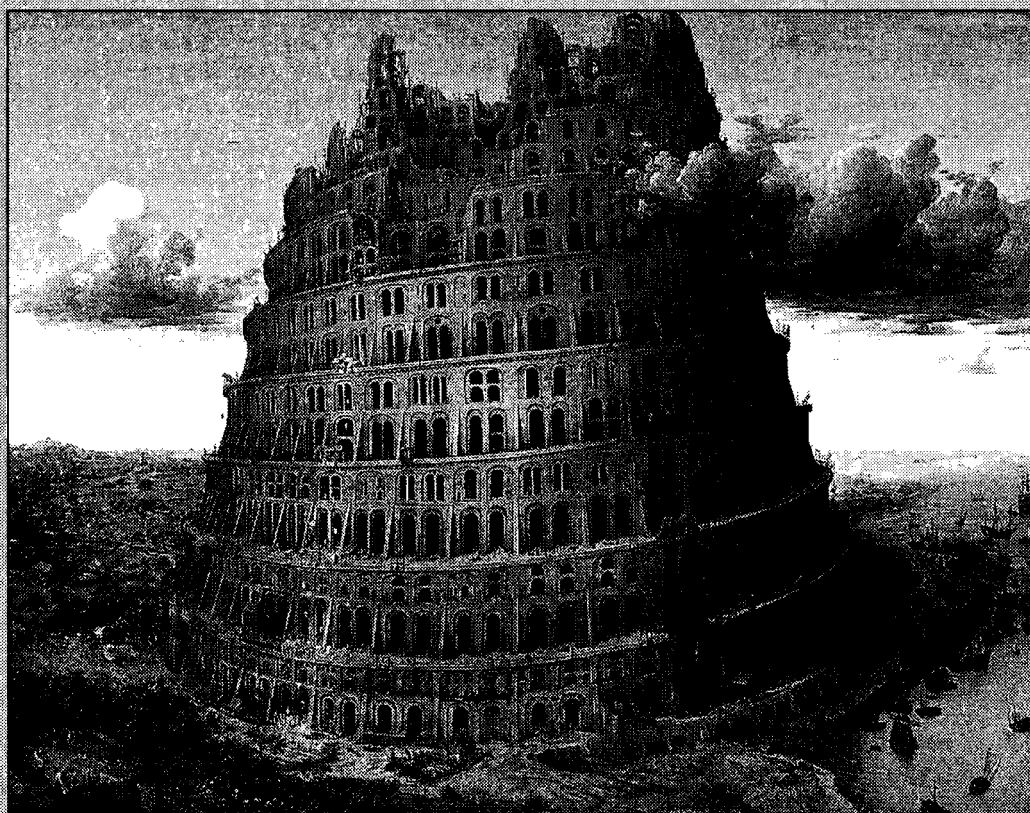


ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID 12 (2008)

URBANISMO Y CORRUPCIÓN

Edición a cargo de

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH



UAM
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE MADRID

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

LA RESPUESTA PENAL A LA DELINCUENCIA URBANÍSTICA

Laura POZUELO PÉREZ

I. INTRODUCCIÓN

LA idea de que el urbanismo y la corrupción están indisolublemente unidos es algo que viene señalando, y denunciando, la doctrina desde hace mucho tiempo (1). Pero no se trata de una cuestión meramente académica; la sociedad hace tiempo que tiene la percepción de que en España la corrupción urbanística es algo generalizado (2). Ello se encuentra corroborado por los datos que aportan los

(1) DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Protección penal de la ordenación del territorio, y del ambiente (Tit. XIII, L.II PANC 1983», *DJ*, 1983, 37/4, vol. 2, p. 223; QUINTERO OLIVARES, «Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio», *CDJ*, 1997, XI, p. 354; LESMES SERRANO/ROMÁN GARCÍA/MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES/ORTEGA MARTÍN *Derecho penal administrativo (Ordenación de Territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente)*, Granada, 1997, p. 25; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, «Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística», *CPC*, 1998 (65), p. 436; DOMÍNGUEZ LUIS, en Domínguez/Hernández/Farré/Grinda/Hervas/Sospedra/Herreros, *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico)*, Barcelona, 1999, p. 13; GARCÍA PLANAS, *Delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, Valencia, 1997, p. 33; NIETO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, 2002, p. 130; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en Vives Antón, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 728; DE LA MATA BARRANCO, «El artículo 320.1: prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas», en De la Mata Barranco (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, 1998, p. 138. Sobre la presencia de la corrupción y la delincuencia organizada en el ámbito del urbanismo, *vid.* en especial, Díez Ripollés/Prieto del Pino/Gómez-Céspedes/Stangeland/Vera Jurado, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*, Valencia, 2004, pp. 34 y ss.; Benito Sánchez, «Algunas consideraciones en torno a la corrupción urbanística en España», *El Derecho penal y la nueva sociedad*, Granada, 2007, p. 38; Sanz Mulas, «Corrupción urbanística (la mezcla del cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)», *La Ley Penal*, 2008, núm. 45, pp. 65-66.

(2) Así, habla Quintero Olivares, *CDJ*, 1997, XI, p. 352, de una demanda social perceptible de lucha contra la corrupción urbanística. Señalan también esta idea De la Cuesta Arzamendi, *DJ*, 1983, 37/4, vol. 2, p. 886; Conde-Pumpido Tourón, en Conde-Pumpido Ferreiro, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1997, p. 3196; Domínguez Luis, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, pp. 12 y 13. Resulta especialmente interesante la reflexión de Díez Ripollés, «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», *RECPC* 06-03 (2004), pp. 6 y 7 cuando señala que la convicción por parte de la sociedad, y de muchos jueces, de que el Derecho penal debía extenderse a la criminalidad de poderosos ha dado paso en los últimos tiempos a una actitud resignada y pesimista, basada tanto en el hecho de que aquellos cuentan siempre con un asesoramiento técnico que les ayuda a eludir el rigor de la ley como de que a menudo se mezclan intereses de naturaleza política que obstaculizan y estorban una adecuada intervención penal en este punto.

Informes Globales de la Corrupción de Transparency International: en el informe correspondiente a 2005 se señalaba que «ningún otro sector tiene la corrupción tan arraigada como el sector de la construcción»; los datos que arroja este informe revelan que cada año se destinan 4 billones de dólares a compras gubernamentales en todo el mundo (3). Por su parte, el Informe Global de la Corrupción de Transparency International-España correspondiente a 2006 realiza un análisis de la corrupción en el ámbito local, en relación con el urbanismo y la especulación, que señala que «en términos globales, el ámbito donde la corrupción es más elevada en España es el del nivel local de gobierno», al que considera un «foco de corrupción permanente» (4).

Por último, el Informe Global 2007 sobre la Corrupción en España, también emitido por Transparency International, comienza con la afirmación de que «la multiplicación de escándalos vinculados a la denominada «corrupción urbanística» está reforzando la imagen «cínica» de la ciudadanía española sobre nuestros gobernantes y contribuyendo a deslegitimar las instituciones democráticas» (5).

La razón por la que la corrupción tiene tanta presencia en el urbanismo es sencilla: se trata de un ámbito que mueve ingentes cantidades de dinero y que opera con una dinámica que favorece el enriquecimiento fácil a quienes participan de él, tanto desde la esfera privada como desde la esfera pública (6). Así, el particular, a través de promotoras y constructoras, no sólo puede obtener grandes beneficios económicos sino que, a través de aquéllas puede, además, blanquear dinero con escasas posibilidades de detección (7). Por su parte, dentro de la Administración local, determinado tipo de funcionarios públicos, como los alcaldes o los concejales de urbanismo, pueden acceder fácilmente a un lucro que la ley pone a su alcance, puesto que de ellos depende el planeamiento urbanístico, la recalificación de los usos del suelo y la concesión de licencias, todo ello con un enorme *valor de mercado*. En este punto se produce la paradoja de que quien otorga las licencias urbanísticas y quien debe controlar las infracciones contra la ordenación del territorio a menudo coinciden en la misma persona o, de no ser así, tienen un alto nivel de proximidad: ello abre inevitablemente las puertas de la corrupción y, con ello, a una indeseable desestabilización de la democracia local, ya que no hay que olvidar

(3) Transparency International, «Informe Global de la Corrupción 2005», EIGEN, «Introducción», p. 9. En este mismo informe señala STANSBURY, «Exposición de las bases de la corrupción en la construcción», pp. 25 y 28, que en el ámbito de la construcción se recurre a la corrupción de un modo casi inercial, ya que es así cómo se opera la industria y el entorno político; eso significa que los sobornos y las prácticas ilícitas están tan enraizadas que a menudo se toman como norma hasta el punto de que muchas empresas incluyen el soborno en el precio del contrato.

(4) Transparency International-España, «Informe Global de la Corrupción 2006», VILLORIA MENDIETA, p. 4.

(5) Transparency International-España, «Informe Global de la Corrupción 2007», VILLORIA MENDIETA, p. 1.

(6) NIETO, *Balada de la Justicia y la Ley*, pp. 129-130.

(7) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, PRIETO DEL PINO, GÓMEZ-CÉSPEDES, STANGELAND, VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, p. 37, quienes indican que esta dinámica viene favorecida por el hecho de que sector de la construcción requiere el esfuerzo conjunto de actores legítimos e ilegítimos.

que el lucrativo fenómeno de la corrupción urbanística está también vinculado con la financiación ilegal de partidos políticos (8).

No hace falta decir que ello no se compadece en absoluto con la previsión constitucional (art. 47 CE) de que la regulación de la utilización del suelo debe hacerse *de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*. En la situación actual podemos hablar de una grave vulneración del derecho de los ciudadanos a una vivienda digna y adecuada precisamente porque los poderes públicos están incumpliendo su obligación de promover las condiciones necesarias para ello. Hoy por hoy la utilización del suelo no se está regulando ni adecuando al interés general, ni, mucho menos, se está impidiendo la especulación.

El resultado de esta situación es la existencia de un enorme margen de impunidad de los atentados contra la ordenación racional del territorio. Sobre la respuesta que aporta el Derecho administrativo a este problema se ha dicho que resulta insuficiente principalmente por dos motivos: por un lado, porque la complejidad de la normativa administrativa y su excesivo tecnicismo (9) dificulta saber cuándo se produce una actividad ilícita, y reduce sus posibilidades de persecución y sanción; por otro, porque no cuenta con suficientes recursos ni preventivos ni represivos (10). A esto habría que responder que, si bien la normativa en materia urbanística no es sencilla, no lo es hasta el punto de no poder averiguar si estamos o no ante una infracción urbanística y poder perseguirla. En cuanto a los recursos, por lo que se refiere a los instrumentos legales, hay que decir que en la normativa urbanística sancionadora se establece con claridad cuáles son los comportamientos constitutivos de infracción. Sí cabría señalar que los recursos materiales y humanos no se han mostrado suficientes, y, de serlo, no parece que se hayan puesto realmente al servicio de la persecución de las infracciones urbanísticas.

Con todo, lo que, en mi opinión, verdaderamente afecta a la ordenación del territorio no es lo que se acaba de exponer, ya que las infracciones urbanísticas de cierta entidad no suelen carecer de licencia. Lo que suele suceder es que previamente se han puesto «los medios para obtenerla» a través de un oportuno cambio en el plan urbanístico y, con ello, del destino y usos de un concreto suelo, de forma

(8) Vid. expresamente, DÍEZ RIPOLLÉS, PRIETO DEL PINO, GÓMEZ-CÉSPEDES, STANGELAND, VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, pp. 38 y 41 y NIETO, *Balada de la Justicia y la Ley*, Madrid, 2002, p. 134.

(9) NIETO, *Balada de la Justicia y la Ley*, pp. 130-131 alude incluso a un lenguaje «críptico» sólo al alcance de los expertos, lo que permite manipulaciones irresponsables. Vid. también FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, 19.ª ed., Madrid, 2006, p. 265 y SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, 2001, pp. 64-65; este último en relación los problemas de burocratización que, en general, aquejan al Derecho administrativo.

(10) NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística», *AP*, 1997-1, p. 354; DOMÍNGUEZ LUIS, *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, p. 13. Vid. también POLAINO NAVARRETE, «Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente», en *Estudios penales y jurídicos*, Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero, Córdoba, 1996, p. 640; MARTÍNEZ ARRIETA, «Delito urbanístico», *CDJ*, 1997 (11), p. 179; ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, p. 108; DE LA MATA BARRANCO, *Delitos contra el urbanismo*, p. 138; GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, Función pública y Derecho penal*, Granada, 2000 p. 2 y la SAP Barcelona, 25 de abril de 2002, que habla del «fracaso estrepitoso del Derecho Administrativo Urbanístico sancionador».

previa, e incluso coetánea, a la concesión de la licencia urbanística, todo ello previo *acuerdo* entre la entidad que construye y el correspondiente representante de la Administración local. En caso de que no ocurra así, esto es, de que no haya desde un principio una pactada adecuación entre lo autorizado y lo efectivamente construido, tampoco es extraño que se «legitime» posteriormente la ilegalidad sin demasiadas dificultades (11). Más aún: incluso en el caso de que se haya perseguido la ilegalidad y exista una resolución que obliga a la demolición de la construcción ilegal también nos encontramos con una situación de generalizado incumplimiento, lo que resulta especialmente grave, ya que se trata de una situación de desobediencia a las decisiones judiciales, amparada por la propia administración, que no insta a la ejecución efectiva de las mismas. Todo ello fomenta, lógicamente, la convicción de que, una vez terminada la construcción, sus irregularidades se acabarán viendo siempre legalizadas.

Los supuestos que se acaban de describir nos sitúan ya en un ámbito externo al Derecho administrativo, que es el del Derecho penal, puesto que las conductas que se acaban de exponer se pueden encuadrar en los delitos de prevaricación administrativa y de cohecho, aunque, como expondré a continuación, éstas no son las únicas posibilidades con las que se cuenta desde el Derecho penal.

Entrando ya en el análisis de la concreta respuesta penal a las distintas manifestaciones de la delincuencia urbanística, voy a analizar, en primer lugar, los denominados «delitos urbanísticos», regulados en los artículos 319 y 320 CP; en segundo lugar, el delito de prevaricación administrativa en relación con la aprobación de planes urbanísticos en contra del interés general; en tercer lugar, el delito de cohecho y, por último, la problemática en torno a las órdenes de demolición, donde existen opciones penales, en mi opinión, infrautilizadas.

Todos los temas que se acaban de plantear presentan no pocas complejidades pero me centraré en este trabajo solamente en los aspectos más relevantes (12), incidiendo especialmente en el objetivo de tratar de salvar aquellos escollos que se suelen invocar como las razones por las cuales no se persiguen suficientemente estos delitos.

II. LAS CONCRETAS RESPUESTAS PENALES

A) LOS DENOMINADOS «DELITOS URBANÍSTICOS»

Con la promulgación del Código Penal de 1995 aparecen, entre otras novedades, los llamados delitos urbanísticos (arts. 319 y 320 CP). En ellos se sanciona, por un lado, al promotor, constructor y técnico-director que construyan o edifiquen en suelos no urbanizables de especial protección en contra de la normativa urbanís-

(11) Díez Ripollés, Prieto del Pino, Gómez-Céspedes, Stangeland, Vera Jurado, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, pp. 229 y 241.

(12) *Vid.* más ampliamente, sobre todos estos temas, Pozuelo Pérez, en Pozuelo Pérez, Dopico Gómez-Aller/Martín Lorenzo, Ortiz de Urbina Gimeno, *Derecho penal de la construcción (aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo)*, Granada, 2006, pp. 30 y ss., 80 y ss., y 93 y ss.

tica. Por otro, se encuentra el llamado delito de prevaricación urbanística, que sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, realice la conducta de informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas o bien resuelva o vote a favor de dicha licencia, ya sea por sí mismo o como miembro de un órgano colegiado.

1. Valoración de la tipificación penal de los delitos contra la ordenación del territorio (arts. 319 y 320)

Hay que considerar como un acierto el hecho de que el Código Penal de 1995 haya tipificado no sólo la conducta de los promotores, constructores y técnicos-directores sino también la de las autoridades y funcionarios públicos que, a través de la conducta de prevaricación urbanística –mediante informes y concesiones de licencias contrarias a la normativa– trasgreden la legalidad urbanística. Ciertamente no era estrictamente necesario tipificar este segundo comportamiento en la medida en la que ya existía el delito de prevaricación administrativa, en el que, al menos respecto de algunos de sus elementos, aquél podría quedar englobado, pero entiendo que resulta adecuado incidir en esta forma especial de prevaricación y hacerlo además junto al delito urbanístico, puesto que las infracciones urbanísticas realizadas por los promotores, constructores y técnicos-directores a menudo requieren la colaboración, asimismo ilícita, de las autoridades municipales competentes en materia urbanística.

Resulta también acertada la elección de los concretos sujetos activos de los delitos contra la ordenación del territorio, seleccionando, de entre los diferentes profesionales de la construcción, aquellos que, por el potencial económico y la infraestructura con la que cuentan, más daño pueden causar al bien jurídico protegido. Es también adecuada la elección del objeto protegido en este tipo de infracciones, los suelos que merecen una especial protección, ya que de este modo se cumple el principio de intervención mínima del Derecho penal, limitando la sanción penal a los ataques más graves contra la ordenación racional del territorio. Pero tal acierto acaba resultando relativo ya que al descender al concreto tenor literal del precepto nos encontramos con una redacción farragosa y confusa que no ayuda, precisamente, a la labor de juez. Ejemplo de ello es la determinación del tipo de suelo que, como se verá en el epígrafe siguiente, resulta muy prolija en alguno de sus puntos y excesivamente escueta en otros.

Por último, dentro de los aspectos positivos ha de señalarse también el hecho de que el legislador haya optado tanto por la pena de prisión como por la de inhabilitación especial. Respecto de aquélla por el hecho de que en el ámbito de la delincuencia económica, donde cabe inscribir los delitos contra la ordenación del territorio, es especialmente adecuado este tipo de sanción (13).

Por su parte, la previsión de la pena de la inhabilitación especial resulta muy adecuada, sobre todo para los supuestos de prevaricación urbanística, ya que la imposición de este tipo de sanción implica la pérdida *definitiva* del cargo o empleo

(13) En este sentido ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, Barcelona, 1997, p. 322; Díez RIPOLLÉS, PRIETO DEL PINO, GÓMEZ-CÉSPEDES, STANGELAND, VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, p. 242.

público, incluidos los electivos (14), de forma que si se trata, por ejemplo, de un Alcalde o un concejal, sólo podrán volver a ostentar estos cargos si vuelven a presentarse en unas futuras elecciones y vuelven a ser elegidos, siempre y cuando haya transcurrido el tiempo establecido en la sentencia penal que les inhabilitó, ya que el segundo de los efectos de la inhabilitación especial es el de la incapacidad para obtener los mismos cargos o empleos públicos o para volver a ser elegido para cargo público durante el tiempo de la condena. En el caso de las conductas tipificadas en el artículo 319 CP también resulta adecuada la previsión de la pena de inhabilitación especial, ya que los sujetos activos de este precepto son profesionales de la construcción, con lo que resulta especialmente aconsejable que se vean apartados de esta actividad cuando hayan realizado una infracción urbanística. Lamentablemente, el acierto de esta opción legislativa queda limitado por lo escaso de su duración: de seis meses a tres años.

Por lo que se refiere a los aspectos negativos, en concreto del artículo 319, se encuentra la, en mi opinión, intolerable previsión de que la sanción económica se establezca por el sistema de días-multa en vez del sistema de multa proporcional (15), ya que de este modo la cuantía máxima a pagar serán 288.000 euros, cantidad ínfima comparada con las ganancias que se pueden llegar a obtener a través de un delito urbanístico. Dadas las características de este tipo de infracción no se entiende que la opción no haya sido la de la multa proporcional estableciendo la cuantía en relación con el valor del objeto del delito o del beneficio reportado por el mismo. Ésta habría sido la solución más responsable desde el punto de vista político, y habría revelado que el legislador de verdad pretendía hacer frente a este tipo de infracciones con los medios con los que cuenta el Derecho penal.

2. Los elementos del artículo 319 CP

Los *sujetos activos* que pueden cometer el tipo previsto en el artículo 319 se han seleccionado, de entre todos los participantes en el proceso de construcción, en torno a un concreto círculo de sujetos activos –promotores, constructores y técnicos-directores–, y tal selección se basa en que son esos sujetos quienes cuentan con una mayor infraestructura, capacidad y potencial económico para dañar el bien jurídico protegido.

En concreto, promotor será aquella persona que impulsa la construcción y aporta los recursos económicos (16); constructor será quien, en relación con aquél,

(14) El carácter definitivo de la pérdida del empleo o cargo público como efecto de la inhabilitación especial es declarado expresamente por el legislador cuando el artículo 42 CP establece que «La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo público sobre el que recayere (...)». Sobre esta cuestión, cfr. POZUELO PÉREZ, *Las penas privativas de derechos en el Código penal*, Madrid, 1998, pp. 35 y 41.

(15) En este sentido, ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, pp. 324-325 y ESCANILLA PALLÁS, «La responsabilidad de los funcionarios ante delitos urbanísticos en los tribunales de justicia», en De la Mata Barranco (ed.), *Delitos contra el urbanismo*, p. 224.

(16) LESMES SERRANO, ROMÁN GARCÍA, MILANS DEL BOSCH y JORDÁN DE URRÍES/ORTEGA MARTÍN *Derecho penal administrativo (Ordenación de Territorio, Patrimonio histórico y Medio ambiente)*, Granada, 1997, p. 39; ROMERO REY, «Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio. En especial, el artículo 319 del Código penal», *RDUMA*, 2000 (177), p. 108. En este mismo sentido se manifiesta la SAP Cádiz 11 de septiembre de 1998.

aporte los medios materiales y humanos para su ejecución (17) y el técnico-director es el que contribuye a la construcción con determinados conocimientos técnicos relativos a los proyectos de construcción, lo que hace que podamos incluir en esta categoría a los arquitectos e ingenieros (18).

Pero lo más importante de la relación de sujetos que aparece en el artículo 319 es que se trata de una pluralidad de personas que actúa de forma conjunta y organizada, lo cual, como se acaba de mencionar, requiere una determinada infraestructura y una capacidad material y económica (19) que excluye como posibles autores de esta infracción a los particulares que, por sí solos, construyen una casa, al margen de la legalidad urbanística.

Por lo que se refiere a la *conducta típica* del artículo 319, consistente en construir o edificar en suelos de especial protección, es necesario delimitarla de las infracciones urbanísticas administrativas señalando un umbral mínimo de relevancia penal. Dicho umbral se determina a partir de la exigencia de que tanto las construcciones como las edificaciones hayan de ser no autorizadas ni autorizables. Ello significa que, de todas las posibles infracciones urbanísticas, el Derecho penal sólo sanciona aquellas basadas no sólo en la ausencia de la preceptiva autorización, sino en el hecho de que no cabe subsanación posible, ya que de ningún modo podrían llegar a obtener la autorización conforme a la normativa urbanística en el momento de la ejecución de las obras (20). También los conceptos de construcción y edifica-

(17) ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, p. 294; LESMES, ROMÁN, MILANS DEL BOSCH, ORTEGA, *Derecho penal administrativo*, p. 60; ROMERO REY, *RDUMA*, 2000 (177), p. 108. También así, SAP, Valladolid 1 de diciembre de 1998 y SAP, Palencia 14 de abril de 1998 y 17 de marzo de 1998.

(18) ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, p. 294; BOIX REIG y JUANATEY DORADO, en Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, p. 1576; MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA, en Quintero Olivares/Valle Muñiz, *Comentarios al nuevo Código penal*, 4.ª ed., Pamplona, 2005, p. 1688; ídem, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, 6.ª ed., Pamplona, 2007, p. 1145; LESMES, ROMÁN, MILANS DEL BOSCH, ORTEGA, *Derecho penal administrativo*, p. 61; SUÁREZ GONZÁLEZ, en Rodríguez Mourullo/Jorge Barreiro, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 913 SAP Cádiz 25 de enero de 2000 y SAP, Girona 24 de septiembre de 1999.

(19) Sobre todo en relación con el promotor, CASTILLEJO MANZANARES, «Cuestiones procesales en la perseguibilidad de los delitos sobre la ordenación del territorio. El artículo 319 CP», *RDPP*, 2002 (7), pp. 93-94. En sentido parecido, SALINERO ALONSO, «Delitos contra la ordenación del territorio», *La Ley*, 1997-4, p. 1335. En relación al especial potencial económico de los sujetos activos del artículo 319, SAP, Cádiz 7 de noviembre de 2003; SAP, Valencia 7 de marzo de 2001, SSAP, Cádiz 17 de febrero de 2000, 23 de febrero de 2000, 18 de febrero de 2000, 17 de febrero de 2000, 16 de febrero de 2000. *Id.*, asimismo, la SAP Cádiz 28 de mayo de 1999, que afirma que la voluntad de la ley «no es sino castigar penalmente atentados más graves, únicamente materializables por profesionales del sector, gozando el ordenamiento jurídico de sobrados medios para combatir las infracciones de menor gravedad cometidos por particulares de escaso potencial económico». En sentido parecido, las SAP, Cádiz 25 de enero de 2000, 10 de enero de 2000, 27 de septiembre de 1999, 22 de septiembre de 1999, 13 de octubre de 1999, 7 de junio de 1999, 4 de enero de 1999.

(20) Pese a que el artículo 319. 1 se refiera a construcciones *no autorizadas* y el artículo 319.2 a edificaciones *no autorizables*, es necesario entender ambos apartados en este último sentido, de manera que una construcción no autorizada pero conforme a la normativa urbanística no constituirá una infracción penal. Si se entiende de otro modo se llegaría al absurdo de considerar como delito una conducta que el Derecho administrativo considera lícita. En este sentido, GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio (Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del artículo 319 CP)*, Valencia, 2003, pp. 800-804. *Id.* también BORRELL CALONGE, «Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y sobre el patrimonio arquitectónico. Aspectos técnicos», *RDUMA*, 1997 (151), p. 68 y DEL ARCO TORRES/PONS GONZÁLEZ, *Derecho de la construcción. Aspectos*

ción requieren ser entendidos de una determinada manera para poder afirmar que estamos ante una infracción penal. En el caso de la construcción, es necesario poder afirmar que se trata de una estructura permanente de cierta entidad (21). Por lo que se refiere a la edificación, se sobrepasará el límite de relevancia penal cuando se trate de obras de nueva construcción y que supongan una intervención total en edificaciones catalogadas o que tengan algún tipo de protección por razones ambientales, históricas o artísticas. En el caso de los supuestos de obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación con alteración de la configuración arquitectónica de los edificios, las obras que constituyan instalaciones fijas, equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio, es necesario que revistan una entidad tal –que puede articularse con base en cuestiones como el volumen y la permanencia de esas obras o instalaciones–, que permita afirmar que afectan de forma relevante al suelo protegido en el artículo 319.2 (22).

En lo que se refiere al *tipo de suelo* sobre el que está penalmente prohibido construir o edificar, también el legislador ha establecido un umbral mínimo de relevancia al seleccionar suelos especialmente protegidos: 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 (art. 319.1) y suelos no urbanizables que, atendiendo a lo regulado en el artículo 9 de la Ley 6/1998 de Régimen del Suelo y las Valoraciones (23) son suelos de especial protección por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales (24).

tos administrativos, civiles y penales, 5.ª ed., Granada, 2002, p. 626. Cfr. también POZUELO PÉREZ, *Derecho penal de la construcción*, p. 44.

(21) BETRÁN ABADIA, CORVINOS BASECA, FRANCO HERNÁNDEZ, «Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística», *RDUMA*, 1997 (151), pp. 35-36, n. p. 17 se refieren a «obras que añadan elementos físicos permanentes». En este mismo sentido, GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p. 851. Por su parte, BLANCO LOZANO, «El delito de construcción no autorizada sobre suelos o bienes de especial protección», *AP*, 2002-3, *AP*, 2002-3, p. 944, se refiere a construcciones de «relevancia urbanística suficiente.»

(22) Cfr. artículo 12 Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación.

(23) Modificado por el Real Decreto-Ley 4/2000 de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes.

(24) ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, p. 259; la misma, «El artículo 319.2: edificación no autorizable en suelo no urbanizable», en De la Mata Barranco (ed.), *Delitos contra el urbanismo*, p. 57; CARMONA SALGADO, en Cobo del Rosal (Dtor.), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Madrid-Barcelona, 2.ª ed., 2005, p. 674; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código penal*, p. 3203; LASO MARTÍNEZ, *Urbanismo y medio ambiente en el Código penal*, Madrid, 1997, p. 76; ROMERO REY, *RDUMA*, 2000 (177), pp. 116-117; CASTILLEJO, *RDPP*, 2002 (7), p. 98; CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (Dtores.), *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, tomo I, Madrid, 2004, pp. 1356-1357; MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA, *Com. NCP*, 4.ª ed., p. 1690; ídem. *Com. PE*, 6.ª ed., pp. 1147-1148; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 16.ª ed., 2007, p. 553; GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p. 924; MARTÍNEZ-BUJÁN, *DP. PE*, p. 729; BENITO SÁNCHEZ, *El Derecho penal y la nueva sociedad*, p. 59; SANZ MULAS, *La Ley Penal*, 2008, núm. 45, p. 78. En contra, señala MATELLANES RODRÍGUEZ, «Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio», *La Ley*, 2001, p. 67 que los tipos de suelo recogidos en los artículos 319.1 y 319.2 se superponen. Cfr., asimismo, la Consulta núm. 1/2003, de 25 de julio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la nueva configuración típica que presenta el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP a partir de las medidas de liberalización del sector inmobiliario adoptadas en el Real Decreto-ley 4/2000.

3. La prevaricación urbanística del artículo 320 CP

3.a) Análisis de sus elementos típicos

El delito tipificado en el artículo 320 CP constituye una modalidad específica de la prevaricación administrativa regulada en el artículo 404 del Código Penal (25), lo que significa que compartirán, como elementos comunes, por un lado, el tipo de sujeto activo –autoridad o funcionario público– y, por otro, la realización de la conducta injusta o arbitraria (26). Las principales diferencias que cabe hallar entre la prevaricación administrativa genérica del artículo 404 CP y la prevaricación específica del artículo 320 CP son, por un lado, la sanción de un determinado tipo de resolución, vinculada al ámbito urbanístico y, por otro, la anticipación de la barrera punitiva que se produce en el artículo 320, al sancionar un paso previo a la concesión de la licencia para construir: el informe favorable al proyecto de construcción o a la concesión de la licencia (27).

El proceso de concesión de licencias, conforme a la normativa administrativa se regula, por un lado, en el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana (Real Decreto Legislativo 1/1992, en adelante TRLS) (28) que señala, en su artículo 242.1, que todo acto de edificación requerirá la preceptiva licencia municipal. Por otro, en el artículo 4.2 del Reglamento de Disciplina Urbanísti-

(25) Así se entiende de forma prácticamente unánime en la doctrina: DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del Derecho comparado», en De la Mata Barranco (ed.), *Delitos contra el urbanismo*, p. 220; BETRÁN, CORVINOS, FRANCO, RDUMA, 1997 (151), p. 44; BOIX y JUANATEY, *Comentarios CP*, vol. II, p. 1582; GONZÁLEZ CUSSAC, *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2.ª ed., Valencia, 1997, p. 148; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *CP*, p. 3205; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «Análisis del artículo 320: la responsabilidad penal de la Administración urbanística», en De la Mata Barranco (ed.), *Delitos contra el urbanismo*, p. 229; SALINERO, *La Ley 1997-4*, p. 1338; DE LA MATA, *Delitos contra el urbanismo*, pp. 129 y 136; BOIX REIG, *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 632; CARMONA, *Compendio*, p. 661; SIERRA LÓPEZ, «La prevaricación específica del funcionario público en el marco de los delitos recogidos en el título XVI: su relación con la prevaricación genérica del artículo 404 del Código penal», *AP*, 2000 (36), p. 772; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Comentarios*, p. 916; GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p. 737; MARTÍNEZ-BUJÁN, *DP,PE*, p. 734; ARENAS CABELLO, «El arquitecto técnico frente a los delitos urbanísticos y los riesgos en la edificación», *RDPP*, 2004 (12), p. 82; ALCORTA PASCUAL, «La prevaricación de Alcaldes», *La Ley Penal* (22), 2005, p. 91; BENITO SÁNCHEZ, *El Derecho penal y la nueva sociedad*, p. 61; SANZ MULAS, *La Ley Penal*, 2008, núm. 45, p. 79. También así, SAP Castellón 31 de julio de 1999, AAP Girona 30 de diciembre de 2002, SAP Las Palmas 26 de noviembre de 2002, SAP Barcelona 25 de abril de 2002; SJP Málaga 28 de marzo de 2005.

(26) En el artículo 404 se habla de una resolución «arbitraria», término que no aparece en el artículo 320, que, como aquel, alude a la realización de la conducta «a sabiendas de su injusticia». Es necesario recordar que el 320 es una prevaricación específica que, frente al término genérico «resolución arbitraria», concreta el tipo de conductas y su contradicción con la normativa urbanística. Todo ello permite, en mi opinión, que quepa hablar en ambos casos del carácter arbitrario o injusto –equiparando los dos términos– de las conductas típicas de uno y otro delito.

(27) GONZÁLEZ CUSSAC, *Prevaricación*, pp. 152-153. Señala, sin embargo, DE LA MATA BARRANCO, *Delitos contra el urbanismo*, p. 156, que para poder imponer la sanción prevista en el artículo 320.1 CP, además del informe, ha de emitirse la consiguiente licencia, pues de otro modo no existiría la gravedad suficiente como para justificar la intervención de Derecho penal.

(28) Los dos preceptos que se mencionan en el texto (242.1 y 243.1) fueron declarados vigentes por la disposición derogatoria de la Ley 6/1998 del Suelo y las Valoraciones y son de carácter básico.

ca (29), donde se establece que todo expediente de concesión de licencia constará de un informe técnico y jurídico; en el caso de determinado tipo de construcciones señala el art. 9.1.1º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Decreto de 17 de junio de 1955) que la solicitud de la licencia deberá ir acompañada de un proyecto técnico que describa las obras que pretenden realizarse (30), con ejemplares para cada uno de los organismos que hubieren de informar la petición (31).

Por tanto, el proceso de otorgamiento de una licencia urbanística se estructura en dos fases: en primer lugar, se emite el preceptivo informe técnico y jurídico del expediente de concesión de la licencia urbanística; en determinados casos se requerirá, además, informe favorable del proyecto de construcción que ha de acompañar a la solicitud de licencia urbanística. En segundo lugar, se procederá a conceder o denegar dicha licencia en función, entre otras cuestiones, del informe previo.

Atendiendo al tenor literal del artículo 320 se observa que el legislador ha regulado el primer paso de este proceso en el punto 1 y el segundo en el punto 2 y que en el artículo 320.1 ha elevado a categoría de autoría una conducta que, de otro modo, constituiría una participación (32) o incluso una especie de tentativa de participación. Efectivamente, la emisión de informes favorables en contra de la normativa urbanística es una conducta realizada por un sujeto distinto a aquel que finalmente concederá la licencia de edificación y si tales informes contribuyen a que ésta se conceda, asimismo, en contra de aquella normativa estaríamos ante una conducta con forma de participación. También puede suceder que se emita un informe favorable contra la normativa urbanística, pero que la subsiguiente licencia no llegue a concederse, con lo que nos encontraríamos ante una suerte de «tentativa de participación» que el legislador ha tipificado como conducta autónoma de prevaricación urbanística.

(29) R.D. 2187/1978. La normativa que se citará a continuación será la estatal, pese a ser, en muchos casos, supletoria de la autonómica; la razón para ello es que la normativa de las Comunidades Autónomas en lo que se refiere al proceso de otorgamiento de licencias apenas difiere de la estatal. Cfr. al respecto IGLESIAS GONZÁLEZ, *Licencias urbanísticas*, Madrid, 2003, p. 81.

(30) Según el artículo 2.2 LOE requieren proyecto técnico las edificaciones de nueva construcción, las de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación, las que tengan carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que tengan algún tipo de protección por razones medioambientales o histórico-artísticas. Esta misma ley, en su artículo 4 define proyecto técnico como «el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras contempladas en el artículo 2. El proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable».

(31) Ese mismo artículo 9, en sus puntos 2.º y 3.º señala que el plazo para remitir los duplicados a cada organismo que debe informar el proyecto es de cinco días y que, una vez emitidos, los informes se remitirán a la Corporación diez días antes, al menos, de la fecha en que terminen los plazos indicados en el número 5.º, transcurridos los cuales se entenderán informadas favorablemente las solicitudes.

(32) En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, *Prevaricación*, p. 155, quien considera que en los supuestos de informe favorable contra la normativa urbanística no seguidos de la concesión de licencia constituirían una tentativa de prevaricación urbanística, pero entiende que habría consumación en el caso de que se hubiera iniciado la construcción ilegal pese a la ausencia de licencia. En este sentido, GÓRRIZ ROYO, *Prevaricación urbanística*, pp. 46-47 y 49, habla de una forma de participación, y GARCÍA PÉREZ, «Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código penal», *La ciencia de Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, p. 1275, de una participación intentada.

Expuestos así los principales trazos que definen este precepto, se procederá a continuación a examinar con más detalle sus elementos típicos y los problemas que plantean en la práctica jurisprudencial.

3.b) *La emisión de informes favorables a la concesión de una licencia o a un proyecto de edificación en contra de la normativa urbanística*

Respecto de esta conducta típica, los concretos *sujetos activos* serán quienes tengan la competencia para emitir el informe sobre el proyecto de edificación presentado, y ello dependerá de la estructura interna y de los medios con los que cuente cada corporación local. Así, en principio, los sujetos activos serán los encargados de los servicios técnicos o jurídicos con que cuente esa corporación; en caso de no contar con esos servicios se tratará de quienes realicen esa labor en la entidad comarcal o metropolitana en que aquella corporación esté integrada o bien en el servicio de asistencia urbanística que la Diputación Provincial tuviese establecido para el concreto municipio. Todo ello sin perjuicio de que la concreta normativa autonómica no tenga asignada esa labor a un órgano autonómico.

Sobre la *conducta típica*, consistente en valorar de forma favorable el proyecto de construcción que se presenta para obtener una licencia pese a que contradice la normativa urbanística, es necesario incidir en los siguientes aspectos. En primer lugar, que, como en el resto del artículo 320 CP, nos encontramos ante un delito que sólo permite la modalidad dolosa –«a sabiendas»–, lo que significa que no habría infracción en caso de que la autoridad o funcionario público competente para emitir el informe se equivocara acerca de la adecuación o inadecuación del informe con la legalidad urbanística.

En segundo lugar, y como ya se ha señalado más arriba, la conducta tipificada en el punto 1 del artículo 320 CP es independiente, a efectos de punición, de la que aparece en el punto 2 del mismo precepto, de manera que nos encontraremos ante una prevaricación urbanística con el mero hecho de haber informado favorablemente un proyecto de edificación en contra de lo previsto en la normativa urbanística, pese a que ello no hubiera dado lugar a la concesión de la consiguiente licencia urbanística. Del mismo modo, si nos encontramos ante el supuesto de que, tras un informe favorable en contra de la normativa urbanística el órgano competente para otorgar la licencia la llegue a conceder creyendo erróneamente –existiendo, por tanto, buena fe– que sí había adecuación con la legalidad, no habrá problema para sancionar tan sólo la conducta del sujeto que emitió el informe favorable en contra de la normativa urbanística. Y esto es así no sólo porque esta conducta y la de conceder la licencia también en contra de esa normativa son, una vez más, conductas que, conforme al Código Penal, pueden ser sancionadas de forma independiente, sino porque, además, en el caso que se acaba de exponer, esa conducta de otorgar una licencia que no se compadece con la ley sería atípica, ya que carecería del elemento de dolo, imprescindible en el delito de prevaricación urbanística.

Si, por último, se dan las dos conductas típicas, informar favorablemente un proyecto de construcción y otorgar la subsiguiente licencia, en ambos casos en contra de la normativa urbanística y con dolo, tendríamos dos delitos de prevaricación urbanística, necesariamente cometidos por diferentes sujetos. No se plantearía

una cuestión de autoría y participación ya que, como se ha visto más arriba, en este precepto el legislador ha elevado a categoría de autoría ambas conductas.

3.c) *Conceder licencias de edificación y votar a favor de su concesión en contra de la normativa urbanística. La realización de la conducta típica en el seno de un órgano colegiado*

Quienes pueden cometer esta concreta modalidad del artículo 320 CP son las Entidades Locales (art. 243.1 TRLS92) y, dentro de ellas, el Alcalde (art. 41.9 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (R.D. 2568/1986, en adelante ROFRJEL), quien puede delegar esa potestad en la Comisión de Gobierno (art. 43.1 ROFRJEL y art. 21.3 y Disposición Adicional Sexta 3.3.^a de la Ley de Bases del Régimen Local (Ley 7/1985; en adelante LBRL). Esta comisión está integrada por el Alcalde, que la preside, y por concejales nombrados libremente por él, en un número que no puede ser superior al tercio del número legal de miembros de la Corporación (art. 52. ROFRJEL y art. 23 LBRL): Serán estos concejales los que otorguen las licencias de edificación, como órgano colegiado, cuando el Alcalde delegue en ellos tal potestad (los acuerdos que adopte en función de esa delegación tendrán el mismo valor que las resoluciones que dicte el Alcalde en ejercicio de las atribuciones que no haya delegado: art. 43.2 ROFRJEL). Esto significa que habrá que atender a cómo se ha procedido en el concreto supuesto –es decir, si ha habido o no delegación– para determinar la responsabilidad por la infracción.

Se ha planteado en la jurisprudencia la posibilidad de que el Pleno del Ayuntamiento, que ha de estar presidido por el Alcalde, pueda otorgar licencias urbanísticas, lo que ha dado lugar a dos líneas interpretativas distintas: así, la STSJ Cantabria 15 de mayo de 1998, Pon. Marijuán Arias, afirma que «la sola presencia del Alcalde en el Pleno que otorgó la licencia sería suficiente para subsanar el posible vicio de incompetencia del Pleno, sin poder oponérsele tacha de incompetencia, cuando en la sesión que dicho órgano celebró y en la que se adoptó la resolución impugnada estaba presente el Alcalde de Potes, cuya voluntad efectivamente concurrió para la adopción de aquél y cuya presencia subsana cualquier vicio de competencia que pudiera imputársele a la resolución municipal que ahora nos ocupa». En contra, la STS 7 de diciembre de 2000, Pon. Rodríguez-Zapata Pérez, afirma que el «artículo 22 de la LBRL, que regula las competencias del Pleno del Ayuntamiento, no incluye entre las mismas la de otorgar licencias», las cuales «se deben conceder por Decreto del Alcalde, con lo que se procede a la nulidad de Acuerdo adoptado por el Pleno que otorgó una licencia urbanística».

Por lo que se refiere a los comportamientos típicos, nos encontramos ante dos posibilidades: la concesión de la licencia por parte del Alcalde, como órgano unipersonal, y la concesión de la licencia o la votación a favor de su concesión dentro de un órgano colegiado, que en este caso será la Comisión de Gobierno cuando el Alcalde le haya delegado la potestad de otorgamiento de las licencias.

Los principales problemas se plantean en este segundo caso, pues la concesión de la licencia o la votación en contra de la normativa urbanística va a depender de varias personas. Como puede apreciarse, se han tipificado dos tipos de comportamiento del órgano colegiado: por un lado, la concesión de la licencia y, por otro, la

mera votación a favor de la misma. Es decir, nos encontramos nuevamente con una anticipación de la barrera punitiva, pues se sancionará tanto la conducta de votar a favor de la concesión de una licencia, aun cuando ésta no llegue a otorgarse, como su definitiva concesión. El legislador parece que ha querido asegurarse de que las distintas fases del procedimiento de otorgamiento de licencias en contra de la normativa urbanística resulten expresamente tipificadas.

Para analizar los problemas que pueden darse en este punto es necesario conocer el funcionamiento interno de las decisiones en el seno de los órganos colegiados de los Entes locales. Según el ROFRJEL (arts. 99 y 113. 4) tanto el Pleno del Ayuntamiento como la Comisión de Gobierno, cuando actúa por delegación, adoptarán sus acuerdos por mayoría simple. Parte de la doctrina ha planteado en este punto qué sucede en los casos de abstención (33), lo que abre el interrogante de la posible responsabilidad por omisión en este tipo de prevaricación administrativa. La respuesta la proporciona la propia ley, puesto que, pese a existir legalmente tal posibilidad de abstención en una votación (art. 100.1 ROFRJEL), el artículo 22 de este cuerpo legal es meridianamente claro al afirmar que «De los acuerdos de los órganos colegiados de las Corporaciones locales serán responsables aquellos de sus miembros que los hubieren votado favorablemente». En mi opinión, esto despeja cualquier tipo de duda en torno a quiénes son los responsables de la conducta tipificada en el artículo 320.2 CP.

3.d) *La necesidad de determinar un umbral mínimo de relevancia penal*

La determinación de un umbral mínimo de relevancia penal presenta menos dificultades en el caso del artículo 320 CP, al tratarse de un precepto más formalista, en el que se establecen con mayor nivel de detalle las conductas típicas. El hecho de estar ante actos administrativos reglados permite que sea más sencillo afirmar la existencia de prevaricación urbanística con el mero hecho de que se informe favorablemente un proyecto de edificación, se conceda la licencia o se vote a favor de su concesión, toda vez que se haya hecho en contra de la normativa urbanística y a sabiendas de su injusticia.

No obstante, cabe encontrar algún supuesto en la jurisprudencia que ha intentado restringir el ámbito de aplicación del artículo 320 CP con el objetivo de establecer un umbral mínimo de gravedad entendiendo que no hay suficiente gravedad si lo efectivamente construido o edificado tras una licencia ilegal no alcanza cierta entidad o no se hace en los suelos especialmente protegidos que incluyen en el artículo 319 CP (34). El problema de estas propuestas es que superan el tenor lite-

(33) VERCHER NOGUERA, «La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio», *La Ley*, 1997, p. 1917 limita la responsabilidad a los supuestos de voto favorable. Por su parte, GÓRRIZ ROYO, *Prevaricación urbanística*, pp. 145 y 283, señala que los supuestos de abstención o voto en blanco pueden dar lugar a responsabilidad penal, como una conducta de participación.

(34) Señala GÓRRIZ ROYO, *Prevaricación urbanística*, pp. 80-81 que resultaría interesante limitar la aplicación del artículo 320 a los supuestos en los que se evidencie una efectiva lesión del bien jurídico categorial o, cuando menos, una puesta en peligro de bien jurídico colectivo, restringiendo el castigo de la mera conducta de informar a los casos en los que pueda determinarse *ex ante* una progresión en el peligro de llegar a una resolución arbitraria. En el caso de la conducta típica de informar favorablemente la concesión de licencias contrarias a la normativa urbanística vigente, considera

ral del precepto, introduciendo en él, por vía interpretativa, aspectos no incluidos por el legislador penal.

Respecto del primer argumento, el Auto de la Audiencia Provincial de Girón de 30 de diciembre de 2002 señaló que no concurría un delito de prevaricación del artículo 320 CP, por ausencia de la gravedad mínima exigible, ya que la concesión de la licencia, pese a contradecir la normativa urbanística, sólo afectaba al número de viviendas permitidas, excediéndose en una respecto de lo tolerado por el Plan urbanístico.

El segundo argumento se planteó ante el Juzgado de lo Penal de Málaga, señalando la necesidad de que concurriera un requisito adicional para afirmar un umbral mínimo de gravedad que justificase la sanción por un delito de prevaricación del artículo 320 CP. Tal requisito consistía en que las conductas contenidas en este precepto tenían que afectar a los suelos especificados en el artículo 319 CP.

Ambas interpretaciones pueden plantear un problema de vulneración del principio de vinculación del juez a la ley, contenido en el artículo 4 CP, ya que de la lectura del artículo 320 CP no cabe deducir alusión alguna al concreto contenido y alcance de la licencia ilegal. El artículo 320, a diferencia del artículo 319, no alude al daño que la construcción derivada de la licencia ilegal pueda producir por la entidad de la construcción o por que ésta se produzca en un determinado tipo de suelo. Es cierto que en el artículo 320 se protegen dos bienes jurídicos —es un delito pluriofensivo—: el correcto funcionamiento de la función pública y la ordenación racional del territorio, lo que significa que, de algún modo, debe quedar afectado este último interés jurídico, pero eso sólo ha de llevar a excluir excepcionalmente supuestos de verdadera irrelevancia penal —por ejemplo, que la ilegalidad de la licencia verse sobre unos cerramientos no permitidos, o sobre meros elementos arquitectónicos ornamentales— pero no el supuesto que se ha tratado de defender más arriba: en ningún caso cabe afirmar tal irrelevancia cuando se trata de una obra de nueva construcción, por mucho que se trate de una única vivienda.

Por lo que se refiere al segundo supuesto resultan suficientemente contundentes los argumentos invocados por la SJP Málaga 28 de mayo de 2005 (Pon. Díaz Roca):

«tal restricción del ámbito del artículo 320 es inaceptable ya que:

a) El precepto no hace referencia alguna a tipo de suelo ni establece vinculación alguna con el precedente relativo al objeto material sobre el que recae la conducta punible y no existe elemento alguno que relacione ambos tipos de la manera que se pretende.

b) No se encuentra referencia alguna en la jurisprudencia sobre la materia a esta supuesta vinculación, siendo unánime la consideración que el plus de antijuridicidad que diferencia el ilícito administrativo del penal se encuentra referido a la conducta prevaricadora.

c) Si admitiéramos esta restricción al tipo del artículo 320 llegaríamos a un resultado absurdo, pues entonces resultaría que las conductas de los funcionarios y autoridades públicas que fueran ilícito penal estarían más livianamen-

que esa contradicción con las normas urbanísticas ha de ser suficientemente grave y manifiesta hasta el punto de constituir o permitir la aparición, como mínimo, de una infracción urbanística grave (ibídem, pp. 242-243).

te penas que las cometidas por particulares que refleja el artículo 319, siendo así que el deber de cumplimiento de la norma resulta cualificado en los funcionarios y autoridades públicas, lo que sería una especie de privilegio injustificado y constitucionalmente más que discutible. La única manera de explicar esto es que la agravación de pena del artículo 319 lo es por afectar a suelos especialmente sensibles para el interés público urbanístico, mientras que la pena menor del artículo 320 se justificaría, al menos parcialmente, en que la conducta penada no tiene porqué afectar a tales suelos».

3.e) *El concepto de «legalidad urbanística vigente» en el delito de prevaricación urbanística*

Por normativa urbanística hemos de entender, como en el caso del artículo 319, el planeamiento urbanístico en vigor, la normativa urbanística autonómica y la normativa estatal supletoria en materia de urbanismo. Sin embargo, por normativa urbanística *vigente* en el caso de prevaricación urbanística es necesario acudir al *momento de la resolución* —o la del *momento de la solicitud* de la licencia si ésta se otorgó fuera de plazo—, con independencia de que las circunstancias cambien en el futuro. Cabe admitir, no obstante, la excepción de que la solicitud de la licencia sea coetánea al momento de iniciación del procedimiento de modificación del planeamiento. Esta salvedad se debe, por un lado, a la necesidad de evitar el fraude de que se autoricen obras que en breve van a estar fuera de lo permitido por el planeamiento (35); situación ésta que conoce quien concede la licencia, no sólo porque la solicitud y el cambio de plan corren paralelos en el tiempo, sino porque aquél ostenta competencias sobre las dos cuestiones. Por otro lado, el hecho de que la solicitud de la licencia y el inicio del cambio del plan urbanístico sean coetáneos también ha de suponer una situación de excepción en el sentido de que lo no autorizable en el momento de la solicitud va a pasar a serlo en cuanto termine el procedimiento, ya iniciado, de modificación del planeamiento. Hay que entender que no resultaría oportuno imponer una sanción penal por una edificación que está empezando a poder ampararse en la legalidad urbanística en el momento de la solicitud de la licencia.

Por supuesto, todo lo anterior no obsta para que pueda exigirse responsabilidad penal, ya sea por prevaricación o por cohecho, a las autoridades o funcionarios públicos que, en estos supuestos o en otros, hayan modificado el planeamiento en contra de los intereses generales, con abuso o desviación de poder.

Antes de pasar al análisis de otras figuras penales relacionadas con la actividad urbanísticas es necesario señalar que, pese a que parecía que el legislador, con la introducción de estos artículos 319 y 320 CP, estaba *dando respuesta al problema de la delincuencia urbanística*, lo que aquí se sanciona, sobre todo en lo relativo al

(35) Considera IGLESIAS GONZÁLEZ, *Licencias urbanísticas*, p. 153, que la excepción se dará no sólo cuando la solicitud de la licencia y el inicio de modificación del planeamiento sean coetáneos, sino también cuando tal modificación sea próxima, lo que, en mi opinión, extiende excesivamente esta situación excepcional. Señala, por su parte, la SJP Málaga 28 de marzo de 2005, Pon. Díaz Roca, que la ordenación urbanística que sirve de parámetro para la licencia es la vigente en el momento en que se resuelva acerca del otorgamiento o denegación de la licencia y que este acto administrativo debe ser conforme no sólo al Plan General sino a todo el Derecho urbanístico aplicable.

artículo 319, no es, desde luego, ni lo más grave ni lo más importante de la delincuencia relacionada con el urbanismo. El verdadero núcleo se encuentra en la aprobación de planes urbanísticos en contra del interés general y en la problemática relativa a las órdenes de demolición. Y los instrumentos con los que cuenta el Derecho penal en este punto son, por un lado, la sanción por el delito de prevaricación en relación con la aprobación de planes urbanísticos en contra del interés general, así como por el delito de cohecho y, por otro, en relación con las órdenes de demolición, la posibilidad de sancionar por un delito de desobediencia cuando se incumplen y la de acudir a la institución del comiso cuando ordenar aquella no resulta razonable. Habida cuenta de la cantidad de temas que se pretenden abordar, trataré de centrarme sólo en los aspectos más importantes.

B) LA PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA RELATIVA A LA APROBACIÓN DE PLANES URBANÍSTICOS EN CONTRA DEL INTERÉS GENERAL

Llama la atención que la mayor parte de los trabajos que abordan el papel del Derecho penal en relación con el urbanismo apenas presten atención a uno de sus principales problemas: la aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico en contra de los intereses generales y en beneficio de intereses privados —el denominado fenómeno de las «recalificaciones» del suelo—, así como a un determinado tipo de alteraciones en lo que se refiere a sus usos y aprovechamientos. Y se trata de un problema de capital importancia porque consiste en un proceso relativamente sencillo, que genera mucho dinero, pero que causa un daño enorme al bien protegido, la ordenación racional del territorio, tal y como aparece formulado en el artículo 47 de la Constitución.

Los supuestos nucleares de prevaricación en relación con los planes urbanísticos son dos: por un lado nos encontramos con la dinámica consistente en una transformación que, en esencia, permita construir donde hasta entonces estaba prohibido. Esto puede suceder tanto a través de un cambio en el suelo que lo convierta de no urbanizable en urbanizable o en una modificación de sus usos que, en definitiva, permita construir donde no se podía. Por otro, se encuentran supuestos de gran relevancia práctica: los cambios en el planeamiento con el objetivo de legalizar unas obras que contravenían la legalidad urbanística. Estamos ante un supuesto grave, ya que este tipo de actuaciones son las que perpetúan las infracciones contra la legalidad urbanística: desde el punto de vista de la prevención general el mensaje que se está emitiendo es que la apuesta de la infracción, en este caso urbanística, conlleva una probabilidad de imposición de los costes —tanto la propia sanción como el coste de la eventual demolición— muy baja, y una probabilidad de beneficio —en este caso económico— tan alta que casi raya en la certeza. Por eso es especialmente importante aportar los instrumentos necesarios para que este tipo de conductas obtengan la sanción correspondiente a través de su calificación como prevaricaciones administrativas.

Para que podamos hablar de prevaricación administrativa ha de tener lugar una resolución que se adopte a sabiendas de su injusticia por parte de una autoridad o funcionario público: en este supuesto la resolución será el acto de aprobación del plan urbanístico; el carácter injusto de esa resolución, más allá de una mera contrarie-

dad objetiva con el Derecho, ha de suponer que estamos ante una situación de abuso o desviación de poder. La jurisprudencia penal suele acudir a una interpretación que no arroja suficiente luz al análisis de los casos concretos cuando requiere que la injusticia sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa» o «grosera» (36). Más allá, es necesario dilucidar cómo se articula la desviación de poder en supuestos en los que, como sucede en la aprobación de planes urbanísticos, la Administración actúa dentro del ámbito de la discrecionalidad. Por ello, es necesario acudir a la interpretación aportada por la jurisprudencia contencioso-administrativa, que, respecto de los casos de cambio en la calificación del suelo o de sus usos o aprovechamientos, considera que habrá arbitrariedad en la medida en la que la modificación en la calificación del suelo o en sus usos no queda justificada por razones de interés general, sino por la existencia de intereses particulares. Intereses generales en la esfera de la ordenación urbanística serán los coincidentes con los establecidos en el artículo 47 de la Constitución (37), en el sentido de que la ordenación del territorio debe estar subordinada a la «adecuada satisfacción de las necesidades sociales y del interés público (...) con ausencia, en todo caso, de cualquier tipo de arbitrariedad en la solución de los problemas urbanísticos planteados dentro de una realidad social determinada» (38). Intereses particulares serán aquellos que favorezcan de forma exclusiva, bien a sujetos integrantes del Ayuntamiento o Comunidad Autónoma, que son quienes deciden sobre el plan, bien a terceras personas a quienes se quiera privilegiar.

Uno de los elementos más importantes para establecer la responsabilidad por un delito de prevaricación es la prueba de que ha existido arbitrariedad. Para determinarla en el delito de prevaricación relacionada con planes urbanísticos contamos con un importante elemento: así como en la práctica judicial el modo de probar la existencia de desviación de poder, de arbitrariedad, se contrae al análisis de la motivación del concreto acto administrativo, en el ámbito de los planes urbanísticos el instrumento que permite valorar si su contenido responde o no al interés general al que está obligado por el artículo 47 CE está previsto en el artículo 12.3 TRLS76, que establece la obligación de que las determinaciones contenidas en el Plan General se desarrollen, entre otros documentos, en una Memoria explicativa que debe motivar las determinaciones del planeamiento, así como las modificaciones que puedan producirse (39). Por esta vía han sido anulados, en vía contencioso-administrativa, planes urbanísticos que contenían modificaciones en contra del

(36) Así, por ejemplo, utilizan la expresión «evidente, patente, flagrante y clamorosa» las STSS 22 de septiembre de 2003, Pon. Saavedra Ruiz, 3 de junio 2002, Pon. Ramos Gancedo, 3 de marzo de 1997, Pon. Soto Nieto; «patente y grosera» las STSS 21 de octubre de 2004, Pon. Monterde Ferrer, 5 de marzo de 2003, Pon. Colmenero Fernández de Lúcar, 1 de abril de 1996, Pon. Conde-Pumpido Tourón y «grosera, clara y evidente» las STSS 17 de febrero de 1997, Pon. Román Puerta Luis, 10 de mayo de 1993, Pon. García Miguel. *Vid.* también VERCHER, *La Ley*, 1997, p. 1917.

(37) Así, la STS (Sala 3.ª) 26-12-2001, Pon. Yagüe Gil, invoca este concreto precepto.

(38) STS (Sala 3.ª) 21-1-1997, Pon. Sanz Bayón.

(39) El papel que desempeña este instrumento ha sido destacado por la jurisprudencia (así, SSTS (Sala 3.ª) 6 de mayo de 2005, 16 de febrero de 2004, 13 de julio de 2004, 18 de marzo de 2003, 14 de julio de 2000, 21 de enero de 1997, 21 de febrero de 1994, 15 de diciembre de 1992, 13 de febrero de 1992, 2 de enero de 1992). Cabe destacar la STS (Sala 3.ª) 21 de enero de 1997, Pon. Sanz Bayón que afirma que «el Plan o Normas Subsidiarias (...) exigen como elemento integrante esencial la Memoria, pues la profunda discrecionalidad del planeamiento (...) explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento, como de las modificaciones que puedan producirse».

interés general, y esta desviación de poder se ha demostrado por la vía de una insuficiente justificación en la memoria que se adjunta al Plan (40).

En consecuencia, tanto la ausencia de esa Memoria en la aprobación del concreto instrumento de planeamiento urbanístico como su insuficiente justificación acerca de las necesidades de modificación del suelo, o de sus usos y aprovechamientos conforme al interés general pueden constituir prueba suficiente de la arbitrariedad de la resolución adoptada por Administración, local o autonómica, lo que permite afirmar la existencia de un delito de prevaricación administrativa. Entiendo que es un instrumento al que no deben dejar de atender los jueces penales.

C) EL DELITO DE COHECHO EN EL ÁMBITO URBANÍSTICO

Para adentrarnos, de forma breve y resumida, en el delito de cohecho, en este delito se sancionan las conductas de corrupción a funcionarios públicos que consistan en la solicitud o recepción de dádivas a cambio de realizar alguno de los siguientes hechos: actos constitutivos de delito (art. 419 CP), actos injustos relativos al ejercicio del cargo (art. 420 CP), omisión de un acto que debiera realizar en el ejercicio de su cargo (art. 421 CP), un acto propio de su cargo (art. 425 CP), un acto no prohibido legalmente o recibir una dádiva entregada en consideración a la función del destinatario (art. 426 CP). Estas modalidades típicas que se acaban de describir constituyen el llamado cohecho pasivo, en el que la conducta se sanciona tanto si es el funcionario quien promueve la conducta de cohecho solicitando la dádiva como si el delito tiene su origen en la propuesta de un particular, aceptando entonces el funcionario la dádiva propuesta por aquél. El Código Penal sanciona asimismo el cohecho activo, que consiste en el ofrecimiento o entrega por parte de particulares a funcionarios públicos de las dádivas para realizar alguna de los hechos que se han descrito más arriba. Así, el artículo 423 CP sanciona tanto a «los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos» como a quienes, en el mismo sentido, «atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos» (41).

Lo que se protege, en definitiva, en el delito de cohecho, tanto en su modalidad activa como pasiva es la imparcialidad que debe presidir la actuación de los funcionarios públicos, quienes deben desarrollar su trabajo sirviendo al interés público y no al privado (42).

(40) Así, se han invocado argumentos como que «Aun reconociendo la discrecionalidad de que las Corporaciones Locales disponen en la elección del modelo que adopten para su desarrollo territorial (...) no hay en el expediente dato alguno que justifique la calificación (...) de los terrenos» o «Ni en la Memoria de la Modificación de las Normas Subsidiarias ni en la prueba practicada en autos aparece, salvo indicaciones de tipo general, indicio o dato concreto alguno que justifique la mayor demanda de suelo industrial (...)» supuestamente motivadora del cambio de calificación del suelo (SSTS (Sala 3.ª) 14 de enero de 1998, Pon. Enríquez Sancho y 21 de enero de 1997, Pon. Sanz Bayón.)

(41) Como puede apreciarse, el artículo 423.1 CP contiene una anticipación de la barrera punitiva, al sancionar tanto la corrupción del funcionario público como el *intento de corrupción*.

(42) Puede afirmarse un amplio consenso a la hora de considerar el principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el delito de cohecho: VALEJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, pp. 30-31; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, pp. 131

Dentro de todas las modalidades de cohecho que sanciona el Código penal interesan en este punto las que tienen que ver con dádivas o promesas cuya finalidad sea, por un lado, obtener licencias urbanísticas, informes favorables de proyectos de edificación y, en general, la obtención o agilización de cualquiera de los trámites que integran este procedimiento. Por otro lado, la dádiva o promesa puede tener como objetivo la legalización de unas obras ilegales o un cambio en el tipo de suelo o de sus usos o aprovechamientos. Por último, también es posible que la dádiva pretenda que el funcionario competente no cumpla su obligación relativa a la demolición de una obra ilegal, tanto en lo que se refiere a ordenarla, como a ejecutar la orden si ésta ya existe.

Esta parte del trabajo se centrará en dos aspectos que resultan esenciales dentro del ámbito del cohecho: las cuestiones probatorias y, en relación con ello, la posibilidad de aplicar de forma residual una de las modalidades de cohecho, la que sanciona la dádiva admitida u ofrecida en atención a la función de la autoridad o funcionario público.

1. Por lo que se refiere a las cuestiones de prueba, como en tantas otras infracciones penales, uno de los problemas más importantes en torno al delito de cohecho se encuentra en la dificultad de probar tanto el acto realizado u omitido por el funcionario público, sobre todo en relación con el carácter injusto de ese acto, como, en especial, la existencia de la dádiva, lo que determina la responsabilidad tanto del funcionario como del particular.

Ya se expuso en relación con la prevaricación relativa a la aprobación de los planes urbanísticos que la prueba de la existencia de desviación de poder dependerá de que el funcionario haya actuado ajustándose o no a las normas que disciplinan su actividad, lo que resultará más complejo en el caso de actos discrecionales, donde el funcionario tiene mayor margen de decisión, que en los actos reglados, contrayéndose, en uno y otro caso, la prueba de la arbitrariedad al análisis de la motivación del concreto acto administrativo.

y ss.; CARDENAL MONTRAVETA, «Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001», *RDPC*, 2002, p. 306; con matices, VIZUETA FERNÁNDEZ, *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003, pp. 229 y ss.; ORTS BERENGUER, en *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, 2004, p. 921; MORILLAS CUEVA, en Cobo del Rosal (Dir.), *Compendio de Derecho penal. (Parte Especial)*, Madrid, Barcelona, 2.ª ed., 2005, p. 898; MUÑOZ CONDE, *DP. PE*, 16.ª ed., p. 988. Aluden al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, que se ve alterado cuando el funcionario público mezcla intereses privados con los públicos, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999, p. 111; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, en Quintero Olivares y Valle Muñiz, *Comentarios al nuevo Código penal*, 6.ª ed., Pamplona, 2007, p. 1633. Vid. también STS 19 de julio de 2001, SAP Madrid 21 de febrero de 2001, SAP Las Palmas 10 de diciembre de 2001 y SAP Ceuta 23 de septiembre de 2003. En contra se manifiesta DE LA MATA BARRANCO, «El delito de cohecho activo», *RDPP*, 2004, 12, pp. 45-49; ídem, *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada, 2004, pp. 80-81 y 99 y ss., al considerar que el principio de imparcialidad como bien jurídico no explica la diferencia penológica entre las diferentes modalidades de cohecho; este autor cifra el contenido de injusto del cohecho en el acuerdo ilícito entre el funcionario público y el particular. Para otros autores, como FELIÓ SÁNCHEZ, «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conductas», *La Ley*, 1997-2, p. 1680; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Derecho penal, poderes públicos y negocios», *El nuevo Código penal, presupuestos y fundamentos*, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López, Comares, 1999, pp. 872-873, éste sería el bien jurídico protegido en los supuestos de cohecho propio, pero no así en los de cohecho impropio.

En la práctica resulta difícil probar tanto la existencia de la dádiva como el establecimiento de una conexión entre los diferentes sujetos activos del cohecho; no obstante, no se trata de dificultades insalvables: un suficiente seguimiento de las actividades realizadas por los sujetos sobre los que pende la sospecha de haber cometido un delito de cohecho nos puede conducir, como han puesto de relieve algunas decisiones jurisprudenciales, a la comprobación de movimientos económicos suficientemente cercanos en el tiempo a la concesión de una licencia a la aprobación de un plan urbanístico, sin olvidar que un detenido análisis de la creación y funcionamiento de determinadas empresas, a menudo creadas con el objetivo de recibir y gestionar las dádivas (43). Como han señalado algunos autores, la existencia de indicios que apuntan de forma unívoca hacia el origen ilícito de una cantidad de dinero obtenida por un sujeto, junto a la inexistencia de contraindicios que hagan quebrar esa inferencia, permiten al juzgado probar la comisión del hecho ilícito (44).

2. Sobre la posibilidad de aplicación residual del cohecho tipificado en el artículo 426 CP, si se observan las diferentes modalidades de cohecho se aprecia la existencia de una especie de relación gradual entre ellas, que, como trataré de demostrar a continuación, puede llevar a evitar lagunas de impunidad en la comisión de delitos de cohecho.

Si, como se ha señalado anteriormente, la dádiva en el cohecho tiene como finalidad que el funcionario público se comporte de forma injusta y arbitraria, eso significa que si su comportamiento consiste en dictar una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia –esto es, un delito de prevaricación administrativa– estaremos ante el cohecho tipificado en el artículo 419 CP. Si, pese a existir esa arbitrariedad, el funcionario no dicta una resolución –en el sentido de la prevaricación del artículo 404 CP– sino que realiza un acto injusto, estaremos ante el cohecho tipificado en el artículo 420, cuya pena es inferior. Como puede apreciarse, existe entre ambos una relación gradual: en ambos hay dádiva y una conducta arbitraria o injusta realizada por un funcionario, sólo que en el artículo 419 ese acto, *además*, adopta la forma de resolución administrativa, frente al mero acto injusto del 420, estableciéndose entre ambos una relación, además, de mayor a menor gravedad. Algo semejante sucede en el caso de la relación entre el acto injusto y el acto propio del cargo: en los dos supuestos de cohecho –artículos 420 y 421 CP– nos encontramos ante actos de naturaleza administrativa sólo que en uno de ellos, el artículo 420, ese acto es, *además*, injusto, contradiciendo los deberes que el funcionario debía observar de forma arbitraria (45).

(43) *Vid.*, en este sentido, la STS 28 de marzo de 2001, Pon. Conde-Pumpido Tourón.

(44) Díez Ripollés, Prieto del Pino, Gómez-Céspedes, Stangeland, Vera Jurado, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, pp. 234-235.

(45) Para saber si nos encontramos ante un acto injusto o un acto propio del cargo en los delitos de cohecho será necesario determinar si ha habido desviación de los deberes que el cargo imponía al concreto funcionario; para ello será necesario acudir a la normativa administrativa que regula la forma y el modo en el que debe llevarse a cabo su actividad funcional (en este sentido, *vid.* Valeije Álvarez, *Cohecho*, pp. 213-214; Orts Berenguer y Valeije Álvarez, en Vives Antón, *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1996, pp. 1824-1825; Olaizola Nogaes, *Cohecho*, pp. 285-286; Rodríguez Puerta, *Cohecho*, p. 215; Morales Prats y Rodríguez Puerta, *Comentarios PE*, 4.ª ed., p. 1625; Casas Barquero, «Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el Código penal español», *DJ* (19), 1978, p. 883). En el caso de que el funcionario haya actuado

La relación que existe entre estos preceptos es de especialidad (46), la cual existiría tanto entre el cohecho consistente en realizar un acto constitutivo de delito y el cohecho para realizar un acto injusto como entre éste y el cohecho en el que la dádiva se dirige a la realización de un acto propio del cargo. ¿Por qué esta relación de especialidad puede solucionar problemas de impunidad, como se apuntó al principio de este epígrafe? La respuesta se encuentra en el hecho de que las dificultades de naturaleza probatoria en torno al cohecho se verán muy relativizadas precisamente por la existencia de esa especie de ley especial entre unos supuestos de cohecho y otros. Así, en caso de que exista una dádiva y una conexión entre los diferentes sujetos intervinientes en el cohecho pero no pudiera probarse que el acto que realizó el funcionario público era una resolución administrativa, cabe perfectamente sancionar el comportamiento como un cohecho para realizar acto injusto. Del mismo modo, cuando no sea posible probar en el juicio la injusticia del acto realizado por el funcionario público siempre existirá la posibilidad de condenar por un delito de cohecho por realización de acto propio del cargo.

Pero las ventajas de apreciar una relación de especialidad entre los diferentes supuestos de cohecho no terminan aquí, ya que todos los tipos de cohecho son especiales respecto del tipificado en el artículo 426 párrafo 1.º (47): el cohecho consistente en que el funcionario público admita una dádiva en consideración a su función. Si lo único que puede llegar a probarse en el juicio es la existencia de una dádiva que vincule a un funcionario público y a un particular se habrá realizado la conducta típica del artículo 426 párrafo 1.º, que actuaría como una especie de tipo básico.

Creo que esta propuesta interpretativa puede resultar muy útil, porque la práctica jurisprudencial pone de relieve la escasa persecución de las conductas de cohe-

ajustándose a las normas que disciplinan su actividad, se tratará de un acto propio del cargo; si, por el contrario, actúa con desviación de poder respecto de aquellas normas que deba observar, estaremos ante un acto injusto (VALEJE ÁLVAREZ, *Cohecho*, pp. 213-214; ORTS BERENGUER y VALEJE ÁLVAREZ, *Comentarios*, p. 1836; MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, *Comentarios PE*, 4.ª ed., p. 1641; OLAI-ZOLA NOGALES, *Cohecho*, pp. 285-286). Naturalmente, será necesario tener en cuenta si se trata de actos reglados o de actos discrecionales: en los primeros el funcionario cuenta con un margen más estrecho de actuación, con lo que será más fácil determinar la existencia de un acto injusto; en los discrecionales, la posibilidad de que aquel pueda decidir entre varias opciones igualmente adecuadas a derecho dificulta determinar si estamos ante una situación de desviación de poder y, por tanto, de injusticia (RODRÍGUEZ PUERTA, *Cohecho*, p. 128; CASAS, *DJ*, 1978 (19), p. 886; y ORTS BERENGUER y VALEJE ÁLVAREZ, *Comentarios*, p. 1836; CARDENAL MONTRAVETA, *RDPC*, 2002, pp. 322-323. *Vid.* también POZUELO PÉREZ, *Derecho penal de la construcción*, pp. 98-101).

(46) Como afirma RODRÍGUEZ PUERTA, *Cohecho*, p. 159. Es cierto que la concreta regulación de los artículos 420 y 425 CP parece haberse realizado, más que desde el plano de la especialidad, desde la relación de la exclusividad: o se trata de un acto injusto o de un acto propio del cargo. Cabe superar esta objeción, no obstante, al entender que el acto injusto del artículo 420 es un acto injusto relativo al cargo, de modo que cabe encontrar un denominado común con la conducta de cohecho del artículo 425, consistente en realizar un acto propio del cargo: en ambos casos son *actos relativos al cargo*, sólo que el acto recogido en el art. 420 es, además, injusto. Cfr. POZUELO PÉREZ, «El delito de cohecho y los incentivos para la prescripción de medicamentos», *Homenaje al Prof. Dr. D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 1717-1718. Sobre la problemática relativa a las relaciones de especialidad y exclusividad, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 100 y ss.

(47) RODRÍGUEZ PUERTA, *Cohecho*, p. 159. DE LA MATA BARRANCO, *Corrupción pública*, p. 293, por su parte, le otorga al art. 426, pfo. 1, una «especie de función de recogida».

cho, estén o no vinculadas con el ámbito urbanístico, de modo que, con una interpretación como la que se acaba de proponer se facilita la labor del juez y se dificulta la impunidad en este tipo de infracciones.

A modo de conclusión, respecto de las posibilidades de persecución tanto de los delitos de prevaricación como del cohecho en el ámbito urbanístico, hay que afirmar que no nos hallamos antes dificultades insalvables, ni técnicas ni legales. Sin duda es imprescindible que se incremente el interés a la hora de perseguir este tipo de infracciones, pero no cabe invocar dificultades de otra naturaleza. De hecho, y para terminar, el Derecho penal cuenta aún con más posibilidades para hacer frente a problemas derivados de los atentados contra la ordenación del territorio, en concreto, los relativos a la demolición de las obras ilegales.

D) LA RESPUESTA PENAL AL PROBLEMA DE LA DEMOLICIÓN

El problema de la delincuencia urbanística no acaba en las infracciones que se acaban de exponer. Nos encontramos con dos problemas adicionales que conducen a una auténtica parálisis de la protección de la ordenación del territorio:

En primer lugar, la endémica inejecución de las de por sí escasas órdenes de demolición dictadas desde el orden contencioso-administrativo (48) o desde el penal.

En segundo lugar, la compleja situación en la que se encuentra el juez penal antes de dictar la orden de demolición de la construcción ilegal, cuando desde la defensa se alega que no procede decretarla porque ya no es posible o razonable.

En ambos casos el resultado pretendido por los constructores es una suerte de «legalización» de las construcciones a través de una modificación de los planes urbanísticos, de modo que esas obras ilegales pasan a ser conformes a la legalidad urbanística. En este punto es necesario diferenciar entre aquellos cambios normativos cuyo principal objetivo es, precisamente, legalizar esas obras y los casos en los que la modificación del planeamiento es necesaria por otros motivos, acordes con el interés general. En el primero de los supuestos, como ya se ha visto, nos encontramos ante una situación de desviación de poder por parte de la Administración que ha de dar lugar a la anulación del plan urbanístico; ello significa que las obras siguen siendo ilegales y subsiste la necesidad de ejecutar la orden de demolición. Diferente es el caso en el que el cambio en el plan tiene lugar porque con el transcurso del tiempo han variado las necesidades de desarrollo urbanístico y a la eventual responsabilidad penal por un delito de prevaricación o de cohecho; en este supuesto, pese a subsistir la infracción, no tendrá sentido ordenar la demolición, ya que en ese suelo ya es legal construir.

Como ya se ha señalado anteriormente, la apuesta por la construcción ilegal resulta una baza casi segura, y a ello se añaden las enormes dificultades para ejecu-

(48) Aunque por la vía procesal las *excepciones a la ejecución de la sentencia* en el ámbito contencioso-administrativo se ve sensiblemente matizado («imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia», artículo 105 LJCA).

tar las órdenes de demolición ya dictadas (49). En un análisis de coste-beneficio, las empresas constructoras y promotoras tienen, por un lado, tanto el coste de la sanción por la infracción urbanística como el coste de la eventual demolición y, por otro, el beneficio a obtener por la venta o explotación de lo edificado. Teniendo en cuenta tanto la escasa persecución de este tipo de infracciones como la prácticamente nula ejecución de las órdenes de demolición, las posibilidades de obtener el beneficio rayan en la certeza (50). Si hay persecución, el coste de la sanción es perfectamente asumible, sobre todo si se trata de una sanción por el artículo 319 CP porque con la errónea opción legislativa del sistema días-multa el máximo a pagar resulta irrisorio –como se vio más arriba, al analizar la aportación de los artículos 319 y 320 CP, el máximo posible eran 288.000 euros–. La previsión de que el máximo establecido en este precepto para la pena de prisión sea tres años en el caso del artículo 319.1 y de dos para el 319.2, abre la posibilidad de la suspensión de la pena si finalmente no se impone por encima de dos años, conforme a los artículos 80 y ss. del Código Penal; y, por lo que se refiere al cumplimiento de la pena de inhabilitación suele eludirse a través de la técnica de creación de empresas para cada construcción o edificación, que desaparecen una vez que éstas han terminado. Estos costes se eliminarían, o al menos se atenuarían, si el legislador optara por el sistema de multa proporcional y la Administración dedicara más medios materiales y humanos para hacer efectivo el cumplimiento de las sanciones penales.

Los instrumentos con los que cuenta el Derecho penal en estos casos son, por un lado, la posibilidad de aplicar el delito de desobediencia y, por otro, acudir a la institución del comiso.

El procedimiento debería ser el siguiente: si existe una resolución que contiene una orden de demolición la obligación es ejecutar dicha resolución, exigiendo, si es necesario, responsabilidad penal por un delito de desobediencia a la autoridad que incumpla tal obligación. Si, por un cambio no arbitrario de normativa o por otra razón suficientemente fundamentada, el juez penal se encuentra con que ya no tiene sentido ordenar la demolición, la alternativa, en caso de un delito del artículo 319, ha de ser el comiso de las ganancias provenientes del delito (51). Lo que resulta insostenible desde un punto de vista político-criminal es que el beneficio obtenido o que se vaya a obtener de la realización de un delito quede libremente en manos del infractor, cuando esto no sucede en el resto de las infracciones penales. Imaginemos a un sujeto que sustrae unos bienes ajenos y después los vende, ¿sería razonable que, al margen de la condena por un delito de hurto o de robo, se le permitiera al infractor quedarse con las ganancias obtenidas de la venta de los bienes

(49) Como señala expresamente GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p. 1156, «la seguridad de que lo ilegalmente construido y edificado nunca va a ser demolido ha sido una de las motivaciones constantes del exacerbado proceso constructivo y de la especulación urbanística, puesto que el beneficio que reportaba la posterior venta de las obras ilegales realizadas, superaba con frecuencia el coste de las infracciones administrativas impuestas».

(50) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, PRIETO DEL PINO, GÓMEZ-CÉSPEDES, STANGELAND, VERA JURADO, *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*, pp. 233 y 241-243, quienes afirman que «la multa no acompañada de otras medidas como la demolición de lo construido puede percibirse por el potencial infractor como “precio” exigido por las autoridades a cambio de tolerar el ilícito cometido.»

(51) Vid. POZUELO PÉREZ y DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, núm. 6948, 19 de mayo de 2008, pp. 5-6.

sustraídos? Pues en el supuesto de los delitos contra la ordenación del territorio el esquema es el mismo: un sujeto *sustrae* de forma ilícita un aprovechamiento del suelo al construir en un lugar prohibido –en concreto, en un suelo no urbanizable de especial protección–; si a continuación vende la construcción y obtiene con ello una ganancia debemos dar exactamente la misma respuesta que al ladrón que vende el botín. Bajo ningún concepto puede admitirse que los beneficios que se deriven de una construcción ilegal –provengan de su venta, de su arrendamiento o de cualquier otra modalidad a través de la cual se genere dinero a favor del infractor– puedan enriquecer a quien atenta contra la ordenación del territorio.

1. El delito de desobediencia en caso de incumplimiento de una orden de demolición (art. 410 CP)

Por lo que se refiere al delito de desobediencia tipificado en el artículo 410 CP en él se sanciona –con la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años– a aquellas autoridades o funcionarios públicos «que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior». Esto encaja con los supuestos de incumplimiento de las órdenes de demolición ya que sería aplicable tanto en el supuesto de que la orden de demolición proceda de una sentencia penal, de una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa como de una orden administrativa. Por lo que se refiere al requisito de negarse *abiertamente* a dar el debido cumplimiento a la resolución, es entendido como una actitud inequívoca contraria a ese cumplimiento (52); para ello es necesaria una cierta continuidad (53), de modo que el autor ha de ser requerido en más de una ocasión personalmente, con todas las formalidades legales (54) y de forma directa, expresa, clara (55), incumpliendo, no obstante, su obligación. También esto sucede en los supuestos de incumplimiento de las órdenes de demolición.

Pese a que en algún caso la jurisprudencia se ha referido a una «reiterada y evidente pasividad» (56), entiendo que puede existir perfectamente un delito de desobediencia en casos en los que no hay pasividad, pero existe, pese a todo, un patente incumplimiento (57). La cuestión no es «no hacer nada» sino «no hacer lo debido».

Es importante incidir en la necesidad en general, de que el incumplimiento del contenido de una sentencia no quede impune y pueda ser sancionado por un delito

(52) Así, SAP Madrid 25 de marzo de 2003, Pon. Lamela Díaz.

(53) STS 14-6-2002, Pon. García Ancos.

(54) SAP Las Palmas, 24 de marzo de 1999, Pon. Caba Villarejo. Esta sentencia habla, además, de una «conducta obstinada, rebelde e infundada».

(55) SAP Las Palmas 26-11-2002, Pon. Moyá Valdés.

(56) SSTS 14-6-2002, Pon. García Ancos; 13-7-2000, Pon. Saavedra Ruiz; 11 de octubre de 1997, Pon. García Ancos, 28 de diciembre de 1995, Pon. Martínez-Pereda Rodríguez; SAP Madrid 25 de marzo de 2003, Pon. Lamela Díaz.

(57) Así lo entiende las STS 14 de junio de 2002, Pon. García Ancos, STS 13 de julio de 2000, Pon. Saavedra Ruiz, SAP Las Palmas 24 de marzo de 1999, Pon. Caba Vallejo, cuando afirman que la conducta de incumplimiento puede llevarse a cabo tanto por acción como por omisión. Como afirma GARCÍA ARÁN, «La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código penal de 1995», *RAAP*, 1997 (11), p. 363, la negativa «abierta» supone un *plus* respecto de la mera pasividad.

de desobediencia, pero es especialmente importante en el caso que nos ocupa, pues la no demolición de las obras ilegales obstaculiza enormemente la lucha contra la delincuencia urbanística.

2. Breve excursio: la cuestión de la irretroactividad en los supuestos de cambio de planeamiento

En este punto es necesario señalar una cuestión fundamental (58): ¿pueden tener efecto de retroactividad favorable las modificaciones en los planes urbanísticos que consideran urbanizables los terrenos donde se había construido ilegalmente, de manera que el infractor pueda acogerse a una especie de «atipicidad sobrevenida»? (59) La respuesta ha de ser negativa: si se parte de este presupuesto se llega al inaceptable resultado político-criminal de que serían las autoridades locales quienes pudieran decidir la viabilidad de la acción penal precisamente en los supuestos de delincuencia urbanística donde más problemático sería atribuirles esa facultad.

Sobre el alcance de la retroactividad favorable en los supuestos de cambios en el planeamiento urbanístico sobrevenidos tras la consumación del delito se ha dicho que equivaldría a vaciar de contenido los delitos contra la ordenación del territorio (60), ya que para eliminar uno de sus elementos con efectos retroactivos bastaría con algo tan sencillo como modificar el plan urbanístico por parte de la autoridad municipal que tuviese interés en ello. Y es que cuando hablamos de retroactividad penal favorable, las modificaciones de una normativa que, como la urbanística, es extrapenal, no pueden valorarse de igual modo que los cambios que se producen en la legislación penal, so pena de dejar en manos de la autoridades administrativas la tipificación de conductas (61). La solución más razonable para estos casos es atender a si el cambio producido en la normativa extrapenal es un cambio en la *valoración de la conducta* antes considerada delictiva o no, que afecte al contenido de injusto del delito. Sólo entonces puede hablarse de retroactividad favorable (62).

(58) Sobre esta cuestión *vid.* POZUELO PÉREZ y DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Demolición o comiso», Diario *La Ley*, núm. 6948, 19 de mayo de 2008, p. 5.

(59) Así lo ha entendido alguna resolución judicial: *vid.* la SAP Castellón de 19 de julio de 2003.

(60) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP,PE*, p. 730.

(61) Sobre esta cuestión existe debate doctrinal: *vid.* de forma exhaustiva sobre las diferentes posiciones sobre la materia, SILVA SÁNCHEZ, «Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las «leyes en blanco», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 701-715; más recientemente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Madrid, 2000, pp. 85 y ss., 103 y ss. En esta exposición se siguen las líneas propuestas por estos dos autores. *Vid.* también, POZUELO PÉREZ y DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Demolición o comiso», Diario *La Ley*, núm. 6948, 19 de mayo de 2008, p. 5.

(62) SILVA SÁNCHEZ, *Hacia un Derecho penal económico*, pp. 714 y 716; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, pp. 106 y ss., y 124-125. En la doctrina se ha señalado cómo la retroactividad penal favorable es consecuencia de un cambio en la valoración jurídica de la conducta: en la medida en la que el ordenamiento deja de valorar negativamente una conducta, desaparece la necesidad político-criminal de prevenirla con la amenaza penal (SILVA SÁNCHEZ, *Hacia un Derecho penal económico*, pp. 720-721). Resulta imposible negar la urgente e ineludible necesidad político-criminal de perseguir estos supuestos de delincuencia urbanística aunque cambien los planes

No es lo mismo que la modificación deje sin sustrato al propio delito –como ocurrió con el delito de insumisión al cambiar la normativa reguladora del servicio militar–, variando la valoración jurídica, y social, de la conducta, que el hecho de que *varíe la consideración administrativa de alguno de los posibles objetos del delito ya consumado*. Resultaría irrazonable apelar a la retroactividad penal favorable «cuando las referidas modificaciones no afectasen al núcleo del injusto del hecho, sino sólo al objeto (que no hay que confundir con el bien jurídico) o a otros elementos fácticos» (63).

Cuando hablamos de modificaciones sobrevenidas en el planeamiento urbanístico que declaran urbanizables terrenos donde se habían realizado construcciones ilegales, se trata únicamente de una variación en el objeto del delito acaecida tras su consumación, que no puede subsanar el daño causado a la ordenación del territorio ni altera la valoración social del delito cometido; por tanto, y como ya se ha señalado, esas modificaciones no «borran» del mundo la conducta delictiva previa. No tendría sentido apelar aquí a una retroactividad de la ley penal más favorable, ya que los acuerdos de las autoridades municipales no suponen un cambio en la valoración penal de las conductas de construcción ilegal: tanto en el momento de la comisión de la infracción como en el de su enjuiciamiento era delictivo construir en las zonas especialmente protegidas que señala el artículo 319 CP; y la conducta, pese al cambio en el planeamiento urbanístico sigue lesionando «el bien jurídico protegido todavía hoy por el tipo correspondiente» (64). Un precepto como el artículo 319 CP, que se refiere a un ámbito tan cambiante como el de la ordenación del territorio, cuando habla de construcciones no permitidas en determinado tipo de suelo, toma como referencia la normativa que se encontraba en vigor en el momento de la ejecución de las obras (65).

3. El comiso en el ámbito de los delitos contra la ordenación del territorio (66)

Como se ha visto, cuando estamos ante una construcción ilegal de las sancionadas en el artículo 319 CP, la primera opción para el juez es ordenar la demolición, pero si, por el transcurso del tiempo las necesidades urbanísticas varían y se acaba modificando el plan urbanístico antes de que se dicte sentencia, ello puede dar lugar a que ya no sea posible o razonable ordenar la demolición –lo que, como se ha visto en el apartado anterior, no borra la infracción cometida–. En estos casos la alternativa a la orden de demolición ha de ser el comiso de los efectos y las ganancias provenientes del delito.

La institución del comiso de efectos y ganancias es un instrumento absolutamente idóneo para el problema político-criminal que aquí se plantea: por un lado, se cumple con el efecto preventivo-general de evitar el enriquecimiento delicti-

urbanísticos (cfr. POZUELO PÉREZ y DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Demolición o comiso», Diario La Ley, núm. 6948, 19 de mayo de 2008, p. 5.

(63) SILVA SÁNCHEZ, *Hacia un Derecho penal económico*, p. 713.

(64) SILVA SÁNCHEZ, *Hacia un Derecho penal económico*, p. 721.

(65) GÓRRIZ ROYO, *Protección penal de la ordenación del territorio*, pp. 808. 888-890.

(66) Sobre esta cuestión, *vid.* extensamente POZUELO PÉREZ y DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Demolición o comiso», Diario La Ley, núm. 6948, 19 de mayo de 2008, p. 4 y ss.

vo (67), que es el principal estímulo para la comisión de estos delitos y, por otro, permite soslayar ciertas eventualidades materiales y procesales que frenan a otra clase de medidas penales (así, no se ve detenida por ciertas declaraciones de exención de responsabilidad criminal –artículo 127.3–; y la posibilidad de comiso de la ganancia obtenida por la venta de los inmuebles permite soslayar alegaciones como la eventual buena fe –real o ficticia– de los adquirentes de las viviendas).

En cuanto a la determinación de la cuantía del comiso (68), las ganancias obtenidas por el delito han de calcularse atendiendo al valor de la construcción (o bien la ganancia obtenida con su venta o transformación) menos el valor del suelo en el momento del enjuiciamiento o de la venta. El suelo no puede decomisarse porque era un activo que el sujeto poseía antes de la infracción, de modo que no es ni efecto ni ganancia del delito. Lo que exceda del valor del suelo ha de considerarse provecho del delito. Para determinar el valor del suelo habrá que atender a lo siguiente: si se trata de un comiso parcial de la edificación, a su valor en el momento del enjuiciamiento; si se procede a un comiso de las ganancias obtenidas con la venta del inmueble, será el valor del suelo en el momento de la venta (69).

A la hora de determinar el alcance de la ganancia obtenida con el delito hay que diferenciar el concepto *bruto* y el concepto *neto* de ganancia. El primero será el que abarque toda la utilidad derivada del delito; en el segundo habrá que descontar los gastos en los que hubiera incurrido el autor para obtener esa utilidad (70). El Código penal no opta por ninguna de las posibilidades expresamente. El concepto *neto* de ganancia ha planteado no pocos problemas –axiológicos y de aplicación– en los ordenamientos donde se ha implantado, que han llevado a su matización o abandono, como sucede en el caso del código alemán. La doctrina mayoritaria suele interpretar la regulación española en el sentido del criterio *bruto* (71), y es también la línea que suele seguir la jurisprudencia (72); si bien posiblemente quepa una interpretación diferenciada. No es comparable calcular la ganancia neta en negocios que, incurriendo en delito en algún extremo, son legales en el resto de su estructura (contratación de trabajadores, seguridad social, adquisición de materiales, etc.) que hacerlo en un delito como el asesinato, descontando, por ejemplo, los costes en los que hubiese tenido que incurrir el sicario para matar a su víctima, lo cual resultaría absurdo.

Ante este panorama resulta de especial importancia la previsión contenida en el artículo 127.2 CP, en el que se señala que, en caso de que no fuera posible el comiso de las ganancias, «se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho». Su relevancia

(67) CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Madrid, 2001, p. 50; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «El comiso», *La Ley*, 2002-3, p. 1566; CEREZO DOMÍNGUEZ, *Análisis jurídico penal de la figura del comiso*, Granada, 2004, p. 34. Se distancia AGUADO CORREA, *El comiso*, Madrid, 2000, pp. 79 y ss.

(68) Sobre esta cuestión, *vid.* POZUELO PÉREZ/DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Demolición o comiso», *Diario La Ley*, núm. 6948, 19 de mayo de 2008, p. 6-7.

(69) En caso de que la venta se realizase antes del cambio de planeamiento urbanístico, el valor del suelo se calculará en función de los parámetros de mercado en el momento previo al cambio.

(70) Cfr. AGUADO CORREA, *El comiso*, pp. 101-102.

(71) AGUADO CORREA, *El comiso*, pp. 101 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, p. 54.

(72) CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal*, p. 54.

reside en que de este modo se salvan las frecuentes obstaculizaciones del comiso por parte del infractor, ya que resultará bastante más sencillo acudir a cualesquiera otros bienes que tenga aquel. Además, este apartado del artículo 127 CP establece que el comiso por el valor equivalente se podrá adoptar sea cual sea la circunstancia que imposibilite el comiso de las ganancias, lo que amplía el margen de actuación del juez.

Por último, la posibilidad de decretar el comiso de las ganancias derivadas de la comisión de un delito contra la ordenación del territorio se mantiene aun cuando se hubiera extinguido la responsabilidad penal, por ejemplo, por prescripción del delito –en el caso del artículo 319, al cabo de tres años (73)–, ya que el artículo 127.3 lo permite siempre y cuando quede demostrada la situación patrimonial ilícita (74).

En conclusión, el comiso de las ganancias provenientes del delito, en este caso contra la ordenación del territorio, constituye una alternativa de la que dispone el juez cuando la demolición no puede ser razonablemente ordenada. Si no fuera posible la demolición en todo caso ha de procederse al comiso de las ganancias del delito. De no hacerse así se corre el peligro de reducir, hasta dejar prácticamente anulados, los costes que ha de conllevar un atentado contra la ordenación del territorio, de modo que el infractor tan sólo obtendría los beneficios. Obviamente, no es éste el objetivo perseguido, por eso creo que la cuestión debe plantearse desde la siguiente disyuntiva: o demolición o comiso.

(73) Artículo 131 CP.

(74) El artículo 127.3 CP establece «El juez o tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita».