

OS DELITOS RELATIVOS Á ORDENACIÓN DO TERRITORIO. QUE PROTEXEN E QUEN PODE COMETELOS*

M^a Ángeles Fuentes Loureiro

Investigadora predoutoral en Dereito Penal

Universidade da Coruña

Recepción: 11 de abril de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 11 de abril de 2014

RESUMO: Co Código Penal de 1995, por primeira vez na historia legislativa española, dótase de protección penal á ordenación do territorio a través de dous instrumentos: o delito de obras ilegais -art. 319 CP- e o de prevaricación urbanística -art. 320 CP-. Dezaoito anos despois, non hai aínda consenso na doutrina sobre cuestións tan básicas como cal é o ben xurídico protexido ou quen pode ser autor destes delitos. O alcance punitivo dos preceptos dependerá da posición que adoptemos ao respecto, polo que a súa precisión resulta de especial importancia. Neste artigo abordaremos o estudo destes puntos, determinando cal é o obxecto de protección na actual regulación penal e cales son os suxeitos cuxa actuación é susceptible de ser considerada *delituosa*.

PALABRAS CLAVE: Delitos de ordenación territorial; Ben xurídico protexido; Suxeito activo.

ABSTRACT: With the Criminal Code of 1995, for the first time in the Spanish legislative history, criminal protection is provided to the spatial planning through two instruments: the crime of illegal constructions and the crime of urban trespass. Eighteen years later, there is still no consensus in the literature on such basic issues as the object of protection or whoever can be the author of these crimes. The punitive scope of the precepts depend on the position we take in this regard, so its accuracy is especially important. In this article we will study these points, determining the specific object of protection in the current criminal regulation and which are the subjects whose acts can be considered criminal.

KEYWORDS: Spatial planning crimes; Protected object; Active subject.

* IV Premio "Lois Tobío" de Investigación Xurídica en Lingua Galega, na súa modalidade de licenciados.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. O DELITO DE OBRAS ILEGAIS (ART. 319 CP). 1. A discusión sobre o ben xurídico protexido. 2. A problemática do suxeito activo: delito común ou propio? III. O DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA (ART. 320 CP). 1. O carácter de delito pluriofensivo. 2. A amplitude do concepto penal de funcionario. IV. CONCLUSIÓNS

I. INTRODUCCIÓN

Ao longo dos últimos anos houbo un crecemento desmesurado da intervención humana no territorio. Mostra disto é a rápida e, en moitos casos, descontrolada expansión das nosas urbes e as grandes construcións e urbanizacións que se levaron a cabo, sobre todo, en zonas turísticas costeiras.

Baixo este fenómeno escóndense intereses privados, que se concretan nos elevados beneficios económicos que xera a actividade urbanística, tanto para os particulares coma para os entes locais, titulares da competencia en materia de ordenación territorial¹. Os primeiros escúdanse baixo a aparencia de legalidade das súas licenzas urbanísticas para levar a cabo obras irregulares, levando consigo os beneficios xerados coa venda ou aluguer de inmobles. Por outro lado, os concellos obteñen dos procedementos urbanísticos unha parte importante dos seus ingresos -a través das taxas para a concesión de licenzas, impostos, etc-, polo que non é infrecuente que estas actividades sexan potenciadas polos órganos, que, paradoxalmente, son os encargados de controlar e protexer a legalidade urbanística.

Ante a proliferación de irregularidades no ámbito urbanístico e a insuficiencia da regulación administrativa para controlar e frear estas actividades, o lexislador optou por acudir á vía penal. Así, os delitos relativos á ordenación do territorio son introducidos nun texto definitivo, por primeira vez na historia lexislativa española, nos artigos 319 e 320 do Código Penal de 1995. Seguindo o esquema xeral dos anteriores proxectos², o artigo 319 contén os delitos de obras ilegais, que castiga os comportamentos dos particulares, mentres que artigo 320 contén os de prevaricación urbanística, que castigan os funcionarios ou autoridades que favorecen as actividades ilegais daqueles.

Dende a promulgación do CP de 1995, a incoación de dilixencias penais por estes delitos tivo unha tendencia crecente³, tal e como manifestan os datos estatísticos contidos nas

1 A Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases de Réxime Local, prescribe, no seu art. 25.2.d), que o Municipio exercerá en todo caso competencias, nos termos da lexislación do Estado e das Comunidades Autónomas, en ordenación, xestión, execución e disciplina urbanística, sendo o Pleno do Concello quen, conforme ao art. 123.1.i) da mesma Lei, é competente para a aprobación inicial do plan xeral e a aprobación que poña fin á tramitación municipal dos plans e demais instrumentos previstos na lexislación urbanística.

2 Será co Proxecto de Lei Orgánica do Código Penal de 1980 cando se formule por primeira vez a posibilidade de incluír estes delitos na regulación penal. Xa dende este primeiro momento, se articula unha protección da ordenación territorial completa, por dúas vías: os arts. 382 e 383 combaten as actuacións realizadas polos particulares que constrúen ilegalmente e o art. 384 prevé a responsabilidade penal do funcionario que favorece este tipo de actuacións. Nos sucesivos intentos lexislativos -salvo o Anteprojecto de Código Penal de 1983, que omite a prevaricación específica no ámbito urbanístico- este será o esquema de protección seguido. Así se reflicte nos arts. 310 e 311 do Proxecto de 1992 e nos arts. 305 e 306 do Proxecto de 1994.

3 Ás estatísticas das dilixencias incoadas fai referencia CONDE PUMPIDO, C., "Urbanismo, corrupción y delincuencia", en ALCARAZ RAMOS, M. (dir.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*, La Ley, Madrid, 2007, páx 23.

Memorias das Fiscalías⁴. Ante a gran proliferación de casos⁵ axuizados de delitos urbanísticos, a alarma social disparouse e os poderes públicos iniciaron unha serie de medidas e reformas dirixidas a controlar este crecemento: dende medidas que reforzan os mecanismos para perseguir os delinquentes urbanísticos, ata reformas con intencións contramotivadoras.

Así, por exemplo, prodúcese a modificación do Estatuto Orgánico do Ministerio Fiscal, aprobada mediante a Disposición final primeira da Lei 10/2006, do 28 de abril, pola que se modifica a Lei 43/2003, de 21 de novembro, de Montes. Con ela créanse as Seccións de Medio Ambiente nas Fiscalías territoriais, que están especificamente encargadas da investigación e persecución dos delitos relativos á ordenación do territorio, a protección do patrimonio histórico, o medio ambiente e incendios forestais, baixo a dirección do Fiscal territorial de Medio Ambiente. Ademais, créase tamén a figura do Fiscal de Sala de Medio Ambiente e Urbanismo, que ten non só funcións de coordinación das Seccións especializadas senón tamén competencias para a investigación de asuntos de especial importancia.

Seguindo esta liña de medidas para frear o aumento da delincuencia urbanística, a Lei Orgánica 5/2010, de 22 de xuño, somete ao Código Penal a unha ampla reforma que afecta de xeito directo aos delitos relativos á ordenación do territorio. Como consecuencia, os artigos anteriormente mencionados sufrirán importantes modificacións, que van incidir na aplicación deses preceptos. En concreto, o lexislador amplía as condutas típicas coa intención de suplir as lagoas da anterior regulación, e agrava considerablemente as consecuencias xurídicas derivadas dos delitos, quizais co obxectivo de que estas elevadas penas produzan un efecto intimidatorio ou contramotivador nos potenciais delinquentes.

Malia os esforzos do lexislador, a regulación actual dos delitos relativos á ordenación do territorio dista de ser completa e efectiva. Mesmo podemos dicir que a entidade das modificacións realizadas pola reforma, introduciu, se cabe, máis confusión en torno aos delitos relativos á ordenación do territorio, facendo necesaria unha reinterpretación dos tipos.

Esta desorganización e ineficacia da normativa deriva dun mal entendemento de cuestións tan básicas como que é o que se pretende protexer con esta, cuestión de vital importancia para a correcta aplicación dos preceptos e que non acadou aínda de consenso na doutrina. Por outro lado, existe un vívido debate en canto aos posibles suxeitos activos, cuestión que, malia os ríos de tinta vertidos, non foi modificada pola reforma de 2010.

A estas cuestións dedicaremos as próximas liñas, co obxectivo de achegar claridade ao asunto, en prol de establecer unha base sólida sobre a que traballar en futuros estudos. Así, estruturaremos o presente traballo en dúas partes, en correspondencia cos dous delitos relativos á ordenación do territorio -obras ilegais e prevaricación urbanística-. Á súa vez, neles trataremos a cuestión do ben xurídico protexido e a relativa ao círculo do suxeito activo, para rematar coas conclusións máis relevantes do estudo realizado.

4 Vid., para máis información: www.fiscal.es

5 Neste sentido, resulta interesante o denominado Proxecto Falcone. un estudo cofinanciado polo Ministerio de Educación y Ciencia e pola Comisión Europea, cuxo obxecto foron as prácticas ilícitas na actividade urbanística, do que se desprenderon sorprendentes resultados en canto ao número de irregularidades, tanto administrativas coma penais, que se estaban a cometer na Costa do Sol. Máis información en GÓMEZ-CÉSPEDES, A. "Urbanismo y delincuencia: el caso de la Costa del Sol", en ALCARAZ RAMOS, M. (dir.), *El Estado de Derecho...*, op. cit., páx. 115 y ss.

II. O DELITO DE OBRAS ILEGAIS (ART. 319 CP)

1. A discusión sobre o ben xurídico protexido

Para establecer un punto de partida dende o que interpretar o precepto, analizaremos o ben xurídico protexido, que serve como elemento integrador do tipo, como prisma a través do cal habemos de interpretalo, de aí a importancia de delimitalo correctamente. Neste primeiro extremo xa se pon de manifesto o complexo do estudo dos tipos penais relativos á ordenación do territorio, pois non existe unanimidade na doutrina en relación ao ben xurídico.

Un primeiro sector doutrinal⁶ entende que o ben xurídico protexido é a ordenación do territorio entendida como o uso racional do solo. Así, para Paredes Castañón o ben xurídico parece ser o correcto comportamento na situación das construcións humanas nun territorio⁷. Pola súa banda, Rodríguez López tamén se adscribe a esta teoría, se ben con matices, pois considera este autor que o ben xurídico protexido non é a ordenación do territorio en sentido amplo, senón dende un punto de vista antropocéntrico, en tanto en canto engloba as circunstancias, condicións e factores referentes ao home, que o vinculan co medio en que se desenvolve, sendo o solo o seu eixe operativo⁸.

En segundo lugar, outro sector doutrinal⁹ considera que o ben xurídico protexido é a normativa reguladora da ordenación do territorio ou a legalidade urbanística.

En tercer lugar, pola contra, reconocidos autores¹⁰ entenden que a normativa urbanística, ao ser un valor formal ou meramente instrumental, non reúne as condicións materiais para ser un ben xurídico tutelado penalmente. Do mesmo modo en que no delito ecolóxico non se tutela a normativa ambiental, senón o medio, o ben xurídicamente protexido no delito urbanístico non é a normativa de ordenación do territorio en si, senón o valor da ordenación do territorio no sentido material de utilización racional do solo orientada aos intereses xerais aos que fan referencia os arts. 45 e 47 CE.

En contra da concepción da legalidade urbanística como ben xurídico protexido alegouse tamén que "*el concepto de legalidad urbanística no permite dotar de un contenido del injusto, en sentido material, a las distintas modalidades típicas previstas en el art. 319 del Código*

6 Entre outros, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Delitos sobre la ordenación del territorio", en *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, páxs. 535-545; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal. La Administración Pública como garante*, ed. Bosch, Barcelona, 2007, páxs. 92-94; GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 475.

7 PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Delitos sobre...", *op. cit.*, páxs. 535-545.

8 RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente...*, *op. cit.*, páxs. 92-94.

9 Entre outros, GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 60; SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J.; SÁEZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J., *La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico*, ed. La Ley, Madrid, 2009, pág. 176; VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, ed. Colex, Madrid, 2002, pág. 58; ROMÁN GARCÍA, F., *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, ed. Comares, Granada, 1997, pág. 33.

10 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 525; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Trivium, Madrid, 1997, Tomo II, pág. 3197; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, *op. cit.*, pág. 86.

Penal y aboca a una concepción excesivamente accesoria del Derecho Penal en relación con el Derecho urbanístico"¹¹. É dicir, aceptando a legalidade urbanística como ben xurídico protexido estamos a outorgar ao Dereito Penal a simple función de protección do cumprimento das normas do Dereito urbanístico, de modo que se estaría a conferir relevancia penal a condutas que en realidade son meras desobediencias administrativas, sen proporcionar dato ningún que xustifique a intervención penal. Se ben é certo que moitos delitos se basean en normas doutros sectores do ordenamento xurídico –como os de propiedade intelectual no Dereito mercantil, ou os delitos contra a Facenda Pública e a Seguridade Social no Dereito Fiscal– iso non determina que a función do Dereito Penal sexa sancionar o seu incumprimento. O Dereito penal non ten como fin protexer o cumprimento da normativa vixente, que obviamente tamén protexen bens e valores relevantes, senón protexer bens xurídicos penais, que poden ser os mesmos que os anteriores, sempre e cando o ataque entrañe una maior gravidade que as das condutas sancionadas polas outras ramas do ordenamento xurídico¹².

Pola súa banda, parte da xurisprudencia tamén rexeita a normativa como ben xurídico protexido. Neste sentido, a STS 335/2009, do 6 de abril, indica que *"no es solo un atentado formal contra unas determinadas disposiciones jurídicas, las normas sobre ordenación urbana, sino algo con un contenido lesivo para un bien jurídico protegido tan importante que ha sido digno de atención por parte del legislador penal"*. En canto á xurisprudencia das Audiencias Provinciais, a SAP Córdoba 440/2004, do 3 de novembro, considera que o ben xurídico protexido *"no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales"*; mentres que a SAP Cádiz 137/1999, do 4 de xaneiro, razoa do seguinte modo: *"El bien jurídico protegido no es otro que la Ordenación del Territorio, pero no la normativa de Ordenación del Territorio (normativa de carácter administrativo), sino el valor material de ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo, orientada a los intereses generales –arts. 45 y 47 de la Constitución– en definitiva, el bien jurídico protegido es la utilización racional del suelo y, en un sentido más amplio, la calidad de vida y hábitat humano, así como la conservación de los recursos naturales"*.

Polo tanto, seguindo á doutrina e á xurisprudencia, e en vista ás consideracións realizadas, habemos de rexeitar de forma tallante que o ben xurídico protexido nos delitos relativos á ordenación do territorio sexa a normativa urbanística.

Por outro lado, algunha xurisprudencia considera que o ben xurídico protexido é o medio referido á ordenación do territorio. Así, a SAP A Coruña 33/2000, de 7 marzo, di que *"junto al cumplimiento de la normativa administrativa sobre utilización ordenada del suelo o el respeto por las normas que disciplinan su uso, se protege también el medio"*, continuando: *"podemos decir de modo descriptivo que el bien jurídico protegido es el medio en tanto que, siendo susceptible de protección especial, así fuera establecido normativamente"*¹³.

11 SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J.; SÁEZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J., *La ciudad...*, op. cit., pág. 182.

12 Vid., neste sentido, SOUTO GARCÍA, E.M., "La ordenación del territorio y el urbanismo: el delito del art. 319 del Código Penal tras la reforma de 2010", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011, pág. 8.

13 No mesmo sentido: SSAP Cádiz de 11 de setembro de 1998 y de 12 de xuño de 2003.

Se atendemos ao enclave sistemático dos delitos sobre a ordenación do territorio, regulados no Título XVI, xunto aos delitos contra o medio e o patrimonio histórico, resulta doadamente entendible o que levou aos Tribunais a entender que o ben xurídico protexido é a ordenación do territorio na súa vertente concernente ao medio. Non obstante, a pesar da íntima conexión do medio coa ordenación do territorio, son conceptos e bens xurídicos distintos¹⁴, de modo que non podemos senón discrepar da teoría esgrimida pola xurisprudencia anteriormente citada.

Ante as deficiencias que formulan as últimas posturas, hemos de concluír que o ben xurídico protexido no art. 319 CP é a ordenación do territorio nun sentido material e non formal. Protéxese a ordenación do territorio entendida globalmente como *a expresión espacial da política económica, social, cultural e ecolóxica de toda a sociedade*¹⁵ e dende o punto de vista antropocéntrico, en tanto en canto é fin último desta é mellorar a calidade de vida dos cidadáns. Baixo esta concepción, a ordenación do territorio pertence á categoría de bens xurídicos supraindividuais, concretamente, aos chamados intereses difusos -que son aqueles de gran relevancia social e en cuxa tutela está interesada toda a poboación- xa que a súa lesión prexudica a toda a colectividade e é a esta a quen interesa que esta se respecte.

2. A problemática do suxeito activo: delito común ou propio?

Un dos problemas que formula o artigo 319 do Código Penal é o relativo ao suxeito activo. O precepto fala de *promotores, construtores ou técnicos directores*, dando pé a discusións doutrinarias acerca de se nos encontramos ante un delito común ou ante un delito especial. A cuestión non é banal, pois dependendo de quen consideremos como posible autor do delito quedarán subsumidas dentro do tipo unhas condutas ou outras, reducíndose ou ampliándose a súa aplicación, sen esquecer as consecuencias en materia de participación. O punto clave para decidir se estamos ante un delito propio ou un delito común será o elemento de profesionalidade. Debemos dilucidar se é necesario que o suxeito se dedique ou non con carácter profesional á promoción, construción ou dirección de obras.

En primeiro lugar, algunhas Audiencias Provinciais¹⁶ sosteñen que o art. 319 CP contén un delito común. Deste modo, calquera que constrúa, promova ou dirixa unha construción non autorizada podería ser autor do delito. Así, poderían ser responsables os particulares que, cos seus propios medios e sen que a súa actividade profesional estea relacionada coa construción, se dediquen a construír, promover ou dirixir obras de urbanización, construción ou edificación non autorizables nos termos do art. 319 CP. O principal argumento para manter esta teoría é que calquera persoa con capacidade económica e coñecementos dabondo pode

14 Así o entende tamén GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal...*, op. cit., páx. 475.

15 Definición contida na Carta Europea, do 20 de maio de 1983, de Ordenación do Territorio, adoptada na Conferencia Europea de Ministros Responsables de Ordenación do Territorio, en Torremolinos (España).

16 Véxanse, entre outras: Audiencia Provincial da Coruña (sentenzas de 5 de xullo de 1999, 7 de marzo de 2000 e 26 de abril de 2000), Baleares (sentenzas do 29 de abril de 2000 e 29 de maio de 2000), Pontevedra (sentenza do 23 de xuño de 2003), Ciudad Real (auto do 24 de maio de 2004, Cádiz (sentenza do 21 de xaneiro de 2004), Alicante (sentenza do 7 de febreiro de 2002).

levar a cabo unha das actividades sinaladas que atente contra a ordenación do territorio do mesmo modo que o faría a dun profesional, é dicir, o ben xurídico protexido lesiónase igualmente.

Non obstante, non debemos pasar por alto o feito de que o legislador empregou as palabras *promotores, construtores ou técnicos directores* e non outras. Isto pode ser interpretado como mostra da súa vontade de restrinxir a punibilidade do precepto xa que, se tivese querido que calquera persoa, sen requisito adicional algún, puidese cometer este delito, tería empregado outra fórmula como fai noutros preceptos¹⁷.

A segunda das opcións é considerar o delito contido no art. 319 CP como un delito especial¹⁸, que é aquel que soamente pode ser cometido polas persoas que reúnan as condicións definidas no mesmo, de modo que quedarían excluídos os non profesionais da construción. Para os defensores desta teoría¹⁹, o suxeito terá que reunir os requisitos de habitualidade e profesionalidade, ademais de estar en posesión do título correspondente, para poder ser considerado promotor, construtor ou técnico director. Para a súa defensa, básicamente, apóianse en argumentos referidos á previsión dunha pena de inhabilitación especial para profesión ou oficio e mais ao principio de intervención mínima.

O primeiro argumento esgrimido é o seguinte: o feito de que o legislador castigue con pena de inhabilitación as condutas examinadas pon de manifesto que estaba a pensar en suxeitos profesionais e que non tería sentido impoñer esta pena a particulares²⁰.

En canto ao principio de intervención mínima, se vén dicindo que o Dereito Penal, como *ultima ratio* do ordenamento, ha de reducir a súa intervención, reservándoa para os casos máis graves, e non parece selo a construción ou edificación levada a cabo por un particular que non se dedica de forma profesional a eses labores, condutas que serán castigadas, se corresponde, polo Dereito Administrativo²¹.

Malia estes razoamentos, entender que estamos ante un delito propio non resulta satisfactorio, por diversos motivos. En primeiro lugar, respecto ao primeiro argumento, o

17 Así, por exemplo, o legislador utiliza unha fórmula máis ampla ao tipificar o homicidio "*O que matar a outro será castigado, como reo de homicidio, coa pena de prisión de dez a quince anos.*" -art. 138 CP-; ou do roubo: "*Son reos do delito de roubo os que, con ánimo de lucro, se apoderaren das cousas mobles alleas empregando forza nas cousas para acceder ao lugar onde estas se encontran ou violencia ou intimidación nas persoas.*" -art. 237 CP-.

18 Xurisprudencia neste sentido: a sentenza do Xulgado do Penal número 3 de Jerez da la Frontera, de 7 de maio de 1998, e as sentenzas do Xulgado do Penal nº2 de Valladolid de 30 de abril de 1997, do 9 de xuño de 1997, do 2 de xullo de 1997, de 9 de outubro de 1997 e do 25 de marzo de 1998.

19 Entre outros, SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J., "El destinatario del tipo del delito urbanístico", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ed. Edisofer, Madrid, 2008, páx. 2245 y ss.; GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico*, op. cit., páx. 75; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona, 2007, páx. 103 y ss.; POZUELO PÉREZ, L., "La respuesta penal a la delincuencia urbanística", en *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº12, 2008, páx. 77; QUINTERO OLIVARES, G., "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio", en VV.AA, *Las fronteras del Código Penal de 1995 y Derecho Administrativo Sancionador*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, páxs. 349-380.

20 Algunhas sentenzas baseadas neste argumento: Sentenza da Audiencia Provincial de Almería do 18 de marzo de 1999, Sentenza da Audiencia provincial de Cádiz do 4 de xaneiro de 1999, Sentenza do Xulgado do Penal de Palencia, de 22 de xaneiro de 1998.

21 GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico*, op. cit., páx. 75.

feito de que o autor non sexa profesional da construción no momento de cometer o delito ou de ditarse sentenza, non impide que poida exercer esa actividade con posterioridade, polo que a imposición da pena de inhabilitación impediría que isto se chegase a producir. Tamén fai referencia a isto o Tribunal Supremo na súa sentenza 1250/2001, de 26 de xuño, ao establecer que a previsión de pena de inhabilitación non exclúe do ámbito de aplicación a persoas que non sexan profesionais da construción, xa que a inhabilitación será para promover ou construír novas edificacións, sexa o autor profesional da construción ou non. Como vemos, o feito de que se contemple unha pena de inhabilitación para este delito non impide que poida considerarse común, como sucede con outros delitos do Código Penal, que son considerados unánimemente como comúns e se prevé para eles pena de inhabilitación profesional²².

En segundo lugar, o argumento relativo ao principio de intervención mínima, ao que recorren os autores defensores da teoría do delito especial, parte dunha concepción errónea do mesmo. Neste sentido, afirma a STS 690/2003, do 14 de maio, que "*éste es un principio de política criminal llamado idealmente a inspirar la actividad legislativa. Y, siendo así, los Tribunales deben partir de la opción que haya hecho el legislador, que en este caso es clara, como resulta de lo razonado*". É dicir, o principio de intervención mínima está dirixido ao lexislador e non aos Tribunais, que han de respectar o que aquel estableceu nas normas. Correlativamente, vemos como o principio de aplicación restritiva ha de ser aplicado polos Tribunais e este será, en todo caso, ao que se poderá apelar para intentar defender esta teoría. Obviamente, as normas penais han de partir do principio de intervención mínima, pero isto non leva consigo a que o particular autor dunha das condutas descritas no tipo vaia quedar impune polo mero feito de non ser un profesional²³.

Ante estas deficiencias, moitos autores²⁴ e numerosa xurisprudencia²⁵, encabezada pola do propio Tribunal Supremo -nas xa mencionadas SSTS 1.250/2001, de 26 de xuño e, posteriormente, a 690/2003, de 14 de maio- resollen o conflito a favor dunha teoría

22 Como sucede, entre outros, co delito de aborto do art. 188 CP, o delito de lesións ao feto do art. 157 CP ou os delitos contra o patrimonio histórico do art. 321 CP.

23 RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, op. cit., páx. 101.

24 Vid, entre outros, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., páx. 528; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente...* op. cit., páx. 99 y ss.; VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia...*, op. cit., páxs. 106 y 107; SOUTO GARCÍA, E.M., "Los delitos urbanísticos del art. 310 del CP como delitos comunes: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 y 26 de junio de 2001", en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 4, 2010, páx. 382 y "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en FARALDO CABANA, P. (dir.); PUENTE ABA, L.M. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, páx. 146; ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, Cedecs, Barcelona, 1997, páx. 286 y *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2011, páx. 206; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 3ª edición, Aranzadi, Navarra, 2005, páx. 387; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, Atelier, Barcelona, 2010, páx. 1089, RÍOS CORBACHO, J.M., "Un acercamiento al perfil del delincuente urbanístico", en *Revista General de Derecho Penal*, nº14, 2010, páx. 26.

25 SSAP Madrid de 28 de xuño de 2002 e de 14 de maio de 2003; SAP Pontevedra de 21 de setembro de 2002, STS de 27 de novembro de 2009, entre moitas outras.

intermedia que configura o tipo como mixto alternativo. Desta forma, no caso dos técnicos directores cabería soste que estamos ante un delito especial, mentres que no suposto dos construtores e promotores o tipo penal se cualifica como delito común.

Esta tese apóiase na idea de que para ser construtor ou promotor non é necesaria cualificación profesional ningunha baseada nunha declaración formal a priori dunha norma administrativa, ou un título ou contrato. Neste caso o lexislador estaría a describir funcións que calquera suxeito podería realizar. Así, a sentenza do Supremo de 2001 sinala que *"el Código Penal no exige que el agente sea profesional de la construcción, bastando que el hecho se ejecute por personas que de hecho realicen las funciones propias de la promoción o construcción pues en caso contrario no se estaría tutelando el bien jurídico protegido cual es la ordenación del territorio, frente a los ataques de un promotor o constructor no profesional"*. No mesmo sentido, indica Muñoz Conde que *"a pesar de que la enunciación de estas categorías de sujetos parece encuadrar el precepto entre los delitos especiales, en la medida en que lo que trata es de describir funciones en el círculo de sujetos activos es posible incluir a cualquier particular que, de hecho, realice dichas actividades"*²⁶. Polo tanto, non se asumen os conceptos dados en sede administrativa, senón que se articula un concepto penal autónomo. Isto é admisible, segundo Conde-Pumpido Tourón²⁷, porque os conceptos de construtores, promotores ou técnicos-directores non son de natureza administrativa nin teñen carácter normativo, polo que deben ser interpretados autonomamente polos órganos xurisdicionais penais.

Concretamente, en canto ao concepto de promotor, a mencionada sentenza do Supremo de 2003 mantén que *" el vocablo "promotor" no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no sólo en el ámbito inmobiliario"*. O TS considera que o suxeito activo do art. 319 pode ser calquera que se dedique á promoción e construción: *"será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación"*. En efecto, a este suxeito vaille corresponder o aspecto económico, xa que vai ser quen financie a obra e se ocupe da comercialización dos pisos ou locais construídos, sen que teña que ser necesariamente o propietario do solo. Evidentemente, calquera que teña a capacidade económica e os medios necesarios pode ser promotor dunha construción.

Por construtor, entendemos a persoa física ou xurídica encargada da execución da obra inmobiliaria que normalmente estará vinculado ao promotor por un contrato de arrendamento de obra, se ben pode ser que ambas as dúas condicións recaian sobre a mesma persoa. Para os efectos penais ha de desvincularse de calquera titulación, pois abonda a capacitación profesional²⁸, é dicir, que teña os coñecementos suficientes para poder levar a cabo as funcións

26 MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, op. cit., páx. 528.

27 CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., "Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Empresa y Derecho Penal (II)*, nº18, 1998, páx. 145 y ss.

28 Vid, neste sentido, VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia urbanística...*, op. cit., páx. 106; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos...*, op. cit., páx. 106.

propias dun construtor. Atendendo a Román García, "*lo verdaderamente trascendente a la hora de determinar la existencia de responsabilidad penal de una persona por su condición de constructor de una obra no autorizada, será la comprobación de las funciones o actividades que esa persona haya llevado a cabo en relación con la construcción cuestionada*"²⁹.

En ambos os dous casos o suxeito activo non será quen posúe unha determinada cualificación, senón quen executa as funcións materiais correspondentes, producíndose así unha responsabilidade de tipo funcional³⁰.

Pola contra, no suposto do técnico director ofrece máis dúbidas a posibilidade de subsumir baixo esta categoría de técnicos a quen só ocasionalmente diseña ou dirixe unha actividade de construción. De feito, as mencionadas SSTs establecen que o técnico director deberá estar sempre en posesión dun título académico suficiente que acredite a súa condición de profesional. Para chegar a esta conclusión, o Tribunal Supremo apóiase na normativa extrapenal, concretamente no art. 12 da Lei 38/199, de 5 de novembro, de Ordenación da Edificación, que, ao definir os conceptos de promotor, construtor e director de obra, establece como unha das obrigas deste último estar en posesión da titulación académica e profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, enxeñeiro ou enxeñeiro técnico, segundo corresponda, e cumprir as condicións esixibles para o exercicio da profesión³¹.

Na práctica, malia que algunha voz intentou sacar importancia á problemática que este punto formula³², non podemos pasala por alto, pois non son poucas as consecuencias que se derivan de esixir o elemento de profesionalidade ao técnico director³³. Así, ao excluír o director non profesional da esfera de posibles suxeitos activos, unicamente será necesario probar que o suxeito non é profesional, ou que os feitos se tivesen cometido por medio de homes de palla, para eludir a súa responsabilidade penal por este delito. Estas consecuencias vense claramente ao pensar no caso límite dun suposto de intrusismo profesional: se un profano na materia se dedica a deseñar e dirixir obras con regularidade, pero sen ter o título correspondente que acredite a súa condición de profesional, quedaría impune en canto ao delito do art. 319 CP ao non cumprir co requisito de profesionalidade.

Por todo iso, malia o inconveniente da literalidade da norma, o delito urbanístico do art. 319 CP debe ser entendido como un delito común, posibilitando a culpabilidade de calquera suxeito que lesione o ben xurídico e, claro está, reúnanse os demais elementos do tipo. Non podemos esquecer que ao Dereito Penal lle interesa protexer bens xurídicos e, como consecuencia, toda interpretación da lexislación penal ha de facerse dende un punto de vista teleolóxico. En palabras de María Acale Sánchez, *non se castiga a profesionalidade, senón a*

29 ROMÁN GARCÍA, F., *Derecho Penal Administrativo...*, op. cit., páx. 60.

30 ACALE SÁNCHEZ, *Delitos...*, op. cit., páx. 284.

31 Non obstante, cabe a posibilidade de considerar técnico director a un arquitecto ou enxeñeiro técnico -se ben isto se fará atendendo ás limitacións propias da súa titulación- cando se leven a cabo construcións que non precisen de proxecto arquitectónico. Así o establece a STS do 2 de xuño de 1992.

32 Así, RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, op. cit., páx. 106, sinala que xeralmente os supostos que se formulan non son moi problemáticos, xa que aquel que, sendo profano na materia, se dedique a deseñar unha vivenda será porque é súa ou porque el mesmo vai a construír, podendo ser considerado sen maior problema como promotor ou construtor.

33 RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, op. cit., páx. 106.

*afección a un ben xurídico*³⁴. Deste modo podemos descartar o elemento de profesionalidade, xa que o ben xurídico se lesiona de igual xeito tanto se é un profesional coma se é un particular quen realiza a conduta³⁵.

Non obstante, a fórmula empregada polo lexislador -concretamente o vocábulo *técnico*, que fai referencia a unha titulación universitaria- dificulta enormemente entender o delito recollido no art. 319 CP como un delito común enteiramente e obriga a algúns autores á teoría híbrida do tipo mixto alternativo. Se en lugar diso o lexislador tivese utilizado só a palabra *director*, poderíamos interpretar que director é "aquele que dirixe", ao igual que o Tribunal Supremo considera construtor "aquele que constrúe" ou promotor a "aquele que promove". Por iso, para contribuír á resolución desta problemática, o que propoñemos neste traballo é un cambio na redacción do precepto, que contemplaría a fórmula "aquele que promova, constrúa ou dirixa unha construción...", ao considerarmos que non deixaría lugar a dúbidas de que no art. 319 CP nos encontramos en presenza dun delito común.

III. O DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA (ART. 320 CP)

1. O carácter de delito pluriofensivo

O delito contido no art. 320 CP ten como ben xurídico primario a protección da ordenación do territorio, ao igual que o art. 319 CP. Non obstante, salta á vista que no art. 320 CP se protexe tamén un ben xurídico engadido. Facemos esta afirmación porque non ten sentido, atendendo ao principio de proporcionalidade, que condutas como as descritas neste precepto, que non teñan ulteriores consecuencias lesivas para o ben xurídico -como pode ser a emisión de informes contrarios á normativa urbanística sen a posterior concesión da licenza ou autorización do proxecto-, sexan castigadas con maior pena que a prevista para a conduta do art. 319.2 CP, coa que se leva a cabo efectivamente a obra de urbanización, construción ou edificación. En palabras de Gómez Tomillo, "*tal desequilibrio solo puede ser explicado, bien como un defecto de técnica legislativa o bien por la presencia de un teórico plus de antijuridicidad, lo que implica la conclusión de que la ordenación del territorio, con independencia del concepto que se maneje, no puede ser el único bien jurídico objeto de atención penal*"³⁶. É dicir, o art. 320 CP non pode protexer unicamente o ben xurídico *ordenación do territorio*, senón que ten que haber un plus de antixuridicidade que xustifique a súa maior penalidade.

34 ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos...*, op. cit., páx. 207.

35 No mesmo sentido, Ríos Corbacho manifesta que nos casos de actuacións de particulares, se ben se sitúan nun tipo de delincuencia ocasional fóra do modelo da delincuencia de colo branco, o ben xurídico se ve conculcado de todos os xeitos, en RÍOS CORBACHO, J.M., "Un a cercamiento...", op. cit., páx. 23. Tamén a xurisprudencia se pronuncia neste sentido. Así, por exemplo, a SAP A Coruña 64/2002, de 8 de maio, pon de relevo que "o ben xurídico protexido é quebrantado obxectivamente de igual forma sexa un profesional ou un construtor ou promotor ocasional quen realice a conduta, sendo non menores en determinadas zonas xeográficas os estragos urbanísticos causados por quen de modo absolutamente ilegal promoven ou mesmo dirixen construcións para uso propio que os xerados con intervención de profesionais".

36 GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, ed. Comares, Granada, 2000, páx. 37.

O art. 320 CP fai una remisión ao art. 404 CP, que contén o delito de prevaricación xenérica, á hora de establecer as penas para o delito de prevaricación urbanística. Esta remisión é un indicio da estreita relación e grandes similitudes que hai entre ambos os dous preceptos. No punto que nos encontramos, cabe afirmar que o ben xurídico protexido por ambos os dous preceptos é, polo menos parcialmente, coincidente. A protección que presta o art. 320 CP non se esgota coa ordenación do territorio, senón que este precepto protexe tamén, segundo a diferente terminoloxía empregada por diversos autores, a *función pública*³⁷, o *correcto funcionamento da Administración Pública*³⁸ ou, máis concretamente, da *Administración no ámbito da ordenación territorial*³⁹.

Agora ben, o delito de prevaricación urbanística, ao esixir a contrariedade do comportamento –ben sexa emitir un informe ou unha resolución ou non levar a cabo as inspeccións correspondentes– coa normativa aplicable, está a lesionar o ben xurídico *función pública* na vertente da violación do principio de legalidade. Este principio básico do ordenamento xurídico está recollido no art. 103 CE, segundo o cal a Administración Pública serve con obxectividade aos intereses xerais e actúa con sometemento pleno á Lei e ao Dereito. No mesmo sentido, de forma máis xenérica, o art. 9.3 CE proclama a suxeición plena dos poderes públicos á Constitución e ao resto do ordenamento xurídico. Con isto, poderíase entender que o que se pretende é facer efectivo o mandato constitucional de interdicción á arbitrariedade dos poderes públicos e o sometemento ao principio de legalidade, pero estes principios como tales non constitúen o ben xurídico protexido. O que realmente se protexe é a legalidade no exercicio da función pública, a concreta corrección e concordancia co dereito positivo da actuación administrativa". Nesta liña, o TS, na súa sentenza do 28 de maio de 2009, recoñece que "*el delito de prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal. La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción de deber del funcionario, que ocupan una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la Administración, a través suyo, tutela*".

Polo tanto, o ben xurídico protexido no art. 320 CP é plural, en tanto en canto se protexe un ben xurídico institucional e outro colectivo: a ordenación do territorio e a legalidade no funcionamento da Administración Pública no ámbito da ordenación territorial, respectivamente. Deste modo, xustifícase a maior penalidade do art. 320 CP en relación, tanto co art. 319 CP, como co art. 404 CP, xa que en comparación con ambos os dous, está a protexer un ben xurídico engadido –a legalidade no funcionamento da Administración Pública no ámbito da ordenación territorial e a ordenación do territorio, respectivamente–.

37 ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos...*, op. cit., páx. 308.

38 GARCÍA PLANAS, G., *El delito...*, op. cit., páx. 85; SOUTO GARCÍA, E.M., "Delitos sobre...", en FARALDO CABANA, P., (coord.), *Protección...* op. cit., páx. 164.

39 ROMÁN GARCÍA, F., "Delitos sobre...", op. cit., páx. 120.

2. A amplitude do concepto penal de funcionario

O art. 320 CP delimita o círculo dos posibles suxeitos activos coa clásica fórmula *a autoridade ou funcionario público*, erixíndose, sen que haxa discusión ningunha, nun delito especial propio, o cal implica que só pode ser sancionado como autor a persoa que reúna a especial condición esixida polo tipo penal.

Agora ben, novamente, da concepción que deamos aos termos *autoridade e funcionario público* vai depender que o círculo de posibles suxeitos activos se amplíe ou se restrinxa, quedando dentro ou fóra deste os comportamentos de determinadas persoas.

Como sabemos, o Dereito penal goza de autonomía para definir os seus propios conceptos, de modo que non é necesario que o concepto de autoridade nin o de funcionario público neste contexto sexan coincidentes cos que poidan manexarse noutras ramas do ordenamento xurídico. Así, para delimitar o concepto de *funcionario público* ou autoridade para os efectos penais, haberá que acudir necesariamente ao art. 24 CP.

En canto ao concepto de funcionario público, o art. 24 CP dinos que "*se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*". Así, o concepto penal de funcionario público require a concorrencia de dous requisitos cumulativos: a incorporación da persoa en cuestión á actividade pública a través dun dos tres medios descritos no precepto, e a participación efectiva na función pública⁴⁰.

Neste sentido, o TS vén reiterando que este precepto establece un concepto de funcionario público máis amplo que o que utiliza o Dereito Administrativo. Estamos ante un concepto de funcionario público propio e privativo do ámbito penal, sen que se trate dunha norma en branco que poida remitir a definición a outras disposicións do Dereito Administrativo ou laboral, coas que pode non concordar⁴¹. Así, o dobre requisito que se esixe en sede penal en canto ao concepto de funcionario "*le dota de unos perfiles específicos que lo diferencia del concepto propio del Derecho Administrativo de funcionario*"⁴². Deste modo, o concepto de funcionario público que poida obterse dende a perspectiva estritamente administrativa, terá un valor meramente indiciario.

Polo tanto, habemos de afastarnos de criterios estritamente formais que poñan o acento no status formal de funcionario público, adoptando un criterio funcional ou material, sendo suficiente o dobre requisito da orixe do mandato e o contido da actividade que a persoa desenvolve⁴³.

40 No mesmo sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, páxs. 897-900; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, ed. Civitas, Madrid, 1980, páx. 139; GARCÍA PLANAS, G., *El delito...*, *op. cit.*, páx. 87; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos...*, *op. cit.*, páx. 229.

41 SSTS 663/2005, de 23 de maio, e 363/2006, de 28 de marzo.

42 GARCÍA PLANAS, G., *El delito...*, *op. cit.*, páx. 87.

43 Atendendo á doutrina xurisprudencial, repúntanse funcionarios públicos, entre outros, o seguintes: Concelleiros, persoal contratado do INE, traballadores da Caixa Postal, Policía, Garda Civil, Médicos do INSALUD, persoal das Sociedades ou Entidades Públicas aínda que revistan forma mercantil, persoal pertencente a organismos administrativos independentes como o Banco de España, a CNMV, AENA, DGS, Correos, Comisión Nacional de Telecomunicacións, Axencia de Protección de Datos, ou, finalmente, os titulares de Corporacións sectoriais de base asociativa ou privada, como poden ser os Colexios profesionais.

En canto á primeira, o art. 24 CP ofrece tres posibilidades: disposición inmediata da lei, elección e nomeamento. Así, a modo de exemplo, exercerán función pública por disposición inmediata da lei, funcionarios de carreira; mediante elección, os cargos políticos, e por nomeamento, o persoal eventual ou persoal de confianza.

Por outro lado, polo que se refire á actividade desenvolvida, esta haberá de estar dirixida a fins públicos e, en concreto, o seu contido ha de ser determinado en relación a cada tipo delituoso. No tema que nos ocupa, calquera suxeito que participe no proceso de ordenación territorial poderá ser considerado funcionario para estes efectos, abarcando o proceso citado dende o momento de legislar en calquera dos tres niveis establecidos constitucionalmente -estatal, autonómico ou local-, ata o da concesión de licenzas ou calquera outro tipo de autorización administrativa contemplada na lexislación.

Conforme a isto, tamén poden ser considerados funcionarios para os efectos penais os funcionarios interinos⁴⁴ e o persoal laboral⁴⁵, pois non se esixen explicitamente as notas de profesionalidade ou permanencia⁴⁶.

Tratamento diferenciado merece a cuestión do persoal vinculado á Administración por un arrendamento de servizos. Malia que a doutrina ten opinións diversas⁴⁷, pode considerarse que deben ser incluídos no concepto penal de funcionario, xa que, ao ser contratados para emitir informes técnicos ou xurídicos sobre os proxectos presentados no seo dun trámite de ordenación territorial, participan no exercicio da función pública por nomeamento. É dicir, equipárase o contrato que os vincula coa Administración co nomeamento realizado por una autoridade competente. En canto aos colexios de arquitectos, que emiten informes sobre a viabilidade dun plan ou sobre o outorgamento dunha licenza, quedan igualmente comprendidos no círculo de posibles suxeitos activos, pois participan de xeito efectivo no exercicio da función pública nos termos descritos, e fano en virtude dun nomeamento, que non é outro que a autorización que emite a Administración Local para desenvolver as súas actividades.

Por outro lado, en canto ao concepto de autoridade, en termos xerais, o art. 24 CP di que se entenderá autoridade ao que por si ou en canto membro dalgunha corporación, tribunal ou órgano colexiado teña mando ou exerza xurisdición propia⁴⁸. Vemos como a característica definitoria da autoridade é ter mandato ou exercer xurisdición. En tal sentido, indica Rodríguez López, "*tener mando viene a significar tener la facultad de disponer, obligando con ello a otros ciudadanos, ostentando por tanto la consiguiente capacidad para*

44 Neste sentido, a STS 1.292/2000, do 10 de xullo, manifesta que, para estes efectos, resulta indiferente se se é interino ou de carreira, de modo que o relevante é a participación en funcións públicas.

45 Tamén a favor, GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función...*, op. cit., páx. 79; BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos...*, op. cit., páx. 229; ROMÁN GARCÍA, F., *Derecho...*, op. cit., páx. 125; GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos...*, op. cit., páx. 257.

46 BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos...*, op. cit., páx. 229.

47 A favor, BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos...*, op. cit., páx. 229; GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos...*, op. cit., páx. 257. En contra, destaca GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo y función...*, op. cit., páx. 80.

48 Atendendo á doutrina xurisprudencial, vemos que a condición de autoridade para os efectos penais se predica, entre outros, dos seguintes casos: xuíces, xuíces de paz, ministros, alcaldes, policía local, recadador executivo da Seguridade Social e axentes xudiciais. Negándose a condición de axente da autoridade a vixilantes xurados, detectives, concelleiros e tenentes de Alcalde.

imponer el cumplimiento de lo ordenado en el ámbito público". En segundo lugar, en canto ao exercicio de xurisdición, indica o autor que non difire moito da disposición de mando, xa que presupón unha potestade similar, se ben parece que "*se trata de hacer especial referencia a la potestad de los Jueces y tribunales para conocer y resolver los asuntos que le son propios*"⁴⁹.

Agora ben, esa xurisdición propia ha de estar necesariamente orientada a fins públicos e exercerase mediante un dos tres medios descritos –por disposición inmediata da lei, no caso de xuíces de carreira ou cuarta quenda, segundo sexa o caso, e por elección, cando se trate de autoridades políticas. Como pon de manifesto Vercher Noguera, "*existe en la actualidad una evolución hacia el carácter eminentemente funcional de la autoridad*"⁵⁰. É dicir, o concepto de autoridade é perfectamente subsumible dentro do concepto penal de funcionario público⁵¹, de modo que a referencia expresa a estes últimos resulta superflua.

Unha vez determinado cales dos suxeitos que interveñen no procedemento urbanístico teñen a consideración penal de funcionario ou autoridade, cabe facer referencia ao segundo requisito que o lexislador establece, restrinxindo o círculo de suxeitos activos de forma dobre. E é que, ademais da condición penal de funcionario ou autoridade, o suxeito ha de ter competencia funcional para realizar as condutas descritas no tipo. Deste modo, o suxeito activo ha de ser competente para emitir informes sobre os instrumentos de planeamento⁵², os proxectos indicados no precepto ou a concesión de licenzas ou ter competencias inspectoras –apartado primeiro do precepto– e ha de ter competencias decisorias para votar ou resolver os instrumentos de planeamento, os proxectos indicados no precepto ou a concesión de licenzas –apartado segundo do precepto–.

Así, o art. 4.2 do Real Decreto 2187/1978, de 23 de xuño, polo que se establece o Regulamento de disciplina urbanística, establece a obriga de incluír un informe técnico ou xurídico a todos o expedientes de concesión de licenzas. Estes informes, dada a súa natureza técnica ou xurídica, deberán ser realizados polos asesores xurídicos municipais ou polos Servizos de Arquitectura, Enxeñaría ou Urbanismo do Concello, aos que corresponde, segundo o art. 248.3 do Real Decreto 2568/1986, do 28 de novembro, polo que se aproba o Regulamento de Organización, Funcionamento e Réxime Xurídico das Entidades Locais, informar os expedientes de licenzas para a construción e reforma de edificios, ben sexan estes de uso público ou privado.

Por outro lado, a competencia para outorgar licenzas corresponde aos Concellos ou ás Entidades Locais, estando atribuídas normalmente aos alcaldes, segundo o art. 21.1.q) da Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases de Réximen Local. Así mesmo, cabe a

49 RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente...*, op. cit., pág. 150.

50 VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia...*, op. cit., pág. 157.

51 Da mesma opinión, GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función...*, op. cit., pág. 87; GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 104.

52 Neste sentido, a SAP A Coruña 235/2007, do 4 de xuño, indica que o delito do art. 320 CP "*es un delito especial, pues el sujeto activo del delito será la autoridad o el funcionario público, pero no cualquiera, sino aquel que deba informar; al describir al sujeto activo del delito determinalo con la expresión la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, expresión que limita la autoría a los funcionarios que emiten informes*".

posibilidade de delegar esta competencia nos tenentes de alcalde. Non obstante, algunha xurisprudencia⁵³ entende que non é necesario que os suxeitos activos teñan delegadas competencias en materias de urbanismo, senón que abonda que sexan membros do órgano colexiado competente. Polo tanto, corresponderá resolver sobre os planeamentos, proxectos ou licenzas ao alcalde ou tenente de alcalde, e corresponderáalles votar aos membros do Pleno ou da Xunta de Goberno do Concello.

Por último, as competencias inspectoras corresponderán, en termos xerais, á inspección urbanística, que se levará a cabo polo facultativo competente de cada corporación local, tal e como indica o art. 200 da Lei 9/2002, de 30 de decembro, de Ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia.

En resumo, dado o carácter multidisciplinar do fenómeno da ordenación do territorio, os profesionais que interveñen no procedemento de ordenación territorial proveñen de moi diversas ramas de coñecemento e todos eles poden verse involucrados nunha armazón de corrupción urbanística, posto que todos han de axustar as súas actuacións á legalidade co fin de protexer a ordenación do territorio. Coas consideracións aquí realizadas o abano de posibles autores do delito de prevaricación urbanística amplíase considerablemente, dotando así dunha protección completa aos bens xurídicos *ordenación do territorio* e *correcto funcionamento da Administración*.

IV. CONCLUSIÓNS

No estudo realizado chegamos á conclusión de que o ben xurídico protexido no art. 319 CP pertence á categoría dos bens xurídicos colectivos ou supraindividuais e se concreta na ordenación do territorio en sentido material, sendo o uso racional do solo o obxecto de tutela e non a normativa que o regula, entendida dende o punto de vista antropocéntrico, en tanto en canto o seu fin último é mellorar a calidade de vida dos cidadáns.

Igualmente, atendendo ao suxeito activo, concluíuse que os delitos de construcións ilegais han de ser entendidos como delitos comúns se queremos ofrecer unha completa protección ao ben xurídico. Deste xeito, pode ser autor toda persoa, física ou xurídica, que se dedique a promocionar, construír ou dirixir obras de urbanización, construción ou edificación, independentemente de que o autor sexa un particular ou un profesional. Polo exposto, consideramos que a cuestión formulada se aclararía de forma relevante de producirse un cambio na literalidade do precepto, prescindindo do termo *técnico*, de modo que se elimine así un dos maiores obstáculos que nos impide considerar o delito de obras ilegais como un delito común.

En canto ao delito contido no art. 320 CP, chegouse á conclusión de que estamos ante un delito pluriofensivo porque o ben xurídico protexido consiste, por un lado, na ordenación do territorio no sentido indicado e, polo outro, na legalidade no exercicio da función pública no ámbito da ordenación territorial.

53 SAP Málaga 256/2007, do 25 de abril.

Sobre o suxeito activo dos delitos de prevaricación urbanística, non só poden ser autores deste delito os funcionarios de carreira, senón tamén os interinos, persoal laboral da Administración e persoal vinculado a esta por un arrendamento de servizos, sempre e cando teñan competencias para emitir informes, realizar inspeccións e ditar ou votar resolucións no seo do procedemento administrativo urbanístico, segundo o establecido na normativa aplicable ao caso concreto.

XURISPRUDENCIA

Sentenzas do Tribunal Supremo:

STS 1.250/2001, de 26 de xuño. Ref. CENDOJ: 28079120012001103457.
STS 690/2003, de 14 de maio. Ref. CENDOJ: 28079120012003102758.
STS 562/2009, de 28 de maio. Ref. CENDOJ: 28079120012009100496.
STS 1.292/2000, de 10 de xulio. Ref. CENDOJ: 28079120012000103240.
STS 663/2005, de 23 de maio. Ref. CENDOJ: 28079120012005101106.
STS 363/2006, de 28 de marzo. Ref. CENDOJ: 28079120012006101226.
STS 335/2009, de 6 de abril. Ref. CENDOJ: 28079120012009100294.

Sentenzas de Audiencias Provinciais:

SAP A Coruña 145/1999, de 5 de xulio. Ref. CENDOJ: 15030370021999100569.
SAP A Coruña 53/2000, de 26 de abril. Ref. CENDOJ: 15078370062000100365.
SAP A Coruña 33/2000, de 7 de marzo. Ref. CENDOJ: 15078370062000100503.
SAP A Coruña 64/2002, de 8 de mayo. Ref. CENDOJ: 15030370062002100316.
SAP A Coruña 235/2007, de 4 de xuño. Ref. CENDOJ: 15030370022007100311.
SAP Cádiz 137/1999, de 4 de xaneiro. Ref. CENDOJ: 11012370031999100064.
SAP Córdoba 440/2004, de 2 de novembro. Ref. CENDOJ: 14021370012004100560.
SAP Pontevedra 66/2000, de 21 de setembro. Ref. CENDOJ: 36038370022000100180.
SAP Pontevedra 47/2003, de 23 de xuño. Ref. CENDOJ: 36038370012003100137.
SAP Málaga 256/2007, de 25 de abril. Ref. CENDOJ: 29067370022007100391.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., *Delitos urbanísticos*, ed. Cedecs, Barcelona, 1997.
Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, ed. Bosch, Barcelona, 2011.
- ALCARAZ RAMOS, M. (dir.), CONDE-PUMPIDO, C. (et al.), *El Estado de Derecho frente a la corrupción urbanística*, ed. La Ley, Madrid, 2007.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, ed. Atelier, Barcelona, 2007.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, ed. Trivium, Madrid, 1997.

- "Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio", en *Cuadernos de Derecho Judicial, Empresa y Derecho Penal (II)*, nº18, 1998.
- GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico. (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Urbanismo, función pública y Derecho penal*, ed. Comares, Granada, 2000.
- GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- Los delitos de prevaricación urbanística*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 19^a edición, Valencia, 2013.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "La prevaricación del funcionario público", ed. Civitas, Madrid, 1980.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Delitos sobre la ordenación del territorio", en *Enciclopedia penal básica*, ed. Comares, Granada, 2002.
- POZUELO PÉREZ, L., "La respuesta penal a la delincuencia urbanística", en *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº12, 2008.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6^a edición, ed. Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G., "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio, en V.A.A.", en *Las fronteras del Código Penal de 1995 y Derecho Administrativo Sancionador*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- RÍOS CORBACHO, J.M., «Un acercamiento al perfil del delincuente urbanístico», en *Revista General de Derecho Penal*, nº 14, 2010.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, P., *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho Penal. La Administración Pública como garante*, ed. Bosch, Barcelona, 2007.
- ROMÁN GARCÍA, F., *Derecho Penal Administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, ed. Comares, Granada, 1997.
- SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGES, J., "El destinatario del tipo del delito urbanístico", en GARCÍA VALDÉS, C. (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, ed. Edisofer, Madrid, 2008.
- SÁNZ DE PIPAÓN Y MENGES, J., SÁEZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J., *La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico*, ed. La Ley, Madrid, 2009.
- SOUTO GARCÍA, E.M., "La ordenación del territorio y el urbanismo: el delito del art. 319 del Código Penal tras la reforma de 2010", en *Revista General de Derecho Penal*, nº 15, 2011.
- "Los delitos urbanísticos del art. 310 del CP como delitos comunes: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2003 y 26 de junio de 2001", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 4, 2010.
- "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en FARALDO CABANA, P. (dir.); PUENTE ABA, L.M. (coord.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.); JUDEL PRIETO, A.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, 3^a edición, ed. Aranzadi, Navarra, 2005.
- VERCHER NOGUERA, A., *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, ed. Colex, Madrid, 2002.