STS 627/2006, 8-6).

Como subraya el Auto AP, Girona, Sección 3ª, 265/2000, de 23-6, un informe no constituye ninguna resolución, no posee en sí mismo

contenido ejecutivo, esto es, «no decide sobre el fondo del tema sometido a juicio de la Administración, característica ésta de la que manifiestamente adolece el informe de un técnico municipal evacuado en un expediente administrativo incoado para la concesión de una licencia y de la que sólo gozaría la resolución dictada, en este caso, por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento otorgando o denegando la concesión de la licencia».

En efecto, la conducta consistente en emitir informes arbitrarios que posibilitan una ulterior resolución injusta podía tener relevancia penal en concepto de participación dolosa en el delito de prevaricación administrativa: el funcionario interviene en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta contraria al Derecho urbanístico, y, en esa medida, contribuye a la misma. En este sentido, la STS 1312/1994, 24-6, valora la conducta del Arquitecto y Jefe de Urbanismo que, en contra del informe del Asesor Jurídico y de una Resolución de la Comisión de Urbanismo, emite un dictamen no vinculante proponiendo la aceptación parcial de una solicitud en un proceso de revisión del PGOU. Entiende el Tribunal que la actuación del acusado fue decisiva a la hora de dictarse la correspondiente Resolución injusta, una decisión final que difícilmente se hubiera podido tomar sin dicho dictamen. En consecuencia, su conducta integra un supuesto de cooperación necesaria⁴⁰. Asimismo, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Granada, 468/2009, de 11-11, reconoció una forma de participación en la conducta del funcionario que informa favorablemente un Estudio de detalle ilegal (instrumento de planeamiento urbanístico) contrario a la normativa urbanística, y a cuyo amparo pueden otorgarse licencias urbanísticas ilegales.

En definitiva, la conducta consistente en emitir un informe favorable contrario a la normativa urbanística que posibilitaría una ulterior resolución injusta es una forma de participación que se ha elevado a la categoría de autoría en el art. 320 CP, se convierte en un elemento esencial del tipo, siempre que recaiga sobre los supuestos contemplados expresamente en el apartado 1. Si la conducta no se ajusta a esos términos, aunque sea contraria a la legalidad urbanística y afecte gravemente a la ordenación del territorio, sólo podría ser castigada, en su caso, a título de participación dolosa en el delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP)⁴¹.

Con la reforma del art. 320.1 CP, el legislador ha consolidado la política de lucha contra la corrupción urbanística adelantando las ba-

⁴⁰ Vid. también, STS, Sala 2ª, 855/1997, de 14-6.

⁴¹ Al margen de otros posibles delitos, como los de falsedad documental.

rreras de la intervención penal. Se castiga como auténticas conductas de autoría contribuciones dolosas que generan, en mayor o menor medida, un peligro de adopción de una resolución decisoria arbitraria que lesionaría efectivamente el bien jurídico⁴². Si, como se observa, el delito del art. 320.1 gira en torno a una modalidad de conducta cualitativamente distinta del concepto de prevaricación del art. 404⁴³, no se entiende, al menos simbólicamente, que remita expresamente a la pena que éste prevé para el autor de un delito de resultado consumado⁴⁴. En efecto, el apartado 1 del art. 320 no regula un delito de resultado, como lo es el delito de prevaricación administrativa, sino un delito de peligro, que adopta la forma de peligro concreto o abstracto en función de la modalidad de conducta de que se trate: no es lo mismo informar favorablemente instrumentos de planeamiento que proyectos de parcelación.

La reforma plantea, por tanto, una serie de interrogantes. En primer lugar, si las nuevas conductas merecen, por su potencialidad lesiva para la ordenación del territorio, una valoración autónoma como tipos de peligro; en segundo lugar, si el grado de peligro que representa cada una de ellas es equiparable, teniendo en cuenta que están sometidas a la misma pena. Y, por último, si se justifica la aplicación de un marco penal similar a las conductas previstas en el apartado segundo⁴⁵.

1.1. La idoneidad del Informe

Los informes son actos de instrucción o trámite⁴⁶ consistentes en la emisión de una valoración de carácter técnico o jurídico que per-

⁴² GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. «Sobre la prevaricación específica en los delitos contra el medio ambiente», cit., p. 1005; en parecidos términos, GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., p. 227; vid. DE LA MATA BARRANCO, N. «La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales», cit., pp. 1217 ss.; STS 627/2006, de 8-6, STSJ, Baleares, 4/2009, de 17-12.

⁴³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, arts. 319 y 320 CP», cit., p. 281.

⁴⁴ El Grupo de Estudios de Política Criminal propone la supresión de la remisión expresa a la pena del art. 404, incluyendo en el tipo la pena de inhabilitación correspondiente, sin que esta propuesta, según se señala, sea obstáculo para afirmar su naturaleza de prevaricación específica. Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Grupo de Estudios de Política Criminal, 2010, pp. 36, 38.

⁴⁵ Vid. GÓRRIZ ROYO, E., «Ordenación del territorio, arts. 319 y 320 CP», cit., p. 332. Se muestra partidario de la equiparación de penas en los dos apartados del art. 320, A.VERCHER NOGUERA. «La especial forma de prevaricación...», cit., p. 8.

⁴⁶ No constituye en sí una resolución administrativa, sino que es «un acto de trámite que no manifiesta un contenido decisorio», GÓRRIZ ROYO, E., «Los delitos sobre la

mite al órgano administrativo responsable dictar una resolución con garantías de acierto. Para que integre la conducta típica, el informe debe cumplir una doble exigencia, cualquiera que sea la forma que adopte. De un lado, su idoneidad para influir o determinar una posterior resolución arbitraria⁴⁷; por otro lado, como criterio que restringe el alcance del tipo, debe comportar un peligro relevante para el bien jurídico ordenación del territorio⁴⁸.

En cualquier caso, se exige que el Informe contenga un pronunciamiento expreso favorable.

1.2. *El objeto material*

Según los términos del art. 320.1 CP, el Informe favorable debe recaer sobre cualquiera de estos conceptos:

- a) Instrumentos de Planeamiento
- b) Proyectos de Urbanización
- c) Proyectos de Parcelación y Reparcelación
- d) Proyectos de Construcción y Edificación
- e) Concesión de Licencias

a) Instrumentos de Planeamiento

Sin perjuicio de otras consideraciones, resulta coherente la introducción de los instrumentos de planeamiento dentro del tipo penal. El planeamiento urbanístico define, en la práctica, un modelo y una estructura de ciudad sobre la que posteriormente se instalan y desarrollan los distintos usos urbanos. En este modelo, aspectos como las tipologías edificatorias y su relación con los espacios abiertos (viario, espacios de convivencia, zonas verdes, etc.), la distribución de los distintos usos y su convivencia o separación (viviendas, equipamientos públicos y privados, usos terciarios e industriales, etc.), así como su mayor o menor concentración en el espacio, pueden apoyar igual que dificultar determinados estilos de vida más o menos sostenibles.

ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP». En, Comentarios a la Reforma Penal de 2010, cit., p. 379.

⁴⁷ Ocupan una especial posición aquellos que incorporan una propuesta de resolución. Cfr. ÚBEDA TARAJANO, F. E., op. cit., p. 158.

⁴⁸ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., cit., p. 1003. En sentido similar, ÚBEDA TARAJANO, F. E., cit., p. 142.

Lo cierto es que, con anterioridad a la reforma de 2010, los delitos urbanísticos se centraban en el último estadio de la alteración del orden urbanístico relacionado con las obras de construcción o edificación o los proyectos de edificación y la concesión de licencias⁴⁹. De esta manera, el ámbito planificador o clasificador de suelos quedaba aquí desprotegido, por ello se reclamaba un adelantamiento de la tutela penal a un ámbito como éste, idóneo para propiciar ataques graves a la ordenación del territorio⁵⁰. Se convierte así en una estrategia básica en la lucha contra la corrupción urbanística⁵¹.

La SAP Barcelona de 25 de abril de 2002 apuntaba la peligrosidad para la ordenación de territorio de los informes favorables a la aprobación arbitraria de un Plan Parcial.

Es oportuna la introducción expresa de esta modalidad de conducta porque un instrumento de planeamiento tiene por objeto ordenar el suelo y legitimar las actuaciones sobre el mismo, por lo que su potencialidad lesiva respecto a la ordenación del territorio es, en la práctica, mucho mayor que el informar favorablemente una licencia ilegal⁵². El Plan General de Ordenación urbana, el plan municipal, son la pieza clave del planeamiento urbanístico, configurándose como el instrumento de ordenación general e integral del territorio de un municipio. En dicho instrumento se ejerce la opción por un modelo urbanístico determinado, cuya realización práctica se producirá, dependiendo de la clase de suelo, directamente a través del propio plan general, o bien necesitará otra figura de planeamiento de desarrollo.

No obstante, hay que advertir que las figuras de planeamiento no se agotan con el Plan general de ordenación urbanística. Existen otros instrumentos que se integran dentro del planeamiento de desarrollo: Planes parciales de ordenación, Planes especiales y Estudios de detalle⁵³.

⁴⁹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...», cit., pp. 282-283.

⁵⁰ En este sentido se pronuncia JORDANO FRAGA, J. «La reclasificación del Suelo No Urbanizable», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 2009, p. 367.

⁵¹ De esta manera, como señala VILLACAMPA ESTIARTE, el legislador «puede estar incidiendo directamente en la facultad normadora de las corporaciones locales». Cfr. «Los delitos sobre la ordenación del territorio...», cit., pp. 282-283.

⁵² Destaca su gravedad, ORTEGA MONTORO, R. J. «La nueva regulación de los delitos urbanísticos en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2009», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados* n.º 4, 2010, p. 10.

⁵³ Vid., en sentido amplio, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio...», cit., pp. 282-283.

Con todo, cabe plantear si es posible encuadrar dentro de este tipo penal la conducta de informar favorablemente *modificaciones* arbitrarias del planeamiento urbanístico, por ejemplo, el cambio de la clasificación urbanística de un suelo.

En primer lugar, *clasificación* y *calificación* de un suelo no son términos materialmente equivalentes. Mientras que la «clasificación» atiende a la clase de suelo (urbano, urbanizable, no urbanizable), la «calificación» consiste en la determinación de un destino concreto a cada porción de terreno mediante la adscripción de usos, tipologías edificatorias y niveles de intensidad. Así, un suelo clasificado como urbano puede ser calificado como suelo de uso industrial, uso residencial intensivo, zona verde, etc.). En consecuencia, *reclasificar* es cambiar una clase de suelo por otra (p. ej., de no urbanizable a urbanizable) y *recalificar* es alterar el uso al que estaba destinado el terreno (p.ej., de industrial a residencial)⁵⁴. En esa medida, pueden afectar con distinta intensidad al bien jurídico ordenación del territorio.

Por otro lado, dentro del concepto amplio de *innovación* del planeamiento general deben distinguirse los actos de *modificación* y *revisión* del planeamiento. De acuerdo con el art. 37 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante, LOUA), se entiende por «revisión» aquella alteración que afecte a la ordenación íntegra del territorio, o que altere sustancialmente la ordenación estructural de los Planes Generales de Ordenación Urbanística. La ordenación estructural comprende aquellas determinaciones que sirven para dar coherencia a la ordenación urbanística del territorio en su conjunto, como, por ejemplo, la clasificación de la totalidad del suelo, la reserva de terrenos para destinarlos a viviendas de protección oficial, red básica de terrenos para suelo dotacional público (parques, jardines...), normativa del suelo no urbanizable de especial protección, con identificación de los elementos y espacios de valor histórico, etc. En cambio, la «modificación» del planeamiento, según el art. 38 LOUA, supone toda alteración que no afecte sustancialmente a la ordenación establecida en planeamiento general. Los ayuntamientos son competentes para la aprobación definitiva de las innovaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbanística que no afectan a la ordenación estructural

⁵⁴ Cfr. E. DESDENTADO DAROCA, en, (L. MARTÍN REBOLLO/R. O. BUSTILLO BOLADO, Dir.), «Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico», *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Ed., Aranzadi, Navarra, 2007, p. 228; BUSTILLO BOLADO, O., en, (L. MARTÍN REBOLLO/R. O. BUSTILLO BOLADO, Dir.), «Clasificación y calificación del suelo». *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, cit., 2007, p. 388.

de éstos, previo informe de la Consejería competente en materia de urbanismo⁵⁵.

Por tanto, la «revisión» tiene un mayor calado, supone una recuperación de la potestad para aprobar planes que permite a la Administración ejercer el *ius variandi* con mayor rotundidad⁵⁶. Revisar un PGOU equivale a la aprobación de un plan nuevo⁵⁷. En cambio, la «modificación» busca corregir alguno de los elementos del Plan, pero éste subsiste sin ser sustituido por otro⁵⁸, porque lo decisivo es que el Plan mantenga las líneas básicas esenciales y criterios determinantes que lo configuran y que no se afecte a la estructura general básica⁵⁹.

En relación con estas situaciones, VILLACAMPA ESTIARTE considera cuestionable afirmar la tipicidad del informe sobre «la revisión del planeamiento municipal posterior clasificando como suelo urbanizable, o incluso urbano, el anteriormente clasificado como suelo no urbanizable si era común» porque podría constituir una decisión discrecional (no reglada), que se encuentra, además, con el obstáculo de acreditar la vertiente subjetiva del tipo penal. Como señala la autora, si lo que se pretende es incriminar las recalificaciones, hubiera sido necesario incluir «un nuevo tipo delictivo específico en este artículo que requiriese que la aprobación o la revisión del planeamiento bien fuese contraria a las normas urbanísticas o de ordenación del territorio vigentes, bien, no siéndolo por el carácter discrecional de la resolución adoptada», no persiguiera intereses de carácter general o incidiera en la adecuada ordenación del territorio⁶⁰.

⁵⁵ El problema de deslinde se plantea ante supuestos de aprobación de revisiones encubiertas del PGOU a través de modificaciones. Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 9 de abril de 2007 declara nula de pleno derecho por incompetencia manifiesta una revisión encubierta aprobada por el Ayuntamiento de Almuñécar. En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía de 4 de junio de 2007 declara la nulidad de pleno Derecho de la tramitación de hasta un total de 18 modificaciones puntuales para cambio de uso a hotelero, afectando en algunos casos a zonas verdes públicas y privadas, con incremento de ocupación.

⁵⁶ JORDANO FRAGA, J. «La reclasificación del Suelo No Urbanizable», cit., p. 146.

⁵⁷ GALÁN VIOQUE, R. «Modificación y revisión», En, (L. MARTÍN REBOLLO/R. O. BUSTILLO BOLADO, Dir.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2007, p. 321.

⁵⁸ JORDANO FRAGA, J. «La reclasificación del Suelo No Urbanizable», cit., p. 147.

⁵⁹ JORDANO FRAGA, J. «La reclasificación del Suelo No Urbanizable», cit., p. 154.

⁶⁰ Aunque, en este segundo supuesto, la autora propone una sanción menor. Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio...», cit., pp. 282-283. En cualquier caso, aunque en el ejercicio de la potestad de planificación la Administración cuente con una amplia discrecionalidad, el art. 3 del TRLS exige que ésta

Las modificaciones sobre el suelo serán típicas siempre que se consideren, con arreglo a los términos del art. 320.1, *instrumentos de planeamiento* en sí mismas. Como se ha señalado, modificar un plan no equivale a la aprobación de un plan nuevo, su finalidad es corregir concretos elementos del Plan, sin afectar a sus líneas esenciales sobre la estructura general y orgánica del territorio o de la clasificación del suelo, aun cuando dicha alteración lleve consigo cambios aislados en la clasificación o calificación del suelo⁶¹.

El texto no se refiere a informar modificaciones del planeamiento sino a informar directamente instrumentos de planeamiento, de la misma manera que, respecto del art. 320.2, la «*aprobación de los instrumentos de planeamiento*» no equivale estrictamente a la aprobación de las innovaciones de los Planes Generales de Ordenación Urbanística, salvo que la innovación adquiera materialmente la categoría de instrumento de planeamiento. El legislador tendría que haber previsto expresamente estos supuestos para evitar problemas de interpretación⁶²; piénsese que la introducción de esta conducta fue fruto del trámite parlamentario, no constaba en el Proyecto sometido a discusión.

Con la introducción de los instrumentos de planeamiento urbanístico se ha extendido de forma considerable el ámbito típico. Y ello por varias razones. Como para la aprobación de los planes se requiere una gran cantidad de informes sectoriales, de diferentes administraciones públicas, pueden realizar la conducta típica, no sólo

sea motivada. Cfr. DESDENTADO DAROCA, E., «Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico», cit., p. 230.

⁶¹ STS, Sala 3ª, de 12 de febrero de 1985.

⁶² La propuesta de tipificación alternativa de M. ACALE SÁNCHEZ menciona expresamente la conducta de «informar favorablemente *la modificación de la planificación urbanística* en contra de las normas urbanísticas vigentes, o resolver o decidir a favor con el voto *el cambio de la calificación urbanística de un suelo*». Cfr. «Ordenación del territorio, arts. 319 y 320 CP», En, (J. ÁLVAREZ GARCÍA/J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 337. La cursiva ha sido añadida. En sentido similar, la propuesta del Grupo de Política criminal introduce la conducta de resolver o votar favorablemente «el cambio de la calificación urbanística de un suelo». Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, p. 36. Sin embargo, por razones de intervención mínima, no extienden el tipo a otros comportamientos arbitrarios relacionados con los instrumentos de planeamiento, estimándose adecuado castigar las conductas más graves, esto es, «a quienes tienen la última palabra en la toma de decisiones, como son, en el ámbito municipal, las autoridades que votan o resuelven a favor de estos cambios ilegales del planeamiento», p. 38. Sugieren, además, como medida potestativa de carácter disuasorio, la prohibición de modificar la calificación del suelo en un plazo de hasta 15 años, *Ibíd.* Vid. también, ACALE SÁNCHEZ, cit.

los funcionarios municipales, sino los de otras administraciones. Para mayor abundamiento, en la reforma se introduce expresamente la contrariedad del Informe con las *normas de ordenación territorial*, un requisito sobre el que tendremos oportunidad de pronunciarnos más adelante, aunque baste adelantar que, a nivel autonómico, existen instrumentos de ordenación territorial que tienen carácter normativo y sus determinaciones se imponen a los planes de ordenación territorial inferiores y al planeamiento urbanístico.

b) Proyectos de Urbanización

En consonancia con la introducción en el ámbito del art. 319 CP de las «obras de urbanización», en el contexto de la prevaricación urbanística también se amplía la intervención penal a estadios previos, pues toda obra de urbanización requerirá la elaboración del correspondiente proyecto y la aprobación administrativa. Por ello se incrimina la conducta de emitir informes favorables a la aprobación de «proyectos de urbanización».

Los proyectos de urbanización, como indica el art. 98 LOUA, son proyectos de obras sin contenido planificador que tienen por finalidad llevar a la práctica la ordenación y las determinaciones contenidas en el planeamiento urbanístico, general o de desarrollo. Son instrumentos para la aplicación de lo que el planeamiento prevea en cuanto a obras de vialidad, abastecimiento de agua, alcantarillado, etc. No puede aprobarse un proyecto de urbanización sin una previa figura de planeamiento que le dé cobertura, tal y como dispone el art. 14.2 TRLS.

Es acertada la introducción de los *proyectos de urbanización* en el tipo penal. La simple resolución que aprueba un proyecto de urbanización es suficiente para la ejecución de las obras correspondientes sin necesidad de otorgar una posterior licencia. Por ello, su potencialidad lesiva para el bien jurídico ordenación del territorio es importante (es una modalidad de peligro concreto), piénsese en un proyecto de urbanización que pudiera aprobarse sin que previamente exista la figura de planeamiento correspondiente o que modifique las determinaciones de éste.

c) Proyectos de Parcelación y Reparcelación

Resulta conveniente detenernos ahora en la conducta consistente en informar favorablemente «proyectos de parcelación» o «proyectos de reparcelación». Éstos están relacionados con otros actos y usos del

suelo susceptibles de ser autorizados, pero más alejados del momento de la edificación⁶³.

Con carácter general, puede definirse la «parcelación» como el acto por el que se modifica la forma, superficie o linde de una o varias parcelas o fincas con independencia de su finalidad concreta y de la clase de suelo. En el ámbito de la Comunidad autónoma de Andalucía, el art. 66 LOUA considera parcelación urbanística, en terrenos que tengan el régimen propio de suelo urbano y urbanizable, toda división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas, parcelas o solares. Son indivisibles las fincas, parcelas o solares que tengan dimensiones inferiores o iguales a las establecidas como mínimas en el instrumento de planeamiento («parcela mínima edificable»); también lo son, las fincas, parcelas o solares cuando ya se haya agotado toda la edificabilidad correspondiente (art. 67 LOUA). En el suelo no urbanizable, las parcelaciones urbanísticas quedan prohibidas, siendo nulas de pleno derecho (art. 68).

Toda parcelación urbanística deberá ajustarse a lo dispuesto en la ley y en los instrumentos de planeamiento y, además, precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de *innecesariedad* de la misma. En consecuencia, los supuestos que encajan dentro de la conducta típica pueden ser muy numerosos. Una parcelación ilegal es aquella contraria a lo establecido en la legislación urbanística y en el planeamiento, lo que ocurriría con las que pudieran dar lugar a la formación de un núcleo de población, esto es, el asentamiento de uso predominantemente residencial que genera varias parcelas o unidades rústicas que pueden llegar a soportar una edificación y, en un futuro, demandar la dotación de servicios e infraestructuras públicas urbanísticas, un problema que hay que evitar en el suelo no urbanizable. No obstante, esta conducta, de mayor gravedad, se equipara a otras que integran el concepto de parcelación ilegal, sin alcanzar esa intensidad; así, por ejemplo, parcelaciones en suelo urbano que no respeten la parcela mínima edificable o en zonas cuya edificabilidad se haya agotado.

También debemos resaltar que aunque el legislador haya incluido de forma expresa la conducta consistente en informar favorablemente proyectos de parcelación, esta conducta podía encontrar acomodo en la anterior redacción del art. 320 CP porque, si la ley exige

⁶³ GÓRRIZ ROYO, E., op. cit., pp. 377, 378. La autora defendía, a propósito del Proyecto de 2009, la inclusión específica de los Proyectos de parcelación, no, en cambio, los de reparcelación. Cfr. «Ordenación del territorio, arts. 319 y 320 CP», cit., p. 330.

licencia urbanística para cualquier acto de parcelación urbanística, informar favorablemente o resolver la concesión de una licencia de parcelación ilegal integraban el tipo penal antes de la reforma.

La «reparcelación» constituye una actuación de parcelación porque supone la división de un espacio de terreno. Consiste en la agrupación de fincas irregulares o brutas comprendidas en una unidad de ejecución para su nueva división ajustada al plan, con adjudicación de las parcelas regulares y netas resultantes a los interesados (en proporción a sus respectivos derechos) y de los terrenos de cesión obligatoria.

Requiere la previa existencia de un planeamiento urbanístico para cuya ejecución se realiza el proyecto de reparcelación⁶⁴. En cualquier caso, no reviste la importancia que puede alcanzar el informar favorablemente proyectos de parcelación ilegales.

d) Proyectos de Construcción y Edificación

Es acertada la diferenciación, tras la reforma, de las conductas consistentes en informar favorablemente proyectos de construcción y de edificación, ya que, de esta forma, se establece una necesaria simetría entre los arts. 319 y 320 del CP.

«Construcción» y «edificación» son términos que no están definidos normativamente, pero ambos requieren la previa concesión de licencia urbanística (art. 169 LOUA). Entre «construcción» y «edificación» existe una relación de género a especie. El término construcción tiene una gran extensión y ha llegado a definirse como toda edificación incorporada al suelo con carácter permanente y, precisando más, se ha entendido como la ejecución de una obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, debiéndose tratar de obras que incorporan elementos físicos permanentes⁶⁵. La edificación es una modalidad de construcción; abarca toda obra de albañilería o arquitectura que sirve para morada, reuniones, espectáculos, etc. Se

⁶⁴ Así lo dispone el art. 80 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por R.D 3288/1978, de 25 de agosto, de aplicación supletoria en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁶⁵ Cfr. SÁNCHEZ DOMINGO, M^a B. *Delitos Urbanísticos*, cit., pp. 95, 96; GÓMEZ TOMILLO, M. «Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: la construcción y edificación ilegal», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n^o 223, 2006, p. 52; GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, p. 85.

vincula a un lugar cerrado, destinado a albergar personas, de modo permanente o transitorio⁶⁶.

e) Concesión de Licencias

El art. 320.1 CP castiga la conducta consistente en informar favorablemente la concesión de *licencias* contrarias a las normas urbanísticas y a las normas relativas a la ordenación territorial. El problema, antes y después de la reforma de 2010, sigue siendo el mismo: cabe preguntarse si cualquier informe favorable a la aprobación de una licencia urbanística ilegal integraría el tipo del art. 320.1 CP. Si se exige, como criterio restrictivo, que el informe comporte un riesgo relevante de menoscabo de la ordenación del territorio, la respuesta debe ser negativa, pues el delito no puede convertirse en mero reforzamiento de la autoridad administrativa⁶⁷. Por otro lado, se cuestiona la excesiva amplitud del término *licencia*. Pudiera pensarse, si afirmamos la necesaria coordinación entre los arts. 319 y 320 CP, que abarca exclusivamente las licencias de construcción o edificación sobre los suelos a que se refiere el art. 319, o las licencias de parcelación, pero el art. 320 no limita su alcance. Así, puede tratarse de una licencia de demolición, o de primera ocupación o utilización de edificios⁶⁸.

Ello entraña el riesgo de vulnerar principios esenciales del Derecho Penal (principio de legalidad, intervención mínima y proporcionalidad), teniendo en cuenta que son muy variados los actos que requieren la concesión de licencias urbanísticas⁶⁹.

1.3. Valoración del alcance de la reforma

Especialmente llamativa resulta la configuración del art. 320.1 CP por incluir conductas que no consisten en «dictar resoluciones ar-

⁶⁶ Vid. SAP, Córdoba, Sección 2ª, 42/2003, de 27-2; SAP, Cádiz, Sección 2ª, 428/2009, de 14-12.

⁶⁷ Vid., por ejemplo, STS 363/2006, de 28-3.

⁶⁸ Vid. ORTEGA MONTORO, R. J. «La nueva regulación de los delitos urbanísticos en el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2009», cit., p. 10. El Grupo de Estudios de Política criminal señala la necesidad de limitar el alcance de las licencias a las de «urbanización, parcelación o de construcción». Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, cit., p. 37.

⁶⁹ La SAP, Madrid, Sección 4ª, 77/2005, de 31-5, analiza la adecuación a la normativa urbanística de diversos tipos de licencia: licencias urbanísticas de talas de árboles, de construcción de viviendas, licencia de segregación.

bitrarias», sino en la realización de actos de trámite (emitir informes favorables). Por eso, en este sentido, el delito del art. 320.1 no constituye una «modalidad agravada» respecto del delito de prevaricación administrativa del art. 404 sino un tipo autónomo *sui generis* de prevaricación. Piénsese que el art. 404 CP sería aplicable en los supuestos de emisión de informes ilegales no expresamente contemplados en el art. 320.1, o que revistan escasa capacidad para lesionar la ordenación del territorio, siempre que exista o se dé comienzo a la adopción de una resolución arbitraria (principio de accesoriedad del partícipe).

Parece adecuado adelantar las barreras de protección penal del bien jurídico ordenación del territorio ante determinadas modalidades de conducta por su especial potencialidad lesiva, a saber, la emisión de informes favorables sobre determinados instrumentos de planeamiento o proyectos de urbanización, contrarios al Derecho urbanístico. Es cierto que, con anterioridad a la reforma, estas conductas podían adquirir relevancia penal como formas de participación —normalmente, cooperación necesaria— en el delito de prevaricación administrativa del art. 404. Sin embargo, es acertado que cobren autonomía propia como comportamientos de corrupción urbanística, tienen un significado que trasciende la mera participación en un hecho ajeno. No contradice, por ello, el principio de proporcionalidad si se convierten en auténticas formas de autoría por su especial gravedad para menoscabar la ordenación del territorio.

El criterio de proporcionalidad también sirve de punto de referencia para discutir la equiparación, en el mismo precepto, de conductas de escasa trascendencia para el bien jurídico, por ejemplo, informar favorablemente la división de un terreno cuya edificabilidad se haya agotado.

2. Conductas omisivas relativas al incumplimiento de deberes de inspección

Otra de las novedades incorporadas en el art. 320.1 CP es la incriminación de dos comportamientos omisivos dolosos: *silenciar con motivo de inspecciones la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes*, y *omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio*. El legislador ha querido trasladar al ámbito de los delitos sobre la ordenación del territorio la fórmula contemplada en el art. 329 CP, un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Mientras que la primera de las modalidades ha sido fruto de las demandas doctrinales⁷⁰, la segunda no se puede defender en la medida en que se convierta en un mero incumplimiento formal de la normativa administrativa⁷¹. En cualquier caso, si esos comportamientos omisivos no fueran idóneos para menoscabar el objeto de tutela, su persecución deberá desplazarse al derecho administrativo sancionador⁷².

Probablemente, con la introducción expresa de sendas figuras omisivas el legislador ha pretendido eludir los problemas dogmáticos que giran en torno a la comisión por omisión. Se han señalado las dificultades y limitaciones derivadas de la participación del funcionario en comisión por omisión en el delito cometido por el particular (art. 319)⁷³.

La STS 1127/2009, de 27-11, confirma la condena como partícipe (cooperación necesaria) en el delito del art. 319 CP del celador de obras de un Ayuntamiento que formula un acta de denuncia incompleta. Tras la reforma de 2010, este comportamiento podría integrar el tipo del art. 320.1 CP, como una modalidad omisiva de prevaricación urbanística.

Finalmente, el legislador ha tomado la decisión de acercarse a la estructura de los tipos de omisión de garante y de peligro, obviando la aplicación estricta de las reglas del art. 11 CP.

La incriminación expresa de sendas formas omisivas de prevaricación va a generar muchos problemas de interpretación y de apli-

⁷⁰ Cfr. GÓRRIZ ROYO, E., «Ordenación del territorio, arts. 319 y 320 CP», cit., p. 331; también VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio...», cit., pp. 284-285; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística», En, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales...* cit., p. 1754.

⁷¹ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., op. cit., pp. 284-285, cuya función puede ser la de servir de refuerzo de la primera. En este sentido, GÓRRIZ ROYO, E., «Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP». En, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, cit., p. 381; salvo que se exigiera que el incumplimiento de la obligación de inspeccionar afectara a los dos bienes jurídicos tutelados en el art. 320, así, cuando favoreciera la comisión de infracciones urbanísticas graves o un delito urbanístico. Con todo, la autora señala que resulta prescindible. El Grupo de Estudios de Política criminal se muestra favorable a la inclusión de ambas modalidades omisivas. Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, cit., p. 37.

⁷² GÓRRIZ ROYO, E., «Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP». En, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, cit., pp. 381-382.

⁷³ Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio...», cit., pp. 284-285; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J./VILLACAMPA ESTIARTE, C. «La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística», cit., pp. 1758 y ss.

cación, al menos, habrá que acreditar, en la primera de ellas, que el autor, que asume materialmente competencias de inspección, se encontraba realizando una actividad de inspección y omite dar cuenta de la infracción urbanística que detecta (omite el deber de comunicar o denunciar)⁷⁴. Aunque el art. 30 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010, de 6 de marzo, establece que la inspección urbanística es una potestad dirigida a comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y de uso del suelo, del vuelo y del subsuelo, se ajustan a la ordenación territorial y urbanística, conviene tener presente que el ámbito de la inspección urbanística, especialmente en los municipios, es una materia que dista mucho de estar claramente delimitada. El art. 179. 2 LOUA señala que los municipios y la Consejería con competencias en materia de urbanismo deben desarrollar dichas funciones inspectoras en el marco de sus respectivas competencias. Mientras que en el ámbito de la comunidad autónoma andaluza se ha procedido a la creación del Cuerpo de Inspectores de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda⁷⁵ y la Inspección General de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda⁷⁶, no siempre se garantiza en los municipios la figura del inspector urbanístico. El servicio de inspección urbanística en los pequeños y medianos Ayuntamientos será ejercido por el arquitecto técnico municipal o por algún funcionario encargado de vigilar que las obras que se ejecuten cuenten con la oportuna licencia, o incluso por la policía local⁷⁷.

Por otra parte, la formulación tan amplia que se emplea para describir las modalidades omisivas contradice las exigencias de taxatividad penal. En ellas, pueden incluirse no sólo los actos de urbanización, construcción o edificación, sino que, en el ejercicio de la potestad de inspección, son muchos los actos que pueden ser objeto de comprobación. Para delimitar su alcance material, habría que relacionar estrictamente el incumplimiento de los deberes de inspección con el objeto material del tipo del art. 320. 1 CP y coordinarlo con las conductas del art. 319. Además, debe crear una situación de peligro

⁷⁴ GÓRRIZ ROYO, E., «Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP». En, *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, cit., p. 381.

⁷⁵ En virtud de la Ley 13/2005, de 11 noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

⁷⁶ Decreto 190/2005, de 6 septiembre.

⁷⁷ Vid. ORTEGA MONTORO, R. J. «La nueva regulación de los delitos urbanísticos...», cit., pp. 10-11. El autor denuncia en este contexto «la ausencia de planificación alguna en materia de inspección, así como el escaso número de efectivos para estos cometidos (escaso número que, por lo demás, interesa mantener en su precariedad)», ibíd.

de menoscabo de la ordenación del territorio. De lo contrario, todos los supuestos en los que el funcionario, en el marco de su deber de inspección, silencie la infracción de las normas urbanísticas integrarían el tipo.

3. Las conductas del art. 320.2 CP

La reforma de 2010 ha ampliado notablemente el ámbito de aplicación del art. 320.2 CP, en consonancia con la extensión que ha experimentado el apartado primero del precepto, al que remite. En efecto, si el apartado primero alude a la emisión de informes arbitrarios favorables a la aprobación de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias, el apartado segundo vincula la resolución o el voto favorable al mismo contenido. En contraste con la redacción anterior, ya se distingue entre «aprobación» y «concesión» en función del objeto material.

La competencia en materia de actos urbanísticos se atribuye por el Derecho Administrativo a órganos concretos de la Administración, que pueden ser unipersonales (p. ej., un Alcalde) o colegiados, por estar constituido por una pluralidad de personas (p.ej., la Comisión de Gobierno Local).

El art. 320. 2 CP prevé dos modalidades de conducta: «votar» y «resolver» a favor. Esta distinción de actos parece vincular la conducta de «votar» a los supuestos cuya resolución se somete a la decisión de un órgano colegiado, mientras que la conducta de «resolver» se produce cuando la decisión se somete al criterio de un órgano unipersonal⁷⁸ («*el que por sí mismo...*»).

Tales conductas se corresponden con el ámbito de la prevaricación administrativa del art. 404⁷⁹. Son más graves por afectar, además, a un bien jurídico independiente, y específicas por la especialidad del objeto de las resoluciones administrativas arbitrarias.

3.1. El término «resolución» como acto administrativo específico

Como acto administrativo específico, las resoluciones se definen por su carácter decisorio o ejecutivo, son una declaración de voluntad

⁷⁸ GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación administrativa*, cit., p. 274.

⁷⁹ Vid. ÚBEDA TARAJANO, F. E., op. cit., p. 171; SAP, Granada, Sección 2ª, 571/2009, de 6-11.

concreta (sobre supuestos de hecho concretos) de contenido decisorio que afecta a los derechos de los administrados o a la colectividad en general⁸⁰. Según el art. 320.2 CP, la resolución debe contener la aprobación de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias, de modo contrario a las normas de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes en el momento en que se adopta.

3.2. El término «votar»

Ya se ha señalado que la conducta de «votar» se vincula con los supuestos cuya resolución se somete a la decisión de un órgano colegiado. En cualquier caso, el precepto equipara «votar» favorablemente a la conducta de «resolver a favor». Si es así, el voto debe recaer sobre resoluciones o actos que revistan naturaleza decisoria o ejecutiva⁸¹.

El precepto exige *votar a favor* de la aprobación de instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias, de forma contraria a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes en el momento en que se vota. En consecuencia, no realiza la conducta típica del art. 320. 2 quien vota en contra, aun cuando lo que se somete a aprobación sea conforme a las normas urbanísticas vigentes⁸²; asimismo, quien vota en contra cuando con ello (a sabiendas) contribuya a adoptar un acuerdo arbitrario⁸³.

Cabe discutir la relevancia penal de las conductas consistentes en la abstención en la votación, cuando dicho comportamiento sea idóneo para alcanzar el acuerdo mayoritario favorable, por ejemplo, a la concesión de una licencia ilegal y se haga con el conocimiento de esa contribución al acto ilícito, confiando en el juego de las mayorías. Si

⁸⁰ Vid. ÚBEDA TARAJANO, cit., pp. 172, 173.

⁸¹ En este sentido, ÚBEDA TARAJANO, F. E., cit., p. 178; si bien, como señala el autor, el art. 320.2 adelanta la barrera de la intervención penal al momento de la votación, p. 180.

⁸² GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación administrativa*, cit., p. 280.

⁸³ VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Los delitos sobre la ordenación del territorio...», cit., p. 281. Para resolver esta situación, M. ACALE SÁNCHEZ propone modificar la redacción del precepto y sustituir la expresión votar a favor por la de decidir con el voto. «Ordenación del territorio, arts. 319 y 320 CP», cit., p. 337. En este sentido el Grupo de Política criminal entiende que el tipo penal debería exigir votar «favorablemente» para castigar al «conjunto de personas cuyos votos a favor logran conformar una decisión contraria a la normativa vigente». Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*, cit., p. 37.

bien no realiza el tipo del art. 320. 2⁸⁴, no cabe excluir por ello su posible valoración como una forma de participación, concretamente, un acto de cooperación necesaria⁸⁵.

Por su potencialidad lesiva para el bien jurídico relativo a la ordenación del territorio, cabe subrayar, en concreto, la conducta consistente en votar a favor de la aprobación de instrumentos de planeamiento de modo contrario a las normas urbanísticas o de ordenación territorial. Como hemos señalado, existen muchas figuras de planeamiento y hay que tener en cuenta que la aprobación definitiva de algunas de ellas corresponde a la Administración autonómica, por ejemplo, en los Planes Generales de Ordenación urbanística.

Pues bien, la aprobación de un PGOU comprende una serie de fases: una fase de avance (que sólo requiere exposición al público y no deja de ser una declaración de intenciones), una aprobación inicial (competencia del Ayuntamiento), una aprobación provisional (también corresponde a la Administración Local) y una aprobación definitiva (competencia de la Comunidad Autónoma). En este contexto, cabe plantear qué relevancia penal tendría la aprobación inicial, o provisional, por el Pleno de la Corporación local (órgano formado por la totalidad de los concejales) de una figura de planeamiento urbanístico general, en contra de la normativa urbanística o de ordenación del territorio, sin contar posteriormente con la aprobación definitiva por parte del órgano competente de la Comunidad autónoma, que conseguiría así frustrar dicho Plan ilegal.

Para integrar la conducta típica del art. 320.2 CP, la aprobación de un instrumento de planeamiento a través del voto favorable de los miembros del órgano colegiado, al igual que la conducta de «resolver» (con la que se equipara), debe revestir naturaleza decisoria o ejecutiva, de modo que sea la decisión final de un procedimiento. Si no es así, constituiría exclusivamente un acto preparatorio no punible. En cambio, si ese Plan aprobado provisionalmente contara con la aprobación definitiva y ulterior de la Comunidad Autónoma, es posible considerar la existencia de coautoría del delito del 320. 2 respecto de aquellos miembros del órgano colegiado de la Comunidad autónoma que emitieron un voto favorable (con el conocimiento de la ilegalidad del Plan en aquel momento), e imputar, en calidad de cooperadores necesarios, a los miembros del Pleno del Ayuntamiento que votaron a favor de su aprobación (contando también con el conocimiento de su ilegalidad).

⁸⁴ ÚBEDA TARAJANO, cit., p. 183.

⁸⁵ GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación administrativa*, cit., p. 283.

4. La infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes y la arbitrariedad del Informe, Resolución o Voto favorable

Por último, la ilegalidad de las conductas incluidas en el art. 320 puede consistir no sólo en la contravención de las normas urbanísticas vigentes (según la redacción anterior a la reforma), también de las *normas de ordenación territorial*⁸⁶. Es una incorporación normativa que amplía el campo de aplicación del precepto y acentúa el grave problema de indeterminación del que ya adolece.

En primer lugar, el incumplimiento de las normas urbanísticas vigentes en el momento de realización de la modalidad de conducta típica de que se trate comprende también las normas relativas al procedimiento de adopción de los actos administrativos.

La SAP, Málaga, Sección 2ª, 256/2007, 25-4, entiende que la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, puede proceder, ya sea de unas normas subsidiarias, ya de normas con rango de Ley; igualmente alcanza al fondo de la resolución, o a lo concerniente a la competencia o el procedimiento, porque todo ello constituye el derecho urbanístico aplicable.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, tras la STC 61/1997, 20-3, existen tantas normativas urbanísticas como Comunidades Autónomas. A ello cabe añadir la normativa que incorpora cada uno de los instrumentos urbanísticos y las respectivas ordenanzas municipales. A partir de la reforma de 2010, a esa ingente normativa urbanística hay que sumar la normativa sobre ordenación del territorio como punto de referencia alternativo para valorar la ilegalidad que requiere el tipo.

Conviene subrayar también que el análisis de la adecuación o no a derecho del acto administrativo debe hacerse en función de la normativa vigente en el momento en el que se adoptó, con independencia de que después se produzcan modificaciones normativas⁸⁷. No obstante, el carácter especialmente dinámico de la normativa administrativa crea situaciones condicionadas por la sucesión de decisiones administrativas sobre planeamientos y reclasificaciones de suelos que, con escaso margen temporal, se convierten en terrenos urbanizables⁸⁸. Esta cuestión se resolvería a través de la aplicación *retroac-*

⁸⁶ Se ha considerado acertada esta inclusión por crear expectativas de una «mejor tutela penal a bienes vinculados a dicha ordenación y no exclusivamente al urbanismo». Cfr. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Grupo de Estudios de Política Criminal, cit., p. 37.

⁸⁷ SAP, Málaga, Sección 2ª, 256/2007, 25-4; SAP, Jaén, Sección 1ª, 14/2009, de 29-1.

⁸⁸ Vid. Auto AP de Ciudad Real de 10 de diciembre de 2002.

tiva de las normas sancionadoras que resultaran más favorables (Auto del TC de 19 de octubre de 2004⁸⁹).

Pero una cosa es la infracción del derecho urbanístico y otra que dicha infracción integre el tipo penal del art. 320 CP. La STS 363/2006, de 28-3, establece un denominador común entre este delito y la prevaricación administrativa del art. 404 CP: la interpretación de la arbitrariedad del acto administrativo es la misma. En el ámbito de la prevaricación urbanística, este requisito puede manifestarse por diversas razones, y entre ellas, la total ausencia de fundamento, si los actos proceden de órganos incompetentes, o si se omiten trámites esenciales del procedimiento (STS 1658/2003, de 4-12; SAP, Málaga, Sección 2^a, 256/2007, 25-4); pero, en cualquier caso, el acto administrativo se ha de derivar de una interpretación imposible de la normativa urbanística conforme a los mecanismos hermenéuticos del Derecho (STS 1497/2002, 23-9 STS 76/2002, de 25-1), o, simplemente, porque ésta se ha obviado (STS 878/2002, de 17-5). Ello quiere decir, de modo paralelo a la interpretación del art. 404, que no es suficiente la mera ilegalidad del acto, pues ello supondría anular la labor de control de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, además de contradecir el principio de intervención mínima del Derecho Penal (STS 766/1999, de 18-5).

Según los hechos probados de la STS 1658/2003, de 4-12, la arbitrariedad de la resolución administrativa en materia urbanística tendrá lugar cuando se concede una licencia para la construcción de una vivienda en suelo rústico sin presentar proyecto, sin informe jurídico ni técnico y, en consecuencia, sin tramitar ningún tipo de procedimiento.

Respecto de la valoración de la arbitrariedad del acto contrario a las normas urbanísticas, resulta interesante la SAP, Málaga, Sección 2^a, 256/2007, 25-4. Los hechos probados versan sobre la concesión de una licencia de obras para la construcción de seis viviendas unifamiliares pareadas sobre un terreno asentado, aparentemente, en una zona de uso residencial. Se había aprobado un convenio urbanístico para modificar la calificación de dicha parcela, porque, en el momento de la solicitud de la licencia de obras, estaba considerada en el Plan General de Ordenación Urbana como zona verde. Finalmente, la Comisión de Gobierno de Ayuntamiento de Marbella aprueba la concesión de la licencia en virtud de lo dispuesto en el Avance del Pro-

⁸⁹ Vid. GÓRRIZ ROYO, E. «La problemática de las remisiones normativas y de la retroactividad de las leyes penales favorables en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio», *Revista de Ciencias Penales*, 1998, pp. 73 ss.

yecto de Revisión del PGOU. Para buscar amparo jurídico que avalara esa decisión, solicitó un informe de un servicio de asesoramiento externo en el que se señalaban los criterios que debían regir el otorgamiento de licencias urbanísticas y que éstas tendrían siempre carácter de provisional. No se hizo constar informe alguno de la Asesoría jurídica del Ayuntamiento.

El Juez de Instancia absuelve a los acusados (miembros de la Comisión) de un delito del art. 320.2 CP. La sentencia absolutoria gira en torno a dos ejes fundamentales: la confusión normativa en materia de urbanismo existente en Marbella en la fecha en la que se concede la licencia de construcción y, por ende, la falta de arbitrariedad de la resolución. Sin embargo, la SAP de Málaga señala que la aprobación de la licencia de obras carece absolutamente de apoyo legal en la normativa urbanística vigente. Se había intentado hacer valer como norma aplicable el Avance del Proyecto de Revisión del PGOU, basándose exclusivamente en el informe de un asesor externo. Por ello entiende el Tribunal que la confusión normativa se deriva de una maniobra creada por el propio gobierno local para ampararse luego en ella. Es cierto que el PGOU, como norma de naturaleza reglamentaria, puede verse matizado por un convenio urbanístico, pero, si es así, debe estar sometido e incorporado al Plan General.

En síntesis, la SAP considera que la concesión de la licencia no se ajusta a un Plan General de Ordenación urbana previo, antes bien, se apoya en la imposición de normas jurídicamente inexistentes. Por otro lado, los miembros de la Comisión que votaron a favor de su concesión tampoco eran formalmente competentes para adoptar dicha resolución. Por tanto, la conducta que se analiza constituía una contradicción manifiesta del Derecho urbanístico en su totalidad.