



## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio



Antonio Vercher Noguera

Tribunal Supremo, España

**RESUMEN:** *La figura delictiva “prevaricación” no es en modo alguno novedosa o de nuevo cuño. Es una figura delictiva con cierto abolengo en nuestro sistema legal penal, que ha ido evolucionando a lo largo de los tiempos. Posiblemente la última fase del proceso evolutivo de la prevaricación tiene que ver con la aparición de la protección del medio ambiente en el Código Penal, fruto del párrafo tercero del artículo 45 de la Constitución española. Paralelamente, está relacionada también con el párrafo segundo de la citada norma constitucional, que impone a la administración facultades, pero también ineludibles obligaciones, como máxima garante del medio ambiente y de los recursos naturales existentes en nuestro país. Con la promulgación del Código Penal de 1995 la protección del medio ambiente sufrió una expansión —desde el estricto marco de las emisiones y vertidos del antiguo artículo 347 bis—, ampliándose a toda una larga lista de conductas, incluyéndose entre ellas muchas relacionadas con el patrimonio histórico y la ordenación del territorio. Dado que las irregularidades administrativas que se han venido produciendo en esta materia en España son de mucho calado y relativamente frecuentes, de este modo, cuando el legislador decidió afrontar la represión de las mismas por la vía penal decidió incorporar tres figuras especiales de prevaricación. Se trata de la prevaricación ambiental propiamente dicha, la prevaricación en patrimonio histórico y la prevaricación en ordenación del territorio y urbanismo. Estas tres figuras constituyen la faceta más reciente del proceso evolutivo de la prevaricación. De estas tres figuras, la prevaricación en ordenación del territorio, o urbanística, es sin duda la más aplicada por los tribunales y, en consecuencia, la que más jurisprudencia ha dado lugar hasta el momento. A lo largo de estas páginas se examina todo el proceso, así como la jurisprudencia más actual que se ha elaborado sobre esta controvertida figura, habida cuenta el papel destacado que los tribunales han desempeñado en el proceso evolutivo en cuestión.*

**PALABRAS CLAVE:** *Delitos contra el medio ambiente, delitos urbanísticos, prevaricación, delitos contra el patrimonio histórico.*

*ABSTRACT: The offense of “breach of official duty” is by no means novel or newly coined. It is an offense with some tradition in our criminal legal system, which has evolved over time. Possibly the last stage of the evolutionary process of this offense has to do with the emergence of the protection of the environment in the Criminal Code, which resulted from the third paragraph of Article 45 of the Spanish Constitution. At the same time, it relates also to the second paragraph of the above-mentioned constitutional provision, which grants the administration certain powers, but also unavoidable duties, as maximum sponsor of the environment and of the natural resources existing in our country. With the enactment of the Criminal Code of 1995, environmental protection extended—from the strict context of emissions and discharges of former Article 347 bis—, to cover a long list of behaviors, including many related to historical heritage and territorial planning. Since administrative irregularities on this matter have been substantial and relatively frequent in Spain, when the legislators decided to approach punishment for these offenses through criminal law means they decided to incorporate three special figures for the breach of official duty. These are the actual environmental breach, the breach in historical heritage and the breach in land planning and urban design. These three figures are the latest stage of the evolutionary process of the breach of official duty. From these three figures, the breach in spatial planning, or urban development is without doubt, the most applied by the courts and, consequently, the one that has produced more jurisprudence thus far. In these pages you will review the entire process as well as the most current case law that has developed on this controversial figure, given the prominent role that the courts have been playing in the evolutionary process involved.*

*KEY WORDS: Crimes against the environment, urban crime, breach of official duty, crimes against the country’s cultural heritage.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La prevaricación urbanística como forma de prevaricación especial. Aspectos generales. III. Características del delito de prevaricación urbanística. III. a. Notas características del artículo 320 en su redacción inicial. III. b. Novedades introducidas en la nueva redacción de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. III. c. Examen de los elementos integrantes de la norma penal. III. c. 1. Los sujetos activos. III. c. 2. La Acción. III. c. 3. El elemento subjetivo. IV. Epílogo.

## I. Introducción

El concepto “prevaricación” ha evolucionado a lo largo de los años. De hecho la doctrina señala que es una figura delictiva de origen remoto.<sup>1</sup> El origen etimológico de la palabra prevaricación procede del término latino *praevaricatio*, que deriva a su vez de *prae* y *varus*, que significa piernas torcidas o huesos

de las piernas torcidos, por lo que implica desviarse del camino recto y precedente.<sup>2</sup>

En nuestro país la prevaricación viene actualmente regulada en el artículo 404 del Código Penal,<sup>3</sup> si bien en los últimos años han aparecido tres nuevas formas especiales de prevaricación, las cuales tienen un común denominador que es su relación con el medio ambiente.

<sup>1</sup> Casas Estevez, J.M., “La Prevaricación Judicial”. Disponible en: [noticias.juridicas.com](http://noticias.juridicas.com), (p. 1).

<sup>2</sup> Pedreira González, F.M., “Delitos de Prevaricación”, *Eunomia, Revista Jurídica de la Legalidad*, núm. 1, septiembre 2011-febrero 2012, p. 161.

<sup>3</sup> Según el artículo 404: “A la Autoridad o funcionario público, que a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años”.

El origen de estas tres nuevas figuras cabría residenciarlo en los tres artículos de la Constitución española que regulan más directamente aspectos ambientales que son, correlativamente, los artículos 45, 46 y 47. El primero viene referido al medio ambiente propiamente dicho, el segundo al patrimonio histórico y el tercero al derecho a la vivienda. En los tres hay importantes referencias a la esencial intervención de la Administración en la custodia y gestión de cada una de las tres materias citadas.

En relación con el medio ambiente, la referencia del párrafo segundo del artículo 45 de la Constitución dice: “Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”, estas líneas resultan absolutamente clarificadoras. En relación al patrimonio histórico, el artículo 46 deja claro que “Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad”. Finalmente, el artículo 47, después de indicar que los todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, precisa que “Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación”.

Huelga señalar que las referencias normativas citadas han supuesto poderosos acicates para la elaboración las tres formas especiales de prevaricación que en materia de medio ambiente introdujo el Código Penal de 1995. Como es fácilmente colegible, se trata de tres materias en las que el papel que desempeña la administración es pura y simplemente esencial. De hecho, en cada una de ellas la administración desempeña un papel similar al de un buen padre de familia en Derecho civil. Precisamente por ello la adminis-

tración asume el papel de garante y de esa posición de garante derivan especiales deberes y obligaciones. Es evidente que determinadas actividades de gestión y explotación de los recursos naturales pueden ser ejecutadas o desempeñadas —bajo determinadas condiciones—, por empresas o particulares, pero es la administración a la que corresponde el deber de mantener el control de todo cuanto tenga que ver con la explotación racional de los mismos. Hasta tal punto es así que la administración puede ser considerada responsable, directa e indirectamente, de las consecuencias negativas a las que de lugar tal ausencia de control, precisamente habida cuenta esa posición de garante.

Un último aspecto a destacar dentro de este apartado es el hecho de que la propia Sala II del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de diciembre de 2003 ha venido a proporcionar una visión más amplia del medio ambiente, ajustándose al concepto “desarrollo sostenible” y en el que son perfectamente incardinables tanto el medio ambiente propiamente dicho, como el patrimonio histórico y la ordenación del territorio. Con lo cual la relación entre estos tres supuestos va más allá de lo que es el mero orden correlativo en el que sus artículos reguladores se encuentran incorporados en el texto de la Constitución.

## II. La prevaricación urbanística como forma de prevaricación especial. Aspectos generales

Cuando el conocido como delito de prevaricación urbanística<sup>4</sup> se incorporó en el articulado del Código Penal de 1995<sup>5</sup> hubo un importante debate doctrinal sobre la norma, que se extendió incluso a la naturaleza jurídica de la nueva figura penal. Se discutía si realmente nos encontrábamos ante una figura de prevaricación o si, por el contrario, estábamos ante algo totalmente distinto y que, como tal, merecía un tratamiento distinto y ajeno a los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que tradicionalmente se venían aplicando a la prevaricación.

<sup>4</sup>El artículo 320, precisaba en su redacción inicial, que:

“1. La Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.”

<sup>5</sup>Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal de 23 de noviembre.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

Hoy este tipo de cuestionamientos están superados y nadie, o al menos casi nadie, discute que nos encontramos ante una forma especial de prevaricación. De hecho, la existencia de la norma controvertida (artículo 320), así como los artículos 322 y 329 relativos a la prevaricación en patrimonio histórico y medio ambiente, se justifica por las características que lo separan de la prevaricación ordinaria del artículo 404, es decir, esencialmente por la especialidad de sus materias. Realmente se trata de una especialidad que implica un “plus” sobre la prevaricación genérica, dado que “La prevaricación genérica se limita a la valoración de la legalidad de la actuación normativamente considerada, sin entrar a enjuiciar a su vez la puesta en peligro de los bienes jurídicos a los que se orientan las normas jurídicas vulneradas con la resolución arbitraria adoptada”.<sup>6</sup> En cualquier caso los tribunales de justicia dejaron claro en su momento que el artículo 320 es una modalidad especial y agravada de la prevaricación ordinaria.<sup>7</sup>

Es importante destacar que la prevaricación urbanística sigue estando en el candelero y sigue siendo objeto de debate, sin olvidar que la norma en sí ha sido objeto de una reforma reciente,<sup>8</sup> lo que ha permitido aumentar las conductas delictivas incorporadas a la misma, así como las penas aplicables.<sup>9</sup> Prueba de lo dicho es la constante jurisprudencia que está apareciendo sobre la misma y que obliga a revisar, con relativa frecuencia, conceptos, perspectivas y fundamentos. Lo importante, en cualquier caso, es que ese debate y el proceso evolutivo que se viene observando respecto al artículo 320 del

Código Penal, hace sin duda más fácil la aplicación de la norma y, por ende, el ajuste de la realidad al Derecho.

Es necesario constatar que, según se pone de manifiesto en la Memoria de la Fiscalía General del Estado, publicada en el año 2012 y correspondiente al año 2011, está cada vez más generalizada la aplicación de este artículo por las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías.<sup>10</sup> A su vez, las Memorias de las Secciones de Medio Ambiente de las Fiscalías de Las Palmas, Córdoba, Almería, Murcia, Valladolid y Cáceres subrayan un importante número de acciones penales adoptadas en esa línea. La Memoria de la Fiscalía de Girona destaca, por ejemplo, que

[...] durante el año 2011 se ha mantenido el incremento en la presentación de denuncias por corrupción municipal vinculadas a cuestiones urbanísticas iniciadas durante 2009. De hecho, según la Memoria, de las 41 Diligencias de Investigación incoadas por el Fiscal en el 2011 en materia de ordenación del territorio, un total de 17 de las mismas corresponden a delitos directamente vinculados a prevaricación y corrupción urbanística municipal.<sup>11</sup>

Por su parte, la Fiscalía de Cádiz puntualiza de manera clara que “[...] podría hablarse sin reparos de un notorio incremento en la incoación de este tipo de procedimientos (por prevaricación) en lógica correlación con las numerosas denuncias que al respecto recibe esta Fiscalía”.<sup>12</sup>

Esa situación se entiende y viene a su vez avalada en el momento presente por una importante cantidad

<sup>6</sup> Boldova Pasamar, M.J., *Los Delitos Urbanísticos*, Atelier. Libros Jurídicos, Barcelona, 2007, p. 227.

<sup>7</sup> Sentencia de 25 de abril de 2002 de la Audiencia Provincial de Barcelona y sentencia de 25 de mayo de 2004 de la Sala II del Tribunal Supremo, entre otras.

<sup>8</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>9</sup> El artículo 320, en su nueva redacción tras la reforma de 22 de junio 2010, señala que:

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

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

<sup>10</sup> “En el presente momento, y tal como se ha expuesto en Memorias anteriores de esta Fiscalía Coordinadora, está bastante generalizado el uso de la acción penal por el delito de prevaricación contra autoridades y funcionarios en temas urbanísticos”. *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, 2012, vol. I, p. 794.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 794.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 795.

de referencias doctrinales y jurisprudenciales que ponen de manifiesto situaciones absolutamente inaceptables en la gestión del urbanismo desde el punto de vista administrativo. Se señala, por ejemplo, que “Hemos podido apreciar cómo el señuelo de un desarrollo económico a ultranza, que aparentemente legitima cualquier desempeño político, ha permitido que intereses privados se coloquen aparentemente por delante de los intereses generales, y que diversas administraciones se afanen por allanar los obstáculos con los que puedan tropezar iniciativas empresariales [...]”<sup>13</sup> Se ha dicho igualmente que

Los motivos de la corrupción son principalmente económicos, es decir beneficiarse personalmente parte del lucro que resulta de las decisiones urbanísticas. El responsable político tiene un margen de discrecionalidad suficiente para graduar el beneficio económico potencial de una operación urbanística, y no es raro que caiga en la tentación de vincular dicha capacidad de decisión al mejor postor. Sobre todo cuando es consciente del corto recorrido de su vida política y bajada del estatus económico y social que dicho fin supondrá.<sup>14</sup>

Todo ello sin olvidar la ya clásica cita de la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, en relación con el conocido tema de Andratx, cuando indica que la situación urbanística en España es “desastrosa”, añadiendo que una de las causas de ese resultado es “...la inoperancia de la disciplina administrativa”. Igualmente, y sin ánimo alguno de exhaustividad, la apreciación del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de mayo de 2005 señala que “resulta desalentadora la actitud municipal, que ante una vulneración de la legalidad urbanística, parece actuar meramente a efectos formales, sin intención alguna de ejercicio sincero de las competencias y obligaciones otorgadas, consolidando situaciones fácticas ilegales que no encuentran amparo en Derecho” es también ilustrativa. Todo lo cual explica ese incremento de acciones penales instando la aplicación del artículo 320 por parte de muchas de las fiscalías del país, a algunas de las cuales se acaba de hacer alusión.

Por lo demás, la pasividad de la administración en temas ambientales, en general, y en urbanismo, en particular, es tan frecuente que los tribunales han dejado claro que, al margen de la responsabilidad en la que la administración puede incurrir por esa pasividad, la misma no legitima, en modo alguno, actos ilegales llevados a cabo por terceros. Es altamente significativa la sentencia de la sala II del Tribunal Supremo de 19 de abril de 2010, sobre el carácter delictivo de los vertidos contaminantes procedentes de una empresa papelera en Cantabria. La Sala II precisa que “A este respecto, se hace preciso recordar que ya en nuestra sentencia 7/2002, de 19 de enero, se dejaba claramente sentado que ni la pasividad, ni la tolerancia de la Administración, ni las disposiciones legales vigentes en la materia sobre los límites máximos de vertidos contaminantes, pueden convertir en lícita una actividad típicamente antijurídica”.

### III. Características del delito de prevaricación urbanística

Es evidente que el artículo 320 tiene su origen en el artículo 404 del Código Penal, del que proceden sus aspectos esenciales. El artículo 404<sup>15</sup> ha venido sufriendo, a su vez, su propio proceso evolutivo en el que destaca la visión actual, frente a perspectivas anteriores en las que la prevaricación de funcionarios y autoridades judiciales y no judiciales recibía un tratamiento único dentro de los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

Básicamente, los requisitos que la jurisprudencia ha venido precisando para la existencia del delito de prevaricación, son los siguientes:

- que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario, es decir es un delito de propia mano;
- que la resolución dictada lo haya sido contra Derecho;
- tiene que tratarse además de una resolución injusta, lo que supone un “plus” de contradicción con el Derecho, y
- que el autor actúe, además, a sabiendas, o por ignorancia o negligencia inexcusables.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Díez Ripollés, J.L., Gómez-Céspedes, A. y Aguilar Conde, A., “Los Merinos Norte: Fenomenología de un Macroproyecto Urbanístico”, *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, núm. 125, diciembre de 2010, p. 4.

<sup>14</sup> Ruiz Cenicerós, M., *Visión del Urbanismo desde el Ámbito Político. La Visión de los Partidos Políticos Mayoritarios*, p. 14.

<sup>15</sup> Véase nota *supra* 3.

<sup>16</sup> Véase, entre otras, las sentencias de 19 de octubre de 2000 y 21 de octubre de 2004.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

## III. a. Notas características del artículo 320 en su redacción inicial

El primer aspecto a destacar es que el artículo 320, a diferencia del artículo 319, sí es una norma penal en blanco plenamente considerada por la remisión expresa que la misma realiza a las “normas de ordenación territorial o a las normas urbanísticas vigentes”. Es decir, se produce prácticamente una remisión *in totum* a la normativa urbanística administrativa en vigor. Esa característica se ha mantenido en las dos redacciones de la norma.

En lo que se refiere a la conducta, el artículo 320 introducía, en su inicial redacción,<sup>17</sup> tres formas de conducta frente a la conducta única del artículo 404. Las tres conductas referidas eran las siguientes:

- informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes;
- adopción de resolución unilateralmente, y
- adopción de resolución de manera colegiada o colectivamente (todo ello a sabiendas de su injusticia).

En relación con las penas previstas, existía una remisión a las penas del artículo 404, es decir inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, más la pena de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

Los demás elementos determinantes de esta figura penal de prevaricación se mantenían en el artículo 320, procedentes del artículo 404 y en el mismo sentido interpretado por la jurisprudencia.

## III. b. Novedades introducidas en la nueva redacción de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio

Las novedades introducidas por la reforma de 2010 consisten, según se desprende de la lectura del artículo, en los siguientes aspectos:

- la ampliación del ámbito de los objetos sobre los que puede recaer la conducta prevaricadora a instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación;

zación, parcelación, reparcelación, construcción o edificación;

- en segundo lugar, se amplía la conducta típica a la omisión, bien por silenciar una infracción por motivo de inspecciones, bien al omitir directamente la realización de inspecciones de carácter obligatorio. En este punto, lo que se ha hecho ha sido aplicar los planteamientos ya existentes en la antigua redacción del artículo 329 del Código Penal, y
- en tercer lugar, se ha incrementado la pena. Precisamente la especialidad que dentro del concepto general de prevaricación ostenta el artículo 320, acompañada de los graves sucesos y los perturbadores casos de corrupción que se han producido en España en materia de urbanismo, llevaron en su momento al legislador<sup>18</sup> a introducir la pena de multa o de privación de libertad, junto a la inhabilitación especial prevista para los supuestos ordinarios de prevaricación en el artículo 404. Partiendo de esos mismos planteamientos y del hecho de que los supuestos de corrupción urbanística han aumentado en nuestro país, todo ello ha determinado que la tendencia a aumentar las penas haya continuado. Con la reforma de 22 de junio de 2010 la alternativa entre multa o privación de libertad que concedía la anterior redacción de la norma, plasmada en la conjunción disyuntiva “o”, se ha convertido en la conjunción copulativa “y” de manera que actualmente viene prevista la aplicación tanto de la pena económica, como de la pena de privación de libertad, que, por lo demás, se ha incrementado notablemente frente a la opción previa a la actual y nueva redacción.

## III. c. Examen de los elementos integrantes de la norma penal

## III. c. 1. Los sujetos activos

En relación con los conceptos “autoridad” y “funcionario público”, los mismos no revisten demasiado problema por cuanto que ambos vienen desarrollados en el artículo 24 del Código Penal,<sup>19</sup> cuyo contenido

<sup>17</sup> Véase nota *supra* 4.

<sup>18</sup> Código Penal de 1995.

<sup>19</sup> Artículo 24 del Código Penal:

“1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados,

apenas si varía con respecto al del antiguo artículo 119 del Código Penal de 1944. La principal innovación es la consideración de autoridad de los miembros de las asambleas legislativas, tanto la nacional como la europea y de las autonómicas, así como la referencia a los miembros de órganos colegiados. Cabe mencionar que nada de todo ello ha variado con la reforma del Código penal de 22 de junio.

Hay que señalar, además, que especialmente el concepto de autoridad del artículo 24 del Código no siempre coincide con el concepto de autoridad expresado en la norma administrativa. Tal como ha reseñado la doctrina, lo que importa al Derecho penal es la acción que cometen autoridades o funcionarios en su condición de autoridades o funcionarios, mientras que lo que importa al Derecho administrativo es el *status* que los mismos asumen como miembros de la Administración Pública, lo cual tampoco tiene que implicar, indefectiblemente, la desconexión entre una y otra rama del Derecho.<sup>20</sup> En cualquier caso, conviene señalar que a la hora de aplicar el Código Penal, en materia de prevaricación el concepto de autoridad del artículo 24 es el que tiene que primar y no otro.

No parece ésta, sin embargo, una norma completa. Lamentablemente el artículo no comprende a otros sujetos activos tales como los expertos o asesores independientes, técnicos contratados laborales, etc., que aun no siendo funcionarios o autoridades pueden tener también una intervención esencial y decisiva en ese resultado final delictivo. Es sabido los riesgos que implica todo tipo de interpretación extensiva a la hora de aplicar el Derecho penal, pero lo que es evidente es que en este tipo de supuestos tales personas aun no siendo funcionarios públicos como tal, sí participan del ejercicio de las funciones públicas. Así parece entenderlo el Tribunal Supremo en sentencia de 24 junio 1994, también conocido como caso “Juan Guerra”, al concretar que no es imprescindible que “quienes así actúen sean funcionarios públicos”.

Ante este tipo de supuesto, tampoco debe ser en modo alguno descartable la posibilidad de proceder contra tal tipo de personas con base en el artículo 28 a) del Código Penal que considera autores a “los que

inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”, o al artículo 28 b) que considera autores a “Los que cooperaran a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”, incluso no siendo estas autoridades o funcionarios públicos. La única dificultad reside, sin embargo, en que ese título de imputación solamente sería válido si finalmente se otorgara la licencia.

En esa línea, la interesante sentencia del Juzgado de lo Penal número siete de Granada de 11 de noviembre de 2009 precisa que

[...] se plantearon respecto a la condición de sujeto activo de... ya que se alegó que era un profesional contratado por la Corporación municipal y por tanto no estaba integrado en la plantilla funcional... en lo que al caso respecta redacta el Estudio de detalle e informa la licencia, por lo que asume y cumple el papel de funcionario público y queda dentro de la previsión del tipo aunque no esté integrado en un cuerpo funcional de carrera. Negar por lo tanto que en esa condición no es sujeto activo de prevaricación, sería como hacerlo en el caso, por citar uno, de un Juez interino que acuerda una prisión provisional sin los preceptivos trámites legales, por el mero hecho de no ser Juez de carrera [...] lo relevante es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni, por tanto, de permanencia.

Lo cual supondría que cargos tales como el de arquitecto honorífico de un Consistorio no implicaría, en consecuencia, exención de responsabilidad penal alguna.

Todo ello está en consonancia con la jurisprudencia<sup>21</sup> que señala que son susceptibles de incurrir en supuestos de prevaricación los “funcionarios de hecho” que desempeñan una función pública, aunque no reúnan todas las calificaciones o legitimaciones requeridas, así como los interinos y sustitutos, dado que los conocidos como “funcionarios de empleo”, en contraposición con los funcionarios de carrera, tienen similar cuadro de derechos y obligaciones que los recogidos en el Estatuto de los funcionarios en propiedad.

del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

<sup>20</sup> Matellanes Rodríguez, N., *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 208.

<sup>21</sup> Sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1991, 20 de mayo de 1993.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

Recientemente la doctrina ponía de manifiesto que dado que los visados de los Colegios Profesionales no impiden la presentación de un proyecto ni la concesión de una autorización, amén de que su contenido difiere del que corresponde emitir a los órganos administrativos, no pueden integrar el tipo del artículo 320.1. Hasta hace poco, además, sólo en algunas Comunidades Autónomas el acto del visado del Colegio Profesional seguía representando un acto de control de la legalidad.<sup>22</sup> Es interesante reseñar el cambio que se ha producido con el RD 1000/2010, de 5 de agosto, sobre visado colegial obligatorio, en virtud del cual los supuestos descritos en su artículo 2 están sometidos obligatoriamente al citado visado colegial, habida cuenta, según su Exposición de Motivos, la existencia de “una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas, y su proporcionalidad por resultar el visado el medio de control más proporcionado, teniendo en cuenta los medios de control posibles”. Según el artículo 2, los trabajos de ejecución de edificación; certificado final de obra de edificación; proyecto final de edificación y certificado final de obra y proyecto de demolición, entre otros, son los supuestos comprendidos en los apartados a)-d) de la norma que tienen más directa conexión con las perspectivas expresadas en los artículos 319 y 320 del Código Penal. Ese visado colegial implica que en los supuestos reseñados, dado que el mismo es obligatorio y siendo así que conlleva una forma de control de obligado cumplimiento, de ejercerse o llevarse a cabo de manera improcedente, podrá también implicar una forma de comisión del delito del artículo 320 por parte de los miembros del colegio profesional que lo hubieran elaborado.

## III. c. 2. La Acción

El artículo 320.1 alude a la autoridad o funcionario que resuelva, o deje de hacerlo, “a sabiendas de su injusticia”. Esa injusticia está directamente relacionada con la arbitrariedad ya que el artículo 404 se refiere a la autoridad o funcionario que “a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria”. De ahí que proceda hablar tanto de injusticia como de arbitrariedad.

Debe de tratarse, en esencia, de un quehacer injusto. Pues bien, el concepto de “injusticia” que aparece en el artículo como requisito esencial para la prevaricación, debe de interpretarse a la luz de los criterios aplicables al delito de prevaricación administrativa del artículo 404 y siguientes. Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, y repite en la sentencia de 25 marzo de 1995, la injusticia de la resolución inculpada tiene que ser evidente, flagrante y clamorosa, de tal manera que se encuentre en insostenible contradicción con los mínimos esenciales de funcionamiento de los órganos administrativos. Tal como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de abril de 2007: “En el delito de prevaricación urbanística, la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable”. A su vez, la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2002 matiza que “no basta que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que constituya un delito de prevaricación. Una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un plus de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del Derecho penal”.

Recordemos que el artículo 404 ha asociado la injusticia de la resolución con la arbitrariedad. Respecto a la arbitrariedad el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que el elemento de injusticia, que es central en la configuración de esta figura penal, se cifra en el coeficiente de arbitrariedad.<sup>23</sup> Pues bien, en el ámbito urbanístico, el Juzgado de lo Penal N° 9 de los de Sevilla, en sentencia de 29 de junio de 2012, precisa que

[...] lo característico de la prevaricación es que la resolución ha de ser arbitraria. Ello implica sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o

<sup>22</sup> Boldova Pasamar, M.A., *op. cit.*, p. 229 y 230.

<sup>23</sup> Sentencias 5 de noviembre de 2004, 28 de febrero de 2005.

suponga una desviación de poder, o puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales de procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio por los intereses generales. Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho penal.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han venido introduciendo matices complementarios que ayudan, sin lugar a dudas, a perfilar de una manera más precisa esta figura penal. Así, en la sentencia de 27 de enero de 1998, la Sala II precisa: “De forma más clara no lo ha podido expresar esta Sala cuando en sentencia 157/97, de 3 de marzo, señala que para sancionar el delito de prevaricación hemos de hallarnos ante una infracción de una norma administrativa a la que sean inherentes las notas de evidente, patente, flagrante y clamorosa”, añadiéndose “y, hasta en expresión de alguna resolución, grosera y esperpéntica”.

Por lo demás, es elemental que esa injusticia afecte a los aspectos contenidos en las conductas tipificadas, es decir “[...] 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”, que han sido notablemente ampliados, frente a la redacción anterior.

En relación también con la conducta, es de destacar la referencia que el artículo 320 hace a la autoridad o funcionario que hubiere “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”. Lo primero que llama la atención es el dato de que el simple hecho de “informar favorablemente” pueda constituir una conducta delictiva. Hay que reconocer, no obstante, que ese planteamiento no es necesariamente novedoso. De hecho este específico aspecto de la norma penal procede, en esencia, del artículo 364.2 del antiguo Texto Refundido de la Ley del Suelo de

1992 y del artículo 57.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978, disposiciones ambas que se referían “al facultativo que hubiese informado favorablemente el Proyecto y los miembros de la Corporación que hubiesen votado a favor del otorgamiento de la licencia sin los informes previos exigibles”. En general, ese informe no suele ir nunca desconectado de otros quehaceres delictivos por parte de personas que podrán ser o no autores del delito de prevaricación, a tenor de lo dicho en el apartado anterior. En la sentencia de 17 de enero de 2003 de la Audiencia Provincial de Sevilla, posteriormente confirmada por la sentencia de 26 de septiembre de 2004 de la Sala II del Tribunal Supremo, la Audiencia indica que

[...] existía una connivencia entre el acusado y el promotor de la obra y su informe al proyecto de reforma presentado fue fruto de una deliberada y consciente decisión de incumplir la legalidad en perjuicio del interés general [...] nos encontramos ante una clara infracción del planeamiento vigente, posibilitada por el informe favorable del acusado como arquitecto técnico municipal, en el desempeño de su función pública, no justificado y emitido a sabiendas de su ilegalidad con ánimo de beneficiar a un particular.

Por lo demás, y tal como se adelantaba, se amplía el ámbito de los objetos sobre los que puede recaer la conducta prevaricadora, es decir, instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, etc. Con todo ello se cubre toda una serie de aspectos y posibilidades sobre los que podía surgir algún atisbo de duda con anterioridad, pero que con la presente redacción tal posibilidad de duda queda despejada. Prueba de lo anterior es la sentencia de 11 de noviembre de 2009, del Juzgado de lo Penal número uno de Granada. En aquel momento el juzgado rechazó que decisiones en sí injustas o con connotaciones de prevaricación, como la de redactar el Estudio de Detalle o votarlo, tendría su sanción penal en el artículo 404 del Código Penal, pero no en el artículo 320, aun incidiendo en esta materia, dado que los estudios de detalle no eran “proyectos de edificación o [...] licencias contrarias”, según la redacción del 320 antes de la Reforma de 2010. Con la nueva lista de conductas, los estudios de detalle quedarían claramente incluidos en el artículo 320, dado que los mismos son verdaderos instrumentos planificadores urbanísticos.

## El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio

Hay otro aspecto en el que esta norma, en su redacción previa a la reforma de 22 de junio de 2010, parecía incompleta al no contemplarse expresamente en la misma hipótesis de responsabilidad omisiva alguna. Lo cual parecía un tanto incomprensible, en especial considerando que se trataba de una posibilidad que ya venía expresamente prevista en el artículo 329 sobre prevaricación ambiental, al referirse a autoridades o funcionarios que “con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen”. Con este tipo de ausencias se podía dar pie a que terceros atentaren contra el ordenamiento urbanístico, ya que previsiblemente podían ampararse en una autorización jurídicamente eficaz. De hecho no es extraño encontrar en la jurisprudencia existente al respecto referencias tales como la realizada por la Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 17 de junio de 2002, señalando que

La dejación por parte de la Administración autonómica de sus funciones de protección, tal y como pretende la representación de Miguel M., la impunidad de la conducta del mismo, ya que la construcción de otras cabinas en la zona y la consideración de zona caótica en el ámbito urbanístico en ningún caso impiden que la conducta enjuiciada atente contra el bien jurídico protegido por dicho tipo penal [...]

En todo caso, la aceptación jurisprudencial de la comisión por omisión de la prevaricación ordinaria del artículo 404 del Código Penal (sentencias de 29 de octubre de 1994, 27 de diciembre de 1995, 5 de enero de 2001, etc.) consecuencia del Pleno no Jurisdiccional de la Sala II del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, vino sin duda a abrir sin nuevas posibilidades a la aplicación de la comisión por omisión en el contexto del artículo 320. Un ejemplo de que los tribunales no han tenido demasiados problemas a la hora de afrontar esa posibilidad es la sentencia de 19 de abril de 2010 del Juzgado de lo Penal número 7 de Málaga, entre otras. En este caso, el juzgador, después de condenar al autor de una construcción ilegal, condena igualmente al Alcalde-Presidente de la Corporación dado que el mismo “[...] tenía la obligación legal de velar por el cumplimiento

de la legalidad urbanística en el territorio de su Municipio [...]”. En cualquier caso el problema ha quedado definitivamente resuelto con la nueva redacción que la reforma de 22 de junio de 2010 ha proporcionado al artículo 320. La nueva conducta consistente en “que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio”.

Con frecuencia lo que se plantea ante los Tribunales son incumplimientos, irregularidades y supuestos similares en lo que se refiere a la tramitación de los planes, de los instrumentos urbanísticos, etc. Se trata de problemas que en general son considerados meramente procedimentales, pero que tienen una influencia decisiva en el resultado final de la documentación sometida a trámite. Pues bien, precisamente lo que se alega con frecuencia es una irregularidad que afecta meramente al procedimiento, con lo que pretende desvirtuarse cualquier perspectiva delictiva. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo viene señalando lo siguiente:

[...] otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en estos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que se adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales.<sup>24</sup>

La sentencia de 13 de enero de 2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, plantea el tema de la “disciplina de voto” en el contexto de un Consistorio y en relación con la prevaricación urbanística colegiada del párrafo segundo del artículo 320. A tal efecto se señala que

Hasta tal punto se actuaba así en aquel municipio, que, por lo común, los concejales que no tenían una especial vinculación objetiva con la cuestión sobre la que de-

<sup>24</sup> Sentencia 25 de septiembre de 2007, citando a su vez la sentencia de 5 de marzo de 2003.

bían votar, ni siquiera leían los expedientes y lo fiaban todo a lo que por ellos decidiera el encargado de la materia o portavoz. Se trata, sin duda, de una técnica plausible y seguramente eficaz para organizar el trabajo en equipo, pero cuando están en juego intereses públicos como los que aquí valoramos y cuando hay de por medio un mandato representativo que se ha buscado y obtenido de modo consciente en una elección democrática, parece obvio que tal sistema de reparto del quehacer común ni debe aplicarse en términos en todo punto tajantes, ni, menos aun, tal acotamiento puede traducirse en la unilateral, voluntaria y plena dejación, por parte de cada concejal, de aquellos deberes públicos que libremente asumió desde el momento en que tomó posesión del cargo representativo... no es en modo alguno admisible que la referida especialización funcional pueda traducirse en un personal acotamiento de deberes decidido dentro del grupo y que opere con carácter excluyente y exclusivo al modo de una especie de salvaguardia o salvoconducto que exima a cada uno de los concejales [...]

Hay que poner de relieve que esta sentencia fue casada por el Tribunal Supremo por otra de 15 de marzo de 2012, absolviéndose a los condenados por razones y argumentos que nada tiene que ver con las consideraciones anteriormente expuestas. La nueva sentencia absolutoria se basa en que si bien la Sala *a quo* encontró en su momento que la “permuta” efectuada por el Consistorio era improcedente, la Sala II admite que era válida, ya que “[...] era posible acudir al mecanismo de la permuta para realizar una operación compleja que incluía la enajenación de bienes inmuebles del municipio [...]”.

En cualquier caso, y en la misma línea expuesta por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la sentencia de 28 de julio de 2011 de la Audiencia Provincial de Granada insiste en que un edil no puede ampararse en la disciplina de voto de su partido para apoyar un proyecto sin antes cerciorarse que cumple con todos los requisitos legales: “No es posible ni admisible que se amparen en una actuación automática y siguiendo las directrices de otros para votar favorablemente”, advirtiendo además a los ediles de la necesidad de no ampararse “en las bondades del alcalde”.

Por lo demás, según la misma sentencia de 13 de enero de 2011 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la prevaricación —en este caso, urbanística— no lleva consigo nece-

sariamente la búsqueda de enriquecimiento personal alguno,

[...] el favor ajeno o el logro de cualquier otro fin ilegítimo. Tampoco lo es que con su conducta pretenda un resultado que, en su personal sentir, pueda ser beneficioso para la comunidad, lo logre o no. Se sanciona, en definitiva, el olvido por el funcionario o autoridad actuante del valor objetivo que implica su condición de servidor público y de siervo de la legalidad, para guiarse sólo por su propia veleidad o por su personal albedrío.

### III. c. 3. El elemento subjetivo

Es necesario, si se profundiza en su estudio, que con esa acción injusta se cause, a sabiendas o por ignorancia, o negligencia inexcusable, un perjuicio evidente a terceros o a la causa pública en general. Cabría decir, por lo tanto, que constituye un paso más allá de la mera ilegalidad, procediéndose sólo a aplicar el Derecho penal cuando en los otros ordenamientos jurídicos no existan remedios para corregir el error producido con la resolución, o ésta sea de tal naturaleza evidente y grave que pueda apreciarse ese “plus” de antijuridicidad que requiere y debe dar vida a todo precepto penal (sentencia del Tribunal Supremo de 5 mayo 1995).

Por “a sabiendas”, la Sala II, en la sentencia de 3 de junio de 2002, precisa que

[...] se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente, cuando la Autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

La jurisprudencia, de la que es expresiva la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1999, ha señalado además que la expresión “a sabiendas” excluye tanto la culpa como el dolo eventual. Son interesantes, sin embargo, las observaciones de la sentencia de 8 de noviembre de 2011 del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Lanzarote, en un delito continuado de prevaricación urbanística y en relación con el dolo eventual, cuando señala que

**El delito de prevaricación en el urbanismo y la ordenación del territorio**

[...] la actuación a sabiendas significa que debe concurrir el dolo, es decir la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal, debiendo entenderse que esa conducta dolosa abarca todas las posibles formas de dolo, es decir, el dolo de primero y segundo grado y el dolo eventual. En el presente caso, éste último consiste básicamente no en una mera aceptación de la posibilidad de que el acto sea ilegal sino en el conocimiento de la posibilidad de que la actuación administrativa se encuentre en frontal oposición con los mínimos esenciales del funcionamiento de la Administración en materia urbanística, o sea que pueda ser injusta y a pesar de ello se emite el informe contando con dicha posibilidad [...]

Téngase en cuenta, a tal efecto, que, a tenor del artículo 103 de la Constitución Española, “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”, lo cual supone una importante lista de elementos referenciales a la hora de valorar la posible comisión del tipo, en sus diferentes supuestos.

Finalmente, hay un aspecto importante que merece ser reseñado y que ha venido aplicando el Tribunal Supremo en las sentencias de 4 de julio de 1996, con relación al conocido como caso Estivill, en la sentencia de 11 de diciembre de 2001 (caso Raposo), y más reciente en la sentencia de 8 de junio de 2006. Pero, quizás la sentencia de 15 de octubre de 1999, también conocida como caso Gómez de Liaño, es la más representativa. Se trata de un planteamiento que supone evolucionar desde una caracterización subjetiva hacia otra objetiva en materia de prevaricación, habida

cuenta el papel esencial que juega el miembro de la administración, si bien se trataba de un miembro de la Administración de Justicia, concretamente un magistrado. En el supuesto debatido, la Sala II mantiene que la expresión “a sabiendas” sufre una forma de objetivización y lo explica al reseñar, acertadamente, que la persona que desempeña la actividad como autoridad, funcionario o, en el caso controvertido, la función de juez “[...] se le han de atribuir unos determinados conocimientos por el hecho de ser Juez o Magistrado. Así, por ejemplo, en nuestro caso, se ha de atribuir a un Juez, por el hecho de serlo el conocimiento de que no puede contradecir las resoluciones que en vía de recurso ha dictado la Sala superior jerárquicamente”. En consecuencia, la Sala mantiene que no parece que ni el “empecinamiento” ni la “[...] firme creencia de hallarse en posesión de la verdad”, que son los aspectos en que se basaba el magistrado discrepante para excluir el tipo delictivo, puedan tener validez.

**IV. Epílogo**

Es evidente, a tenor de lo expuesto y de la jurisprudencia referida, que el delito de prevaricación está evolucionando, tal como se ha visto en los últimos años, hacia nuevas formas especiales y dentro de las mismas, de manera particular, también está evolucionando la prevaricación urbanística. Lo cual es indicativo de la necesidad de ajuste de este tipo de figuras penales a nuevas posibilidades delictivas, con frecuencia relacionados con la corrupción, y frente a los cuales la única opción viable es evolucionar, como no podía ser de otra forma, incluso de forma paralela al modo como lo hacen las propias conductas delictivas.