



UNIVERSIDAD DE JAEN

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**ACERCA DE LA NECESIDAD DEL DERECHO
PENAL EN MATERIA URBANISTICA
FRACASO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Alumno: Judith M^a Orta Serrano

Julio, 2016

RESUMEN

La presente investigación tiene como finalidad principal identificar y entender los puntos débiles del Derecho administrativo en cuanto a control de la legalidad urbanística y, en consecuencia, la aparición del Derecho penal para combatir la indisciplina urbanística. Para ello, se estudia y se diferencia previamente entre los términos urbanismo y ordenación del territorio, y se delimita el marco jurídico competencial de este último. Posteriormente, se da con un concepto de corrupción urbanística que resume de qué trata este tipo de corrupción y se analizan las posibles causas que la fomentan. Además, por otra parte, se estudia la figura del funcionario público como sujeto activo de la delincuencia urbanística. Finalmente, se comprueba si se han alcanzado los objetivos inicialmente establecidos y se aportan una serie de posibles soluciones para acabar con el complejo problema, extendido por toda la geografía española, de la corrupción urbanística.

Palabras clave: Derecho administrativo, Indisciplina urbanística, Derecho penal, Funcionario Público

ABSTRACT

The present research has as main purpose identify and understand the weaknesses of administrative law regarding the control of urban legality and, in consequence, the emergence of criminal law to combat urban indiscipline. For this reason, previously, I have studied the difference between the terms urban and regional planning, and I have delimited the competition legal framework of this latter. Later, I have found a concept of urban corruption that sums up what means this kind of corruption and their possible causes. Moreover, on the other hand, the figure of the civil servant has been studied as an active subject of urban crime. Finally, It has checked whether I have achieved the initially established objectives and I have explained a number of possible solutions to end this complex problem spread throughout the Spanish geography known as urban corruption.

Keywords: Administrative law, Urban indiscipline, Criminal law, Civil servant



Acerca de la necesidad del derecho penal en materia urbanística. Fracaso en el derecho administrativo.

Grado en Gestión y Administración Pública

Curso 2015/2016

ÍNDICE

	Página
1. Introducción.....	4
2. Consideraciones previas	
2.1. Urbanismo y ordenación territorial.....	8
2.2. Distribución jurídica competencial: Estado, Comunidades Autónomas y Municipios.....	9
3. Concepto y causas que promueven la corrupción urbanística.....	
3.1. Concepto de corrupción urbanística.....	13
3.2. Causas y factores que promueven la corrupción urbanística.....	14
4. La ineficacia del derecho administrativo y la jurisdicción contencioso-administrativa respecto a la legalidad urbanística.....	19
5. Respecto al derecho penal en materia urbanística.....	
5.1. Inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio en el Código penal de 1995 y breve referencia a la norma penal en blanco.....	23
5.2. El bloque normativo ambiental de la Constitución y su llamada al Derecho penal.....	25

5.3. Necesidad del Derecho penal debido a la insuficiencia del Derecho Administrativo.....	27
5.4. ¿En qué afecta la reforma de la LO 5/2010 a los artículos 319 y 320 del Código penal?	31
6. El funcionario público como sujeto activo en la delincuencia urbanística	
6.1. Determinaciones previas.....	34
6.2. El funcionario público como sujeto activo de la delincuencia urbanística: El artículo 320 del Código penal.....	35
6.3. Las conductas típicas desempeñadas por el sujeto activo en el artículo 320 del CP.....	37
6.4. El notario como posible figura participativa en los delitos de los artículos 319 y 320 del CP.....	41
7. Conclusiones.....	45
8. Acrónimos.....	51
9. Bibliografía.....	52
9.1. Legislación y webgrafía.....	53

1. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas dos décadas, especialmente durante los años comprendidos entre 1996 y 2006, el grave y complejo problema que entraña el malintencionado uso de la actividad urbanística se ha manifestado con más fuerza en múltiples municipios de la geografía española, sobre todo, en aquellos municipios del sur peninsular y en las zonas costeras. El malintencionado uso de la actividad urbanística ejercido por el poder público, cuyo fin es la obtención de beneficios privados para quienes participan en ella o para terceros, se conoce como corrupción urbanística¹.

Dentro de los tipos de corrupción administrativa existentes (nepotismo, malversación de fondos públicos, tráfico de influencias...) la corrupción urbanística es la que más casos corruptos nos ha dado en España, apareciendo los mentados casos frecuentemente en los medios de comunicación, convirtiéndose así, en el tipo de corrupción más mediática. Por estos motivos, desde mi punto de vista, resulta necesario investigar, conocer y analizar en profundidad este problema, no quedándonos solo en los datos que nos proporcionan los medios de comunicación de masas, sino yendo más allá. Estableciendo como objetivo principal - en relación con el Grado que he estado cursado durante estos últimos cuatro años - identificar y entender los puntos débiles del Derecho Administrativo en cuanto a control de la legalidad urbanística y, en consecuencia, la aparición del Derecho penal en dicha materia. Por otra parte, estudiar la figura del funcionario público como sujeto activo de la delincuencia urbanística.

Para ello en primer lugar, antes de introducimos en nuestro objeto de estudio, en el segundo capítulo del presente trabajo, veremos qué se entiende por urbanismo y ordenación del territorio, dos conceptos que a pesar de ser diferentes existe una tendencia a ser confundidos o a ser utilizados como si de sinónimos se tratasen. Por otra parte, en un segundo apartado, se hace indispensable abordar el controvertido marco jurídico competencial de la

¹ Por ejemplo, basándome en un análisis de sentencias firmes de las diferentes audiencias provinciales del año 2011 realizado por Marta Mª Aguilar Cárceles, podemos ver que las provincias con mayor números de casos de corrupción urbanística en el año 2011 son: Almería (19), Sevilla (9), Jaén (8), Granada (7), Ciudad real (7), Málaga (6), Mallorca (6), entre otras. Profundizando, varios casos corruptos llevados a cabo en la provincia de Jaén se produjeron en el municipio de Jamilena. Por otra parte, varios ilícitos de la provincia de Almería se llevaron a cabo en el municipio de Carboneras.

Aguilar Cárceles, M.Mª (2013): "Perfil criminológico en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", *Urbanismo y Corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Madrid, Dykinson, S.L, pp. 583-591.

ordenación territorial en España marcado por la entrada en vigor de la Constitución española de 1978.

Una vez entendidos los dos anteriores conceptos y delimitada la distribución jurídica competencial de la ordenación del territorio, en el tercer capítulo, estudiaremos, en primer lugar, la definición del término de corrupción urbanística seleccionando - desde mi punto de vista - las tres definiciones que más nos puede facilitar la comprensión de un concepto caracterizado por su ambigüedad y complejidad. Por otro lado, en el segundo apartado de este tercer capítulo, veremos las principales causas y factores que promueve y facilita la comisión de los actos corruptos. Desde mi opinión, la comprensión de estas causas y factores son fundamentales para el previo entendimiento de por qué fracasa el Derecho administrativo respecto al control de la legalidad urbanística.

El cuarto capítulo lo ocupa uno de los puntos más importante del presente estudio: la ineficacia del Derecho administrativo y de la jurisdicción-contencioso administrativa respecto a la legalidad urbanística. En el presente capítulo veremos por qué se consagra el urbanismo como una función pública y por qué le corresponde al Derecho administrativo y, por lo tanto, a las diferentes Administraciones públicas el deber de protegerlo. Posteriormente, observaremos por qué el Derecho administrativo es considerado insuficiente para proteger la legalidad y combatir la ilegalidad urbanística. Para ello, contemplaremos un conjunto de acciones que no solo han ido moldeando la idea de la inoperancia del Derecho urbanístico sino que, también, ha mostrado la contribución de los funcionarios públicos a la mentada inoperancia e ineficiencia. Además, haremos una breve referencia sobre la opinión que tiene el ciudadano acerca de la jurisdicción contencioso-administrativa y su lucha contra la ilegalidad urbanística. Por último, analizaremos brevemente una sentencia del Tribunal Supremo del año 2009, en la cual el Alto Tribunal pone de manifiesto la insuficiencia de las técnicas administrativas para el control urbanístico.

El quinto capítulo constituye el otro punto fundamental del presente trabajo: Referente al Derecho penal en materia urbanística. En el primer apartado, conoceremos la inclusión, por primera vez, en el Código penal de 1995 de los delitos relativos a la ordenación del territorio y su incorporación a través de la norma penal en blanco, así como las críticas realizadas a la utilización de esta técnica. En el segundo apartado, profundizaremos en la llamada que se hace desde el bloque normativo ambiental de la Constitución española al Derecho penal. En el tercer apartado, estudiaremos la necesidad de intervención punitiva causada por la

indisciplina urbanística y, como consecuencia, la aparición de los preceptos 319 y 320 en el Código penal. Además, para finalizar el apartado, analizaremos más en profundidad la sentencia del Alto Tribunal vista en el capítulo cuarto, así como una breve referencia a otra sentencia del mismo Tribunal del año 2006. Para concluir este capítulo, en el último apartado, observaremos qué aspectos fundamentales de los artículos 319 y 320 se han visto modificados tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, así como los principios básicos del proceso punitivo que se sacrifican con esta reforma.

Llegamos al capítulo sexto, donde se estudiará al funcionario público como sujeto activo de la delincuencia urbanística, observando en el primer apartado que no solo pueden ser incriminados los promotores, constructores o técnicos directores en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo - art. 319 del CP - sino que, también, el funcionario público o la autoridad pueden ser sujetos activos de esta mentada delincuencia - Art. 320 CP -. En el apartado segundo, veremos qué se entiende por funcionario público y autoridad a efectos penales y qué funcionarios pueden ser incriminados por lo dispuesto en el precepto 320. Por otra parte, en el tercer apartado, describiremos las conductas típicas que son desempeñadas por los sujetos activos en el mencionado artículo 320. Por último, para dar por concluido este capítulo, contemplaremos la posible implicación del notario en los delitos urbanísticos tipificados en los preceptos 319 y 320 del texto punitivo, a pesar de no ser una figura excesivamente estudiada en este sentido.

Finalmente, en el capítulo séptimo, retomaremos los objetivos del presente trabajo que vamos a enunciar a continuación, analizándolos de forma que comprobemos si se han alcanzado los objetivos previstos o no, además de aportar un conjunto de posibles soluciones para prevenir y acabar con los numerosos casos de corrupción urbanística.

Así que, como adelantaba en el párrafo anterior, en el análisis que realizo a través de esta investigación, además del objetivo principal del presente trabajo, interesa alcanzar otra serie de objetivos con el fin de delimitar, conocer y comprender nuestro complejo objeto de estudio. Vamos a exponerlos a continuación:

Primero. Diferenciar entre los términos “Urbanismo” y “Ordenación del territorio”. Así como, estudiar el marco jurídico competencial de la ordenación territorial para identificar qué competencias tienen tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas, como los Entes Locales en esta materia.

Segundo. Dar con un concepto que nos ayude a comprender y que resuma en qué consiste la corrupción urbanística. Una vez estudiado este concepto, identificar y establecer las causas y los factores que promueven la comisión de actos corruptos con el fin de llegar a nuestro objetivo principal.

Tercero. Comprobar si el Derecho administrativo es realmente ineficiente para controlar la legalidad urbanística como afirman algunos sectores de la jurisprudencia y el legislador penal y, si es así, investigar en qué hechos se fundamenta esa opinión.

Cuarto. Investigar acerca de si la intervención del Derecho penal viene solamente ocasionada por la insuficiencia del Derecho administrativo en esta materia. Además de, conocer la evolución en el tiempo de los delitos sobre la ordenación del territorio desde su incorporación en el Código penal de 1995.

Quinto. Estudiar la figura del funcionario público como sujeto activo de la delincuencia urbanística, analizando las conductas típicas - realizadas por estos sujetos - constitutivas de delito urbanístico.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

2.1. Urbanismo y ordenación territorial

Antes de comenzar a profundizar en el objeto de estudio de la presente investigación, debemos hacer mención a los conceptos de urbanismo y ordenación del territorio, los cuales no es conveniente confundir.

No resulta fácil dar un único concepto de urbanismo, ya que existen múltiples definiciones de este término, por lo que vamos a ver algunas de ellas. El autor Alfonso Melón afirma que: *“El urbanismo es una disciplina o realidad social, económica y jurídica inherente a la propia existencia de comunidades humanas organizadas”*² añadiendo que: *“el urbanismo surge, en principio, a partir del fenómeno sociológico y demográfico de las ciudades, como ciencia social que tiene por objeto y fin el estudio de las estructuras urbanas y su influencia, para lograr una organización urbana más perfecta”*³. De esta definición de urbanismo podemos desprender que es una ciencia de carácter social que persigue el crecimiento de las ciudades de una forma ordenada e inteligente. Por otra parte, una de las definiciones que nos proporciona el diccionario de la R.A.E sobre urbanismo es el: *“Conjunto de conocimientos relacionados con la planificación y desarrollo de las ciudades”*.

Al igual que ocurre con el urbanismo, existen numerosos conceptos sobre la ordenación del territorio o territorial. María Acale Sánchez, de una forma general, señala que: *“la ordenación del territorio es la política de distribución de los usos del suelo”*⁴. Si queremos indagar un poco más acerca de este concepto, podemos entenderla como *“el conjunto de criterios expresamente formulados, normas, planes y programas, que orientan y regulan las actuaciones y procesos de asentamiento sobre el territorio, en coordinación con la planificación socioeconómica y la protección de la naturaleza y del patrimonio histórico y cultural, con objeto de conseguir una adecuada relación entre población, territorio,*

² Melón Muñoz, A. (2008): “Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *Corrupción y Urbanismo*, Bilbao, Universidad de Deusto, p. 13

³ Melón, “Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 13.

⁴ Acale Sánchez, M. (2011): *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal*, Barcelona, Bosch, p. 17.

*actividades, servicios e infraestructuras, vinculándose muy especialmente al desarrollo sostenible”*⁵.

Acudiendo a la Carta Europea de Ordenación del Territorio⁶ de 1983, esta señala que la ordenación territorial: *“Es a la vez una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector”*. Además, si continuamos investigando lo dispuesto en esta Carta podemos ver como hace una mención especial a la importancia que tiene en la ordenación del territorio el medio ambiente, el hombre y su bienestar. Por otro lado, también nos indica cuáles deben ser sus características haciendo mención a cuatro:

- 1) Democrática: para así garantizar la participación tanto de la población afectada como de sus representantes políticos.
- 2) Global: coordinando las diferentes políticas sectoriales y *“asegurando en su conjunción un enfoque integrado”*⁷.
- 3) Funcional: teniéndose en cuenta, es decir, respetándose los valores, la cultura y los intereses de las diferentes comunidades.
- 4) Prospectiva: debe estudiarse la tendencia y la respectiva evolución a largo plazo de las políticas a la hora de aplicarlas.

En definitiva, y para concluir este apartado, podemos definir el urbanismo como el conocimiento que tiene por objeto el desarrollo y crecimiento de las ciudades. Sin embargo, la ordenación del territorio podemos entenderla como el conjunto de programas, planes, técnicas y principios que guían el desarrollo y crecimiento - la actividad urbanística - de los territorios.

2.2. Distribución jurídica competencial: Estado, Comunidades Autónomas y Municipios

Para abordar este tema, el marco competencial de la ordenación territorial, hemos de acudir a nuestra Constitución española de 1978. La distribución jurídico competencial en esta materia no ha quedado libre de controversia y disputas, como señalan algunos autores

⁵ Melón, “Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 14.

⁶ Aprobada por la Conferencia Europea de Ministros Responsables de la Ordenación del Territorio celebrada en Torremolinos (Málaga).

⁷ Melón, “Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 15.

expertos en la materia. Ignacio Benítez afirma que: “*Dos décadas (contadas hasta el año 2003) de vigencia de la Constitución Española de 1978 han tenido que transcurrir, así como varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, entre los que son definitivas las Sentencias 61/1997, de 20 de marzo, y 164/2001, de 11 de julio, para poder delimitar con cierta nitidez el marco de competencias en materia de Ordenación del Territorio en el Estado Español*”⁸. Por lo que, como podemos ver, la distribución competencial no ha quedado precisamente clara hasta hace relativamente poco tiempo.

La mencionada controversia en la distribución competencial viene precedida por lo dispuesto en el artículo 137⁹ del texto constitucional, donde explica la organización territorial del Estado y señala que cada entidad va a contar con autonomía propia la cual va a permitir la gestión de los intereses que tenga cada una. Por lo que el conflicto en este ámbito aparece cuando una entidad limita la autonomía de otra asumiendo competencias que no son suyas. Por ejemplo, si acudimos a una de las sentencias citadas anteriormente, la STC 61/1997, de 20 de marzo, podemos observar que señala la mayoría de los artículos del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana – en vigor hasta el 27 de junio de 2008 - como inconstitucionales debido a que el Estado estableció una serie de normas básicas que no se correspondían a las condiciones básicas que garanticen la igualdad como señala el artículo 149 de la CE que veremos posteriormente¹⁰.

Con la aparición de la Carta Magna en 1978, España pasa de ser “*un Estado fuertemente centralizado a un Estado bastante descentralizado, conformado por Comunidades Autónomas*”¹¹. Por lo que si seguimos recorriendo la CE, llegamos a un artículo fundamental en esta materia: el artículo 148.1 donde se enuncia que las Comunidades Autónomas pueden adquirir una serie de competencias entre las que destaca la “*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*”¹². En un principio, lo que este artículo mostraba como

⁸ Benítez Ortúzar, I.F. (2003): “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*, lugar de edición, editorial, p. 490.

⁹ Artículo 137 de la CE: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.”

¹⁰ Benítez, “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*, p. 492.

¹¹ Benítez, “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*, p. 491.

¹² Art. 148.1.3ª de la CE.

una mera posibilidad – se podía adquirir como una competencia exclusiva o no de las Comunidades Autónomas - dio lugar a la recogida por todos los Estatutos de Autonomía¹³ de las competencias exclusivas en estas materias¹⁴.

Poniendo de ejemplo el Estatuto de autonomía de Andalucía, en el art. 56.3 se establece que: *“Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de urbanismo, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen urbanístico del suelo; la regulación del régimen jurídico de la propiedad del suelo, respetando las condiciones básicas que el Estado establece para garantizar la igualdad del ejercicio del derecho a la propiedad; el establecimiento y la regulación de los instrumentos de planeamiento y de gestión urbanística; la política de suelo y vivienda, la regulación de los patrimonios públicos de suelo y vivienda y el régimen de la intervención administrativa en la edificación, la urbanización y el uso del suelo y el subsuelo; y 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”*. Por otra parte, en el apartado quinto del mismo precepto, se establecía la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio *“que incluye en todo caso el establecimiento y regulación de las directrices y figuras de planeamiento territorial, las previsiones sobre emplazamientos de infraestructuras y equipamientos, la promoción del equilibrio territorial y la adecuada protección ambiental”*.

Cabe añadir, que esta competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda queda limitada por lo dispuesto en el artículo 149.1 de la CE, el cual establece que el Estado tiene competencia exclusiva en numerosas materias, concretamente en su apartado primero: *“la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*¹⁵. Sin embargo, cabe decir, que la regulación de esas condiciones básicas por parte del Estado no puede conllevar la

¹³ En el caso del Estatuto de autonomía andaluz, las competencias exclusivas en materia de vivienda, urbanismo y ordenación del territorio aparecen consagradas en el art. 56.

¹⁴ Benítez, “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*, p. 491.

¹⁵ Art. 149.1.1ª de la CE.

asunción de competencias autonómicas¹⁶. Por lo que las competencias del Estado y las competencias de las CC.AA en esta materia deben coexistir.

Por otra parte, no podemos dar por finalizado este apartado sin hacer referencia a la competencia municipal en materia de ordenación del territorio debido a que la Constitución reconoce y garantiza la autonomía local¹⁷. A este efecto, debemos remitirnos a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, a través de la cual se hace efectiva esta autonomía, concretamente al artículo 25.2 a) donde se expresa que: *“El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación”*.

Cabe destacar, tras lo expuesto, que el Estado y las CC.AA pueden incrementar o disminuir las competencias municipales – desde un punto de vista legal – pero no pueden acabar con ellas, por lo que en mayor o menor medida los municipios tienen y tendrán competencias en materia de urbanismo.

Para concluir, tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas, como las Corporaciones Locales poseen competencias en materia de Ordenación del territorio y Urbanismo, pero es importante señalar que la autonomía de las CC.LL están limitadas: por un lado, por el Estado, ya que no pueden oponerse a las condiciones básicas fijadas por él, y por otro lado, por la autonomía autonómica debido a que no puede prevalecer sobre ella¹⁸.

¹⁶ Melón, “Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *Corrupción y urbanismo*, p. 27.

¹⁷ Artículos 137 y 140 de la CE.

¹⁸ Melón, “Algunas consideraciones sobre la distribución y el ejercicio de competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio”, *Corrupción y urbanismo*, p. 31.

3. CONCEPTO Y CAUSAS QUE PROMUEVEN LA CORRUPCIÓN URBANÍSTICA

3.1. Concepto de corrupción urbanística

Al igual que ocurre con los términos urbanismo y ordenación del territorio, a la hora de consultar el concepto de corrupción urbanística nos encontramos con diversas definiciones, de las cuales voy a destacar tres a continuación:

- a) *“La corrupción urbanística tiene como presupuesto el ejercicio abusivo del poder que, atribuido por el ordenamiento jurídico para la satisfacción del interés público, se utiliza para la obtención de un enriquecimiento personal ilícito u otra finalidad proscrita por el ordenamiento jurídico”*¹⁹.
- b) *“La corrupción urbanística, es una subespecie de la delincuencia económica que se caracteriza por su conexión, más bien, por estar injertada en la corrupción administrativa, y ello la sitúa en los aledaños del poder político. Es en definitiva una manifestación del abuso del poder y como tal se contrapone al poder democrático que se caracteriza, cualquiera que sea el concreto ámbito en el que actúa por la existencia de límites, transparencia de su actuación y garantía de control efectivo”*²⁰.
- c) *“Se hablará de corrupción urbanística cuando el abuso o mal uso del poder público se produce en el ámbito de las actividades urbanísticas”*²¹.

Tras la lectura de estos 3 conceptos, podemos entender la corrupción urbanística como el uso inadecuado del poder público llevado a cabo en el ámbito del urbanismo con el fin de obtener beneficios privados y cuyo acto corrupto supone una actuación contraria al ordenamiento jurídico.

Como adelantábamos en la introducción del presente trabajo, la corrupción urbanística es, dentro de los tipos de corrupción administrativa, la que más casos corruptos nos ha proporcionado en España: *“Greenpeace en Destrucción a toda costa (2010) contabiliza en 2009 más de 400 casos de corrupción urbanística o sentencias condenatorias de Gobiernos locales por sus incumplimientos de la normativa urbanística y medioambiental”*²². Esta

¹⁹ Torres Martínez, J. (2008): “El control de las actuaciones urbanísticas en el ámbito municipal”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 203.

²⁰ Giménez García, J. (2008): “El urbanismo como escenario delictivo”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 166.

²¹ Olaizola Nogales, I. (2008): “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 123.

²² Citado por Cerrillo i Martínez, A. (2012): “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, *Anuario del Gobierno Local 2011*, sitio, edición, p. 297.

realidad nos lleva a preguntarnos el porqué, además de, cuáles pueden ser las causas de este tipo de corrupción. Responderemos a esta pregunta en el siguiente apartado.

3.2. Causas y factores que promueven la corrupción urbanística

Si echamos la vista atrás, durante los últimos años del siglo pasado y los primeros años del presente, los escándalos y desastres urbanísticos llevados a cabo en numerosos municipios españoles aparecía constantemente en los medios de comunicación²³, ejemplo de ello es el conocido “Caso Malaya” cuyos hechos ocurrieron en Marbella. El Ayuntamiento marbellí estaba sumergido profundamente en la corrupción, concediendo licencias urbanísticas contrarias a la ley, además de *“permutas y enajenaciones de bienes inmuebles contrarias a la legalidad, así como concesiones directas para uso privativo de bienes de dominio público afectos a equipamientos o constitutivos de zonas verdes de comunidades de vecinos...”*²⁴, entre otras cosas. Cabe destacar que, en este entramado, aparecen implicados una amplia variedad de actores: políticos municipales, empresarios, promotores inmobiliarios, policías, funcionarios públicos, abogados, asesores externos, entre otros²⁵.

A comienzos de 2016 se ejecutó la sentencia firme dictada por el Tribunal Supremo sobre el caso Malaya - después de haber transcurrido casi 10 años desde que se produjeran las primeras detenciones - en la cual la Audiencia Provincial de Málaga ordenaba ingresar en prisión a 27 de los 46 condenados, entre los que figuran la ex alcaldesa marbellí Marisol Yagüe y una decena de ex concejales, entre otros. Por otro lado, otros 18 condenados debían hacer frente al pago de multas millonarias que oscilaban entre 600.000 y 6 millones de euros. Cabe decir que, en algunos casos, como el del considerado cerebro de la trama Juan Antonio Roca – ex asesor del área de Urbanismo del ayuntamiento marbellí - se acumulaban penas de prisión más el pago de multas millonarias.²⁶

Como suponemos, el enriquecimiento privado es el principal fin que impulsa a los actores a implicarse en actos corruptos, ya sea por pura avaricia o por la situación económica de los susodichos. Sin embargo, además del mencionado enriquecimiento personal, existen otras causas que llevan a determinados actores a llevar a cabo conductas corruptas, así como

²³ Alli Aranguren, J.C. (2008): “Instrumentos de la Ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística”, *Corrupción y urbanismo*, p. 217.

²⁴ Acale Sánchez, M. (2011): “Acercamiento criminológico”, *Los nuevos delitos...*, p. 31.

²⁵ Acale Sánchez, M. (2011): “Acercamiento criminológico”, *Los nuevos delitos...*, p. 31-32.

²⁶ Según la noticia de prensa publicada por el periódico El Mundo el 12 de enero de 2016. Disponible on line: <http://www.elmundo.es/andalucia/2016/01/12/5694ede6ca4741bd578b4586.html>

una serie de factores que las facilitan. No obstante, esta situación nos lleva a preguntarnos cuáles son esas causas y factores que facilitan o fomentan la corrupción urbanística.

A continuación, voy a desarrollar los motivos, así como los factores principales que llevan a la comisión de dichos actos corruptos:

a) Escasez de controles tanto internos como externos sobre la actividad urbanística

La conexión existente entre la política y la economía en las actividades urbanísticas “conlleva la necesidad de que los controles tanto internos como externos sobre las decisiones tomadas por la Administración funcionen”²⁷ para así identificar y evitar conductas corruptas. Pero, los controles tanto internos como externos apenas se producen o se realizan de forma escasa por lo que resultan ineficaces.

Por ejemplo respecto al control interno, en el ámbito municipal – los controles resultan muy importantes debido al gran número de competencias urbanísticas que poseen los municipios – “*ha desaparecido de la legislación local el tradicional deber de advertencia de ilegalidad, que hacía responsable al Secretario de los acuerdos de los Ayuntamientos, en el caso de que no hubiera advertido de las manifiestas infracciones legales en que pudieran incurrir los mismos*”²⁸, además si se suma que tal puesto puede ser cubierto por libre designación da lugar a una gran dificultad para evitar acuerdos ilícitos. Referente al control externo, tanto el Estado como las CC.AA apenas realizan controles sobre los municipios y la actividad desplegada por estos, “*ello se debe a un mal entendimiento del concepto de la autonomía local*”.

b) Legislación desmesurada y compleja de la actividad urbanística

Como he señalado anteriormente en la distribución jurídico competencial, en materia de ordenación del territorio poseen competencias tanto el Estado, como las CC.AA como los EE.LL, lo que produce confusión en el momento de conocer cuál es la legislación que debe aplicarse. Hoy en día, tendríamos que acudir a la Ley Estatal del Suelo²⁹ y las leyes

²⁷ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, pp. 130-131.

²⁸ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 131.

²⁹ Actualmente, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

sectoriales; las Leyes de urbanismo autonómicas³⁰ - cada Comunidad Autónoma tiene la suya – además de sus reglamentos propios³¹; Sin olvidarnos de *“las normas urbanísticas de los instrumentos de planeamiento que tramitan los distintos Ayuntamientos”*³². Inés Olaizola afirma que: *“Este panorama legislativo genera una gran inseguridad jurídica para todos: ciudadanos, Ayuntamientos, empresas que urbanizan y construyen, etc”*³³ y, lo que es de suma importancia en este estudio, esta diversidad legislativa puede fomentar la corrupción urbanística ya que *“una normativa poco clara genera que determinados sujetos se aprovechen de la situación de confusión”*.

c) La financiación de los municipios y de los Ayuntamientos

El problema de financiación de los municipios puede considerarse como una de las causas centrales de la corrupción urbanística. Partimos del hecho de que existen numerosos casos de corrupción urbanística – como el “Caso Malaya” mencionado anteriormente - donde el principal objetivo de la actuación corrupta es el lucro personal tanto de funcionarios públicos como de promotores inmobiliarios, concejales, empresarios etc... pero existe otra realidad en la cual: *“las necesidades de dinero de los municipios se han resuelto con frecuencia por la vía de las compensaciones abiertas o encubiertas para la ejecución de promociones o proyectos de toda clase al precio de incumplimiento de las normativas urbanísticas o medioambientales creadas por los propios responsables que lo permiten, o con decisiones de cambiar normativas y planeamientos a la medida de los intereses del constructor o promotor”*³⁴, por lo que la corrupción urbanística se ha convertido en una fuente de ingresos para aquellos municipios donde escasean los recursos y *“se utiliza la política urbanística como un salvavidas de obtención de ingresos para la atención de muy diversas necesidades públicas”*³⁵.

³⁰ Hoy en día, en el caso de Andalucía, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

³¹ Actualmente, en el caso de Andalucía, el Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³² Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 133.

³³ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 133.

³⁴ Quintero Olivares, G. (2013): “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y Corrupción Política*, p. 35.

³⁵ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p.134.

d) El modelo urbanístico donde todo es urbanizable: “*Un modelo insostenible*”³⁶

Durante los primeros años del siglo XXI, el modelo urbanístico en España se ha caracterizado por ser “*altamente especulativo, insuficientemente planificado y escasamente participativo*”³⁷ incumpliendo de este modo lo dispuesto en el artículo 47³⁸ de la Constitución española. Por otra parte, se ha optado “*por crecimientos poco ordenados y volcados en la creación de nuevas ciudades difusas*”³⁹ dando lugar a un modelo que difiere del desarrollo sostenible el cual se caracteriza por la búsqueda de “*la regeneración de la ciudad existente con modelos de urbe compacta y mejorar la cohesión social y la habitabilidad*”⁴⁰.

Por otro lado, además de las causas expuestas anteriormente, es conveniente hacer mención a otras causas relevantes que según Deysine⁴¹ benefician la corrupción urbanística y que podemos encontrarlas en el sistema administrativo y urbanístico en España:

Tabla 1: Causas específicas que benefician la corrupción urbanística

Causas específicas
Ausencia, debilidad o escasa probabilidad de sanciones, bien por falta de reproche legal, por falta de sanciones legales, o por ineficiencia.
Gran magnitud económica de las consecuencias de la decisión pública a tomar.
Doble lealtad del agente público (lealtad al público y lealtad a la organización que puede haber contribuido a su promoción a la condición de agente público).
Falta de competitividad o inexistencia de mercado abierto en relación con la decisión del agente.

³⁶ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p.135.

³⁷ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p.135.

³⁸ Art. 47 CE: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

³⁹ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p.135.

⁴⁰ Olaizola, “Aplicación del delito de cohecho en asuntos relacionados con la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p.135.

⁴¹ Citada por Alli, “Instrumentos de la ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 223.

Fuente: elaboración propia a través de Deysine, A. (2008)⁴²

Como podemos observar en la tabla 1, se hace mención a otras cuatro causas diferentes de las mencionadas anteriormente. Entre ellas es importante subrayar que el funcionario público puede verse impulsado a realizar una conducta corrupta porque con ese acto se pone en juego jugosas cantidades de dinero de las cuales puede verse beneficiado a sí mismo o a terceros; además, puede involucrarse en un acto corrupto para favorecer a la organización que le ha ayudado a convertirse en empleado público, promocionar y/o a realizarse profesionalmente.

Para finalizar este apartado, Juan-Cruz Alli señala que: *“Cuando existe, además, un régimen normativo complejo, con gran discrecionalidad, que pone las más importantes decisiones en una única instancia administrativa e impide los controles posteriores, se produce un campo abonado a la práctica de la corrupción”*⁴³. Además, en este sentido llama enormemente la atención los convenios urbanísticos, porque en ellos se pueden pactar las condiciones urbanísticas entre el promotor y el responsable municipal, y en tal negociación puede haber una finalidad ilícita en pro del beneficio personal de los implicados, pero sobre todo, para la financiación de los partidos políticos. Convirtiéndose los convenios urbanísticos en un medio para llevar a cabo la corrupción urbanística⁴⁴.

Concluyendo, no podemos dejar de mencionar que muchos ciudadanos de los municipios donde se han producido desastres urbanísticos han alentado a la destrucción de su entorno para conseguir una riqueza de una forma rápida sin pensar en las terribles consecuencias que puede conllevar tal acción⁴⁵, aunque esto no quiere decir que apoyen las conductas corruptas de los gestores públicos pero, en cierto modo, las promueven indirectamente. Además, es necesario destacar que, el principal motivo de la comisión de actos corruptos en la esfera urbanística – como he mencionado anteriormente – es el afán de enriquecimiento privado de los actores implicados.

⁴² Citada por Alli, “Instrumentos de la ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 223.

⁴³ Alli, “Instrumentos de la ley 8/2007 para reaccionar contra la corrupción urbanística”, *Corrupción y urbanismo*, p.224.

⁴⁴ Torres, “El control de las actuaciones urbanísticas en el ámbito municipal”, *Corrupción y Urbanismo*, p. 204.

⁴⁵ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y Corrupción política*, p. 25.

4. LA INEFICACIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA RESPECTO A LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

El urbanismo y la ordenación del territorio son materias propiamente de Derecho administrativo y por ello le corresponde al mismo, y a las respectivas Administraciones públicas, la responsabilidad de protegerlo. Para argumentar tal afirmación, hemos de remitirnos al art. 47 de la CE donde enuncia que los poderes públicos regularán “*la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”, a través del ya explicado marco jurídico competencial. En consecuencia con lo anterior, la actividad urbanística se consagra como una función pública “*que comprende la planificación, organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como la transformación de éste mediante la urbanización y edificación y sus consecuencias para el entorno*”⁴⁶.

El autor Gonzalo Quintero señala que: “*Este (el Derecho administrativo) puede recurrir a instrumentos realmente suficientes si en verdad desea usarlos (leyes, capacidad reglamentaria y sancionadora, capacidad ejecutiva, actuación de la policía urbanística)*”⁴⁷. Entonces, por qué existe la creencia de que el Derecho administrativo es insuficiente e ineficaz para proteger y controlar la legalidad urbanística.

Pues bien, el escándalo urbanístico generado, sobre todo, durante la década de 1996 y 2006 pone de manifiesto el escaso e ineficiente control por parte de las Administraciones públicas sobre la actividad urbanística. Salvador Mª Martín afirma que: “*Sólo ahora en las gerencias urbanísticas se están implantando los mecanismos necesarios para hacer aquello que hubo de abordarse 40 años atrás: la disciplina urbanística*”⁴⁸, como podemos observar con demasiada tardía.

Además, es importante señalar que la ineficacia del Derecho administrativo y de la Administración pública en esta materia no se puede reducir solo a los controles que realizan las distintas Administraciones sobre la actividad urbanística, sino que existen otra serie de acciones que ponen de manifiesto la destacada inoperancia a la hora de impedir y combatir el

⁴⁶ Atendiendo a lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

⁴⁷ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 26.

⁴⁸ Martín Valdivia, S. Mª (2013): “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 103.

desastre urbanístico e incluso donde se muestra cierta complicidad por parte de la Administración, más bien de sus funcionarios, a favor del mencionado desastre. A continuación, voy a destacar una serie de hechos que han ido moldeando la idea de la insuficiencia del Derecho administrativo y de la Administración pública en este ámbito:

- *“La inejecución de sentencias administrativas por las que se declara la ilegalidad de una obra y la correspondiente orden de demolición para restaurar el orden jurídico”*⁴⁹.
- Enlazado con lo anterior, en numerosas ocasiones se suspende la ejecución de una orden de demolición en Sentencia firme porque se espera que se introduzcan elementos modificativos en el planeamiento que considere legal la obra. De hecho, autores como Soriano García afirman que a *“los poderosos constructores no tienen quien les pare. Solamente los pequeños pueden sufrir algún que otro derribo y aun así acontece muy escasamente”*⁵⁰.

Estos dos motivos, principalmente, han provocado que hasta dentro de la propia doctrina administrativa *“se considere al derecho urbanístico, y a la Administración, incapaz de controlar la legalidad urbanística”*⁵¹. Sin embargo, por otra parte continuando con lo anterior, existen otros motivos que muestran la ineffectividad de la Administración y la conducta cómplice de sus funcionarios:

- Una destacada inoperancia o pasividad de la Administración mientras la obra ilegal se está ejecutando – *“tanto las que son directamente delitos contra la ordenación del territorio como las que suponen infracción de la legalidad urbanística”*⁵² - tomando una posición tolerante ante el hecho cuando la Administración municipal cuenta con medios suficientes para detectar tales obras ilícitas, como por ejemplo, la policía urbanística⁵³. Por lo que, la pasividad municipal puede deberse, en ciertos casos, a irresponsabilidad pero en otros casos puede ser síntoma de complicidad con el infractor.
- Falta de colaboración de los Ayuntamientos cuando la institución ha cometido infracciones urbanísticas.

⁴⁹ Quintero, “Urbanismo y Corrupción de la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 27.

⁵⁰ Citado por Quintero, “Urbanismo y Corrupción de la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 27.

⁵¹ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 27.

⁵² Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 24.

⁵³ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 48.

- La potestad sancionadora reside en los Alcaldes o en el Pleno municipal, la Administración autonómica solo podrá sancionar en ciertas circunstancias, “*anular acuerdos municipales o suplir la inactividad*”⁵⁴, por lo que es inimaginable que un Alcalde imponga una sanción a quien comete una infracción urbanística si este mantiene una actitud cómplice con el autor del ilícito⁵⁵.
- Modificación del planeamiento a fin de legalizar obras ilícitas como consecuencia de promesas electorales para conseguir votos en las elecciones municipales⁵⁶.
- “*Cambios de la legalidad urbanística a fin de hacer posible un proyecto*”⁵⁷.

Por otra parte, la jurisdicción contencioso-administrativa –además de por la lentitud que caracteriza a sus procesos⁵⁸ - es también considerada ineficiente por el ciudadano debido a su falta de objetividad en numerosos casos, ya que consideran que es “*un funcionario el de Justicia administrativa, quien juzga a otro funcionario, el de la ordinaria*”⁵⁹, además de “*una secular tendencia a no suspender la efectividad del acto administrativo salvo con las condiciones, requisitos y exigencias derivados de la más estricta justicia cautelar administrativa*”.⁶⁰ Por otra parte, se considera al juez penal más eficaz, más rápido y “*menos contemplativo con los privilegios de la Administración Pública*”⁶¹ que al juez contencioso. En definitiva, los ciudadanos tienen la sensación de que la justicia penal es más imparcial que la justicia contencioso-administrativa.

En línea con el tema que estamos tratando, se hace necesario destacar que existe un consenso por parte de la jurisprudencia en cuanto a la ineficiencia de las soluciones propuestas por el legislador urbanístico administrativo. Ejemplo de ello, es que hasta el mismo Alto Tribunal así lo considera, ya que a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009 - sobre el caso Andratx en el cual en su momento Alcalde del municipio,

⁵⁴ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 49.

⁵⁵ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 49.

⁵⁶ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 54.

⁵⁷ Quintero, “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 24.

⁵⁸ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 110.

⁵⁹ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 111.

⁶⁰ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 111.

⁶¹ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 111.

Hidalgo Garcés, construyó una vivienda unifamiliar en suelo rústico protegido del municipio ayudado por el Jefe del Área de Urbanismo, Medio Ambiente y Contratación, Jaime Massot – reafirma lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca donde se ordena ingresar en prisión tanto a Hidalgo Garcés como a Jaime Massot. Por lo que se desestima los recursos de casación presentados por Garcés y Massot por infracción de ley y vulneración constitucional.

Respecto a la ineficiencia administrativa que estamos estudiando en el presente capítulo, en los fundamentos de derecho del recurso presentado por Hidalgo Garcés, el magistrado ponente Siro García Pérez expresa que: *“la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajística, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina urbanística, se acude al Derecho Penal, como Última Ratio”*⁶².

Además, también en el recurso de casación presentado por el Alcalde, en el motivo octavo, García Pérez señala que: *“Hidalgo se aprovechó dolosamente de su condición de alcalde para ejecutar el delito con mayor facilidad; sirviéndose, en su propio interés del cargo que los ciudadanos le habían encomendado, en vez de servir a él”*⁶³.

En consecuencia con lo anterior, podemos llegar a la conclusión a la que llega Salvador Martín que afirma que: *“la inhabilidad no reside en sus técnicas, que a mi juicio están muy lejos del estado esclerótico del que se les acusa, sino en todo caso, en la ineptitud o indolencia de quienes deben hacerlas valer”*⁶⁴.

Sin embargo, como podemos ver, la ineficiencia del Derecho administrativo respecto al control de la legalidad en materia de urbanismo es objeto de controversia: por una parte, existen opiniones que consideran los instrumentos y técnicas propuestas por el Derecho administrativo insuficientes para dar respuesta al problema del desastre urbanístico, y por otra parte, autores como Salvador M^a Martín Valdivia argumenta que el problema no reside en los instrumentos y remedios propuestos por el Derecho administrativo, sino más bien en una falta de ética y profesionalidad de quienes deben poner en funcionamiento esas herramientas.

⁶² STS 27 de noviembre de 2009, en el motivo segundo del fundamento de derecho presentado por Hidalgo Garcés.

⁶³ STS 27 de noviembre de 2009, en el motivo octavo del fundamento de derecho presentado por Hidalgo Garcés.

⁶⁴ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 105.

5. RESPECTO AL DERECHO PENAL EN MATERIA URBANÍSTICA

5.1. Inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio en el Código penal de 1995 y breve referencia a la norma penal en blanco

En las versiones anteriores al Código Penal de 1995 no se protegía ningún bien jurídico relacionado con el urbanismo, aunque bien es cierto que *“los diferentes Proyectos de Código Penal (1980, 1992, 1994...) ya contemplaban disposiciones relacionadas con la materia”*⁶⁵. Su introducción en aquel año *“ha venido doblemente pautada por la conversión del medio ambiente en bien jurídico protegido penalmente, y por la ampliación de las conductas castigadas, en la medida en que en un principio, tan sólo se entendió que eran idóneas para menoscabarlo aquellas que están relacionadas con la contaminación”*⁶⁶. Por lo que aparece en el CP de 1995 bajo la rúbrica del título XVI: *“de los delitos relativos a la Ordenación del Territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”*.

Si acudimos al actual Título XVI del Código podemos ver cómo en él se protegen una serie de bienes jurídicos: la ordenación del territorio y el urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente, es decir, el presente título *“acogió una doble realidad: consagró un bien jurídico nuevo, bautizado entonces como “ordenación del territorio” – ahora complementado con la referencia al “urbanismo”-, y amplió –considerablemente- la protección que se ofrecía a otros dos bienes jurídicos ya existentes, el medio ambiente y el patrimonio histórico, frente a nuevas formas de agresión”*⁶⁷. Esta cuestión la estudiaremos más adelante.

Hemos de señalar respecto a esta materia, que el legislador penal debía *“de partir desde el respeto hacia las actuaciones administrativas ajustadas a Derecho y al propio Derecho administrativo regulador del sector de actividades urbanísticas involucradas – desde 1995- en materia castigada penalmente”*⁶⁸. Ya que, como hemos comentado en el punto anterior, el urbanismo es materia propiamente de Derecho administrativo y este se encarga de definir las clases de suelos, los distintos instrumentos que permiten transformar

⁶⁵ Fernández Pantoja, P. (2013): “Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”, *Urbanismo y corrupción política*, p.60.

⁶⁶ Acale Sánchez, M. (2011): “La incorporación al Código Penal de 1995 de los delitos sobre la ordenación del territorio”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 85.

⁶⁷ Acale Sánchez, M. (2011): “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.117.

⁶⁸ Acale Sánchez, M. (2011): “Consecuencias de la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 147.

los mismos, establece las condiciones para conseguir una licencia urbanística, así como las infracciones y sanciones que serán castigadas, además de quiénes serán considerados los autores de ellas⁶⁹.

Se hace necesario abordar una cuestión fundamental respecto al Derecho penal y al Derecho administrativo y es que el primero tiene consideración de ultima ratio, también conocido como principio de intervención mínima, es decir, opera en el caso de las situaciones más graves – ya que la respuesta a esas situaciones por la vía administrativa sería insuficiente - por lo que debido a este principio *“resultaría distorsionador elevar a la condición de delito conductas que no tengan la suficiente gravedad como para ser castigadas por él, sobre todo porque para hacerles frente está preparado perfectamente el Derecho Administrativo”*.⁷⁰

No podemos dar por finalizado este punto, sin señalar que la incorporación de estos delitos en el Código penal se produce a través de las normas penales en blanco donde se incorporan *“como elementos típicos lo definido y actuado en el ámbito de las normas urbanísticas”*⁷¹, es decir, se hace una remisión a lo legislado en las normas administrativas.

Cabe añadir, que las mencionadas leyes penales en blanco han sido objeto de críticas por parte de la doctrina, críticas que van desde *“que la integración de los tipos penales con normativa procedente de las instancias autonómicas vulneraría el principio de reserva de Ley orgánica por afectar a derechos y libertades públicas”*, hasta *“la competencia en materia de legislación penal pertenece en exclusiva al Estado (art. 149.1.6 de la Constitución) y, juntamente con lo anterior, que con ello se produciría la violación del principio de igualdad (también competencia exclusiva del Estado consagrada en el art. 149.1.1), en la medida en que una misma conducta puede ser o no constitutiva de delito, dependiendo de la Comunidad Autónoma donde se haya llevado a cabo”*⁷². Sin olvidarnos, de una tercera crítica referente a *“la mutabilidad del objeto de protección penal, en la medida en que sin que cambie la letra de la ley penal, puede ir variando su contenido”*⁷³.

⁶⁹ Acale, “Consecuencias de la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 147.

⁷⁰ Acale, “Consecuencias de la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 148.

⁷¹ Acale, “Consecuencias de la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 149.

⁷² Acale, “Consecuencias de la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 157.

⁷³ Acale, “Consecuencias de la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 159.

Concluyendo, estas tres críticas que se hacen a las normas penales en blanco se pueden observar en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo debido a que las leyes urbanísticas, como sabemos, no son leyes orgánicas sino que son de competencia autonómica y, además, son sumamente mutables en el sentido de que lo que hoy es delito, existe la posibilidad de que al día siguiente ya no lo sea sin que se altere lo escrito en el Código penal⁷⁴.

5.2. El bloque normativo ambiental de la Constitución y su llamada al Derecho penal

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 nace el derecho y el deber al medio ambiente mediante el artículo 45.1: *“Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”*. Por lo que se hace indispensable abordar el bloque normativo ambiental de la Constitución – que se encuentra dentro del Título I *“De los Derechos y Deberes fundamentales”*, concretamente, en el Capítulo III *“De los principios rectores de la Política Social y Económica”* - compuesto por los arts. 45, 46 y 47 en relación con el suelo, ya que es fundamental para nuestro objeto de estudio.

Para analizarlos de forma conjunta se *“ha de partir del suelo como recurso natural, que requiere ser ordenado urbanísticamente, dándose además la circunstancia de que determinadas clases de suelo”⁷⁵ están recubiertas de una serie de valores históricos, artísticos y culturales que hacen que sobre los mismos pese, más allá que su carácter de “suelo”, los singulares y preciados valores que en particular los caracterizan”⁷⁶*, aunque a continuación los veremos de forma separada.

Como he comentado anteriormente, es fundamental atender a lo dispuesto en el bloque ambiental de la Constitución ya que es el paso previo para *“delimitar los contornos de los bienes jurídicos que protegen los artículos 319 y 320”⁷⁷* del Código penal que consagran los delitos relativos a la ordenación del territorio, los cuales procederé a estudiar más adelante, en especial el art. 320.

⁷⁴ Acale, “Consecuencias de la inclusión de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en el Código Penal”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 162.

⁷⁵ Cabe añadir, que las Comunidades Autónomas a través de sus respectivas leyes establecen las distintas clases de suelo. Por ejemplo, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía establece en los artículos 44-47 las clases de suelo del territorio andaluz.

⁷⁶ Acale, “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, pp.101-102.

⁷⁷ Acale, “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.102.

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

Como se observa en este artículo, se hace referencia a todos los recursos naturales incluyéndose dentro de estos, el recurso que nos concierne: el suelo, el cual deberá ser utilizado de forma racional para proteger y defender el medio ambiente y la calidad de vida de los ciudadanos, además, expone que los responsables de velar por esa utilización racional serán los poderes públicos.

Continuando con el artículo 46 de la CE nos encontramos con que: *“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”*. Como observamos, el suelo no es tan solo un recurso natural, sino que también es considerado *“un recurso cultural que integra el patrimonio histórico, cultural y artístico”*⁷⁸, por este motivo se debe proteger el suelo de forma conjunta como recurso natural y como recurso cultural, muestra de ello es que *“el particular necesite una doble autorización administrativa”*⁷⁹ para poder intervenir en ellos.

Finalmente, llegamos al último artículo que compone este bloque normativo, el artículo 47 de la CE en el cual se dispone que: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística*

⁷⁸ Acale, “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.111.

⁷⁹ Acale, “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.111.

de los entes públicos”. Como podemos ver, en este artículo se menciona el recurso suelo explícitamente, y ya no se trata tanto de la necesidad de proteger el suelo como un recurso natural, sino que se trata sobre todo “*de la necesidad de destinar unas clases de suelo a unos concretos fines, reservando otros del proceso de urbanización*”⁸⁰.

Para concluir, es de vital importancia destacar en este punto, que de los tres artículos que conforman este bloque ambiental, dos de ellos – los arts. 45 y 46 de la CE – hacen una llamada de manera explícita al Derecho penal para que intervenga en caso de no cumplirse con lo dispuesto en cada artículo. A este efecto, en el artículo 45 encontramos en el apartado tercero que: “*Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*”, por otro lado, consultando el artículo 46 veremos que se señala al final de este que: “*La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*”. Sin embargo, el artículo 47 no hace referencia alguna a una sanción penal por lo que cabe preguntarnos si este precepto no es objeto de tutela penal.

Pues bien, el hecho de que no se haga mención de manera expresa a una sanción penal en el artículo 47 de la CE no significa que no sea objeto de intervención punitiva en caso de incumplimiento con lo establecido en dicho artículo. Debido a que si nos guiamos por las referencias expresas de intervención penal, tan solo los artículos 45 y 46 de la Constitución serían dignos de protección penal y “*ni la vida, ni la salud, ni el honor, etc., serían bienes dignos de tutela*”⁸¹ y, como bien sabemos, en absoluto ocurre así en la realidad.

5.3. Necesidad del Derecho penal debido a la insuficiencia del Derecho administrativo

Como hemos expuesto anteriormente, el Derecho penal solo puede intervenir en los casos más graves debido al principio de “ultima ratio”, además de que el Derecho administrativo es el principal responsable de proteger el urbanismo y cuenta con los instrumentos para ello, si bien recordamos.

Sin embargo, existe una idea compartida por la mayoría de expertos en materia penalista y es que la aparición del Derecho penal en el ámbito urbanístico se produjo por la insuficiencia demostrada del Derecho administrativo para controlar la actuación urbanística.

⁸⁰ Acale, “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.112.

⁸¹ Acale, “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.113.

Es más, esta idea no es solo compartida por los penalistas, incluso en *“los debates parlamentarios de aprobación del Código (1995), durante los cuales se puso de manifiesto que en la intervención del Derecho penal en este ámbito había sido determinante la ineficacia demostrada por parte de la Administración para contener los graves abusos urbanísticos”*⁸².

Si profundizamos en la idea extendida sobre la ineficacia del Derecho administrativo, llama enormemente la atención como muchos autores no consideran ineficaces los instrumentos y las técnicas propuestas por la legislación urbanística en sí, sino que se considera ineficiente el uso que se hace de los instrumentos o incluso que ni siquiera se haya aplicado lo dispuesto en la leyes urbanísticas. Por ello, si se hubiesen utilizado los medios propuestos en el Derecho administrativo correctamente, no hubiese existido la necesidad de que el Derecho penal castigue las conductas previstas⁸³. Sin embargo, para hacer frente a la indisciplina urbanística el legislador penal, finalmente, tuvo que establecer los mencionados arts. 319 y 320 del CP⁸⁴.

Pues bien, a pesar de que la creencia más habitual es que la ineficacia reside en la utilización de los instrumentos y las técnicas, y no en ellas en sí, hemos visto en el capítulo cuarto que el Alto Tribunal, a través de la STS 27 de noviembre de 2009, considera ineficaz la disciplina urbanística debido a que esta no es capaz de hacer frente a los despropósitos cometidos por los propios encargados de ponerla en práctica, tanto es así que se lleva a cabo *“un continuado e insistente desprecio por la legalidad”*⁸⁵.

A este efecto, el Tribunal Supremo considera que los instrumentos no son adecuados *“para alcanzar el fin que de ellos se espera”*⁸⁶, pudiendo ser uno de los motivos la insuficiencia de las sanciones administrativas para dar respuesta a conductas graves y los inexistentes controles que se ejercen dentro de la actividad municipal que, en la mentada sentencia concretamente, si no llega a ser por la denuncia de un ciudadano quizás ni hubiese

⁸² Acale, “Identificación de los bienes jurídicos en juego y el grado de la ofensa sancionado”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.120.

⁸³ Fernández, “Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”, *Urbanismo y corrupción política*, p.69.

⁸⁴ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, P. 103.

⁸⁵ STS 27 de noviembre de 2009, en el motivo noveno del fundamento de derecho presentado por Hidalgo Garcés.

⁸⁶ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, P. 104.

salido a la luz la actuación corrupta. Para argumentar tal afirmación respecto a los controles podemos basarnos en que Massot informó a favor de la concesión de la licencia a sabiendas de que se iba a destinar a la realización de una vivienda unifamiliar y no una finca destinada a uso agrario. Como se observa, el ex jefe del área de Urbanismo actuó con total arbitrariedad sin ser sometido a ningún tipo de control sobre los informes que emite para la concesión de licencias, no pudiendo evitarse así el acto corrupto.

Tan relevante ha sido esta sentencia, que produjo un gran impacto en los medios de comunicación dejándonos titulares como *““El Supremo carga contra “el desastre urbanístico” que corroe España. Un fallo pionero avala el uso del Derecho Penal por la inoperancia administrativa – El País 29 de diciembre de 2009”* o *“El TS advierte que la ordenación del territorio en España es un desastre –ABC, 29 de diciembre de 2009”*⁸⁷. A modo de ejemplo, en la noticia de El País se hacía hincapié en el mensaje que nos transmite el Alto Tribunal a través de la mentada sentencia respecto a la insuficiencia de la disciplina urbanística para controlar la legalidad en el ámbito urbanístico justificando así la actuación del Derecho penal para dar respuesta a los no escasos desastres y escándalos urbanísticos⁸⁸.

No obstante, además de ocupar un lugar en las noticias, autores como Martín Valdivia argumentan que en la presente sentencia se *“abre la veda contra la disciplina urbanística y decreta su absoluta claudicación frente al derecho penal”*⁸⁹, añadiendo que para ello se basa en *“el torpe actuar administrativo en materia de control, fiscalización y, sobre todo inspección, la ramplona conducta del alcalde que solicita la licencia para construir algo bien distinto de lo que tenía intención de edificar, los turbios manejos en el seno del seguimiento administrativo para dar una falsa apariencia de legalidad a lo que era una clara arbitrariedad y lo grosero de la actividad inspectora posterior”*⁹⁰. Por todos estos hechos, en esta sentencia del Tribunal Supremo se considera al Derecho urbanístico incapaz de dar respuesta a los escándalos urbanísticos y, por ello, deben ser sometidos al Derecho penal.

⁸⁷ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, P. 104-105.

⁸⁸ Noticia disponible on line: http://elpais.com/diario/2009/12/29/espana/1262041202_850215.html

⁸⁹ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, P. 112.

⁹⁰ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, P. 112.

Sin embargo, la STS de 27 de noviembre de 2009 no es la única sentencia del Alto Tribunal que señala y argumenta la ineficiencia del Derecho administrativo, es más en una sentencia anterior, la sentencia del TS de 28 de marzo de 2006 se considera que la creación de los artículos 319 y 320 del CP ha venido determinada porque *“la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia”*⁹¹, afirma el ponente Berdugo Gómez de la Torre.

En la mentada sentencia, si consultamos los antecedentes, la Audiencia Provincial de Pontevedra condenaba a Jose Ignacio por recibir la concesión de una licencia para construir un edificio de 24 viviendas de nueva planta en una zona calificada como “zona de respeto” para proteger el paisaje exterior de la ciudad de Tui (Pontevedra). Por otra parte, también se condenaba a Fidel, el alcalde, por su voto favorable a la concesión, a Silvio por informar favorablemente a dicha concesión, así como, a Mónica por informar favorablemente a la concesión de una segunda licencia sustituidora de la anterior para la ampliación de la construcción, aun sabiendas de la situación de la obra anterior, en la se había requerido la paralización de dicha obra y donde no se constaba con la autorización previa de la dirección Xeral de Patrimonio.

Otro aspecto destacable de esta Sentencia del TS de 28 de marzo de 2006, es que Berdugo Gómez de la Torre afirma que *“reducir la intervención del derecho penal, como ultima “ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal”*⁹², por lo que podemos entender que el Derecho penal es necesario para combatir la ilegalidad urbanística, debido a que en numerosas ocasiones el Derecho administrativo es insuficiente en la medida en que algunos autores cometen ilegalidades administrativas siendo conscientes de que posteriormente van a poder hacer frente a las sanciones urbanísticas que le correspondan.

Finalmente, no podemos dar por acabado este apartado sin hacer mención a que tan solo en los últimos años se ha decidido implantar los instrumentos para que funcione la disciplina urbanística, ejemplo de ello es *“el incremento de expedientes de disciplina urbanística que en las gerencias de urbanismo de los Ayuntamientos han venido a sustituir a los de planeamiento, gestión y otorgamiento de licencias que hasta hace poco venían*

⁹¹ STS de 28 de marzo de 2006, Fundamento de derecho noveno del recurso del alcalde Fidel.

⁹² STS 28 de marzo de 2006, Fundamento de derecho octavo del recurso del alcalde Fidel.

nutriendo de recursos las siempre insaciables arcas municipales”⁹³. Sin embargo, se ha tardado tanto en activar la disciplina urbanística para acabar con la ilegalidad urbanística que el legislador penal decidió modificar los artículos 319 y 320 del CP mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, para dar respuesta a los mentados escándalos urbanísticos.

5.4. ¿En qué afecta la reforma de la LO 5/2010 a los artículos 319 y 320 del Código penal?

La penúltima reforma del Código penal realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, ha modificado, por primera vez, los artículos 319 y 320 que desde su entrada en el Código penal de 1995 habían permanecido intactos. El legislador penal motivado por la opinión de la doctrina jurisprudencial – acerca de la inoperancia del Derecho administrativo para dar respuesta a los escándalos urbanísticos – decide “*ampliar tipos, conductas, penas y sujetos del delito con la nueva redacción ofrecida a sus artículos 319 y 320*”⁹⁴. Cabe decir que de esta reforma se ha de destacar: “*el endurecimiento de las penas y la declaración expresa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”⁹⁵.

Siguiendo con los aspectos de la reforma, en primer lugar, la estructura del título XVI no se ha visto modificada por la LO 5/2010, pero sí la rúbrica del mismo⁹⁶ incluyendo tras “la ordenación del territorio”, “y el urbanismo”. Además, se hace necesario destacar que nos encontramos ante una rúbrica compleja “*en la medida en que en ella se antepone ahora el adjetivo “relativos” a la ordenación del territorio y al urbanismo, con lo que se puede estar dando a entender que en su interior se procede a castigar determinadas conductas “relativas” a ellos, es decir, que se producen cuando se ordena el territorio o se urbaniza el suelo*”⁹⁷. Sin embargo, la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, como bienes jurídicos, se ve de una forma más clara ya que viene expresado explícitamente en la rúbrica: “*protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*”.

⁹³ Martín, “De cómo el Derecho Penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, P. 103.

⁹⁴ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *Urbanismo y corrupción política*, p.113.

⁹⁵ Fernández, “Responsabilidad penal por delitos urbanísticos versus responsabilidad política”, *urbanismo y corrupción política*, 61.

⁹⁶ Rúbrica completa del Título XVI: De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente.

⁹⁷ Acale, “La incorporación al CP de 1995 de los delitos sobre la ordenación del territorio”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, pp. 95-96.

A este efecto, cabe destacar, que las modificaciones tanto de la rúbrica del Título XVI como de su Capítulo I – que pasa a llamarse “de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo” – vienen a mostrarnos “*cuál es la faceta de la ordenación territorial protegida penalmente: esto es, la relacionada con el urbanismo*”⁹⁸, por lo que se procede a delimitar de una forma más clara el bien jurídico que es objeto de tutela.

Por otro lado, uno de los aspectos de esta reforma que más preocupaciones ha causado es “*la indiscriminada criminalización de cualquier conducta de los técnicos, funcionarios públicos o autoridades que consista en la comisión de cualesquiera irregularidades contrarias a las normas*”⁹⁹. Por lo que ahora, además de la inseguridad jurídica que caracterizan a estos preceptos, se suma la persecución criminal de unas conductas que cuesta identificarlas como delitos.

Para finalizar, en la reforma de los artículos 319 y 320 del Código penal se han preferido “*sacrificar algunos principios básicos que deben regir en todo proceso punitivo*”¹⁰⁰ por tal de “*endurecer las medidas contra políticos y técnicos*”¹⁰¹ y así luchar contra la mentada indisciplina urbanística. Estos principios básicos son tres:

- El ya mencionado principio de intervención mínima, donde la vía penal debe emplearse solamente cuando la administrativa sea insuficiente “*a la vista de la gravedad de la infracción, si no queremos caer en la fácil huida al derecho penal*”¹⁰².

- “*La especialización de las jurisdicciones*”¹⁰³, en este caso, le corresponde a los tribunales contencioso administrativos decidir “*cuánto, cómo, en qué condiciones, con qué requisitos y bajo qué exigencias competenciales, una edificación es o no es autorizable en suelo no urbanizable*”¹⁰⁴, entre otras cuestiones.

⁹⁸ Acale, “La incorporación al CP de 1995 de los delitos sobre la ordenación del territorio”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p. 98.

⁹⁹ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.113.

¹⁰⁰ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.116.

¹⁰¹ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.116.

¹⁰² Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.117.

¹⁰³ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.119.

¹⁰⁴ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.121.

- Por último, *“La necesaria tipificación de las conductas”*¹⁰⁵, es decir, se debe señalar de forma precisa las conductas constitutivas de delito *“de tal forma que no se incurra en arbitrariedades o zonas de penumbra discrecional que pongan en conflicto eficacia y seguridad”*¹⁰⁶, pero, como sabemos, esto no es tarea sencilla debido a que la normativa urbanística de cada Comunidad Autónoma *“puede dar lugar a que una misma conducta infrinja o no la normativa urbanística (o lo que es lo mismo a estos efectos, una misma actividad sea o no delito en atención al lugar en el que se perpetre la acción)”*¹⁰⁷.

En definitiva, el incumplimiento de estos principios unido a la desigualdad que provoca la aplicación de las normas penales en blanco¹⁰⁸ da lugar a las *“quiebras del principio de seguridad jurídica (en constante cuarentena cuando se deja en manos del juez penal la elucidación de conceptos urbanísticos de difícil interpretación)”*¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.116.

¹⁰⁶ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.116.

¹⁰⁷ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.126.

¹⁰⁸ La podemos encontrar en la segunda crítica a las normas penales en blanco, apartado 1 del presente capítulo.

¹⁰⁹ Martín, “De cómo el Derecho penal ha certificado el ocaso de la disciplina urbanística”, *urbanismo y corrupción política*, p.117.

6. EL FUNCIONARIO PÚBLICO COMO SUJETO ACTIVO EN LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA

6.1. Determinaciones previas

Si consultamos el artículo 319 del CP, podemos ver que en el mismo se castiga¹¹⁰ a “los promotores, constructores o técnicos directores” que “lleven a cabo” las conductas típicas – “obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables” - en los suelos que son objeto de protección - en el primer apartado, “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” y, en el segundo apartado, “en el suelo no urbanizable”.

Sin embargo, como hemos visto en el capítulo anterior, los mencionados sujetos activos no son los únicos castigados en relación con los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Como recordaremos, en el Código penal de 1995 se introdujo por primera vez los delitos relacionados con la ordenación del territorio, y el legislador penal “*haciéndose eco de la solicitud planteada por parte de un sector doctrinal, procedió a tipificar expresamente determinados actos de participación del funcionario público y de la autoridad en los entonces delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente en los artículos 320, 322 y 329*”¹¹¹ respectivamente. Cabe añadir que, la reforma de la LO 5/2010 modificó los artículos 320 y 329, aunque este último en menor grado, pero el artículo 322 ha permanecido intacto.

¹¹⁰ Art 319 CP: 1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

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

¹¹¹ Acale Sánchez, M (2011): “Los delitos de informe, votación, silenciación y resolución a favor de una licencia urbanística”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.299.

Referente al capítulo que estamos tratando, en los siguientes apartados me voy a centrar en el funcionario público como sujeto activo de las conductas constitutivas de delito encuadradas en el art. 320 del Código penal. Además, posteriormente, haré una breve referencia a las conductas típicas llevadas a cabo por ellos y, por último, veremos la figura del notario en materia de control urbanístico y su posible participación en las conductas delictivas tipificadas en los arts. 319 y 320 del CP.

6.2. El Funcionario Público como sujeto activo de la delincuencia urbanística: El artículo 320 del Código Penal

Remitiéndonos al artículo 320¹¹² del CP, se observa que el sujeto activo que realiza las conductas típicas delictivas es *“la autoridad o funcionario público”*. Para ver qué se entiende por funcionario público desde el ámbito penal, hemos de acudir al artículo 24 del texto punitivo donde en el apartado segundo se expresa 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”*.

Por otra parte, aunque no nos vamos a centrar en esta figura, en el primer apartado de este último artículo (24.1) se considera autoridad a efectos penales *“al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”*.

Retomando la figura del funcionario público, además de que este participe en el ejercicio de las funciones públicas, *“ha de ser el competente para informar o para inspeccionar (número 1.º) y ha de tener competencias decisorias para votar o resolver los*

¹¹² Art. 320 CP: “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.

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

*instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes (número 2.º)*¹¹³, por lo que para incriminar al funcionario público no basta con que ejerza la función pública sino que también debe tener asumidas las competencias que se señalan en el artículo 320.

Además, si volvemos al art. 24.2 del Código penal podemos ver cómo no hace referencia alguna a la permanencia del funcionario público en el ejercicio de la función pública, es decir, “*sin que sea preciso a efectos jurídicos-penales, que tal participación genere una vinculación de carácter permanente o profesional*”¹¹⁴.

Por lo que llegamos a la conclusión, que para que el funcionario público sea sujeto activo de la delincuencia urbanística y se le pueda aplicar las penas contenidas en el artículo 320, así como, las establecidas en el artículo 404¹¹⁵ del Código penal debe ejercer la función pública, pero no solo eso, además, debe ser competente en informar e inspeccionar y tener capacidades decisorias para resolver o votar favorablemente “*instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias*” sin importar si su posición en el cargo es de forma permanente o temporal.

Antes de finalizar este apartado, es conveniente señalar que el sujeto activo de las conductas tipificadas en el apartado 1º del art. 320 - informar favorablemente, silenciar infracciones con motivo de inspección u omitir inspecciones obligatorias – es el funcionario técnico del Ayuntamiento con competencias en emitir informes relativos a los instrumentos de planeamiento, proyectos y licencias urbanísticas, así como los funcionarios que estén al tanto de infracciones y las oculten por inspecciones, o aquellos funcionarios con competencias inspectoras que decidan no realizar una inspección de carácter obligatorio.

¹¹³ Acale, “Los delitos de informe, votación, silenciación y resolución a favor de una licencia urbanística”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.313.

¹¹⁴ Martínez Ruiz, J. (2013): “El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico”, *Urbanismo y Corrupción política*, p.467.

¹¹⁵ Art. 404 CP: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

Sin embargo, respecto al sujeto activo que realiza la conducta tipificada en el apartado 2º - votar o resolver a favor – puede ser o bien el Alcalde o el Pleno¹¹⁶. A este efecto, si nos remitimos al precepto 21 de la LBRL nos encontramos con las competencias del Alcalde y, concretamente, el apartado j) expone que le corresponde: *“las aprobaciones de los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como la de los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización”* además de *“el otorgamiento de las licencias, salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local”* (apartado q). Cabe decir que, el Alcalde podrá delegar las funciones dispuestas en el mentado apartado j) en la Junta de Gobierno Local¹¹⁷. Por otro lado, si acudimos al art. 22.2 de la misma ley, observamos las competencias del Pleno, y el apartado c) dispone que le corresponde a este órgano: *“la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, así como los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos”*.

Concluyendo, a modo de resumen, para que se consideren como sujetos activos de las conductas tipificadas en el precepto 320, estas deberán ser realizadas por los funcionarios técnicos del Ayuntamiento competentes en emitir informes favorables a los instrumentos de planeamiento, proyectos y licencias, así como aquellos funcionarios que sean doblemente competentes en denunciar las infracciones y en realizar inspecciones obligatorias (art. 320.1). Sin embargo, los encargados de votar o resolver favorablemente la aprobación de tales instrumentos, proyectos y conceder licencias (art. 320.2) es el Alcalde cuando no se le atribuya expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local.

6.3. Las conductas típicas desempeñadas por el sujeto activo en el artículo 320 del CP

En el presente artículo objeto de estudio, el artículo 320 del Código penal, se observa tres modalidades de conducta: en el primer apartado, informar a favor *“instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o*

¹¹⁶ El Pleno del Ayuntamiento está compuesto por todos los concejales y presidido por el Alcalde. (Art. 22.1 LBRL)

¹¹⁷ Art. 23.1 LBRL: *“La Junta de Gobierno Local se integra por el Alcalde y un número de Concejales no superior al tercio del número legal de los mismos, nombrados y separados libremente por aquél, dando cuenta al Pleno”*.

edificación o la concesión de licencias”. Además, en el mismo apartado, con la reforma de la LO 5/2010 se incluye que “*con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*”. Por último, en el segundo apartado del presente artículo nos encontramos con quien “*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*”. Para entender con más claridad estas tres conductas delictivas, veremos por separado cada una de ellas y su evolución tras la mencionada reforma operada por la LO 5/2010.

1º Informar a favor instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o concesión de licencia.

Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, solamente “*se castigaba al funcionario público o autoridad que informase favorablemente “proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes”*”¹¹⁸. Posteriormente, se incluyó los demás objetos: instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación y construcción. Con esta ampliación de objetos se “*dota de cierta sincronía al catálogo de infracciones administrativas y al de los delitos con la inclusión expresa de los informes sobre instrumentos de planeamiento*”¹¹⁹.

Otro aspecto destacable, que no ha sido modificado mediante la reforma del Código penal de 2010, es que la información favorable a instrumentos de planeamiento, proyectos y licencias deben ser “*contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes*” para que constituya delito.

Además, el informe ha de ser favorable, debido a que “*si se emite un informe desfavorable quedaría fuera del ámbito de la tipicidad y, todo lo más, podría dar lugar al castigo del funcionario informante como partícipe de los funcionarios autores de las*

¹¹⁸ Acale, “Los delitos de informe, votación, silenciación y resolución a favor de una licencia urbanística”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, pp.322-323.

¹¹⁹ Acale, “Los delitos de informe, votación, silenciación y resolución a favor de una licencia urbanística”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.323.

*conductas descritas en los números 1 ó 2 o del promotor, técnico director o constructor a través del art. 319*¹²⁰.

Para finalizar, a través de esta conducta, el funcionario público no daña tan solo el bien jurídico ordenación del territorio, sino que también daña el bien jurídico función pública, puesto que informa favorablemente violando así el principio de legalidad consagrado en el artículo 103¹²¹ de la CE.

2º Silenciar infracciones con motivo de inspecciones y omitir la realización de inspecciones obligatorias.

Hasta la modificación realizada por la LO 5/2010 no se castigaban estas dos conductas ahora vigentes en el artículo 320.1. Actualmente, por una parte, nos encontramos con *“que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas – las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes-”* y, por otra parte, *“que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”*. A este efecto, se hace necesario señalar, que el sujeto activo castigado será el funcionario *“doblemente obligado a realizar inspecciones y a denunciar las violaciones de las normas de carácter general que la regulen”*¹²², por lo que no se podrá castigar solo al competente en realizar inspecciones o viceversa.

Cabe destacar, que con la incorporación del castigo de omisión al texto punitivo se busca que la Administración no quede pasiva ante las ilegalidades y actúe ejerciendo sus funciones, en este caso, detectando y avisando de las infracciones administrativas contribuyendo así a la legalidad urbanística. Sin embargo, con la introducción de este castigo en el Código penal no se intenta ejercer presión o perseguir a todos los funcionarios con competencias inspectoras, ya que *“una cosa es la conducta del encargado de la inspección que a sabiendas de su injusticia, no realiza una inspección para no detectar irregularidades*

¹²⁰ Acale, “Los delitos de informe, votación, silenciación y resolución a favor de una licencia urbanística”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.324.

¹²¹ Art. 103 de la CE: “1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

¹²² Acale, “Los delitos de informe, votación, silenciación y resolución a favor de una licencia urbanística”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, p.334.

urbanísticas, o *que realiza la misma, las silencio*”¹²³, y otra cosa muy diferente es que debido a la escasez de personal encargado de las inspecciones urbanísticas no se puedan realizar inspecciones por exceso de trabajo de los inspectores y no por ello tienen por qué estar tratando de no detectar irregularidades.

3º La resolución o votación favorablemente – por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado – de los instrumentos de planeamiento, de los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación y la concesión de licencias.

Llegamos al apartado segundo del artículo 320, donde se castiga a los funcionarios públicos *“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*”¹²⁴.

Este segundo apartado, antes de la reforma operada por la LO 5/2010, no se dejaba claro el objeto de la conducta típica, simplemente se castigaba *“al funcionario público o autoridad que por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”*. Como se observa, no se hacía mención a los instrumentos de planeamiento, ni a los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación y tampoco a la concesión de licencias, así que había que remitirse a las conductas dispuestas en el apartado 1º del presente artículo.

En cuanto se refiere a la conducta típica, consiste en la resolución o votación favorable de los instrumentos y proyectos mencionados anteriormente, además de la concesión de licencias *“a sabiendas de su injusticia, evidenciando una gran similitud con el genérico delito de prevaricación urbanística*”¹²⁵ contenida en el ya mencionado artículo 404 del texto punitivo.

¹²³ Acale, “Los delitos de informe, votación, silenciación y resolución a favor de una licencia urbanística”, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, pp.334-335.

¹²⁴ “A sabiendas de su injusticia” es el tipo subjetivo del delito.

¹²⁵ Martínez, “El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico”, *Urbanismo y Corrupción política*, p.475.

6.4. El notario como posible figura participativa en los delitos de los artículos 319 y 320 del CP

Para dar por acabado este capítulo, a pesar de no ser una figura enormemente estudiada respecto a nuestro objeto de estudio, vamos a indagar en la figura del notario ya que resulta curioso como este funcionario público, a pesar del papel fundamental que cumple en numerosas ocasiones en la consumación de los procesos urbanísticos que finalmente constituyen delito –como, por ejemplo, autorizar “*escrituras de obra nueva o parcelaciones en suelo no urbanizable*”¹²⁶ - no recaiga en él ninguna responsabilidad penal, o al menos eso podemos desprender si analizamos las conductas delictivas contenidas en los artículos 319 y 320 del Código penal.

Todo el desastre urbanístico generado en España ha provocado la desconfianza en aquellos que han de controlar la legalidad urbanística, sobre todo hacia los responsables políticos y administrativos. Esa desconfianza ha motivado que además del control ejercido desde el ámbito municipal y autonómico “*se exija la colaboración de los notarios en el control de la legalidad urbanística que, desde un punto de vista técnico, son más propias de la inspección en este ámbito*”¹²⁷.

Pues bien, la participación de los notarios en el control urbanístico se realiza de forma preventiva, como por ejemplo, “*en el momento de autorizar escrituras públicas que documentan actos o negocios jurídicos en los cuales los particulares plasman actos de modificación física sobre las fincas, especialmente cuando pretenden efectuar parcelaciones y declaraciones de obra nueva*”¹²⁸. De hecho, leyes tanto de ámbito nacional como sectorial¹²⁹ recogen preceptos donde los notarios han de participar en las etapas de control de dicha legalidad urbanística “*imponiéndoles la obligación de comprobar la existencia de licencia y*

¹²⁶ Cruz Blanca, M.J. y Martín Valdivia, S.Mª (2013), “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.488.

¹²⁷ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.492.

¹²⁸ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.493.

¹²⁹ Como ejemplo, el apartado cuarto del artículo 66 – Parcelación urbanística - de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, expresa: “Cualquier acto de parcelación urbanística precisará de licencia urbanística o, en su caso, de declaración de su innecesariedad. No podrá autorizarse ni inscribirse escritura pública alguna en la que se contenga acto de parcelación sin la aportación de la preceptiva licencia, o de la declaración de su innecesariedad, que los Notarios deberán testimoniar en la escritura correspondiente”.

la adecuación del acto a la misma como presupuesto para la autorización de la escritura pública en que se documenten tales actos”¹³⁰.

Sin embargo, si nos centramos en la posible participación de los notarios en los delitos urbanísticos contenidos en los arts. 319 y 320 del CP, los autores M^a José Cruz y Salvador M^a Martín señalan que: “*si el notario, aun contribuyendo causalmente a la realización del hecho, cumple debidamente con sus deberes de examen y, en su caso, de indagación y no descubre elementos que permitan concluir el carácter delictivo del acto o contrato, no deberá ser considerado responsable por participación*”¹³¹, es decir, el notario está ejerciendo correctamente sus funciones, atendiendo a su procedimiento establecido de actuación, a pesar de que en el ejercicio de estas funciones contribuya a la realización de la conducta delictiva, “*en estos casos, la aportación del notario, pese al efecto causal de favorecimiento que haya producido sobre el hecho principal delictivo, debería ser considerada <neutral> y en consecuencia su contribución no sería punible*”¹³².

Circunstancia diferente sería que el notario incumpliese sus funciones de “*examen, indagación y abstención*”¹³³ lo cual podría conllevar a una posible responsabilidad del fedatario “*por su participación en el negocio fraudulento orquestado por las partes lo que podría plantearse cuando autorice una escritura pública al menos en tres grupos de casos: autorización sin proceder al examen debido; autorización habiendo procedido al examen pero no a las debidas indagaciones; y autorización habiendo advertido la infracción*”¹³⁴. En estos casos, el notario podría estar sujeto a responsabilidad penal por dolo directo o por dolo eventual¹³⁵ y podrían considerarlo partícipe en la constitución del delito.

¹³⁰ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.493.

¹³¹ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.495.

¹³² Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.495.

¹³³ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.495.

¹³⁴ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, pp.495-496.

¹³⁵ Dolo directo: “*En caso de haber advertido los planes delictivos de los contratantes tras haber ejercido los preceptivos deberes de examen e investigación*”. Dolo eventual: “*Cuando al haber omitido tales deberes no haya podido excluir la probabilidad del contenido delictivo del negocio que podría haber advertido si hubiese examinado el negocio documentado*”. Citado por Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, pp.495-496.

Por otra parte, si atendemos a las conductas delictivas tipificadas en el artículo 320, en un principio, resultaría dificultoso considerar al notario responsable por participación, a no ser que “*se sea en exceso generoso con la interpretación de este artículo*”¹³⁶. Pues bien, respecto a la conducta típica del apartado primero del presente artículo, el fedatario no informa favorablemente, simplemente sus funciones serían las de “*eleva a documento público la licencia previamente concedida o, en caso de las parcelaciones o reparcelaciones, a la protocolización de las operaciones particionales que ya han tenido lugar en el seno de la correspondiente administración*”¹³⁷. Por otra parte, respecto a la otra conducta típica encuadrada en el primer apartado, “*que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio*”, tampoco podemos encuadrar esta labor dentro de las funciones notariales, ya que para que nazca el delito “*se exige una actividad previa que no es la que corresponde a los notarios*”¹³⁸.

En definitiva, no se puede encuadrar las competencias notariales dentro de las conductas típicas del artículo 320, debido a que en su apartado segundo el fedatario tampoco “*tiene competencias para resolver ni tampoco para formar parte de órganos colegiados donde se procediera a la votación en favor de esos actos administrativos*”¹³⁹ constitutivos de delitos señalados en el precepto 320.

A modo de conclusión, se hace necesario destacar que con el vigente Código penal no resulta nada fácil encuadrar cualquier participación de los notarios en los actos urbanísticos que constituyen los delitos tipificados en los artículos 319 y 320. Sin embargo, dado el importante rol que juega esta figura junto con la Administración municipal y la Administración autonómica en el mencionado control de la legalidad urbanística, algunos autores consideran conveniente una futura reforma del texto punitivo en la cual resultase más fácil responsabilizar penalmente a los notarios en el caso de que fuesen merecedores de castigo penal. Por ejemplo, M^a Acale “*consideraría acertada la inclusión de un precepto que*

¹³⁶ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, pp.497.

¹³⁷ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, pp.497-498.

¹³⁸ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p.498.

¹³⁹ Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, pp.498-499.

sancionara penalmente al notario que consienta en la autorización de los actos jurídicos nulos relativos a las parcelaciones y construcciones”¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Citada por Cruz y Martín, “La eventual responsabilidad penal de los notarios por su participación en los delitos urbanísticos de los artículos 319 y 320 del Código Penal”, *Urbanismo y corrupción política*, p. 506.

7. CONCLUSIONES

Para finalizar el presente trabajo sobre el análisis de los puntos débiles del Derecho administrativo respecto al control de la legalidad urbanística y, como consecuencia, la aparición del Derecho penal, se hace necesario volver al primer capítulo de la presente investigación y recopilar los objetivos que se habían establecido, con el fin de comprobar hasta qué grado se han conseguido alcanzar tales objetivos tras el transcurso y desarrollo de la investigación. Pues bien, nuestros objetivos planteados eran:

1º) Diferenciar entre los términos “Urbanismo” y “Ordenación del territorio”. Así como, estudiar el marco jurídico competencial de la ordenación territorial para identificar qué competencias tienen tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas, como los Entes Locales en dicha materia.

2º) Dar con un concepto que nos ayude a comprender y que resuma en qué consiste la corrupción urbanística. Una vez estudiado este concepto, identificar y establecer las causas y los factores que promueven la comisión de actos corruptos con el fin de llegar a nuestro objetivo principal.

3º) Comprobar si el Derecho administrativo es realmente ineficiente para controlar la legalidad urbanística como afirman algunos sectores de la jurisprudencia y el legislador penal y, si es así, investigar en qué hechos se fundamenta esa opinión.

4º) Investigar acerca de si la intervención del Derecho penal viene solamente ocasionada por la insuficiencia del Derecho administrativo en esta materia. Además de, conocer la evolución en el tiempo de los delitos sobre la ordenación del territorio desde su incorporación en el Código penal de 1995.

5º) Estudiar la figura del funcionario público como sujeto activo de la delincuencia urbanística, analizando las conductas típicas - realizadas por estos sujetos - constitutivas de delito urbanístico.

Pues bien, respecto al primer objetivo, hemos podido comprobar a través de varias definiciones que el urbanismo y la ordenación del territorio, a pesar de estar relacionados, no son lo mismo. El urbanismo, es una disciplina, es el conocimiento que tiene como estudio el crecimiento de las ciudades de un modo inteligente. Sin embargo, la ordenación del territorio

es el conjunto de instrumentos, planes, proyectos y principios que dirigen la actividad urbanística de los municipios.

Por otra parte, a través del estudio del marco jurídico competencial de la ordenación territorial, hemos podido conocer que en esta materia: el Estado, tan solo, se encarga de establecer las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio de este derecho (art. 149.1.1ª) – lo dispuesto en este precepto, estaría relacionado con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, estableciendo las condiciones básicas para la regulación del suelo - ; por su parte, las Comunidades Autónomas adquirieron competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo, y esta competencia exclusiva aparece recogida en el Estatuto de Autonomía de cada Comunidad autónoma. Por último, los municipios tienen competencias en materia de disciplina urbanística, gestión, ejecución y planeamiento. Siendo necesario destacar, que las competencias que poseen tanto el Estado como las CC.AA deben coexistir y que las competencias de los municipios pueden reducirse por razones justificadas pero nunca eliminarse por completo.

Referente al segundo objetivo, hemos logrado dar con un concepto de corrupción urbanística que resume de qué trata este tipo de corrupción mediante el estudio previo de tres conceptos de corrupción urbanística aportados por autores expertos en la materia. Así que, entendemos la corrupción urbanística como el uso inadecuado del poder público llevado a cabo en el ámbito urbanístico con el fin de obtener beneficios privados y cuyo acto corrupto supone una actuación contraria al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, se ha podido identificar una serie de causas que favorecen la comisión de actos corruptos como son: la escasez de controles internos y externos de la actividad urbanística; el enorme y complejo panorama legislativo urbanístico provocado por la distribución de competencias entre Estado, CC.AA y EE.LL; la falta de financiación de los municipios y los ayuntamientos donde los responsables políticos ven el urbanismo como una fuente de riqueza para nutrir su carencia de recursos, y, la creencia de que todo suelo es urbanizable en España. Añadiendo a estas cuatro causas principales, otros factores de los que son destacables: el funcionario público que accede a realizar un acto corrupto para beneficiar a la organización que le ha ayudado a realizarse profesionalmente, o la convicción del funcionario de que participando en el acto corrupto pueda obtener grandes sumas de dinero.

Si observamos estas causas con detenimiento, podemos comprobar que se pueden asociar fácilmente con parte de nuestro objeto de estudio, el fracaso del Derecho administrativo, así como con un comportamiento afín a la corrupción por parte de los funcionarios públicos y autoridades con competencias en la actividad urbanística.

Respecto al tercer objetivo, no se ha podido llegar a una conclusión que afirme lo que expone el Tribunal Supremo cuando enuncia que las técnicas propuestas por la legislación urbanística son insuficientes para luchar contra la ilegalidad urbanística o, por el contrario, tampoco se ha podido afirmar el parecer de los autores expertos en Derecho administrativo cuando argumentan que las técnicas son más que suficientes para combatir la ilegalidad en el ámbito urbanístico, pero que el problema reside en el mal uso que se hacen de ellas. Bien es cierto, que el escándalo urbanístico generado en España muestra el ineficiente control por parte de las Administraciones públicas en materia urbanística, pero este insuficiente control puede deberse por la aplicación de unas técnicas urbanísticas ineficaces para controlar la actividad urbanística, o por el mal uso que se haga de ellas o que ni siquiera las apliquen los encargados de ponerlas en marcha. Sea como fuere, lo que queda realmente claro es que, ante tal situación, se ha necesitado la intervención del Derecho penal para luchar contra la ilegalidad urbanística.

Respecto al penúltimo objetivo, como se acaba de señalar, la insuficiencia del Derecho administrativo para controlar la actividad urbanística ha impulsado la intervención punitiva para dar solución a los escándalos urbanísticos generados. Aunque a este efecto, no podemos olvidar que, esta intervención se rige por el principio de ultima ratio, es decir, la intervención penal solo se justifica para dar respuesta a los casos más graves de incumplimiento de la legislación urbanística y de ordenación del territorio vigentes debido a que la respuesta administrativa, en estos casos, sería insuficiente.

En definitiva, el legislador penal para dar respuesta a la indisciplina urbanística creó los preceptos 319 y 320 del Código penal donde consagró los delitos sobre la ordenación del territorio. Por otra parte, podemos llegar a la conclusión de que la intervención punitiva en esta materia no se ha producido solamente por la mentada ineficacia administrativa ya que, como hemos visto en el bloque normativo ambiental de la Constitución, en dos de los tres artículos que lo componen (los arts. 45 y 46), se hace una llamada expresa al legislador punitivo para que intervenga en caso de que se incumpla con lo dispuesto en los mentados preceptos. Por lo que llegamos a la conclusión de que la intervención penal ha estado también

motivada por el llamamiento constitucional que se hace al Derecho penal para proteger el medio ambiente, los recursos naturales (entre ellos, el suelo) y el patrimonio histórico, cultural y artístico. Matizar que, para ser objeto de protección penal, no se requiere un llamamiento expreso por parte de la CE, como ocurre con el art. 47 –relacionado directamente con el urbanismo - y los demás bienes jurídicos objeto de tutela penal.

Por otro lado, la modificación de los mentados preceptos 319 y 320 del CP, operada por la LO 5/2010 de reforma del Código penal que introdujo tanto en la rúbrica del título XVI como en el capítulo I tras la Ordenación del territorio “y el urbanismo”, ha estado motivada por la mentada inoperancia administrativa para dar solución a los escándalos urbanísticos. Esta reforma ha supuesto en los artículos: un endurecimiento de las penas, una ampliación de conductas delictivas, y, lo que es aún más destacable en el art. 320, se ha incriminado las conductas realizadas por funcionarios públicos, técnicos o autoridades que, a simple vista, constituyen meras irregularidades en contra de las normas urbanística o de ordenación territorial vigentes.

Por último, referente al último objetivo, se ha visto que existe la posibilidad de incriminar al funcionario técnico competente en informar a favor de instrumentos de planeamiento, proyectos y licencias, así como al funcionario doblemente competente en inspeccionar y ocultar infracciones con motivo de inspecciones encuadradas en el artículo 320.1 del Código penal. Sin tener en cuenta si el puesto del funcionario que ejerce sus funciones es de carácter temporal o permanente.

Desde mi punto de vista, tras todo lo expuesto, pienso que se han conseguido alcanzar todos los objetivos propuestos. Matizando que, respecto a la idoneidad de las técnicas urbanísticas propuestas para dar solución a los desastres urbanísticos no se ha podido llegar a una respuesta que afirme o desmienta ni lo expuesto por el Alto Tribunal, ni lo expuesto por los autores expertos en la materia.

Sin embargo, en mi opinión, comparto el pensamiento del autor Salvador Martín Valdivia cuando afirma que las técnicas son correctas pero lo que las hace inoperativas es el mal uso que se hacen de ellas. Para fundamentar mi opinión me baso en lo estudiado en el capítulo cuarto, donde hemos visto que el Derecho administrativo cuenta con leyes, con policía urbanística y con capacidad reglamentaria, sancionadora y ejecutiva, pero a pesar de ello, por ejemplo, la policía urbanística no “detecta” muchas de las obras ilícitas; o, se

suspende la ejecución de una orden de demolición en sentencia firme con la intención de introducir modificaciones en el planeamiento que considere legal la obra ilícita.

A este efecto, tras estos sucesos expuestos y los demás comentados en el capítulo cuarto, llego a la conclusión de que el hecho de que existan numerosos casos de corrupción urbanística, en general, y, el problema de la insuficiencia del Derecho administrativo en esta materia, en particular, reside en la falta de ética de todos los autores implicados, pero especialmente, de los responsables políticos y de los funcionarios públicos ya que son los encargados de servir al interés general y por lo tanto deberían ejercer sus funciones con responsabilidad y sirviendo al interés público.

Tras todo lo estudiado y comentado en este trabajo, pienso que el problema de la corrupción urbanística – al igual que ocurre con la corrupción en otros ámbitos – es un mal difícil de erradicar, el menos, por completo. Sin embargo, implementándose ciertas medidas podría contribuirse a una disminución de casos corruptos. Por ejemplo, algunas de estas soluciones podrían ser: (1) Aumentar el control externo por parte de las entidades superiores hacia la actividad urbanística municipal, ya que como hemos visto, el ámbito municipal es el gran foco de casos de corrupción urbanística; (2) Una reforma del código ético de los empleados públicos donde se haga hincapié en principios como: ejemplaridad, dedicación al servicio público, honradez, imparcialidad, pero sobre todo, transparencia; (3) Respecto a este último principio, mejorar la transparencia en el ámbito urbanístico utilizando como medio internet para proporcionar a los ciudadanos, por ejemplo, información acerca de las últimas actuaciones urbanísticas municipales con el fin de que se pueda comprobar que las actuaciones se ajustan plenamente a lo dispuesto en la legalidad urbanística, (4) Así como, la búsqueda de fuentes alternativas de financiación municipal, evitando así que los responsables políticos de los municipios carentes de recursos utilicen la política urbanística como fuente de ingresos, entre otras posibles soluciones.

Aplicando estas posibles medidas podría contribuirse no solo a reducir los casos de corrupción urbanística, sino incluso, a erradicarla por completo. En conclusión, lo que queda realmente claro es la necesidad de poner en marcha soluciones efectivas, ya que en pleno 2016, a pesar de todos los escándalos urbanísticos precedentes en España durante las últimas décadas, siguen teniendo lugar casos corruptos como es el presunto caso de corrupción urbanística del Ayuntamiento de Granada donde han tenido que dimitir el ex alcalde José

Torres Hurtado y la ex concejal de Urbanismo, Isabel Nieto. En definitiva, la corrupción urbanística es un complejo problema que sigue estando a la orden del día.

8. ACRÓNIMOS

Términos

Art. – Artículo

Arts. – Artículos

CC.AA – Comunidades Autónomas

CC.LL – Corporaciones Locales

CE – Constitución Española

CP – Código Penal

EE.LL – Entidades Locales

LBRL – Ley de Bases de Régimen Local

LO – Ley Orgánica

R.A.E – Real Academia Española

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional

STS – Sentencia Tribunal Supremo

TS – Tribunal Supremo

9. BIBLIOGRAFÍA

Acale Sánchez, M. (2011). Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal. Bosh, Barcelona.

Benítez Ortúzar, I.F. (2003). Cuadernos de política criminal nº 81. Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid.

Cerrillo i Martínez, A. (2012). Fundación Democracia y Gobierno Local. Anuario del Gobierno local, 2011. Disponible on line:
http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1255/16_Cerrillo_Transparencia.pdf?sequence=1

Lidón, J.M. (2008). Cuadernos penales, José María Lidón. Núm. 5 Corrupción y urbanismo. Universidad de Deusto, Bilbao. Disponible on line: <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/lidon/lidon05.pdf>

Morillas Cueva, L. (2013). Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa). Dykinson, D.L, Madrid.

9.1. Legislación y Webgrafía

Carta Europea de Ordenación del Territorio

Constitución Española de 1978

Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local

Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Noticia de El Diario El Mundo, el 12 de enero de 2016

Noticia de El Diario El País, el 29 de diciembre de 2009

Real Academia Española de la lengua.

Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

Sentencia del Tribunal Constitucional de 61/1997, de 20 de marzo

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2006

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009

