

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

The criminalization of illegal construction practices

María del Castillo Falcón Caro*

Resumen: Este artículo estudia el tratamiento penal de uno de los delitos contra la ordenación del territorio, concretamente el relativo a las construcciones ilegales previsto y penado en el artículo 319 del Código Penal español. El objetivo de este estudio lo constituye el análisis de en qué medida la intervención penal resulta adecuada y eficaz para prevenir y sancionar la urbanización ilegal, así como delimitar los problemas dogmáticos y prácticos que surgen con su implementación. Para ello se aborda la estructura dogmática del tipo penal, incluyendo el concepto de norma penal en blanco y la importancia de distinguir el error de tipo del error de prohibición en la conducta de los infractores. También se trata la naturaleza jurídica de la demolición de obras ilegales, la cual la jurisprudencia considera una consecuencia jurídica del delito destinada a restaurar la legalidad, más que una mera sanción facultativa. Se utiliza una metodología que fusiona el análisis normativo y doctrinal con la investigación de la jurisprudencia más pertinente y reciente. Los resultados del estudio muestran que la criminalización de las construcciones ilegales cumple una función simbólica y disuasoria, pero su eficacia real se ve limitada por la falta de coordinación institucional y el volumen de normativa de desarrollo urbanístico, junto con la dificultad probatoria. Se concluye que el Derecho Penal debe actuar como *ultima ratio*, en el marco de una estrategia integral que combine prevención urbanística, sanciones efectivas y mecanismos de reparación del entorno afectado.

Palabras clave: ordenación del territorio, construcciones ilegales, norma penal en blanco, principio de intervención mínima, principio de *ne bis in idem*, demolición de obras ilegales.

Abstract: This article studies the criminal treatment of one of the crimes against land use planning, specifically the one related to illegal construction, provided for and punished in Article 319 of the Spanish Penal Code. The objective of this study is to analyze the extent to which criminal in-

* Profesora Ayudante Doctora. Departamento de Derecho Penal y Ciencias Criminales. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. (ORCID: 0000-0002-3177-3247).

tervention is appropriate and effective in preventing and punishing illegal urban development, as well as to delimit the dogmatic and practical problems that arise with its implementation. To this end, the dogmatic structure of the criminal offense is addressed, including the concept of a blank penal norm and the importance of distinguishing between errors of type and errors of prohibition in the conduct of offenders. The legal nature of the demolition of illegal construction is also addressed, which jurisprudence considers a legal consequence of the crime intended to restore legality, rather than a mere optional sanction. A methodology is used that merges normative and doctrinal analysis with research into the most pertinent and recent jurisprudence. The results of the study show that the criminalization of illegal construction serves a symbolic and deterrent function, but its real effectiveness is limited by the lack of institutional coordination and the volume of urban development regulations, along with the difficulty of providing evidence. The conclusion is that criminal law should act as a last resort, within the framework of a comprehensive strategy that combines urban development prevention, effective sanctions, and mechanisms for repairing the affected environment.

Keywords: land use planning, illegal construction, penal blank rule, principle of minimum intervention, principle of ne bis in idem, demolition of illegal works.

Sumario: I. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL. II. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: 1. NATURALEZA DE LA NORMA PENAL EN BLANCO. 2. CONDUCTA TÍPICA. *Obras no autorizables en zonas de especial protección: art. 319.1. Cp. Obras no autorizables en suelo no urbanizable: Art. 319.2 Cp.* 3. SUJETOS. 4. ELEMENTOS SUBJETIVOS: ERROR DE TIPO Y ERROR DE PROHIBICIÓN 5. REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO: LA DEMOLICIÓN. *Carácter potestativo versus obligatorio de la demolición. Naturaleza jurídica de la demolición. Requisitos para acordar la demolición.* IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA

I. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

La expansión urbana descontrolada y las construcciones al margen de la legalidad representan un fenómeno persistente en España, afectando no solo al medio ambiente y al paisaje, sino que también vulneran principios básicos de planificación y sostenibilidad. El presente estudio analiza la respuesta penal frente a estas conductas, evaluando su eficacia, sus límites y su interacción con otras ramas del Derecho

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

El Derecho urbanístico, en su vertiente administrativa, se configura como un sistema normativo complejo que emana de diversas instancias legislativas con competencia en la materia, tanto a nivel estatal como autonómico y local. Su regulación se articula a través de leyes, disposiciones reglamentarias y normas de rango inferior, conformando un entramado jurídico que orienta la planificación, el uso y la transformación del suelo.

Hasta mediados de la década de 1990, las infracciones urbanísticas eran objeto exclusivo de sanción administrativa, sin que existiera una respuesta penal específica. No fue sino hasta la promulgación del Código Penal de 1995 cuando se introdujo, por primera vez, la protección penal del suelo frente a determinadas conductas constructivas irregulares. Esta incorporación supuso un cambio de paradigma, al reconocer que ciertas vulneraciones del orden urbanístico podían alcanzar una gravedad tal que justificara la intervención del Derecho Penal como última ratio, en defensa del interés general y del medio ambiente.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ofrece una visión profundamente humanista y estructural del urbanismo, trascendiendo su dimensión técnica para situarlo como un eje vertebrador del equilibrio social, ambiental y psicológico de las comunidades. En este sentido, no deja de recordar que "...La disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al "hábitat" de cada uno, que sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan. Generalizado el incumplimiento, es difícil saber a dónde se puede llegar" (STS 11.3.2020, nº 691/2019).

Por tanto, la disciplina urbanística no puede reducirse a una mera cuestión de licencias o trámites administrativos, sino que constituye una herramienta esencial para garantizar la armonía del entorno construido y la calidad de vida de los ciudadanos. Es necesario comprender que la vulneración de las normas urbanísticas no solo implica una infracción formal, sino que representa una amenaza directa al modelo de convivencia, al ecosistema urbano y al bienestar colectivo. Esta interpretación refuerza la legitimidad de la intervención del Derecho Penal en el ámbito urbanístico,

especialmente cuando las conductas infractoras alcanzan un grado de lesividad que excede la capacidad de respuesta del Derecho Administrativo. La protección penal del urbanismo, por tanto, no se justifica únicamente por la necesidad de sancionar, sino por la exigencia de preservar un modelo de ciudad que garantice el equilibrio entre el ser humano y su entorno. Las normas urbanísticas sean respetadas no solo por imperativo legal, sino por convicción ética y responsabilidad social.

En el proceso de configuración penal de las infracciones urbanísticas, el legislador se enfrentó a una disyuntiva fundamental: optar por una regulación unitaria que concentrara en una única disposición legal los tipos jurídico-penales aplicables, o mantener la dispersión normativa característica del régimen sancionador administrativo. Esta última posibilidad traía consigo la complejidad en orden al conocimiento, sistematización y aplicación de la normativa sancionadora urbanística en el plano penal, además de provocar una desconexión normativa, con el riesgo de lagunas legales y conflictos concursales. Ventajas que tendría una unificación de la normativa penal en materia urbanística, así que por ella opta el Código penal de cara a la optimización del Derecho penal protector de la ordenación territorial, proporcionando mayor seguridad jurídica (BLANCO, *El delito urbanístico*, pp. 34 y ss). Con esta regulación, además, el Código penal favorece “la importancia de la ordenación del territorio y del urbanismo, configurando los delitos que dibujan los arts. 319 y siguientes de tal Cuerpo punitivo, bajo el entendimiento de que el bien jurídico que protegen es de una importancia capital para el desenvolvimiento urbanístico, y el desarrollo sostenible del crecimiento, acorde con el más escrupuloso respeto al medio ambiente y al ecosistema” (STS 27.6.2022 nº 649/22).

La tutela penal del urbanismo encuentra un sólido fundamento constitucional en los artículos 45 y 47 de la Constitución Española, que consagran el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado y a una vivienda digna, respectivamente. En particular, el artículo 45 establece no solo el derecho individual al entorno saludable, sino también el deber colectivo de conservarlo, atribuyendo a los poderes públicos la responsabilidad de velar por la utilización racional de los recursos naturales. Este precepto adquiere especial relevancia en el contexto penal, al prever expresamente la posibilidad de establecer sanciones penales, además de administrativas, para quienes infrinjan las disposiciones relativas a la protección ambiental. De este modo, el constituyente reconoce que determinadas conductas pueden alcanzar tal grado de lesividad que justifiquen la intervención del Derecho Penal como mecanismo de defensa del medio ambiente y del interés general. Por tanto, la inclusión de esta cláusula sancionadora en el texto constitucional legitima la criminalización de prácticas constructivas irregulares que comprometen el equilibrio ecológico, el orden urbanístico y la calidad de vida de los ciudadanos. Asimismo, refuerza la idea de que el suelo y el entorno urbano no son meros objetos de propiedad privada, sino bienes jurídicos colectivos cuya protección exige una respuesta normativa integral, en la que el Derecho Penal actúe como última ratio frente a las vulneraciones más graves.

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

El artículo 47 de la CE ubicado en el capítulo tercero, dedicado a los principios rectores de la política social y económica, establece la obligación de los poderes de regular la utilización racional del suelo a fin de hacer efectivo el derecho a una vivienda digna y adecuada, estableciendo además el deber de los poderes públicos de promover las condiciones necesarias para hacerlo efectivo. Esta base referencial constitucional del bien jurídico tutelado penalmente incorpora deberes genéricos y programáticos de los poderes públicos, pero su operatividad está condicionada a la intervención del legislador ordinario, quien le dota de contenido específico (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, pp. 478 y ss), sobre todo en el orden administrativo. No obstante, aunque este precepto esté tradicionalmente vinculado al ámbito social y económico, posee una dimensión estructural que lo conecta directamente con la ordenación del territorio y la disciplina urbanística. Y es que es necesario tener en cuenta que la relación entre la ordenación del territorio y el urbanismo no puede entenderse fuera del marco ambiental (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, pp. 41 y 42), porque como señala la Sentencia de lo Contencioso del TSJA de 9 de diciembre de 1999 "...el deslinde entre ordenación del territorio, medio ambiente y urbanismo es difícil, porque en muchos casos los objetivos están compartidos", tal como veremos cuando estudiemos el bien jurídico que protege estos delitos.

Desde una perspectiva penal, el artículo 47 refuerza la legitimidad de la intervención del Derecho Penal en la protección del entorno construido, en tanto que las prácticas constructivas irregulares pueden comprometer gravemente el acceso equitativo a la vivienda, la planificación racional del suelo y la sostenibilidad urbana. La vulneración de las normas urbanísticas no solo afecta al medio ambiente, sino que incide directamente en la configuración del hábitat humano, en la distribución justa de los espacios habitables y en la garantía de condiciones de vida dignas para todos.

Así, la tutela penal de la legalidad urbanística se presenta como una herramienta subsidiaria pero necesaria para preservar el contenido material del derecho a la vivienda, especialmente cuando las infracciones urbanísticas generan efectos estructurales que desbordan el ámbito administrativo. En este sentido, el artículo 47 CE no solo fundamenta la acción pública en materia de vivienda, sino que también legitima la protección penal del suelo como recurso esencial para la realización efectiva de ese derecho constitucional.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de la tutela penal en materia urbanística, como se desprende de los artículos 45 y 47 de la Constitución Española, no debe interpretarse como una habilitación para una expansión indiscriminada del poder punitivo. Por el contrario, dicha intervención debe estar cuidadosamente delimitada y coordinada con el sistema administrativo sancionador, a fin de evitar duplicidades sancionadoras y vulneraciones de derechos fundamentales. En este contexto, cobra especial relevancia el principio *ne bis in idem*, que actúa como límite garantista frente a la doble imposición de sanciones por unos mismos hechos, y cuya aplicación práctica exige una clara articulación entre las competencias de los órganos admi-

nistrativos y jurisdiccionales. Conforme a este principio, el órgano administrativo debe abstenerse de imponer sanción alguna frente a hechos que puedan ser jurídico-penalmente relevantes hasta que el juez penal competente no se haya pronunciado al respecto, y de forma que la sanción penal es excluyente de la administrativa, y en caso de absolución, el órgano administrativo ha de respetar aquellos hechos que hayan sido declarados probados judicialmente, conforme la doctrina del Tribunal Constitucional (BLANCO, *El delito urbanístico*, pp. 72 y 73 y ss). Es fundamental la correcta articulación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, exigiendo una interpretación garantista del principio *ne bis in idem*, que preserve los derechos fundamentales del ciudadano y asegure la eficacia y coherencia del sistema jurídico en su conjunto.

II. DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La principal función del Derecho Penal consiste en la protección de los bienes jurídicos esenciales para la convivencia social, como la vida, la libertad, el medio ambiente o el orden público. Esta función se encuentra delimitada por el principio de intervención mínima o de *ultima ratio*, que exige que el poder punitivo del Estado se active únicamente cuando los demás mecanismos jurídicos, como el Derecho administrativo, resulten insuficientes para garantizar dicha protección. Tal como señala Schünemann, (SCHÜNEMANN, “¿El derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos!” 2005-2006, pp. 206 y ss), el Derecho Penal debe ser considerado como un instrumento de protección subsidiario, reservado para los casos en que la gravedad de la conducta y la insuficiencia de otros medios jurídicos justifiquen su aplicación. En este sentido, el Derecho Penal no puede convertirse en un mecanismo de control social generalizado, sino que debe limitarse a intervenir frente a las conductas más lesivas que comprometan de forma directa y grave los valores fundamentales del orden jurídico.

Este principio de intervención mínima adquiere especial relevancia en el ámbito urbanístico, donde la normativa administrativa presenta una notable complejidad y dispersión territorial. En materia urbanística, la normativa administrativa es muy extensa y no es uniforme en todo el territorio nacional debido a que la competencia en ordenación y urbanismo viene atribuida a las Comunidades Autónomas, y el Estado sólo puede legislar con carácter básico sin vaciar de contenido la legislación autonómica. Por otra parte, cada municipio también tiene sus propios planes de ordenación urbanística, que se suma a la legislación administrativa en esta materia. En este estado de la cuestión, la normativa penal no puede servir solo para reforzar el control administrativo en esta materia sin tener contenido de antijuridicidad, porque se desvirtuaría de contenido y estructura delictiva, de ahí la importancia de considerar que el derecho penal no protege el valor formal de la ordenación del territorio, sino el valor material. No protege el hecho de que una construcción no tenga licencia, sino la afectación negativa al interés general y a la calidad de vida (RODRÍGUEZ AL-

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

MIRÓN, *Delitos urbanísticos*, pp. 37 y 38), protegiendo las conductas más lesivas. El Derecho Penal no puede convertirse en un instrumento de tutela del valor formal de la legalidad urbanística, sino que debe orientarse a la protección del valor material que subyace a dicha legalidad: el uso racional del suelo, la sostenibilidad ambiental y el interés general. La criminalización de conductas constructivas irregulares solo se legitima cuando dichas conductas afectan de forma grave y directa a estos bienes jurídicos, y no cuando se limitan a infringir normas administrativas sin una verdadera antijuridicidad penal.

Por tanto, la única forma de aplicar un tipo penal es partiendo de que tiene necesariamente que proteger algún bien jurídico, pues de lo contrario no se podrá saber cuál es el objeto respecto del cual las acciones típicas deben ser delictivas (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, p. 51). El bien jurídico protegido en materia de ordenación del territorio, sería el normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo. No es el sistema administrativo de asignación de diversas finalidades, sino el sistema administrativo racionalmente interpretado y sometido al adecuado control judicial, y especialmente el “valor” “ordenación del territorio” en el sentido material de utilización racional del suelo, en su sentido constitucional, orientada a los intereses generales, conforme artículo 45 y 47 CE (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, pp. 58 y 59), antes argumentados.

También se manifiesta Górriz en la misma línea que Vercher, añadiendo que el capítulo donde se incardina los delitos sobre la ordenación del territorio, está dedicado a la tutela de un bien jurídico colectivo, el que lleva su propio nombre, guardando relación con el medio ambiente y desvinculándose del bien jurídico “salud pública”, siendo la finalidad de estos preceptos la de proteger el medio ambiente en sentido amplio y por ende, la propia existencia del ser humano (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, pp. 468 y ss).

Hasta 1995, en el nuevo Código penal, no se incluyó *los delitos sobre la ordenación del territorio*, dando respuesta al nuevo Estado social y democrático de Derecho proclamado y establecido por la Constitución Española de 1978, en el artículo 1.1, protegiendo las conductas más graves ante las que el Derecho administrativo se quedaba apocado.

El bien jurídico que se tutela es la ordenación del territorio y es autónomo respecto a los otros bienes jurídicos protegidos en los restantes capítulos del Título XVI, no procede sostener la existencia de una pluralidad de bienes jurídicos atendiendo a los distintos valores inherentes a los respectivos tipos de suelos. En concreto, en el artículo 319 se tutela un único bien jurídico-penal, la ordenación del territorio, de manera que otros bienes jurídicos como el medio ambiente y el patrimonio histórico, no son tutelados a través de este precepto como efectivos bienes jurídico-penales (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p.475).

La Carta Europea de Ordenación del Territorio, adoptada en la Conferencia Europea de Ministros responsables de Ordenación del Territorio celebrada en Torremolinos

en 1983, concibe la “ordenación del territorio” como “una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector” y añade entre sus características que “El hombre y su bienestar, así como su interacción con el medio ambiente, constituyen el centro de toda preocupación de la ordenación del territorio, cuyo objetivo es el de ofrecerle un marco y una calidad de vida que aseguren el desarrollo de su personalidad en un entorno organizado a escala humana”. Se concreta en este documento que la ordenación del territorio persigue un desarrollo socioeconómico equilibrado, la mejora de la calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales, la protección del medio ambiente y la utilización racional del territorio, “persiguiendo los objetivos definidos anteriormente, trata en particular de controlar la implantación, la organización y el desarrollo de los grandes complejos urbanos e industriales y de las grandes infraestructuras, así como la protección de las zonas agrícolas y forestales. Esta ordenación física debe acompañarse necesariamente de una política de suelo con el fin de hacer posible la realización de objetivos de interés general”.

Por otra parte, por “urbanismo” en el ámbito penal se entiende, conforme a la SAP de Málaga de 13/60/3, como “aquel sector de la ordenación del territorio que viene a cumplir las siguientes funciones: a) creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población, b) ordenación y gestión jurídica de las actividades de planeamiento territorial, régimen del suelo, ejecución de construcciones y edificaciones, etc., c) y todo ello con la finalidad específica de hacer posible la vida en común de los hombres en una sociedad urbana” (DÍAZ, *El delito urbanístico en la Jurisprudencia, Ponencia*).

Estos conceptos delimitan el bien jurídico protegido por estos delitos. No obstante, es necesario, en aras de una mayor profundización y claridad, acotar la clase de tutela penal, material o formal, que jurisprudencialmente es aceptada de forma mayoritaria. Así, la vertiente material considera que el bien jurídico, a raíz del artículo 45.3 de la Constitución, no es tanto la normativa urbanística evitando su infracción, como el valor material de la ordenación territorial en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientado a los intereses generales, y la filosofía que emana de las normas constitucionales es la de castigar las conductas objetivamente más graves que originen consecuencias trascendentes para la ordenación del territorio, respetando la calidad de vida y el hábitat de los seres humanos. Martínez Arrieta o Muñoz Conde defienden la tesis formal al considerar que se protege la normativa sobre la ordenación del territorio el primero, o el interés que se cumplan las leyes y reglamentos sobre la ordenación del territorio el segundo. El Tribunal Constitucional (STC 24.2.2004), manifiesta que en la interpretación de los delitos se debe atender a los principios generales limitadores del “ius puniendi” que excluyen ilícitos penales meramente formales que penalicen el cumplimiento de un mandato administrativo, debiéndose proteger el bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva del mismo, incluyendo solo las conductas más graves e intole-

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

rables, pues de lo contrario la sanción penal sería innecesaria y desproporcionada. (DÍAZ, *El delito urbanístico en la Jurisprudencia, Ponencia*).

Por otra parte, pero en la misma línea el Tribunal Supremo señala que “La necesidad de protección no se proyecta sobre la normativa urbanística como elemento formal o meramente instrumental para la ordenación constructiva de las edificaciones e instalaciones artificiales que se integran en el espacio natural, sino que lo hace sobre el valor constitucional que orienta la ordenación del territorio que se aborda en la norma, esto es, la protección de una regulación que se modula para suministrar a la sociedad una “ utilización racional del suelo orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE). Se trata así -como también reflejaba la STS 363/2006, de 28 de marzo- de prestar amparo penal a un bien jurídico comunitario de los denominados « intereses difusos», para los que no existe un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. De este modo, la protección se inscribe en el fenómeno general de reforzar con un reproche penal a concretos intereses supraindividuales o colectivos, respondiendo así a la exigencia de que los poderes públicos tutelen de manera finalmente efectiva estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución” (STS 11.3.2020, nº 691/2019).

En concreto, ciñéndonos al artículo 319 CP, como lo hace Górriz y en su opinión, lo que se manifiesta es la relevancia típica que el legislador penal otorga a suelos que se consideren zonas verdes, a lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural o por estas mismas razones se consideren de especial protección y al suelo no urbanizable. En el artículo 319 no se tutela un bien jurídico plural en tanto se salvaguardan alternativamente como bienes jurídico-penales la ordenación del territorio, el medio ambiente y el patrimonio histórico, sino un bien jurídico unívoco como es la ordenación del territorio. Este bien jurídico es el bien jurídico tutelado en el artículo 319 y el medio ambiente es a lo sumo la *ratio legis* del mismo (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, pp. 476 y 477)

Por tanto, por una parte, hay quienes entienden que el contenido sustancial del bien jurídico protegido lo constituye: la ordenación racional del territorio, el adecuado reparto y distribución del suelo en función de sus diversos usos. Y ello, en cuanto elemento integrante de los complejos sistemas sociales en los que actualmente vivimos, operando a modo de factores indispensables para el buen funcionamiento de estos y para facilitar la pacífica participación de los ciudadanos en tales sistemas, a fin de lograr así la satisfacción de sus necesidades existenciales y humanas, apuntando al carácter antropocéntrico que forma parte de la tutela penal. Mientras otros consideran que de lo que se trata penalmente es de velar por el respeto a las limitaciones legales o reglamentarias establecidas al respecto, sancionándose en consecuencia las infracciones cometidas contra los controles y pautas legales administrativas que rigen en la materia (BLANCO, *El delito urbanístico*, pp. 31 y 32). Señalando en contra Vercher, que la ilicitud administrativa es condición necesaria, pero no suficiente,

de la punibilidad. La intervención penal se producirá cuando exista un desvalor de acción y de resultado adicionales, que van más allá del puro ilícito administrativo (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, p. 68).

Concluyendo con nuestra más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: “El bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. De ahí que la STS 363/2006 de 28 de marzo, precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la “normativa” sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito “urbanístico” no se tutela la normativa urbanística - un valor formal o meramente instrumental - sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de “utilización racional del medio orientada a los intereses generales” (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados “intereses difusos”, pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución”(STS 14.6.2023 nº 448/23).

Por tanto, la más reciente jurisprudencia reafirma con claridad la orientación material del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos, alejándose de una concepción meramente formal o normativa. El Alto Tribunal subraya que lo que se tutela penalmente no es la normativa urbanística en sí misma, como conjunto de reglas administrativas, sino el valor sustantivo que dicha normativa pretende salvaguardar: la utilización racional del medio como recurso natural limitado, en consonancia con el interés general y los principios constitucionales recogidos en los artículos 45 y 47 CE. Este enfoque pretende entender que el Derecho Penal no puede ser instrumentalizado como un mero refuerzo del control administrativo, sino que debe reservarse para aquellas conductas que lesionen de forma grave y directa el equilibrio territorial, ambiental y social, considerando el bien jurídico protegido como un interés difuso o supraindividual, cuya afectación perjudica a la colectividad en su conjunto y cuya protección exige una respuesta penal proporcionada, subsidiaria y garantista. Y aun que la ineficacia de la actuación administrativa en determinados contextos ha sido

uno de los factores que ha motivado la creación de tipos penales específicos, esta intervención penal no puede desvirtuar la estructura delictiva ni el principio de anti-juridicidad material, pues ello comprometería la coherencia del sistema sancionador y los principios rectores del Estado social y democrático de Derecho.

III. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. La naturaleza de la norma penal en blanco

El origen jurídico de la regulación de la ordenación del territorio se encuentra en el Derecho administrativo, a través del control de los actos que puedan dañar el medio ambiente, con una base justificadora constitucional. Una normativa que consistía en poner límites y organizar la inserción de los edificios e infraestructuras. No obstante, la gravedad de las infracciones ha provocado que se tenga que apelar al Derecho penal, considerando que éstas merecen ser sancionadas penalmente, al atentar contra un bien jurídico necesitado de protección, sin olvidar que el Derecho administrativo regula, con mayor rapidez que el Derecho penal, toda novedad que tenga incidencia en la vida pública o privada nacional, evolucionando con mayor agilidad según el contexto social general (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, p. 69). De ahí que el Derecho penal urbanístico se haya configurado como una norma penal en blanco, es decir, como una norma penal incompleta en la que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra prevista en ella, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta. Y ello, a fin de evitar continuas reformas penales y la expansión de un Código que tiene que guardar la coherencia con el principio de intervención mínima que rige el ordenamiento punitivo. No obstante, como acentúa nuestra más reciente jurisprudencia “una cosa es que el principio de intervención mínima presuponga que solo se castiguen las conductas más graves de quebranto de la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio, y otra completamente distinta es que la interpretación del artículo 319 haya de hacerse excluyendo de ámbito de aplicación comportamientos que cumplen con claridad los elementos constitutivos que el propio legislador contempló como definitorios de la actuación del derecho punitivo, pues es al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del sistema penal. El artículo 45.3 de la CE refleja que la ley establecerá «sanciones penales o, en su caso, administrativas» para quienes violen el disfrute colectivo del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales, reflejando una actuación punitiva que no se configura como accesoria y subsidiaria al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra la ordenación del territorio presuponga que sea grave la alteración de los criterios fijados para la ordenación urbanística y otra, completamente distinta, que no deban subsumirse en el tipo penal comportamientos que cumplen los elementos constitutivos establecidos

por el legislador, bajo la evanescente consideración de que son también susceptibles de sancionarse de manera más limitada desde la consideración del reglamento sancionador administrativo" (STS 11.3.2020, n° 691/2019).

Lo anterior nos conduce a tener en cuenta en esta configuración otro de los principios de nuestro Ordenamiento como es el de *ne bis in idem*, que garantiza que no se debe imponer una doble sanción por un mismo hecho. Sólo cabe esa compatibilidad entre sanción jurídico-penal y sanción jurídico-administrativa cuando una y otra vengan impuestas por diferentes hechos o se trate de la tutela de intereses públicos distintos (BLANCO, *El delito ecológico*, p. 35).

El artículo 56 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana determina, guiado por el principio anterior, se erige como una pieza clave en la delimitación funcional entre ambos sistemas sancionadores, asegurando que la intervención penal se produzca con respeto a los principios constitucionales y en armonía con la actuación administrativa. Así literalmente establece que "cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción".

Esta previsión normativa refleja con claridad la necesidad de una articulación garantista entre el procedimiento administrativo sancionador y la jurisdicción penal en el ámbito urbanístico. Esta norma, guiada por el principio *ne bis in idem*, establece que cuando en el curso de un expediente administrativo se adviertan indicios de comisión delictiva, el órgano competente debe remitir el asunto al Ministerio Fiscal y abstenerse de continuar el procedimiento sancionador hasta que exista pronunciamiento judicial. Este mecanismo no solo evita la duplicidad sancionadora, sino que refuerza la coherencia del sistema jurídico, al reconocer la primacía del Derecho Penal en los supuestos de mayor gravedad. La exclusión de la sanción administrativa en caso de condena penal, y la vinculación del órgano administrativo a los hechos probados en caso de absolución, constituyen garantías esenciales para la protección de los derechos del administrado y para la preservación de los principios de legalidad, seguridad jurídica y proporcionalidad.

Además, la norma contempla la posibilidad de adoptar medidas de reposición del orden urbanístico, lo que permite compatibilizar la función restauradora del Derecho Administrativo con la función represiva del Derecho Penal, sin incurrir en sanción doble.

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

En las diversas modalidades típicas de los delitos contra la ordenación del territorio van apareciendo elementos como “legal o administrativamente reconocido”, “considerados de especial protección”, “no autorizable”, “suelo no urbanizable”, “contrarias a las normas urbanísticas vigentes”, o “espacio natural protegido”, entre otras, lo que genera una remisión a otras instancias reguladoras a fin de concretar la conducta típica (BLANCO, *El delito urbanístico*, pp. 40 y 41). No obstante, al configurarse como una norma penal en blanco, la amplitud, prolijidad y dispersión del ordenamiento administrativo en materia de ordenación territorial, puede dificultar conocer el verdadero perfil de la conducta tipificada. Ello plantea la cuestión de si resulta mermado el principio de legalidad que entronca con el de seguridad jurídica, lo que se puede complicar aún más si se atiende a la potestad reglamentaria de la Administración, pues las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias legislativas y reglamentarias en la ordenación del territorio conforme art. 148 CE. Así unos mismos hechos pueden ser constitutivos o no de delito dependiendo de la Comunidad Autónoma en que hayan sido ejecutados. Ello sin olvidar la aplicación del Derecho de la Unión Europea a través de la norma penal en blanco. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en sentencia de 11 de junio de 1987, establece que “Al no estar las Directivas comunicativa dirigidas directamente a los ciudadanos, sino a los Estados miembros, no pueden tomar parte en lo que a la concreción del tipo penal respecta”, aunque ello no es una cuestión pacífica, porque un sector de la doctrina administrativista española entiende que sí deben ser consideradas las Directivas con efecto directo (BLANCO, *El delito urbanístico*, pp. 52 y 53)

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado favorablemente al empleo de la técnica de la norma penal en blanco, siempre que “el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada” (STC 5.7.1990, nº 127/1990). Ello se confirma con la consideración de que “la norma penal en blanco reúne los requisitos de *lex praevia*, *certa* y *scripta* exigidos constitucionalmente, puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para completar el tipo a un determinada circunstancia, con lo cual queda definido asimismo de modo suficiente este elemento, consistente en una infracción administrativa de normas que tengan aquella finalidad” (STC 28.2.1994, nº 62/1994).

La normativa administrativa a la que debemos acudir para completar la normativa penal, estaría configurada por las leyes aprobadas por las distintas Comunidades Autónomas sobre la materia y que desarrollan las competencias exclusivas de las comunidades en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en par-

ticular, sobre los patrimonios públicos de suelo; normas de ámbito municipal que se contienen en los Planes de Ordenación Urbanística Municipal o Normas Subsidiarias del Planeamiento, así como en los Planes Parciales; normas de ámbito supramunicipal como son los Planes Territoriales o Planes Directorios; normas reguladoras de sectores específicos como la regulación del dominio público y, finalmente, la legislación estatal contenida en el Real Decreto 7/2015 de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y rehabilitación urbana que sustituye la Ley estatal del suelo de 1976 (si bien esta última tiene vigencia en algunos aspectos) (RICART, “*Diversas cuestiones relativas al delito sobre la ordenación del territorio del artículo 319 del código penal*” p. 5).

Blanco plantea una interesante cuestión dogmática sobre la norma penal en blanco, pues partiendo de que las disposiciones incriminadoras del delito urbanístico exigen la necesidad de contravención de disposiciones urbanísticas de carácter administrativa en orden a la concreción de la conducta típica, ello se puede considerar como un elemento del tipo objetivo, una condición objetiva de punibilidad. O quizás también podemos entender que la conducta de contravenir el régimen administrativo se encuadra en el tipo subjetivo, resultando exigible el dolo del autor para la concreción de la conducta típica (BLANCO, *El delito urbanístico*, pp. 43 y 44). Concluyendo este autor, que la conducta de contravenir el estatuto urbanístico ajeno al Derecho penal, en atención a la prolijidad y dispersión de la normativa implicada y en aras de los principios de motivación de la norma penal y culpabilidad, debe interpretarse no como una condición objetiva de punibilidad, sino como un elemento de la acción típica, de forma que sean exigibles, en orden a la comisión dolosa, el conocimiento y la voluntad de infracción de la normativa extrapenal y teniéndose en cuenta las consecuencias que ello pueda acarrear en el ámbito del error (BLANCO, *El delito urbanístico*, p. 54). Las normas penales en blanco se incardinan en el elemento de la tipicidad, de ahí que se tenga que acudir a normativa administrativa incluso de menor rango y dictadas en diferentes instancias para determinar si la conducta es típica. Blanco lo que propone es que la tipicidad deje de ser un indicio de la antijuricidad y de la relevancia penal de la conducta, debiéndose trasladar a la adecuación o no de la conducta a la normativa extrapenal en sede de antijuricidad, así todos los tipos penales tendrían un tratamiento homogéneo en tal sentido. La conducta puede ser típica pero no antijurídica, con lo cual la intervención jurídico-penal en materia de ordenación territorial quedará sesgada ante la irrelevancia de la misma en este ámbito jurídico, así como en lo que la generación de responsabilidades civiles concierne. Por tanto, entiende que la normativa extrapenal en materia de ordenación del territorio debe quedar suprimida, y ser operativa solo en vía de antijuricidad conforme a las reglas generales de la teoría del delito, aplicables a todas y cada una de las infracciones penales, sin distinción alguna entre unas y otras (BLANCO, *El delito urbanístico*, pp. 61 y 62). Esta propuesta, que busca homogeneizar el tratamiento de los tipos penales, refuerza la exigencia de que la intervención penal en materia de ordenación territorial se fundamente en una afectación sustancial del bien jurídico protegido, y no en la mera infracción formal de disposiciones administrativas.

2. Conducta típica

La conducta típica del delito contra la ordenación del territorio, previsto en el artículo 319 del Código Penal, se articula en dos apartados que delimitan claramente las modalidades delictivas. El primer apartado (art. 319.1 CP) sanciona la realización de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en zonas especialmente protegidas por la normativa urbanística, mientras que el segundo (art. 319.2 CP) se refiere a aquellas obras ejecutadas en suelo no urbanizable, también sin posibilidad de legalización. En ambos casos, la tipicidad se configura en torno a la ejecución de obras que contravienen gravemente el régimen jurídico del suelo.

A) Obras no autorizables en zonas de especial protección: art. 319.1. Cp

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

Desde una perspectiva dogmática, el delito urbanístico previsto en el artículo 319 del Código Penal se configura como un delito de mera actividad, lo que implica que su consumación no requiere la producción de un resultado concreto, sino la realización de una conducta típicamente descrita: “llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación”. Esta acción se desarrolla de forma continuada en el tiempo, generando una afección persistente o permanente al bien jurídico protegido, que no se agota en un solo acto, de forma instantánea, sino que se prolonga mientras subsista la obra ilegal, mientras se perpetúe la infracción urbanística, lo que se deduce del verbo de la acción “llevar a cabo”, en ese espacio temporal permanece la afección al bien jurídico protegido (ACALE, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, pp. 211 y ss y 255). En consecuencia, la tipicidad penal se vincula no solo al inicio de la conducta, sino a su mantenimiento, lo que tiene importantes implicaciones en materia de prescripción, dolo y reparación del daño. Esta interpretación permite comprender la especial naturaleza del delito urbanístico como una infracción estructural, cuya relevancia penal se proyecta sobre el uso racional del suelo y la sostenibilidad del entorno urbano.

Aunque la mayoría de la doctrina sostiene que el uso del verbo “llevar a cabo” en el artículo 319 del Código Penal sugiere una conducta activa y prolongada en el tiempo, lo que permite calificar el delito urbanístico como un delito de mera activi-

dad, esta interpretación no ha estado exenta de controversia. En efecto, parte de la doctrina y cierta jurisprudencia han planteado la posibilidad de entenderlo como un delito de resultado, en función de la afectación efectiva al bien jurídico protegido. En cualquier caso, la postura dominante considera que la continuidad de la conducta y la permanencia del daño al orden territorial refuerzan su carácter de delito de mera actividad (RODRÍGUEZ, *Delitos urbanísticos*, p. 48).

La expresión de referencia en su significación más práctica y en términos urbanísticos se concreta en realizar actos propios de las profesiones de promotor constructor o técnico director de la obra. El promotor se encargará de promover la obra, destinando un suelo de su propiedad o de un tercero que la proporciona y reuniendo todos los elementos humanos y materiales que sean precisos para la realización de la obra. El constructor interviene realizando la obra por un precio que debe pagar el promotor en la forma convenida entre ambos. Y finalmente, el director de la obra que será el profesional que guía la construcción de ésta (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios al Código penal*, p. 750).

El legislador ha optado por tipificar únicamente aquellas conductas que afectan a determinados suelos, es decir, son los valores inherentes a los suelos donde se cometen los delitos que se configura en este artículo, los que dotan de relevancia típica a dichos espacios como objetos materiales y por tanto a las conductas que recaen sobre los mismos (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, pp. 474 y 475). Pero concretemos y analicemos los conceptos normativos que integran este apartado del tipo de referencia.

En cuanto al concepto normativo “no autorizable”:

La conducta que se integra en el artículo 319. 1º consiste en llevar a cabo una construcción en tales suelos careciendo de autorización o licencia urbanística por no haberla solicitado ni obtenido. Frecuente en la práctica es solicitar la licencia y no esperar los oportunos plazos para obtenerla, lo que se equipara a la falta de autorización, integrándose en la conducta típica descrita, habida cuenta de que, atendiendo a los suelos y lugares previstos, las construcciones allí realizadas serán por lo general ilegalizables. No obstante, es posible la excepción de que se lleven a cabo construcciones que inicialmente sean legalizables por reunir las condiciones básicas legalmente exigidas para ello. En estos casos, en opinión de Górriz corresponde apelar al criterio material-teleológico del bien jurídico que se protege, en el sentido de entender que no sólo son atípicas las construcciones autorizadas, sino también las materialmente autorizables, porque ninguna lesión produce al bien jurídico “ordenación del territorio” una conducta que la Administración comprueba y declara conforme con el ordenamiento jurídico-administrativo porque efectivamente es un comportamiento inocuo. Estas conductas hay que diferenciarlas a su vez de aquellos supuestos que son materialmente ilegalizables al consistir en realizar una construcción ilegal siendo disconforme con un determinado Plan, aunque con posterioridad se convalida por licencia obtenida mediante una modificación del planeamiento. En

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

estos casos sí se produce una lesión al bien jurídico en el momento en que materialmente se lleva a cabo la actuación. Por otra parte, en los casos en que, para llevar a cabo construcciones, sean necesarias otras autorizaciones además de la municipal, es preciso obtener todas las autorizaciones para excluir la tipicidad de la conducta (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, pp. 758 y ss).

Otra cuestión es que la construcción cuente con dicha licencia, pero se lleva a cabo incumpliendo sus condiciones o al margen de su contenido, supuestos en los que, en opinión de Górriz caben considerarse típicos como una construcción “no autorizada”, aunque el legislador no haya incluido expresamente dichos supuestos (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p. 775). Ello puede suponer la realización de una interpretación extensiva prohibida en la normativa penal por ser contraria al principio de tipicidad, lo que habría que argumentar a través de la remisión al ordenamiento jurídico-administrativo, justificándose por su configuración como norma penal en blanco.

Para la jurisprudencia el término “no autorizable”: “significa que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, tal y como aquí acontece. Pretender que el contenido semántico de la expresión “no autorizable”, permite sostener la atipicidad de los hechos cuando exista una posibilidad de autorización potencial y remota de la edificación, no es acogible... El término «no autorizable» hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción, esto es, si se ajusta o no a la ordenación entonces vigente. Para la existencia del delito no basta que la edificación se levante sin licencia, sino que es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, supuesto en el que quedaría excluida toda autorización (STS 73/2018, de 13 de enero)” (STS 11.3.2020, nº 691/2019). También en el mismo sentido se pronuncia la STS 11.2.2022 nº 122/2022).

En cuanto a los conceptos normativos “construcción”, “edificación” y “urbanización”:

Son conceptos jurídicos indeterminados que requieren una delimitación en el marco jurídico-penal para su interpretación y aplicación más adecuada y correcta, dentro del contexto que denota la actividad urbanística, considerada como una función pública que comprende la planificación, organización, dirección y control de la ocupación y utilización del suelo, así como la transformación de éste mediante la urbanización y edificación y sus consecuencias en el entorno (RODRÍGUEZ, *Delitos urbanísticos*, p. 49).

Para la Real Academia Española “construcción” es la acción y efecto de “construir” y, tras buscar el significado propio del verbo, señala que es “hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública”. Para el término “edificación”, sigue el mismo esquema, dirigiéndonos hacia el verbo “edificar”, indicando que es “hacer o construir un edificio, o mandarlo

a construir". Ello implica que ambos vocablos están muy cercanos entre sí en lo relativo a su significado material. Y, por último, en lo relativo al término "urbanización", igualmente nos señala el verbo, que aporta un significado más extenso entendiéndolo como "acondicionar una porción de terreno y prepararlo para su uso urbano, abriendo calles y dotándolas de luz, pavimento y demás servicios".

La expresión "llevar a cabo obras de urbanización" se refiere a dotar al suelo de los servicios urbanísticos, de servicios e infraestructuras necesarios, como energía eléctrica, abastecimiento de agua, saneamiento, etc., a fin de transformarlos y adaptarlos al planeamiento urbanístico, ya sea para convertir un suelo rural en urbanizado y cambiar su calificación, o reformar la urbanización de un suelo ya urbanizado (RODRÍGUEZ, *Delitos urbanísticos*, pp. 49 y ss).

Boix Reig/Juanetey Dorado, citado por Górriz, asentaron como criterio para la interpretación de estos conceptos penales, el considerar a la construcción como género y a la edificación como especie, de forma que "podría decirse que toda edificación es una construcción, pero no toda construcción es una edificación" (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, p. 850). Górriz entiende como Betrán, Corvinos, Franco, Narváez y De la Cuesta Arzamendi, que el término "construcción" debe entenderse en un sentido amplio de "ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, siempre que se trate de obras en las que se añadan elementos físicos permanentes", incluyendo en este concepto obras de edificación, de construcción y de urbanización, sin que abarque movimientos de tierra, excavaciones o instalaciones, porque no incorporan elementos físicos permanentes, tampoco las demoliciones, pero sí las obras de nueva planta de suficiente entidad para perturbar el bien jurídico que se protege, excluyéndose las modificaciones mínimas de construcciones ya realizadas (GÓRRIZ, *Protección penal de la ordenación del territorio*, pp. 851 y ss).

En cuanto al término "edificación", entiende Górriz citando a Betrán, Corvinos, Franco, Narváez y De la Cuesta Arzamendi, que se refiere a la construcción de edificios, es decir, "una construcción que materializa un aprovechamiento objeto de regulación urbanística, cerrada y con techo", caracteriza por su finalidad funcional para la residencia, vivienda o usos análogos.

Por otra parte, el artículo 2.2. de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, indica que "Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras: a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta. b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el con-

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

junto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio. c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección. 3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio”.

Ortiz analiza las cuestiones que han generado mayor discusión y problemática judicial sobre estos términos (ORTIZ, *Delitos contra la ordenación del territorio*), entre las que se ha de destacar la concerniente a las casas prefabricadas. Sobre las mismas matiza que ya ha quedado asentado en la práctica judicial que éstas tienen la misma vocación de permanencia que un edificio, porque cualquier edificación puede ser separada del suelo al que va afecta, con independencia del material con que esté hecha, por lo que no puede ser considerado como argumento para excluir el tipo penal. El hecho de que pueda resultar más fácil eliminar de un terreno una casa prefabricada que una casa de obra es indiferente mientras existan indicios bastantes de que la primera se ha instalado con perfecta vocación de permanencia - asentamiento material, fosas sépticas, conducciones de agua desde pozos o electricidad... Ambas infringen el mismo bien jurídico de ordenación del territorio, consolidándose ese uso ajeno a la naturaleza del suelo.

En cuanto a las obras de urbanización, lo serán todas aquellas que se realizan para preparar el terreno para su posterior explotación urbanística. Son las obras que tratan de ofrecer servicios al ámbito urbano y son impropias en los terrenos que el tipo penal protege, como los movimientos de tierras, la creación de viales, aperturas de zanjas en el suelo para conducciones de suministros, construcción de caminos, carreteras, aceras y su posterior asfaltado. Todas estas obras ya suponen de por sí una alteración del medio (RICART, *“Diversas cuestiones relativas al delito sobre la ordenación del territorio del artículo 319 del código penal”* p. 9).

B) Obras no autorizables en suelo no urbanizable: Art. 319.2 Cp

En cuanto al segundo párrafo del artículo 319 del Código penal, en el mismo se concreta el delito referente a las construcciones o edificaciones “no autorizables” en suelo “no urbanizable”.

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

En los párrafos 1 y 2 del artículo 319 se utiliza el mismo término “no autorizables”, con la diferencia de que en el párrafo segundo la expresión se refiere a los terrenos “no urbanizables”.

La Jurisprudencia distingue tres tipos de espacios protegidos penalmente en función de la naturaleza del suelo: “...1. Suelo no urbanizable ([art. 319.2 CP](#)). 2. Suelo no urbanizable especialmente protegido por los valores expuestos en el precepto (art. 319.1). 3. Suelo integrado en un Espacio Natural Protegido (art. 338)” (STS 22.05.2020 nº 216/2020).

El artículo 4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y Rehabilitación Urbana, recoge la ordenación territorial y la urbanística como “funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste”.

La organización y definición del uso del suelo, se concibe como un proceso en el que se determina el planeamiento y se clasifica como suelo urbano, urbanizable o no urbanizable. No obstante, una vez concretado, no es definitivo, pues el ordenamiento jurídico urbanístico permite la revisión¹ y, por tanto, eliminar zonas verdes. Ésta supone un cambio radical, mientras que la modificación es un cambio puntual, manteniéndose los elementos esenciales. La revisión supone la reconsideración integral o esencial del modelo territorial elegido, con la adopción de nuevos criterios respecto a la estructura general del territorio o de la clasificación del suelo. En consecuencia, ello puede afectar a zonas verdes y la modificación no, salvo que sea cualificada que, sin llegar a ser revisión, tiene especial relevancia por suponer una diversa zonificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres dibujados por el plan anterior que se modifica (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, pp. 81y 82). Ahora bien, la Administración siempre deberá observar el respeto a los intereses generales o públicos, que deben estar presentes en toda ordenación urbanística y sus modificaciones, tal como indica el artículo 4 referido. Sin olvidar que, hasta el Código penal de 1995, las irregularidades que se puedan derivar eran exclusivamente administrativas, pero en la actualidad pueden trascender al derecho penal, al constituirse como una norma penal en blanco, siendo necesario averiguar previamente si se han

¹ Artículo 60 Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo y Rehabilitación Urbana: “Las entidades locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. También al respecto el artículo art. 22.2 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, modificado por Ley del Suelo 2015): “Corresponden, en todo caso, al Pleno municipal en los Ayuntamientos, y a la Asamblea vecinal en el régimen de Concejo Abierto, las siguientes atribuciones: (...) c) La aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, así como los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos”.

cumplido los requisitos que al respecto marca la normativa administrativa en vigor (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, p. 85).

3. Sujetos

En principio, se constituye como un delito especial propio, pues solo pueden ser sujetos activos los promotores, constructores o técnicos directores, es decir, sólo pueden cometer este delito las personas que ostentan esa específica cualidad. Pero la configuración del tipo a través de conceptos jurídicos indeterminados nos obliga a acudir a otras normas para depurar el significado de esa “cualidad” que debe ostentar y que sin ella podría convertirse en un delito común.

El artículo 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación en cuanto al término “promotor” manifiesta que será considerado como tal “cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”. Esta definición legal acoge una realidad preexistente en la que cualquiera podría promover una obra, financiarla, tomar esa iniciativa (MARTÍNEZ, *Delitos urbanísticos en la doctrina y en la jurisprudencia españolas*, p. 41), lo que suscitará la controversia que más abajo se describirá relacionada con la consideración como delito especial propio.

La misma Ley, en el artículo 11, indica que el constructor es “el agente que asume, contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato”, concretando en su párrafo segundo que tiene como obligaciones: a) Ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable y a las instrucciones del director de obra y del director de la ejecución de la obra, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto. b) Tener la titulación o capacitación profesional que habilite para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor”.

A diferencia del promotor, sí le exige la ley al constructor una titulación o capacitación profesional habilitante, lo que no parece que esté claro a qué titulación se refiere (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, p.98).

En cuanto al director de la obra, la Ley de referencia en el artículo 12, indica que es “el agente que, formando parte de la dirección facultativa, dirige el desarrollo de la obra en los aspectos técnicos, estéticos, urbanísticos y medioambientales, de conformidad con el proyecto que la define, la licencia de edificación y demás autorizaciones preceptivas y las condiciones del contrato, con el objeto de asegurar su adecuación al fin propuesto”, y debe “estar en posesión de la titulación académica y profesional habilitante de arquitecto, arquitecto técnico, ingeniero o ingeniero

técnico, según corresponda y cumplir las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión. En caso de personas jurídicas, designar al técnico director de obra que tenga la titulación profesional habilitante". El director de la ejecución de la obra, sin embargo, según el artículo 13, es el agente que, formando parte de la dirección facultativa, asume la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado" y la titulación académica y profesional que se le exige, es la habilitante para cumplir "las condiciones exigibles para el ejercicio de la profesión". A tenor de ello, vemos que el director de la obra y el director de la ejecución de la obra, son sujetos diferentes a la luz de la normativa administrativa, aunque el Código penal lo integre en el término general de "técnico director".

También puede ser sujeto activo del delito la persona jurídica, pudiendo ser condenada una empresa incluso cuando no haya podido ser individualizada la persona física autora material del hecho o salga ésta absuelta (ORTIZ, *Delitos contra la ordenación del territorio*).

Ante lo anterior, parece coherente afirmar que mientras que en el caso de los técnicos directores de la obra puede decirse que se trata de un delito especial al requerir una específica titulación académica, en el resto de los casos el precepto se configura conforme a la técnica de los delitos comunes, pudiendo ser autor cualquiera que realice la conducta típica (GÓMEZ RIVERO, María del Carmen/NIETO MARTÍN, Adán/ PÉREZ CEPEDA, Ana M^a/ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio/NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal*, p. 417).

De ahí que se haya planteado la cuestión de si fuera de estas figuras, otras como el proyectista o un particular que intervienen en la construcción, pudieran tener alguna responsabilidad penal, y al menos se les pueda condenar por desobediencia o, en cambio, la sanción que les corresponda sea únicamente administrativa por no tener cabida en el tipo. En opinión de Vercher, ante la disparidad de criterios jurisprudenciales y doctrinales en cuanto estimar o no necesario poseer la condición de profesional de la construcción para poder ser sujeto activo del delito, según su estudio, se suele absolver (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, pp. 98 y ss).

La jurisprudencia más reciente acoge la interpretación en la que subyace que "...el tipo penal no exige rigurosamente que se trate de un profesional, por lo que no quedan fuera del ámbito punitivo las conductas ejecutadas de forma aislada por sujetos ajenos al círculo profesional de la construcción. Ello significa, según la STS 1250/2001, que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores sólo la mera capacitación profesional. Por lo cual, debe entenderse que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación" (STS 20.7.2017, n° 586/2017).

De esta manera nuestro Alto Tribunal contribuye de forma decisiva a clarificar el alcance subjetivo del delito urbanístico previsto en el artículo 319 del Código Penal, afirmando que el tipo penal no exige que el sujeto activo sea necesariamente un profesional del ámbito de la construcción, lo que implica que también pueden ser penalmente responsables aquellos particulares que, de forma aislada, acometan obras ilegales sin contar con la habilitación técnica correspondiente. Esta interpretación amplía el espectro de autoría más allá del círculo profesional, reconociendo que la afectación al bien jurídico protegido puede derivarse de conductas ejecutadas por cualquier persona, independientemente de su cualificación. Además, distingue entre los distintos roles implicados en el proceso constructivo: mientras que los técnicos deben contar con la titulación habilitante para el ejercicio de su función, los promotores, sean o no propietarios, no requieren condición profesional alguna, y los constructores solo deben acreditar una capacitación básica. Esta diferenciación permite delimitar con mayor precisión las exigencias subjetivas del tipo penal, evitando interpretaciones restrictivas que podrían dejar fuera del ámbito punitivo conductas gravemente lesivas para el orden urbanístico.

Quedando así zanjada la cuestión jurisprudencialmente, entendiendo que puede ser autor del delito cualquier persona que acometa una construcción o edificación, contra la tesis al principio mantenida por algunos órganos jurisdiccionales que, por el contrario, concluían que sólo podía ser sujeto activo quien profesionalmente ejercía la labor de promoción o construcción (RUFINO, *Notas sobre los delitos contra la ordenación del territorio: el error de tipo y de prohibición en el ciudadano*, 2007).

4. Elementos subjetivos: error de tipo y error de prohibición

En este delito es necesario el dolo, no cabe la posibilidad de imprudencia. Las conductas imprudentes constituirían, en su caso, infracciones administrativas (VERCHER, *La delincuencia urbanística*, p. 93). Ahora bien, en el ámbito judicial las partes intentan encubrir el dolo con alegaciones basadas en el error, de tipo o de prohibición, lo que a veces es difícil determinar de cuál se trata, tan difícil como importante, pues dependiendo de si es uno u otro, puede quedar la conducta impune o sólo conseguir una rebaja de la pena.

El art. 14 CP establece que: “1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.* 2.- *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.* 3.- *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados”.*

Cabe distinguir dos tipos de errores: el error de tipo y el error de prohibición. La doctrina coincide en que los dos primeros apartados se refieren al error de tipo y el último al error de prohibición. Debemos recordar que, con carácter general, se entiende por error de tipo aquél que afecta al conocimiento de los elementos objetivos del tipo de injusto y por error de prohibición el que afecta al conocimiento de la significación antijurídica de la acción. Tanto el error de tipo como el de prohibición si es invencible determina la exclusión de la responsabilidad, y si el primero es vencible y el tipo concreto lo permite, la conducta se castiga como imprudente. Mientras que el error de prohibición si es vencible determina una rebaja de la pena.

Es frecuente alegar el error de tipo o el de prohibición en los tribunales, en los delitos contra la ordenación del territorio, fundamentalmente por el constructor o el promotor, o por el particular que no se dedica profesionalmente, pero interviene en las diferentes fases de la construcción. Y sería “una rareza”, como Rufino manifiesta, que lo alegara un técnico director, debido a que por la cualificación técnica que posee debería ser conocedor de la normativa específica, como ocurre también con los directivos de entidades que tienen a su disposición todo el asesoramiento preciso y la obligación de contar con proyecto de edificación realizado por aquellos, en el que se contemple cuál es el instrumento de planeamiento aplicable y la consiguiente clasificación del suelo, antes de acometer la construcción (RUFINO “Notas sobre los delitos contra la ordenación del territorio: el error de tipo y de prohibición en el ciudadano”, Ponencia, 2007).

Ortiz Mallol, actual Fiscal Delegada de Medio Ambiente en la Fiscalía Provincial de Sevilla, y desde 2021, sintetizó en un curso en el Consejo General del Poder Judicial, las principales alegaciones realizadas en los tribunales amparadas en el error (ORTIZ, *Delitos contra la ordenación del territorio*):

- Como cuando se alega un error de tipo porque se ha solicitado una licencia para una obra distinta de la que se acaba realizando, intentando encubrir la más flagrante de las evidencias que es el perfecto conocimiento de la edificación que se pretendía hacer como, por ejemplo, el hecho de solicitar una licencia para construir una nave agrícola, cuando lo que se construye es una vivienda, teniendo desde el principio ese propósito.
- Hay quien alega que en el expediente sancionador el Ayuntamiento le concedió un plazo para instar la legalización de la obra, pero ello sólo constituye el curso ordinario del procedimiento, y así lo aclara la SAP Baleares 100/2000: “... el mero hecho de que se le concedan dos meses a contar desde el día en que recibió la notificación del escrito para solicitar la oportuna licencia, no significa que la misma se vaya a conceder, y de hecho el escrito así lo prevé, pero ello no quiere decir que estemos ante una edificación autorizable... el acusado en 1996 continuó construyendo, añadiendo una planta piso sobre la planta baja con porche y almacén y otras casetas anexas y una piscina, obras realizadas sin la preceptiva licencia municipal,

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

siendo catalogada dicha parcela como Suelo No Urbanizable tal como hemos hecho referencia en el anterior fundamento jurídico. Por todo ello, al no tener el acusado autorización o licencia municipal y habiéndose construido en suelo no urbanizable, no ha existido error alguno por parte del acusado que conociendo la inadecuación al ordenamiento jurídico y lo contrario al mismo de la edificación que proyecta, construye una casa en suelo no urbanizable de su propiedad, en fecha posterior a la entrada en vigor del nuevo Código Penal...”.

- El error de tipo alegado por el sujeto que construye/edifica en suelo no urbanizable en la creencia de la licitud de su conducta por haber obtenido la correspondiente licencia. Con independencia de la nulidad del acto administrativo, tratándose de particulares no profesionales, este error habría de estimarse, implicando la absolución del sujeto, dada la inexistencia de la imprudencia en este tipo de delito, que requiere dolo directo. Distinto sería el caso del profesional de la construcción. En él el error debe admitirse muy puntualmente y en supuestos de carácter extraordinario, ya que, tal y como expone la SAP Pontevedra 108/06, 22 septiembre: “...dada su dedicación a la realización de obras de construcción... debiera con mayor motivo conocer la referida calificación... con un mínimo de diligencia profesional por su parte...”.
- Por último, está la alegación basada en la inactividad del Ayuntamiento, la que puede ser total, al no incoar procedimiento alguno; o parcial, que a su vez hay que diferenciar los supuestos en los que incoa procedimientos de naturaleza cautelar y sancionador, pero sin llevar a cabo la demolición ni realizar ninguna actuación que trascienda el mero acto sancionador; y supuestos en los que realiza alguna actuación como habilitar la zona (cobro de tributos, suministro de luz, etc).

En la inactividad total, el particular construye sin que por parte de la Administración se lleve a cabo ninguna actuación, ni siquiera sancionadora. En ese caso deberá excluirse en principio el error, en opinión de Ortiz, partiendo de que la experiencia judicial conduce a terminar conociendo la posición del “hombre medio” con relación al acto constructivo. De ahí que podría afirmarse que el sujeto conoce la naturaleza no urbanizable del suelo del que es titular - habrá casos en que no conozca que el suelo es de especial protección, lo que podrá tener consecuencias en el ámbito del error si realiza un acto constructivo no edificador - al igual que tiene conocimiento, en la casi totalidad de los supuestos, de que para llevar a cabo una obra debe interesarse la correspondiente licencia al Ayuntamiento. Estas dos circunstancias unidas al hecho de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, debería excluir una respuesta permisiva ante la infracción, sobre todo si no va acompañada de situaciones externas añadidas que

puedan hacer pensar al sujeto en la legalidad de su conducta, como, por ejemplo, cuando existen otras edificaciones en la misma zona de semejante naturaleza. No obstante, tampoco lo considera así la jurisprudencia al manifestar: "...en cuanto a la eventualidad de que haya otras viviendas en la zona cuyos promotores y constructores hayan también infringido la normativa urbanística, solo procede advertir que, en cuanto a la igualdad en la aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente establecido que el principio de igualdad ante la ley no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad", de modo que aquel a quien se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la norma no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos; de modo que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los otros" (STS 20.7.2017, nº 586/2017)

La inactividad parcial de la Administración puede consistir en que ésta ha permitido la consolidación de la zona, no llevando a cabo ninguna demolición de obras, aunque sí ha dictado órdenes de paralización y ha impuesto sanciones. En este supuesto, en opinión de Ortiz, habría que excluir el error del particular porque puede que construya en la convicción de que la obra no le será demolida, pero tiene conocimiento de que ello es contrario a derecho, habida cuenta de la multa impuesta y órdenes de paralización que ha ignorado. En este caso, la infracción de los responsables del Ayuntamiento no excluye la del particular. Ahora bien, si además existe un acondicionamiento de la zona por el Ayuntamiento, que no sólo no realiza ningún acto de demolición, sino que cobra impuestos, proporciona los suministros a la zona o la adecua, con independencia de la posible prevaricación, sí cabe apreciar el error del particular. Este error sería un error de prohibición pues, como señala Górriz citada por Ortiz, el sujeto es perfecto conocedor de la antijuricidad de su conducta, debido a que le es comunicada por el Consistorio en el expediente sancionador que se le incoa, mas parte de la errónea confianza en la legalización; creencia, según la autora, que tan sólo puede admitirse a partir de actos que evidencien la tolerancia del órgano Administrativo, tales como creación de calles, pago de impuestos municipales o suministros.

Es complicado estimar las alegaciones fundamentadas en el error, y en ello nos hace hincapié la jurisprudencia al estimar: "Sobre el error de prohibición debe recordarse que como ya destacó la STS de 17 de octubre de 2006, "la construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas (...) Hoy día el

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

desconocimiento absoluto de la antijuridicidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto (...) No se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma". Como destaca la STS de 16 de febrero de 2006, "es pacífico y reiterado el criterio jurisprudencial de que no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico que todo el mundo sabe y le consta que están prohibidas" (SAP Sevilla, 6.10.23, nº 446/2023)

Rufino, señala algunas reglas a seguir a fin de determinar en cada caso si concurre el error y si es vencible, grado y la forma del conocimiento (RUFINO² "Notas sobre los delitos contra la ordenación del territorio: el error de tipo y de prohibición en el ciudadano", Ponencia, 2007):

- El error de prohibición sólo puede ser tenido en cuenta excepcionalmente si el promotor o constructor lo alega de manera explícita o implícita, correspondiéndole la carga de la prueba.
- No puede aceptarse el error cuando quien promueve o construye emplea *vías de hecho*, que a cualquier persona le constan que están prohibidas, aun los más profanos en Derecho como, por ejemplo, construir invadiendo parcialmente un vial de evidente dominio público.
- Tampoco debe prosperar la alegación si se oculta la construcción a sabiendas de su ilegalidad, por tener conocimiento de ello, por haber estado implicado en otros procedimientos por delitos contra la ordenación del territorio o por haber sido requerido por la Policía para que paralizara la obra, desatendiendo tal requerimiento.
- Si el promotor o constructor tenía dudas acerca de la legalidad de la construcción ejecutada, no cabe error de prohibición, pues asume la probabilidad de lo antijurídico de su conducta, convirtiéndose en dolo eventual. Resalta Rufino, la importancia de ello en la práctica judicial, por las altas dosis de inseguridad de las que están impregnados estos delitos, por lo complejo de su regulación y por estar sometidos los planes al *ius variandi* de la Administración urbanística, que puede cambiar la calificación de los suelos sin que en absoluto existan garantías de que llegue a ser materialmente conocida por el ciudadano medio. De ahí la necesidad de actuar con cautela.
- Ahora bien, si el promotor o constructor no tiene dudas sobre la legalidad de la edificación, pero sabe perfectamente que obra en un sector en el que

² Javier Rufino Rus, fue Fiscal Delegado de Medio Ambiente en la Fiscalía Provincial de Sevilla en el periodo comprendido entre 2007 y 2021. Actualmente es Teniente Fiscal de la Inspección Fiscal.

existe una normativa específica sobre la que debe informarse – y sin embargo no lo hace – no es aplicable el artículo 14 del Código Penal y responderá en el mismo concepto de dolo eventual, lo que nos conduce obligatoriamente a valorar la vencibilidad o invencibilidad del error.

A estos criterios se añadiría el de no estimar el error de prohibición alegando que conocían que se trataba de un suelo no urbanizable, en el que no se podía construir vivienda alguna, “pero que pensaron que sí estaba permitido colocar unos módulos prefabricados, tratándose además de una zona ya urbanizada, con otras construcciones”, pues recordando la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que él realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse (STS 20.7.2017, nº 586/2017).

Por tanto, continuando con esta jurisprudencia, con la que concluimos este apartado, recordamos que “La apreciación del error, en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada en atención a las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor. Son fundamentales para apreciar cualquier tipo de error jurídico en la conducta del infractor, según lo expuesto, las condiciones psicológicas y de cultura del agente, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades de que de él se desprenden para ser conocido el mismo por el sujeto activo, STS 482/2007, 30 de mayo). El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirme cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (SSTS 1238/2009, 11 de diciembre y 338/2015, 2 de junio).” (STS 20.7.2017, nº 586/2017)

5. La reparación del daño causado: la demolición

El párrafo tercero del artículo 319 del Código penal, recoge como consecuencia jurídica del delito la reparación del daño causado, consistente en “la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada”, ejemplo de resarcimiento *in natura* del daño en virtud del artículo 112 del Código penal, que

incorpora esa posibilidad explícitamente (POSADA PÉREZ, *La interpretación del artículo 112 Cp*, pp. 203 y ss).

“3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

A) Carácter potestativo versus obligatorio de la demolición

En principio, el precepto parece establecer el carácter “potestativo” de ordenar la demolición a través del término “podrán”. No obstante, la jurisprudencia es clara en orden a este carácter del que parece presumir la norma, y manifiesta que no se trata de una “facultad excepcional”, sino de “una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundo no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad” (STS 20.7.2017, nº 586/2017).

En esta misma línea se pronuncia en la STS 11.3.2019, nº 691/2019: “...la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 Código Penal. Por eso, el art. 319.3.º del Código Penal no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las con ella concordantes en relación con esta última, es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida, tanto a evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho, como la desmesura en las consecuencias representada, por ejemplo, por un eventual grave perjuicio para una colectividad, por la aplicación a ultranza del imperativo de que se trata en cualesquiera circunstancias”.

Y continúa esta misma sentencia añadiendo “En efecto, es cierto que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa. El “ en cualquier caso ...” con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado -“ podrán”- solo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona “ en cualquier caso” se está refiriendo

a que, tanto en los supuestos a los que se refiere el núm. 1.º del precepto como en los del núm. 2.º, cabe la posibilidad de la demolición. Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero si el texto insiste en exigir lo que de por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito; pero no puede sostenerse que solo cuando concurra una especial motivación podrá acordarse la demolición, bastando recordar para ello, que aunque no lo diga la norma expresamente, es obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido, por alguna de las partes legítimas en el proceso.

Por ello, como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse solo intereses económicos o de verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia; la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas; etc...

Por regla general la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables; o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración; y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, pudiendo admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa, y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme” (STS 11.3.2019, nº 691/2019).

Por tanto, la demolición de la obra no es algo opcional ni facultativo, sino absolutamente necesario. Si no se acuerda la demolición de lo ilegalmente construido se perpetuaría la lesión al bien jurídico que se protege, se permitiría que el condenado siga disfrutando del efecto del delito, de la edificación. Por ello, no cabe restringir este acuerdo a los casos más graves, sino a la generalidad de los casos en el ámbito del Derecho penal, teniendo en cuenta el principio de *ultima ratio*, pues interviene cuando existe una lesión al bien jurídico y su verdadera protección exige que la demolición se lleve a cabo (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *Demolición, reposición y comiso en los delitos urbanísticos*, pp. 63 y ss)

B) Naturaleza jurídica de la demolición

La naturaleza jurídica de la demolición ha sido un tema debatido en la doctrina y la jurisprudencia, por las implicaciones que conlleva y que derivan en el tratamiento jurídico que se le brinda, según se considere como una sanción (civil, penal) una consecuencia jurídica del delito, y/o se incluya en el ámbito de la responsabilidad civil. Cuestión que veremos como ha sido zanjada finalmente por el Tribunal Supremo en el sentido que se determinará más adelante.

Por una parte, Acale señala que el que se determine la demolición de una obra no conlleva la consideración de la misma como una sanción en sentido estricto, sino que se trata de una “medida no cautelar”, que carece de carácter sancionador y que tiene como finalidad restaurar el orden urbanístico vulnerado, y aunque estima que tiene una naturaleza “esencialmente administrativa”, puede ser adoptada por las autoridades competentes para resolver las infracciones penales o administrativas (ACALE, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, p. 280).

En esta línea también se sitúa Martínez Rodríguez al considerar que la demolición de lo construido no es una sanción o pena accesoria, pero tampoco es una responsabilidad civil derivada del delito dado su carácter facultativo, aunque sí se interpreta como una consecuencia jurídica del delito, lo que implicaría la restauración del orden jurídico conculcado, y en el ámbito de la política criminal, supondría además una medida disuasoria de comisión delictiva. A lo que añade que esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito, permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en su sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no impide acordarla en el ámbito penal (MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, *Demolición, reposición y comiso en los delitos urbanísticos*, pp. 77 y 78)

En cualquier caso, lo de menos es plantear si se considera o no una sanción (en términos administrativos, porque no es una pena al no encontrarse recogida como tal en el Código penal), pero en el ámbito penal ha de considerarse como una consecuencia jurídica del delito, amparada bajo la responsabilidad civil dimanante del mismo, por el vocablo más adecuado que se podría utilizar por ser más cercano a la justicia restaurativa, el de “restaurar”. No sólo se trata en estos delitos de restaurar el orden jurídico, sino que como dice la STS 21.6.2012, 529/2012, se trata de “reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado... De este modo, la demolición específicamente contemplada en este precepto equivaldría a la reparación del daño mediante la imposición de una obligación de hacer prevista con carácter general en el art 112 CP. De lo contrario, la intervención penal llevaría consigo, de modo paradójico, la consagración física del resultado del delito, sin posibilidad de ulterior reparación”.

También la jurisprudencia confirma la opinión de la doctrina mayoritaria en cuanto considerar la demolición como una consecuencia jurídica del delito, sin ser

“mera responsabilidad civil”, aclarando la cuestión en los siguientes términos: “... en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 Cp . Implica la restauración del orden jurídico conculcado y en el ámbito de la política criminal es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística. No se trata de una pena, al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el C.Penal, pues debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial -Libro II- que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte general -Libro I-; pero tampoco se puede considerar como mera responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito” (STS 20.7.2017, nº 586/2017).

No obstante, en otras sentencias sí que se ha considerado la demolición como una “expresión de la responsabilidad civil derivada del delito”, concretando que “... es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 y ss del Código Penal relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los arts. 109, 110 y 112 Código Penal, está prevista con carácter general. Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley” (STS 11.3.2019, nº 691/2019).

Sin embargo, si se considera que la demolición es una respuesta a la infracción penal incluida en la responsabilidad civil dimanante del delito, es necesario atender a los artículos del Código penal que tienen que ver con la regulación de ésta, en lo relativo a la suspensión, cancelación de antecedentes penales y prescripción.

Así, el artículo 80.2. 3ª del Código penal, señala que será condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena “Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127. Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento”. Y el artículo 136 del mismo Cuerpo normativo manifiesta que los condenados tienen derecho a que se les cancele los antecedentes penales cuando hayan extinguido su responsabilidad penal, contándose los plazos “desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión”.

A tenor de lo anterior, Rodríguez Almirón plantea dos cuestiones que derivan de la consideración de que la demolición esté integrada en la responsabilidad civil. En primer lugar, cabría preguntarse si el haber demolido o el compromiso de demoler sería requisito del artículo 80 del Código penal, para poder acordar la suspensión de la pena. Todo indica que formando parte de la responsabilidad civil debe seguir las reglas que para ésta se contempla en el Código penal. En cambio, si se considera la demolición una medida de restablecimiento de la legalidad, la no demolición podría dar lugar a un delito de desobediencia, pero no sería requisito para la suspensión de la ejecución al no considerarse que esté abarcada por la responsabilidad civil. Y, por otra parte, ello también tendría consecuencias en la cancelación de los antecedentes penales, en cuanto deriva de la extinción de la responsabilidad penal que abarca la civil derivada de ésta (RODRÍGUEZ ALMIRÓN, *Delitos urbanísticos*, p. 125). No se podrían cancelar los antecedentes penales hasta que no se hubiera demolido la obra y hubiera transcurrido los plazos legales pertinentes.

Nuestro Alto Tribunal zanja la cuestión considerando la naturaleza híbrida de la medida. Así manifiesta en STS 18.11.2020, nº 615/2020 RJ\2020\4617 que “La demolición no es una consecuencia accesoria ni una sanción añadida al delito principal. Se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad conculcada por el delito que, como tal, puede llevar consigo un pronunciamiento de responsabilidad civil asociado a la reparación de los daños causados *ad personam*...”. Y continúa diciendo que “no se puede considerar la demolición como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario, lo que lleva a entender la demolición como una *consecuencia jurídica del delito*, aunque es cierto que una vez acordado se ubica en la reparación del daño causado al territorio y a su ordenación, concepto que entra ya en la responsabilidad civil dentro de la restauración del daño causado al territorio que debe ser respetado en su propia configuración y prohibición de construir donde no está permitido.

Por ello, hemos considerado que se crea aquí un híbrido entre la pena y la responsabilidad civil derivada del delito y, a pesar de invocar los artículos 109 y 110 CP que regulan la responsabilidad civil derivada de un delito, y no obstante reconocer que la obligación de demoler, se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, pero niega a ésta dicha consideración y se tipifica como «consecuencia civil, obligación de hacer, consecuencia jurídica delito»

La demolición de la obra posee un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio, pero entra en respuesta del juez al reproche del ilícito como consecuencia jurídica del delito” (STS 18.11.2020, nº 615/2020 RJ\2020\4617)

En conclusión, aunque la demolición no es una pena, porque no se recoge como tal en el catálogo recogido por el Código penal, es una medida destinada a restablecer la legalidad conculcada por el delito, pero solo una vez que es acordada, no antes, se ubica en la responsabilidad civil dimanante del delito cometido, que abarca la reparación del daño o su restauración, más cercano a lo económico lo primero y más afín lo segundo al restablecimiento del orden quebrantado, en términos de justicia restaurativa. Por tanto, considerada la demolición una vez acordada como parte de la responsabilidad civil cabría aplicarle las normas que están dispuestas para la suspensión (arts 80 y ss del Código penal) y para la cancelación de antecedentes penales (artículo 136 del Código penal). Así como, hay que tener cuenta lo concerniente a la prescripción de la responsabilidad civil fijada en sentencia, recordando que el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido que las indemnizaciones y el resto de las responsabilidades civiles derivadas de una sentencia penal firme no prescriben. Así lo determina en STS 13.11.2020, nº 607/2020 que “Declarada la firmeza de la sentencia, la ejecución de sus pronunciamientos civiles puede continuar hasta la completa satisfacción del acreedor, según previene el artículo 570 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que le sea aplicable ni la prescripción ni la caducidad”.

C) *Requisitos para acordar la demolición*

Aunque el propio artículo 319.3 no señala criterio normativo alguno que guíe la actuación judicial para disponer la demolición de la obra, en la práctica judicial se tienen en cuenta, los siguientes parámetros, que señala la STS 17.07.2020 nº 403/2020:

- La gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción
- La proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor, teniendo en cuenta si solo tuviera repercusión por intereses económicos, o se verían afectados otros derechos fundamentales como es el uso de la vivienda propia, la naturaleza de los terrenos (si es de especial protección, destinado a uso agrícola, etc).

Profundizando en el requisito de la proporcionalidad, señala el Tribunal Supremo en STS 22.11.2012, 901/2012 que “la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 Código penal . Por eso, el art. 319,3º Código penal no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las con ella concordantes en relación con esta última, es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida, tanto a evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho, como la desmesura en las consecuencias representada, por ejemplo,

La criminalización de prácticas constructivas ilegales

por un eventual grave perjuicio para una colectividad, por la aplicación a ultranza del imperativo de que se trata en cualesquiera circunstancias”

Por tanto, por regla general, “la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración, y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador, que es a quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas fijar los límites de la intervención del derecho penal. Por lo demás, siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado. Y tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa la demolición; opción que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio (STS 901/2012, de 22-11)” (STS 17.07.2020 nº 403/2020).

En conclusión, nuestro Alto Tribunal entiende que sería suficiente “la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la permanencia de la obra infractora... Lo excepcional será que se aprecien circunstancias que empujen a apartarse de esa regla prioritaria. Siempre será proporcionada la demolición “cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado” (STS 17.07.2020 nº 403/2020).

IV. CONCLUSIONES

En primer lugar, la criminalización de las prácticas constructivas irregulares tiene una función simbólica al comunicar un mensaje inequívoco de intolerancia hacia la ocupación ilegal del suelo y el incumplimiento de los principios de planificación territorial. Esta dimensión simbólica respalda la legitimidad del orden jurídico y ayuda a crear conciencia social acerca de lo importante que es observar las regulaciones urbanísticas. No obstante, la intervención del derecho penal en el campo de la ordenación territorial debe ser considerada como una expresión de la

ultima ratio, que se reserva únicamente para los casos en los que el daño causado por la conducta infractora excede la capacidad de respuesta del Derecho Administrativo. Además, la función simbólica, preventiva o disuasoria del Derecho penal, no puede justificar una expansión del *ius puniendi*, sino que debe ser subsidiaria y complementaria, en armonía con el Derecho Administrativo, el Derecho Urbanístico y las políticas públicas de desarrollo territorial, siendo imprescindible su inserción en una estrategia normativa integral que articule mecanismos preventivos, sancionadores y reparadores.

El bien jurídico protegido no se agota en la legalidad formal urbanística, sino que se proyecta sobre valores materiales con fundamento constitucional, como el uso racional del suelo, la sostenibilidad ambiental y el interés general. La planificación territorial se presenta como un interés colectivo y difuso, cuya afectación pone en juego el equilibrio social, la calidad de vida y el medio construido, de acuerdo con lo que establecen los artículos 45 y 47 de la Constitución Española.

El delito urbanístico, desde un punto de vista dogmático, ofrece desafíos interpretativos que nacen de su establecimiento como norma penal en blanco y de la exigencia de salvaguardar el principio *ne bis in idem* al articularlo con el Derecho Administrativo sancionador. Sin embargo, la efectividad de esta criminalización es limitada si no se implementa como parte de una estrategia normativa integral que incluya tres ejes fundamentales:

1. La prevención: a través de políticas urbanísticas transparentes y accesibles que faciliten el cumplimiento de la normativa.
2. La sanción: tanto penal como administrativa, debe ser proporcional, coherente y ejecutable. Para prevenir la impunidad, es fundamental que las jurisdicciones se coordinen entre sí y eviten vacíos normativos, duplicidades o contradicciones.
3. La reparación: Es prioritario subsanar el daño infligido al medioambiente. Las medidas de demolición y restauración del terreno deben implementarse eficazmente, teniendo en cuenta que la demolición de la obra ilegal es un medio para restablecer el orden jurídico que se ha violado. De hecho, la jurisprudencia, reconociendo su naturaleza híbrida entre mecanismo de reposición y medida penal, ha reafirmado su carácter obligatorio como regla general. Y, aunque el principio de proporcionalidad requiere una ponderación metódica de los derechos en cuestión, no se puede justificar la perpetuación del daño cuando la demolición es el único medio efectivo para restablecer la legalidad infringida.

Es necesario garantizar desde los principios fundamentales e informadores del Derecho y desde la legalidad vigente un modelo de crecimiento urbano que sea legal, sostenible y justo, en el que el suelo se conciba como un bien colectivo y no como objeto de especulación o abuso.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, editorial Bosch, 2011.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *El delito ecológico. Manual operativo*, editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1997.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *El delito urbanístico*, editorial Montecorvo S.A., Madrid, 2001.
- DÍAZ MANZANERA, José Luis, “El delito urbanístico en la Jurisprudencia” Fiscal de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Superior de la Comunidad Autónoma de Murcia. Juez en excedencia, Ponencia en el Colegio de Abogados de Murcia, 5 de junio de 2008.
- FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel, *Delitos urbanísticos*, editorial Sepin, Madrid, 2020.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen/NIETO MARTÍN, Adán/ PÉREZ CEPEDA, Ana M^a/ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio/NÚÑEZ CASTAÑO, Elena, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial. Volumen I*, editorial Tecnos, Madrid, 2018.
- GÓRRIZ ROYO, Elena, *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, editorial tirant lo blanch tratados, Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, *Demolición, reposición y comiso en los delitos urbanísticos*, editorial JM Bosch, 2020.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, *Delitos urbanísticos en la doctrina y en la jurisprudencia españolas*, ed. Pasión por los libros, 2011.
- ORTIZ MALLOL, Yolanda, “Delitos contra la ordenación del territorio”, Ponencia Curso CGPJ, Granada, 2010.
- ORTIZ MALLOL, Yolanda, “Las consecuencias de los delitos contra el medio ambiente. La realidad alterada. Problemas de ejecución”, Cuadernos Digitales de Formación, volumen nº 4, 2013. <https://www.poderjudicial.es/search/publicaciones/>
- POSADA PÉREZ, José Antonio, *La interpretación del artículo 112 Cp*, editorial Aranzadi, 2023.
- RICART RIUS, Laura, “Diversas cuestiones relativas al delito sobre la ordenación del territorio del artículo 319 del código penal”, Centro de Estudios Jurídicos, Madrid, 2023.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, Francisco, *Delitos urbanísticos*, editorial Aranzadi, Pamplona, 2019.

RUFINO RUS, Javier, “Notas sobre los delitos contra la ordenación del territorio: el error de tipo y de prohibición en el ciudadano”, Ponencia, 2007.

SCHÜNNEMANN, Bernd (2005–2006), ¿El derecho penal es la *ultima ratio* para la protección de bienes jurídicos!: Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Universidad Externado de Colombia, 206–229.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentarios al Código penal*, vlex, 2015, (<https://app.vlex.com/#sources/12899>)

VERCHER NOGUERA, Antonio, *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, editorial Colex, Madrid, 2002.

Jurisprudencia

SAP Sevilla, 6.10.23, nº 446/2023

STS 17.10.2006, 1067/06

STS 21.6.2012, 529/2012

STS 22.11.2012, 901/2012

STS 14.6.2023 nº 448/23

STS 2.11.2022, nº 859/2022

STS 23.6.2022 nº 638/2022 RJ 2022\3784

STS 20.7.2017, nº 586/2017

STS 11.3.2020, nº 691/2019

STS 17.07.2020 nº 403/2020

STS 22.05.2020 nº 216/2020

STS 11.2.2022 nº 122/2022

STS 9.1.2018 nº 1/2018

STS 27.6.2022 nº 649/22

STS 15.9.2022 nº 766/2022 RJ 2022\4213

STS 18.11.2020, nº 615/2020 RJ\2020\4617

STS 13.11.2020, nº 607/2020

STC 5.7.1990, nº 127/1990

STC 28.2.1994, nº 62/1994