

LIMITES ENTRE EL ILÍCITO PENAL Y ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE URBANISMO

María Consuelo Uris Lloret

En nuestro derecho urbanístico hay algunas materias en las que ciertas conductas o actuaciones convergen con otras tipificadas en el Código Penal como delitos. Sucede, fundamentalmente, con la disciplina urbanística, y, dentro de ésta, en el ámbito sancionador. En los últimos años hemos asistido a un incremento de actos contrarios al ordenamiento urbanístico y al dictado de sentencias penales condenatorias, y, por evidentes razones -gravedad de la respuesta, entre otras- no es lo mismo que la conducta sea enjuiciada en la vía administrativa o en la vía judicial penal. Razones de seguridad jurídica imponen una clara delimitación entre los ilícitos penales y administrativos, y, vista la regulación de unos y otros, consideramos que esos límites son muy difusos en algunos casos. Hay que recordar, además, que de conformidad con el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vía penal es siempre preferente.

1. Ley de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia

Para situar la cuestión vamos a recordar algunos artículos de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Región de Murcia (en adelante LOTURM).

El artículo 281 define las infracciones urbanísticas, en un sentido amplio, y establece sus consecuencias, que son la imposición de sanciones a los responsables y la obligación de resarcimiento por los daños y perjuicios causados a los bienes de la Administración, sin perjuicio de las medidas de protección de la legalidad urbanística reguladas en la propia ley, es decir, la restauración del orden urbanístico vulnerado.

El artículo 282 establece quienes son los sujetos responsables de la infracción.

Nos interesan especialmente los apartados b) y d).

El apartado b) considera sujetos responsables:

b) Los que hubieren dispuesto o acordado actos administrativos que supongan infracción de la legalidad urbanística, sin los preceptivos informes previos técnico y jurídico o cuando alguno de ellos fuera desfavorable. En su caso, serán responsables los técnicos al servicio de la Administración que hubieren informado favorablemente y los miembros de la corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento

de la licencia sin los citados informes o cuando estos fueran desfavorables”.

“d) La autoridad pública obligada a la ejecución de los actos y acuerdos en materia de disciplina urbanística, que no adopte las medidas de suspensión y de restablecimiento del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada, previstas en la presente ley”.

El artículo 285 establece las diferentes infracciones, distinguiendo entre muy graves (apartado 1), graves (apartado 2) y leves (apartado 3). La gravedad depende del daño causado a los intereses generales.

De las muy graves nos interesan las siguientes:

“c) Las actuaciones no autorizadas que supongan cualquier alteración en el suelo no urbanizable de protección específica”. ¹

“e) El incumplimiento de las determinaciones del planeamiento que afecten a suelo ordenado como sistemas generales, zonas verdes, espacios libres públicos, viales, equipamientos comunitarios, residencial para vivienda de protección pública y espacios naturales protegidos”.

“f) La realización de obras de urbanización e implantación de servicios en suelo no urbanizable”.

De las infracciones urbanísticas graves destacamos las siguientes:

“e) La realización de obras de construcción, edificación o usos, ya sea de nueva planta, reforma o ampliación sin disponer de la previa autorización de la Administración regional, licencia, orden de ejecución u otro título habilitante o sustancialmente en contra de su contenido. En el supuesto de que se constate su escasa relevancia y entidad del daño generado a los intereses generales, o del riesgo creado en relación con los mismos, se considerará leve”.

¹ Artículo 83.1 a) de la LOTURM Suelo no urbanizable de protección específica. “Aquel que debe preservarse del proceso urbanizador, por estar sujeto a algún régimen específico de protección incompatible con su transformación urbanística, de conformidad con los instrumentos de ordenación territorial, de ordenación de recursos naturales y la legislación sectorial específica, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, para la prevención de riesgos naturales o tecnológicos acreditados, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público”.

“j) El incumplimiento por la autoridad pública de sus obligaciones en orden a la adopción y ejecución de las medidas de suspensión y restitución de la legalidad urbanística establecidas en esta ley”.

Por último, el apartado 3 dispone que son leves:

“Las acciones y omisiones tipificadas en esta ley que no tengan carácter grave o muy grave y, en todo caso, la ejecución de obras e instalaciones realizadas sin licencia, orden de ejecución u otro título habilitante cuando sean legalizables por ser conformes al ordenamiento urbanístico o se tratare de obra menor o tengan una escasa entidad o no produzcan daño significativo a bienes jurídicos protegidos por esta ley...”

De la literalidad de esta norma se desprende que, si las obras no tienen escasa entidad o producen daño significativo a bienes jurídicos protegidos por la LOTURM, la conducta será constitutiva de infracción grave, la prevista en el artículo 285.2 e), que además ya dispone que “En el supuesto de que se constate su escasa relevancia y entidad del daño generado a los intereses generales, o del riesgo creado en relación con los mismos, se considerará leve”. Si bien el apartado 3 del citado artículo exige expresamente que las obras sean legalizables para que la infracción sea leve, en el apartado 2 e) no se establece esa condición, por lo que podría pensarse que la infracción grave comprende tanto las obras legalizables como las que no lo son. Ahora bien, de lo establecido en los dos preceptos examinados parece concluirse que en la infracción grave la obra que se realiza sin título habilitante es siempre legalizable, pero se califica así en atención a esos parámetros que se contemplan (entidad, daño a bienes jurídicos). Como veremos más adelante, no es este el criterio que viene siguiendo la Administración.

En el artículo 286 se establecen las sanciones. Para las infracciones muy graves multa del 50 al 100 por ciento del valor de lo realizado, para las graves del 20 al 50 por ciento del valor de lo realizado y para las leves del 1 al 20 por ciento del valor realizado. Se establecen además unas normas específicas para determinadas infracciones.

Destacar, en cuanto a las sanciones, que en ocasiones resultan más gravosas que las penas que se imponen en la jurisdicción penal, en la que, además, en la mayor parte de los casos existe conformidad con el Ministerio Fiscal y no se suele acordar la demolición de lo indebidamente construido, pues, al contrario de lo que ocurre en el procedimiento sancionador, no es imperativa.

2. Código Penal

Vamos a examinar ahora las conductas que en esta materia el vigente Código Penal tipifica como delitos.

El Título XVI recoge los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente. Y el Capítulo Primero, con dos artículos, tipifica los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Son los artículos 319 y 320.

El artículo 319 contempla dos conductas:

“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 triple del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

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

Y el artículo 320 las siguientes:

“1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.”²

² El artículo 404 tipifica el delito de prevaricación.

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

3. CONVERGENCIA O DELIMITACIÓN DE CONDUCTAS

Respecto del artículo 320 parece que no hay superposición con la LOTURM, pues la expresión “a sabiendas” que utiliza el Código Penal supone la exigencia de un dolo específico. Así, las infracciones pueden cometerse por el funcionario o por la autoridad por negligencia o por falta de diligencia al realizar las comprobaciones oportunas, pero no es necesario el ánimo de favorecer la concesión de una licencia, por ejemplo, o de beneficiar al infractor o de aprobar una actuación urbanística ilegal. De existir ese ánimo, es decir, de llevar a cabo tales conductas -pese a conocer la injusticia de la resolución que se dicta o del informe o del voto en el órgano colegiado-, estaremos ante el delito.

Además, pese a lo dispuesto en el artículo 282 de la LOTURM (sujetos responsables), la única conducta prevista como infracción administrativa en relación con funcionarios o autoridades es la grave del artículo 285.2 j) (“El incumplimiento por la autoridad pública de sus obligaciones en orden a la adopción y ejecución de las medidas de suspensión y restitución de la legalidad urbanística establecidas en esta ley”). Parece que al legislador se le ha olvidado concretar en una determinada infracción esa responsabilidad que atribuye por las conductas previstas en el 282 b) (“Los que hubieren dispuesto o acordado actos administrativos que supongan infracción de la legalidad urbanística, sin los preceptivos informes previos técnico y jurídico o cuando alguno de ellos fuera desfavorable. En su caso, serán responsables los técnicos al servicio de la Administración que hubieren informado favorablemente y los miembros de la corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin los citados informes o cuando estos fueran desfavorables”).

Mayores problemas plantea el artículo 319. Así, y en cuanto al apartado 1, en caso, por ejemplo, de construcción en zona destinada a vial, también supone el incumplimiento de las determinaciones del planeamiento que afecta a suelo ordenado como vial, lo que está previsto como infracción administrativa muy grave en el artículo 285.1 e). Y lo mismo cabe decir si afecta a suelo ordenado como zonas verdes, dominio

público o espacios naturales protegidos. Nos preguntamos cómo podemos distinguirlo. Un criterio literal nos llevaría a considerar que un incumplimiento que no consistiera en realización de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables constituiría infracción, y ese tipo de obras delito. Es difícil pensar en algún supuesto concreto, ya que, además, el apartado c) del artículo 285.1 de la LOTURM considera infracción administrativa muy grave las actuaciones no autorizadas que supongan cualquier alteración en el suelo no urbanizable de protección específica, con lo que aquí ya entraría toda actuación, incluida la urbanización, construcción o edificación. Y el suelo no urbanizable de protección específica viene a coincidir con el descrito también en la norma penal.

Para el apartado 2 del artículo 319 se complica aún más el tema, pues no parece existir una clara distinción entre esta conducta y la del artículo 285.1 f) de la LOTURM. Puede encontrarse en que la norma penal se refiere no sólo a urbanización, sino también a construcción o edificación y la administrativa sólo a urbanización e implantación de servicios (“La realización de obras de urbanización e implantación de servicios en suelo no urbanizable”). Pero toda construcción exige urbanización e implantación de servicios, agua, luz, etc. Otra distinción estaría en que la norma penal requiere que se trate de obras no autorizables, y esto es un elemento del tipo, lo que no hace la LOTURM. No obstante, en la práctica, siempre se sanciona por la Administración la conducta prevista en el 319.2 del Código Penal como infracción grave del artículo 285. 2 e) de la LOTURM (“La realización de obras de construcción, edificación o usos, ya sea de nueva planta, reforma o ampliación sin disponer de la previa autorización de la Administración regional, licencia, orden de ejecución u otro título habilitante o sustancialmente en contra de su contenido”).

3. Criterios de las Audiencias Provinciales

Se destacan a continuación algunas sentencias de Audiencias Provinciales que abordan el tema, pero previamente hemos de hacer referencia a una importante sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2012, dictada en recurso de casación nº 2261/2011, y en cuyo fundamento de derecho segundo se contienen unas argumentaciones de gran interés:

<<SEGUNDO. - Para la adecuada resolución del recurso conviene 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 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 ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene 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 "habitat" 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. Con 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.

Por ello *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 28.3 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".*

Coincidimos con estos argumentos, pero sin dejar de poner de relieve que en las infracciones urbanísticas tampoco hay un titular concreto, sino que se perjudica a toda la colectividad, de ahí la existencia de acción pública desde la primera de nuestras leyes urbanísticas de 1956. Esa

distinción entre protección de normativa y protección de valores no creo que, en la práctica, permita delimitar la conducta penal y la administrativa.

La Audiencia Provincial de Granada, en sentencia de 22 de abril de 2019, atiende al principio de intervención mínima y razona lo siguiente en su fundamento de derecho quinto.

<<QUINTO. - Los delitos contra la ordenación del territorio se encuentran tipificados en el Capítulo I del Título XVI del Libro II Código Penal (CP), dedicado a los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, no pudiendo confundirse el bien jurídico protegido, con el referido a los otros delitos incluidos en el mismo título, protección de patrimonio histórico y del medio ambiente. Al tratarse de una norma penal en blanco, que sanciona las contravenciones administrativas en la materia de carácter más grave o grosero, la naturaleza jurídica de tales delitos resulta controvertida. Puede concluirse que el bien jurídico protegido por el tipo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. (TS 2ª S de 21 de junio de 2012, Pnte. Berdugo Gómez de la Torre). No se protege la normativa urbanística, que constituye un medio instrumental destinado a un fin concreto, sino el valor material de la ordenación del territorio, como garantía de la utilización racional de un medio tan limitado como el natural, utilización que debe ir orientada a la preservación de los intereses generales ("*intereses difusos*"), por encima de los particulares, incluso de la libre utilización y destino de la propiedad, garantía del común derecho a que se preserve lo que en común se ha querido sea natural y protegido de las actuaciones humanas e intromisiones que la normativa administrativa ha querido evitar. El que la actividad veladora y sancionadora de la Administración, en protección de esos "*intereses difusos*", resulte ineficaz, lleva al legislador a la tipificación penal, como "*ultima ratio*", tanto de la edificación sin licencia en suelo de especial valor o protección (artículo 319.1 CP) o en suelo no urbanizable (artículo 319.2 CP), como la prevaricación administrativa en esta materia (artículo 320 CP).

Para entender subsumida la conducta en el tipo penal se exige una actuación grave que perturbe el uso del suelo de manera irracional, constatándose que se ha alterado el medio en el que la construcción se desarrolla, entendiendo que deben rechazarse los ilícitos penales basados en incumplimientos meramente formales administrativos, debiéndose castigar aquellas conductas de importancia que revelen una potencialidad lesiva de gravedad en relación al bien jurídico protegido.

Evidente resulta que todo delito contra la ordenación del territorio, norma penal en blanco, ha de partir de la preexistencia de una infracción

administrativa en materia urbanística, ya que sin ella, no habrá posible delito, lo que pudiera llevar a pensar que estando ya sancionado el hecho en vía administrativa, y contencioso administrativa en su caso, no resultaría posible la sanción penal por el mismo hecho, interpretación que, siempre y en la práctica, impediría, en todo caso, la imposición de una condena penal, por lo dicho, ya que tal condena tendría como premisa la existencia de una previa infracción administrativa, corregible y sancionable en tal vía, interpretación, que, es claro, no es razonable, puesto que carecería de sentido la expresa tipificación penal de la conducta infractora. Para compatibilizar lo dicho con los principios de intervención mínima y "*ultima ratio*", habrá de partirse de la consideración consistente en que no toda infracción administrativa en materia urbanística dará lugar a una respuesta penal, sino tan sólo las infracciones que tengan un contenido de gravedad suficiente por la relevancia de la afectación del bien jurídico protegido por el tipo, bien jurídico ya analizado, y que por las circunstancias concurrentes, naturaleza, extensión y lugar de las obras, ha resultado vulnerado esencialmente.

Además de lo dicho, y referido a otro motivo de impugnación, suele ser lo habitual que por parte del órgano competente administrativo, ... se inicien las actuaciones correspondientes para la comprobación del cumplimiento o no de la legalidad urbanística, con tramitación en su caso de un expediente sancionador, que acabará eventualmente con la imposición de una sanción, y de también un expediente de protección de la legalidad urbanística, que también puede acabar con un acuerdo administrativo de demolición, todo ello recurrible ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. Tal proceder administrativo resulta adecuado precisamente por ser la norma penal que se incluye en el artículo 319 del Código Penal (CP) una norma penal en blanco, a no confundir con el concepto de prejudicialidad, que presupone la existencia de una previa infracción administrativa, a dilucidar en principio en tal vía con excepciones, lo que entronca con la posible aplicación del principio de intervención mínima cuando se entiende que la infracción administrativa no es grave, no afectando seriamente al bien jurídico protegido por el tipo penal, y no debiendo perseguirse meras irregularidades o incumplimientos de formalidades, supuestos en los que la reacción administrativa es suficiente. Mas, y en relación con lo anterior, de seguirse procedimiento penal en relación con la supuesta infracción administrativa, el mismo, y en todo caso, resulta de absoluta preferencia respecto de todo procedimiento administrativo seguido referido a la construcción, resultando irrelevante la tramitación y el estado en el que se encuentre el expediente administrativo que se pueda seguir por los mismos hechos, siendo posible incluso que en vía administrativa se haya producido un archivo, o una caducidad, o se haya impuesto una sanción con el carácter de firme, o que también en firme se haya acordado la demolición de lo construido, o que se haya incluso

pagado la multa, o demolido lo indebidamente construido, todo lo que no afecta a lo dicho en cuanto al despliegue de la preferencia penal, suponiendo el procedimiento penal la más grave de las posibles respuestas frente a la dudosa infracción. Entender la cuestión de otra manera podría incluso dar lugar a situaciones de fraude. Piénsese en el caso hipotético en el que el infractor, sabedor de su posible responsabilidad penal, decide aquietarse a la sanción o reacción administrativa, más o menos grave, que se le pueda imponer, en evitación de la imposición de una pena.

A mayor abundamiento, el propio Tribunal Constitucional (TC) admite la compatibilidad entre las penas y las sanciones administrativas en determinados supuestos (TC 2/1981) sin infracción del principio "*non bis in idem*", fijando también la preferencia del orden penal frente al administrativo>>.

El criterio de distinción que recoge la sentencia no es, sin embargo, compartido por la Audiencia Provincial de Albacete, que en sentencia de 5 de marzo de 2019 declara:

<<Por lo que refiere al primer motivo del recurso, consistente en el error jurídico de no aplicar la norma penal (art. 319.2 del Código Penal), esto es, por no condenar por el delito contra la ordenación del territorio, invoca que la base de la absolución (intervención mínima del Derecho Penal y concurrencia de error invencible de prohibición) no es jurídicamente procedente.

Ciertamente, el principio de legalidad (sobre todo el principio de legalidad penal) impide la inaplicación de las leyes penales a supuestos contemplados en las mismas, en base a una valoración subjetiva sobre importancia o gravedad del hecho. Y ello porque la gravedad o no del hecho es incumbencia del pueblo, que determina en la ley (a través de sus representantes políticos) lo que es o no grave y por tanto merece o no sanción, sea penal o sea de cualquier otro orden, de modo que si la ley penal describe una conducta es porque se considera por la soberanía popular lo suficientemente grave como para sancionarse, de modo que no cabe dejar de hacerse por consideraciones sobre lo que es o no grave, o lo que debería o no ser grave, de ningún Tribunal. De éste modo, el principio "de intervención mínima" describe el Derecho Penal, pero no es elemento interpretativo del mismo.

Por ello, principios descriptivos (pero no interpretativos) del Derecho Penal, como es el de "intervención mínima" no permiten inaplicar las normas penales si éstas prevén un hecho como punible, si se limita a describir el Derecho Penal no a interpretarlo o inaplicarlo, significando que las previsiones legales punitivas ya reflejan los ataques más graves a los bienes jurídicos protegidos por la ley, pero no confundiéndolo con ninguna legitimación inexistente a restringir las conductas punibles a

supuestos especialmente más graves de los descritos o previstos en la ley, lo que solo es potestad de ésta, no de los Tribunales.

Es por ello que ya hemos indicado por ejemplo en Sentencias como las de 2.04.2018 (rec 1015/2017), 20.12.2016 (rec 974/2016), 11.11.2016 (rec 494/2016), 13.02.2015 (rec 409/2014), 17.10.2013 (rec 177/2013), 25.07.2013 (rec 119/2013), 30.04.2013 (rec juicio faltas 69/2012), Auto de 17.05.2012 (rec 59/2012), 7.07.2011 (rec 109(2011), rec n° 309.2007 y Sentencia de 11.03.2010 (579.2009), y Sentencia de 9.11.2010 (rec 290/2010) y Sentencia de 9.06.2011 (rec 57/2011), Auto de 10.07.2012 (rec 149/2012), Auto de 13.09.2012 (rec 178/2012), auto de 13.09.2012 (rec 180/2012) que el principio de intervención mínima del Derecho Penal y el carácter fragmentario del mismo nada tiene que ver con el caso. Se trata de principios descriptivos del Derecho sancionador, no de criterios interpretativos para ningún operador jurídico (salvo que, con aquél, se quiera llamar la atención sobre la proscripción de la interpretación extensiva de una norma penal, lo que es diferente). La STS 28-2-2005 (RC 1263/03), precisa su naturaleza, de principio de la política criminal que se dirige fundamentalmente al legislador. Y es que aquél principio es una admonición al Poder Legislativo (para que regule como sanciones delictivas tan sólo las conductas o infracciones legales más graves) pero no es un criterio interpretativo para el Juez que, una vez reguladas las conductas en la ley, ha de aplicarlas (sin que deba confundirse dicho principio con la prohibición de interpretación analógica del "ius puniendi", para lo cual ha de indicarse qué norma se pretendería aplicar extensivamente, lo que no ocurre en el caso. Y de igual modo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30.01.2002 en relación con dicho principio de Intervención Mínima refiere que *"reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal"*.

Es por ello, que los motivos de absolución basados en la "intervención mínima del derecho penal" suponen un error jurídico que no puede impedir la aplicación de la norma penal. Ahora bien, ello no trastoca ni cambia los HECHOS PROBADOS de la Sentencia, sino su eventual trascendencia jurídico penal, y del relato fáctico indicado no cabe la condena cuando no expresa el mismo, e incluso lo descartan los FUNDAMENTOS DE DERECHO, que los acusados actuaran dolosamente y con conocimiento de la ilegalidad de la obra o al menos de la insubsanabilidad de la misma o de la omisión de su licencia urbanística>>.

En la de la Audiencia Provincial de Huelva de 5 de septiembre de 2018 también se rechaza el principio de intervención mínima, y, además se aborda la problemática del principio *non bis in idem* en este concreto ámbito:

<<**SEXTO.** - La tipicidad de los hechos imputados se ubica en los artículos 319.2 y 556 del Código Penal. En tal sentido, la Sentencia en los fundamentos primero y segundo, aplicando correctamente la doctrina unánime del TS (no la contradictoria y cambiante de algunas Audiencias), insiste en el hecho de que las obras que no contaban con autorización inicial al denegarse expresamente la licencia, se hicieron sin la misma, de tal forma que se hizo una edificación para fin residencial que es el supuesto castigado en el párrafo segundo del art. 319 CP, antes y después de la reforma de 2015, según consta claramente de la testifical y pericial practicada.

En relación con el Principio de Intervención Mínima, la doctrina pacífica del TC desde el año 2003 impone la prevalencia absoluta de la sanción penal sobre la administrativa, sin perjuicio de que en los casos en que se haya producido ya una sanción administrativa (que no es el caso que nos ocupa), pueda ésta en su caso descontarse de la sanción penal">>.

En sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de diciembre de 2018 se distingue claramente entre uno y otro apartado del artículo 319 del Código Penal. Sin embargo, no se razona sobre la distinción entre delito e infracción administrativa:

<<Conforme a dicha doctrina jurisprudencial, y como recoge ya la S. de la A. Prov. de Pontevedra de fecha 2 de noviembre de 2017 "nada lleva a excluir de la protección del artículo 319.2 del CP el suelo rústico de protección ordinaria, ni a interpretar como sostiene el recurrente, que solo deba aplicarse a bienes dignos de una singular y específica protección, pues su clasificación conforme a la norma administrativa integra y diferencia los tipos delictivos, del párrafo 1º (obras de urbanización, construcción o edificación, en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección) y del párrafo 2º (obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable), del artículo 319 CP...>>".

Por último, hay una sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de mayo de 2017, que parece seguir la línea jurisprudencial de distinguir

entre no obras no autorizables (artículo 319.2 CP) y no autorizadas pero autorizables (infracción administrativa).

<<En el caso enjuiciado y a la fecha de los hechos, la normativa administrativa no permitía legalizar la vivienda del acusado sin que el hecho de que en la zona hubiera otras edificaciones suponga o implique legalizar ni hacer desaparecer la infracción penal consumada. Disiente el recurrente del carácter de obra no autorizable pero ha resultado acreditado en el caso de autos que el acusado ejecutó la construcción de una edificación, sin licencia municipal,- que ni siquiera pidió-, en suelo no urbanizable y que en el momento de ser ejecutada era no legalizable, por lo tanto, la conducta del acusado incide en el tipo penal contra la ordenación del territorio que recoge el art. 319.2 del citado texto legal, sin que la posibilidad de legalización de la zona en el futuro vincule al juzgador a la hora del enjuiciamiento que debe remitirse a la fecha en que ocurrieron los hechos, sin tener en cuenta las expectativas de futuro en orden a una posible conversión de los terrenos para su regularización, no cabiendo la menor duda de que a la fecha en que el acusado inicia la construcción el terreno es no urbanizable, esto es, no se puede construir, ni siquiera consta que pueda hacerse al día de la fecha aunque el apelante invoque lo contrario ante la existencia del pago del impuesto de bienes inmuebles y referencia catastral de la vivienda litigiosa cuestiones que deben considerarse ajenas a la comisión del delito y que afectan más bien a la valoración que deba efectuarse respecto a la decisión de demolición o no de la obra.

No es relevante que hubiera un núcleo urbano consolidado, pues ello no cambia la calificación del suelo y no existe noticia de que el Ayuntamiento hubiera dado inicio a expediente de legalización por tratarse de agrupaciones lineales...

(...)>>

4. Cuestiones prácticas

Hemos examinado lo que en la LOTURM se tipifica como infracción administrativa, y hemos intentado establecer criterios de diferenciación con las conductas que el Código Penal tipifica como delitos. El propósito de este análisis no es meramente teórico o especulativo, sino que está suscitado por la práctica que se viene siguiendo por algunos Ayuntamientos de la Región. Así, el principio de preferencia de la vía penal exige que, ante cualquier hecho susceptible de subsunción en norma penal, la Administración remita las actuaciones a la Fiscalía, y solo en caso de no considerarse existencia de delito en la jurisdicción penal se podrá tramitar un procedimiento administrativo sancionador. Así lo establece además el artículo 284.1 de la LOTURM:

“Cuando en la instrucción de un procedimiento sancionador por infracción urbanística se desprendan indicios del carácter de ilícito penal del hecho, el órgano instructor del expediente lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de la exigencia de las responsabilidades penales en que hayan podido incurrir los infractores, suspendiendo la tramitación del expediente administrativo hasta tanto no recaiga resolución del Ministerio Fiscal o resolución judicial firme”.

Esta norma no se cumple en muchos casos, sino que algunos Ayuntamientos inician, tramitan y resuelven procedimientos sancionadores urbanísticos, sin haber dado el oportuno traslado o conocimiento a Fiscalía, y las resoluciones que se dictan se impugnan en la vía contencioso-administrativa. Así, y a título de mero ejemplo, en el año 2019 se han dictado por la Sala unas cinco sentencias, al menos, en recursos de apelación contra sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que enjuiciaban la legalidad de resoluciones sancionadoras en materia urbanística. Y en años anteriores el número es mayor. Se observa, ciertamente, que el número de recursos en esta materia va disminuyendo, pero sigue siendo importante. Ante esta situación, podemos fácilmente concluir que hay supuestos delitos contra la ordenación territorial y urbanística que no están siendo conocidos por la jurisdicción penal, por la sencilla razón de que no le consta que se haya cometido la conducta. La situación reviste gravedad pues afecta a principios y derechos constitucionales, como la seguridad jurídica y el derecho de igualdad (artículos 9.3 y 14 de la Constitución). Puede dar lugar también a una arbitrariedad en la actuación de la Administración.

Para evitar estas situaciones entiendo que cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, sería procedente que antes de iniciar su tramitación se oficiara al Ayuntamiento correspondiente y se le pidiera información sobre si se han remitido las actuaciones en su momento a la jurisdicción penal. De ser así, deberá constar en el expediente administrativo lo actuado en la vía penal, y la resolución definitiva firme que en este se ha dictado. En otro caso, sería conveniente que por el juez contencioso-administrativo se pusiera en conocimiento de la Fiscalía la existencia del procedimiento sancionador, suspendiendo entre tanto la tramitación del recurso contencioso-administrativo. Solo cuando no se formule denuncia por Fiscalía y no se inicie la vía penal, podrá continuarse la tramitación del procedimiento y enjuiciarse en sentencia la legalidad del acto administrativo impugnado. En caso de incoarse diligencias penales nos encontraremos ante una cuestión prejudicial penal.

Por último, y en cuanto a la demolición, estamos viendo también en la jurisdicción contencioso-administrativa expedientes de restablecimiento de la legalidad urbanística, pues en muchos casos aunque haya habido

condena penal no se acuerda por el Juzgado de lo Penal la demolición. En este sentido destacar únicamente que, según ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, la demolición es la regla general en caso de sentencia condenatoria, no la excepción.