

¿QUIÉN PUEDE SER AUTOR EN LA MODALIDAD DE DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO TIPIFICADO EN EL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL? ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

BETLEM ROIG MATEO
Fiscal

Extracto:

EN las siguientes líneas se analizará cuál es el trato que la jurisprudencia ha dispensado a una particular modalidad de los denominados Delitos contra la Ordenación del Territorio tipificados en el Título XVI del Libro Segundo del Código Penal (CP), en concreto se examinará cuál es la evolución jurisprudencial en relación a quién puede o debe ser considerado sujeto activo en el delito previsto y penado en el artículo 319 del CP. Como se verá, el cambio de dirección en la jurisprudencia tanto en la llamada menor que es la que emana de las Audiencias Provinciales, como en la mayor, esto es, la que solamente puede crear el Tribunal Supremo (TS), ha sido radical. En un principio, el tipo penal llegó a ser considerado como delito especial propio o con sujeto activo especial para acabar siendo lo que en la actualidad se considera como un delito común, susceptible por lo tanto, de ser cometido tanto por un profesional como por quien no lo es. Examinando las resoluciones judiciales a mi gusto más significativas en la materia, se podrá comprobar cómo nos hallamos ante una modalidad más de delito común.

Podrá apreciarse también, cómo la realidad aconseja la adopción de esta tesis denominada extensiva por el hecho de que el bien jurídico que se protege puede ser atacado o violentado tanto por alguien que ostenta cierta o determinada calificación profesional como por quien es ajeno a ella.

Lamentablemente en la actualidad, la aplicación de este tipo penal ha experimentado un ascenso más que considerable ante el aumento de conductas subsumibles en dicho precepto penal.

La pasividad de la Administración ha conllevado entre otras consecuencias una criminalización de lo que en puridad debía ser controlado por aquella y por lo tanto se ha abierto la puerta al instrumento más potente con el que cuenta nuestro Estado de Derecho para castigar ciertos ataques a bienes jurídicos cual es el derecho penal, castigándose así entre otras conductas, el inadecuado uso del suelo.

Palabras clave: delitos contra la ordenación del territorio, artículo 319 del CP, ¿delito común o delito especial propio?, análisis de la jurisprudencia.

Sumario

- I. Consideraciones previas.
- II. El sujeto activo del artículo 319 del Código Penal. Análisis crítico de la jurisprudencia.
- III. Lista cronológica de las sentencias citadas.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Título XVI¹ del Libro Segundo del Código Penal de 1995², en adelante CP, lleva la rúbrica «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente».

El interés o mejor dicho, la preocupación, por el medio natural y por el bien jurídico que es objeto de tutela por parte de los preceptos que integran dicho título, se ha ido extendiendo, con mayor o menor acierto, entre los ordenamientos jurídicos de la casi totalidad de países de nuestro entorno.

Dicha cobertura legal es especialmente destacable desde hace ya algunos años en materia de medio ambiente en ordenamientos, como por ejemplo el alemán que, con la Ley de Reforma del Código Penal alemán para la lucha frente a la criminalidad contra el medioambiente, introdujo en 1980 en dicho cuerpo legislativo, un título específico dedicado a los delitos contra el medio ambiente; o en el caso de Italia, la llamada «Legge Merli» de 10 de mayo de 1976, ley de tutela de aguas contra la contaminación; o el Código austríaco de 1974 que fue reformado también en esta materia entrando en vigor dicha novedad legal en 1 de enero de 1989.

En nuestro ordenamiento jurídico, uno de los principales obstáculos que tuvo que sortear esta materia fue, al menos en su origen, la duplicidad o si se prefiere la dispersión de competencias entre distintas administraciones, problema aseverado por la creación de las Comunidades Autónomas por la Constitución Española (CE) de 1978 y por ende, por la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía pudieran ir asumiendo competencias en materias como por ejemplo el urbanismo, medio ambiente, recursos naturales, entre otras.

Cabe no olvidar que nos encontramos ante una disciplina que originariamente se encargaba a órganos de naturaleza administrativa que asumían, en desarrollo de esa labor de tuición del medio

¹ Dicho título fue reformado por Ley Orgánica 15/2003 que en materia de protección penal de la fauna y la flora modifica la rúbrica del Capítulo IV del referido Título dándole la siguiente redacción: «De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos». En virtud de dicha modificación se tipifica como delito el maltrato de animales domésticos cuando la conducta sea grave, manteniéndose la falta únicamente para los supuestos leves. Destaca también la nueva redacción que se dio al artículo 335 del CP cambiando la desafortunada expresión «aquel que cace o pesque especies (...)» por la más correcta de «el que cace o pesque especies (...)».

² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. Corrección de errores en BOE de 2 de marzo de 1996.

natural y del urbanismo, competencias de la más variada índole, desde la catalogación de espacios de interés natural, catalogación de especies en peligro de extinción, concesión o denegación de licencias urbanísticas hasta la misma regulación del régimen sancionador.

Por todo ello, y ante la ineficacia o la imposibilidad de absorber tan variada materia por parte del derecho administrativo, ha sido necesaria la entrada en juego del Derecho penal.

No obstante lo hasta aquí dicho, la intervención del derecho penal en esta materia obedece a argumentos de otra índole.

En efecto, la cuestión puede resumirse en un único y simple planteamiento que no es otro que el hecho de encontrarnos ante una cuestión de política criminal.

Efectivamente no ha sucedido otra cosa más que la criminalización de una serie de conductas que por su propia naturaleza y por la índole de la ley o de la normativa reguladoras de las mismas, debía ser conducida por el derecho administrativo. Pero no solo eso, la intervención del derecho penal en ciertas materias como sucede en la que nos ocupa no es sino el reflejo del fracaso de un derecho administrativo estéril y de una falta absoluta de concienciación en materia de protección del medio ambiente y del urbanismo.

Más concretamente, en materia urbanística, no son pocos los casos en los que las sentencias condenatorias imponen, además de las correspondientes penas de multa o prisión, la demolición de las obras construidas con infracción de la normativa urbanística, sanción tremendamente severa que en un gran número de ocasiones deben soportar los propietarios-víctimas de la que al final resulta ser una mala y fraudulenta gestión de ayuntamientos en los que el urbanismo ha constituido la principal y casi única fuente de ingresos durante mucho tiempo y para los que el derecho penal era del todo inexistente.

Sería necesario en estos dramáticos casos, incorporar pues, un plus de reprochabilidad a quien el Código Penal llama «Autoridad o Funcionario Público», puesto que debido a su conducta alguien se ha quedado, por ejemplo, sin vivienda, por estar esta construida sobre terreno que no gozaba de la adecuada calificación urbanística.

En estos casos, la solución óptima debe pasar por repetir, por parte de los propietarios contra el promotor y lógicamente contra la Administración Local que ha obtenido un lucro consintiendo, por ejemplo, la construcción de una vivienda en suelo no declarado óptimo para dicho uso.

La hasta no hace mucho inactividad legislativa, la falta de especialización en la materia por parte de órganos, dedicados exclusivamente a la investigación penal de dichos asuntos, que acaba tras la acertada creación de las fiscalías especializadas en materia de medio ambiente y urbanismo ³

³ La Instrucción 11/2005 sobre instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el artículo 124 de la CE indica que «la actuación del Ministerio Fiscal en algunas materias específicas de singular relevancia precisa que sean abordadas con un tratamiento diferenciado, coordinando cada una de estas especialidades un Fiscal de

y finalmente, la burla con la que se recibía por ciertos sectores empresariales la normativa urbanística, han desencovado en un panorama, que lejos de dramatizar, requerirá de algún tiempo para reparar, al menos jurídicamente, daños en algunos casos de dimensiones cuasi catastróficas ⁴.

En los últimos tiempos la gravedad de las infracciones y la facilidad con la que se burla el cumplimiento de la normativa urbanística, han justificado una intervención de los Poderes Públicos mucho más enérgica y contundente a través del más potente instrumento del que goza el Estado para sancionar conductas cual es el derecho penal.

De ahí que las medidas sean ahora mucho más enérgicas en la lucha contra una variedad de delincuencia muy especial, tanto por el objeto sobre el que recae, como por el bien jurídico que protege, como también, y sobre todo porque es el eje vertebrador de este estudio, por el sujeto activo de dichos tipos penales y en particular del relativo al artículo 319 del CP.

Precisamente lo hasta aquí dicho entronca con lo que va a constituir el elemento nuclear de este estudio.

Efectivamente, en no pocas ocasiones se ha enarbolado el principio de ultima ratio del derecho penal ⁵ para evitar la criminalización de conductas que para algunos no tenían entidad suficiente para activar la maquinaria penal, precisamente porque el actor, quien había realizado la conducta

Sala Delegado del Fiscal General del Estado para garantizar la unidad de criterio. En algún supuesto esta figura ya viene establecida directamente por la ley, como sucede con el Fiscal de Sala Delegado para la violencia sobre la mujer. En los demás casos, al amparo de las facultades autoorganizativas conferidas por el artículo 22 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tales delegaciones se van a estructurar por la presente Instrucción siguiendo el mismo modelo de la Ley de Violencia de Género, en el ámbito de los Fiscales de Sala establecidos en la plantilla orgánica...». La Ley 10/2006, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, en su disposición final primera introduce un nuevo artículo en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el artículo 18 quinquies, en cuyo apartado primero se indica que «el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, nombrará, como delegado, un fiscal contra los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico, del medio ambiente e incendios forestales, con categoría de Fiscal de Sala». Venía a culminarse así, con dicha disposición, el camino iniciado ya hace varios años en distintas Fiscalías las cuales organizaron servicios especiales «de facto» integrados por fiscales dedicados al despacho de las diligencias de investigación o los procedimientos judiciales que se referían a los delitos contra el medio ambiente.

⁴ Son más que conocidos los casos de construcción de edificio en primera línea de la costa. El 5 de septiembre de 2008 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Almería, dictó una Sentencia en la que se ha declarado nula la licencia de obras concedida a la empresa responsable de la construcción de un edificio de 20 plantas, a 28 metros de la línea del mar, conocido como Hotel de El Algarrobo, en la playa del mismo nombre, dentro del término municipal de Carboneras, en el Parque Natural Cabo de Gata-Níjar.

⁵ Sobre el carácter de «última ratio» del Derecho Penal, la Sentencia de AP de Cádiz número 4/2000, de 24 de enero (Secc. 2.ª) establece lo siguiente: «Ha de insistirse en la utilización como criterios interpretativos de las consecuencias que se siguen de los principios de intervención mínima y proporcionalidad; en concreto, del carácter fragmentario del Derecho Penal se desprende que su protección no alcanza a todos los bienes jurídicos sino solo a aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, su tutela a las conductas que atacan de manera más intolerable tales bienes, de forma tal que actuará sus normas únicamente cuando el orden jurídico solo pueda ser preservado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. En suma, entiende la Sala que ante las dificultades hermenéuticas referidas, se impone una interpretación restrictiva del artículo 319 del CP, reservándose la sanción penal para las acciones más graves y dañosas para la ordenación del territorio, acciones que, necesariamente, habrán de coincidir con aquellas actuaciones urbanísticas que requieren un mínimo potencial económico y cierta organización profesional.

descrita en el tipo penal, no reunía las cualidades o condiciones que, debido a una interpretación de excesiva exquisitez legal, debían entenderse inherentes solamente en quien de forma habitual, actuara profesionalmente como promotor, constructor o técnico director.

La realidad jurisprudencial ha tomado a partir de la meritada Sentencia de la Sala Segunda del TS, de fecha 26 de junio de 2001, otros derroteros tal y como se verá a continuación.

También se ha utilizado como argumento favorable para entender el tipo del 319 del CP como de tipo penal especial propio, lo referente a la pena de inhabilitación que el mismo contempla. Así en la citada resolución judicial, la Sala Segunda del TS expone lo siguiente en aras a implantar esa nueva tendencia o dirección jurisprudencial: «El argumento relativo a la previsión de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio contenida en el precepto, no puede excluir a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, de la autoría del delito, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aún en dicho caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del CP deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia. Por otra parte, el argumento empleado por el recurrente relativo al conocimiento de las normas que resulten de aplicación es evidentemente innane si tenemos en cuenta el principio general proclamado por el artículo 6.º 1 del Código Civil (CC), según el cual la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, ello con independencia del juego del error ex artículo 14 del CP, lo que no es el caso como con contundencia argumenta la Sala Provincial (fund. jur. cuarto)».

También, en idéntico sentido, se pronuncia la Sentencia de la AP de Málaga de fecha 26 de noviembre de 2007 cuando expone lo siguiente: «la pena de inhabilitación especial, que prevé el artículo 319 como principal y no accesoria, no puede aplicarse a quienes no sean profesionales, pues carecería de sentido su imposición a un particular cuya ocupación habitual no esté relacionada con la construcción (SSAP de Cádiz de 23 de diciembre de 1999, 18 de noviembre de 1999, 11 de noviembre de 1999 [ARP 1999\5144], 20 de octubre de 1999 [ARP 1999\4036] y [ARP 1999\5694], etc.). Todo ello estaría acorde con el significado del bien jurídico protegido que es referible a las obras de importancia que no las acometen los simples particulares, pues no puede ignorarse que el Derecho Penal ha de interpretarse de forma restrictiva y debe tipificar aquellas conductas que de forma más grave atentan contra los bienes jurídicos por lo que, como dice la Sentencia de la AP de Málaga de 19 de enero de 2000 (ARP 2000 \246), se llegaría a criminalizar conductas nimias cuyos efectos pueden ser corregidas por las Autoridades Administrativas sin necesidad de conminar con una pena a nadie.

Ante esta duda que se desprende de la propia literalidad de la ley, concluye el juzgador de instancia, es claro, a su juicio que si se aceptase la tesis contraria estaríamos haciendo una interpreta-

Debe resaltarse, por último y como usualmente se hace, que existe un argumento ajeno a razones de interpretación restrictiva del artículo 319 del CP, reservándose la sanción penal para las acciones más graves y dañosas para la ordenación del territorio, acciones que, necesariamente, habrán de coincidir con aquellas actuaciones urbanísticas que requieren un mínimo potencial económico y cierta organización profesional.»

ción extensiva o *in malam partem* radicalmente prohibida en materia penal.(...) *es dudoso que en la actualidad sea la restrictiva la posición mayoritaria, debiendo recordarse que Audiencias Provinciales que inicialmente siguieron la tesis de la sentencia recurrida han cambiado su criterio* ⁶».

Cuando se habla de responsabilidad criminal debe hablarse obviamente de bien jurídico tutelado y desde luego de sujetos activo y pasivo así como de elementos que pueden y o que deben confluír para poder subsumir una determinada conducta dentro del tipo penal de que se trate.

Voy en primer lugar a hacer una somera referencia al bien jurídico objeto de tuición por parte de los preceptos penales dedicados a la materia objeto de estudio para entrar después en el elemento nuclear de mi interés, cual es lo relativo al sujeto activo y a sus especialidades en este tipo de delitos. Obviaré por cuestiones de tiempo y espacio lo relativo a las circunstancias o elementos ⁷ antes citados que pueden o que deben concurrir para la perfección delictiva.

El bien jurídico objeto de protección por parte de los tipos penales ínsitos en el Título XVI del Libro Segundo del CP no es otro que el medio ambiente entendido como un conjunto de elementos que conforman el ecosistema ensamblando por tanto el agua, el aire, la flora, la fauna y por supuesto la tierra o el suelo.

Evidentemente no debe olvidarse el reclamo que a la protección del medio ambiente realiza nuestra CE ⁸ y por lo tanto la especial delicadeza con la que el ordenamiento ⁹ debe tratar estos bienes jurídicos puesto que tal y como preceptúa el artículo 45 de la CE la sostenibilidad del medio ambiente es garantía para el desarrollo de la persona.

A dicho precepto debemos sumar la referencia contenida en el artículo 46 de la CE íntimamente relacionado con el objeto central de este estudio.

⁶ Este argumento es sostenido entre otras, por la Sentencia 112/2004, de 9 de julio, de la Sección 4.ª de la AP de Cádiz.

⁷ Uno de los grupos más emblemáticos es el formado por los llamados elementos subjetivos del tipo. Determinados ánimos que son de necesaria concurrencia para la perfección del tipo penal, el ánimo de lucro o el ánimo de vulnerar la intimidad de las personas son ejemplos valiosos de los mismos.

⁸ Reza el artículo 45 de la CE lo siguiente: «1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

⁹ La diversidad legislativa existente en materia de conservación del medio ambiente y protección del territorio, es especialmente acusada, así son de destacar las siguientes disposiciones legales:

Ley 4/89 de 27 de marzo de Conservación de Espacios Naturales y de la flora y la fauna silvestres; Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; Ley 38/72 de 22 de diciembre de Protección del ambiente atmosférico; Ley 25/64 de 29 de abril de Energía Nuclear; Ley 29/85 de 2 de agosto de Aguas; Real Decreto 439/90 de 30 de marzo por el que se aprueba el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas; Ley de Caza de 4 de abril de 1970; Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero de 1942; Ley de Infracciones de Pesca Marítima de 1 de junio de 1998; Ley de Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985; Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998.

Efectivamente nuestra Constitución reza en el artículo 46 lo siguiente: «Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La Ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio».

No obstante lo hasta aquí dicho, en el referido Título XVI del Libro Segundo del CP también se ofrece tutela legal a otra modalidad del antes mencionado bien jurídico.

En efecto, los artículos 319 y 320 del CP, que constituyen el Capítulo I del citado Título, dispensan cobertura legal al urbanismo, al régimen del suelo, a sus usos, al orden en la construcción, a la regularidad urbanística, en definitiva, a la utilización racional del suelo para garantizar una mejor calidad de vida, o lo que es lo mismo, se protege el suelo como elemento integrante de ese macro concepto de medio ambiente.

También en este sentido se pronuncia nuestra Constitución cuando reza en su artículo 47 lo siguiente: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

II. EL SUJETO ACTIVO DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA

Llegados a este punto es cuando ahora sí, debemos plantearnos una pregunta fundamental, ¿cuando hablamos de delitos contra la ordenación del territorio, estamos ante un delito especial propio, o con sujeto activo especial, o se trata por el contrario, de un tipo penal que no reclama ninguna especialidad al sujeto activo?

La respuesta la ofrece como casi siempre la propia jurisprudencia, que de forma muy acertada ha ido matizando y moderando unas primeras consideraciones, aunque algunas Audiencias¹⁰ se hayan resistido, en un momento inicial, a incorporar las nuevas orientaciones sobre la materia, hasta llegar a la solución de signo opuesto y a mi juicio la mejor, no obstante el empeño, como digo, de parte de la llamada jurisprudencia menor en mantener criterios un tanto desfasados.

Tal y como expresa el Auto de la AP de Córdoba (Secc. 2.^a), número 42/2003, de 27 de febrero, no cabe obviar el problema de la determinación del sujeto activo, esto es de determinar si nos

¹⁰ Fundamentalmente AP de Cádiz, en este sentido *vid.*, Sentencia 94/1999, de 2 de noviembre, Sentencia 7/2000, de 28 de enero, Sentencia 57/2000, de 8 de noviembre, Sentencia 61/2000, de 13 de diciembre, Sentencia 20/2001, de 14 de mayo, entre otras.

encontramos ante un delito solo de alcance a personas profesionalmente dedicadas a la promoción, construcción o dirección o ante delitos que también pueden ser cometidos por cualquier ciudadano.

En la Sentencia de la AP de Málaga número 729/2007, de 26 de noviembre, el Ministerio Fiscal en sus alegatos hace uso de las dos tesis encontradas en materia de autoría en los delitos contra la ordenación del territorio. Fundamentalmente esas posiciones se pueden reducir a dos, de una parte la *tesis extensiva*, que sostiene que cualquier persona puede ser sujeto activo del delito sobre la base de que el bien jurídico es quebrantable tanto por los profesionales como por los que no lo sean (SSAP de Alicante de 27 de diciembre de 1999 y 7 de marzo de 2000; Coruña de 26 de abril de 2000 [ARP 2000\3133], 15 de marzo de 2001 [JUR 2001\152806] y 6 de marzo de 2001 [JUR 2001\176917]) y la *tesis restrictiva*, la más extendida y la mayoritariamente aceptada, según allí se argumenta, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, tesis que encontraría apoyo en el informe del Consejo General del Poder Judicial al proyecto del Código Penal conforme al cual, «si no se acota el círculo de los sujetos activos en el ámbito de los empresarios y profesionales la esfera de las conductas punibles resulta desmesurada pues sería autor del delito el particular que por sus propios medios construye en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia o el que instala un chiringuito playero de cierta permanencia».

Sin embargo cita la misma sentencia en su fundamento jurídico segundo que es dudoso que en la actualidad sea la restrictiva la posición mayoritaria, debiendo recordarse que Audiencias Provinciales que inicialmente siguieron la tesis restrictiva han cambiado su criterio. Así, se desprende de lo que argumenta la Sentencia 112/2004, de 9 de julio, de la Sección 4.ª, de la AP de Cádiz: «Es conocida la postura que ha mantenido esta AP al respecto desde el Pleno celebrado el día 10 de mayo del año 2000. Para resolver problema tan debatido tanto en la doctrina como en la práctica forense, y frente al que difícil resultaba encontrar una solución segura y que ahuyentara toda polémica y que en el ámbito de su competencia y ante la falta de pronunciamientos sobre la materia por parte de órganos superiores, se asumiera por unanimidad que la interpretación correcta era la de considerar que el delito comentado era, a estos efectos, de naturaleza especial. Con ello se dotó de cierta seguridad en el ámbito de nuestra influencia a la interpretación del tan citado tipo. Las cosas sin embargo han cambiado. *Disponemos ya hoy de un cuerpo jurisprudencial que fuerza el cambio de criterio que, obviamente, asumimos como nuestro.* El cambio se inició con la Sentencia del TS de 26 de junio de 2001, que la sentencia de instancia recoge y que se planteó expresamente este tema litigioso, resolviéndolo *en el sentido ya apuntado de considerar común dicho delito (...)*. El criterio del TS se ha reproducido en la Sentencia de 14 de mayo de 2003, a cuyo tenor, el vocablo "promotor" no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no solo en el ámbito inmobiliario». Como resume la Sección 1.ª de la AP de Madrid en Sentencia 464/2004, de 26 de octubre, cuyo argumento hacemos nuestro, «(...) si bien el tema en cuestión ha sido objeto en ocasiones de resoluciones contradictorias, como señala la Sentencia de la AP de Burgos de 29 de marzo de 2003».

En efecto, tal y como expone la sentencia arriba analizada, la Sala Segunda del TS reconoce dicha tesis y, por lo tanto considera que el artículo 319 del CP no es de los denominados tipos penales especiales propios por cuanto no exige ninguna condición especial al sujeto activo del mismo.

Tal confirmación deriva de la Sentencia 1250/2001, de 26 de junio, de la que fue Ponente el Magistrado Excelentísimo Señor Saavedra Ruiz, y en cuyo fundamento de derecho tercero se expone lo siguiente: «El segundo de los motivos se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (CP cita por error el recurrente), en relación con el artículo 4.1 del texto sustantivo, al considerar autor a quien no reúne las características de promotor, constructor, ni técnico director de las obras efectuadas».

Se parte de la base de que el artículo 319 del CP describe un tipo –en rigor dos, el básico del párrafo segundo y el cualificado del primero, aplicado en el presente caso– de los denominados especial propio, es decir, que solo puede ser cometido por las personas que reúnan las condiciones definidas en el mismo. Por ello se sostiene la indebida aplicación de dicho precepto al ser el recurrente «simple propietario de la parcela en la que se edificó para él, sin que ostente la cualidad de promotor, técnico, ni constructor, entendidos como profesionales que incluso, por razón de su profesión y ahí está la exigibilidad de conocer y respetar la Ley Penal que les afecte, deben ser perfectos conocedores de las normas que le resulten de aplicación».

El motivo plantea la cuestión referente a *quiénes pueden ser considerados sujetos activos del delito*. A este respecto debemos señalar que ya el artículo 264 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, derogado posteriormente por la disposición derogatoria única de la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 13 de abril de 1998, se refería como personas responsables de las obras que se ejecutasen sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas, acreedoras de la correspondiente sanción por infracciones urbanísticas, al promotor, empresario de las obras y técnico director de las mismas, sin definir el alcance de dichas actividades o profesiones. También cabe citar otras normas extrapenales como son los artículos 1588 y siguientes del CC, incluidos dentro de la regulación del arrendamiento de obras y servicios, obras por ajuste o precio alzado, refiriéndose a los contratistas, arquitectos, dueño de la obra o propietarios, sin fijar tampoco las condiciones profesionales de los mismos.

Ha sido posteriormente, como aduce el Ministerio Fiscal en su informe, cuando *la Ley de Ordenación de la Edificación de 5/11/99* dedica su Capítulo III, bajo el título de «Agentes de la edificación», a fijar el contenido y habilitación de dichos profesionales, definiéndoles globalmente en el artículo octavo como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación, distinguiendo a continuación el promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios. Pues bien, *mientras que tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o 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, sin exigencia de titulación alguna*, mientras que el constructor, 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, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor. Ello significa que *solo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habi-*

lite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional. Y esta situación posterior a la entrada en vigor de la ley referida no es distinta a estos efectos a la existente con anterioridad a la misma, lo que significa 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.

Como se irá observando a lo largo de las siguientes líneas, la cuestión abordada no es en absoluto anecdótica. Con fecha 19 de octubre de 2004 el Tribunal Constitucional resolvió a través del Auto 395/2004, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad formulada por la Sección Primera de la AP de Ciudad Real.

La cuestión derivaba de un Procedimiento Abreviado tramitado en el Juzgado de lo Penal número 1 de aquella capital.

En el citado procedimiento recayó sentencia condenatoria, imponiéndose al acusado la pena correspondiente a su autoría de un delito contra la ordenación del territorio previsto en el artículo 319.2 del CP, por haber resultado debidamente acreditado que el mismo había construido una edificación no legalizable en suelo no urbanizable de protección agropecuaria, considerando, decía la resolución judicial que «... a pesar de no ser un promotor o constructor profesional, está dentro del ámbito de sujetos activos de este delito, que no queda restringido a aquellos profesionales, sino que aparece referido a cualquier individuo que lleve a cabo la promoción o construcción».

El Ministerio Fiscal y el condenado recurrieron dicha decisión en apelación.

Este último alegó, entre otras cuestiones, vulneración del artículo 25.1 de la CE, al haberse aplicado un tipo penal que podría ser inconstitucional, toda vez que ya la Sección Primera de la AP de Ciudad Real por Auto de 10 de diciembre de 2002 había planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicho precepto.

La AP de Ciudad Real planteó la cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 319.2 del CP, en relación con los artículos 9.3, 17 y 25 de la CE, basándose en que «(...) conforme al tenor literal de dicho precepto, interpretado de acuerdo con lo previsto en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuando un particular realiza una edificación no autorizable en suelo no urbanizable, cometería un delito contra la ordenación del territorio. Ello implicaría la criminalización de todas las conductas administrativas irregulares de edificación en suelo no urbanizable con independencia de la gravedad del atentado o del carácter profesional o no del autor. De ese modo, la dicción del precepto, al no determinar qué ha de entenderse por promotor, *rompe con el principio de proporcionalidad* tal como aparece en el resto de los delitos contemplados en el Título XVI del CP en los que se exige que la conducta típica esté presidida por el concepto de gravedad. E, igualmente, la política municipal de ordenación urbanística sobre calificación del suelo y la posibilidad de regularización de las edificaciones irregulares incidirían en el tipo más allá de los márgenes que el principio de seguridad jurídica implica».

Por su parte y muy acertadamente, el Ministerio Fiscal por escrito de 11 de mayo de 2004, se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, considerando «que el tipo penal no implica una quiebra de la seguridad jurídica sino el ejercicio de la función legislativa mediante la utilización de una técnica normativa admitida constitucionalmente, ya que el legislador ha definido en dicho precepto una conducta nuclear consistente en realizar una "edificación no autorizable en suelo no urbanizable", definida por un comportamiento perfectamente identificable y caracterizado por una suficiente certeza fáctica y conceptual». Destacó, además, que «es consustancial a este tipo de infracciones la utilización o referencia de normas administrativas de complemento». Igualmente, en cuanto a la eventual quiebra del principio de proporcionalidad, consideró que: «en dicho precepto no se pretende la criminalización de todas las conductas administrativas irregulares en que se construye sin licencia o fuera de los límites de la licencia sino solo de aquellas en que, además, la urbanización no es legalizable conforme a la legislación urbanística, dándose la circunstancia que en el caso de autos no se estaba siquiera ante un suelo no urbanizable común, sino de especial protección agropecuaria».

Una de las peculiaridades del asunto es que en el Auto, en cuya virtud se acuerda plantear la cuestión de inconstitucionalidad, se advierte que la cuestión no se plantea por la interpretación o alcance del ámbito de los sujetos activos descritos en el tipo penal y, especialmente, en relación con el concepto de promotor, sino por las quiebras del principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica que provoca la redacción de dicho precepto.

En concreto, como decía antes, se justifica la posible existencia de una (... quiebra del principio de proporcionalidad, en primer lugar, porque el art. 319.2 CP establece penas privativas de libertad para una conducta ilegal o irregular administrativamente que no consiste necesariamente en un atentado grave, frente al resto de conductas típicas del Título XVI del CP, que están presididas por la exigencia de la gravedad.). En segundo término, porque la criminalización prevista en el artículo 319.2 del CP solo dejaría subsistentes en el ámbito administrativo conductas calificadas como infracción leve en supuestos de falta de licencia, proyecto o algún trámite. En tercer lugar, porque el artículo 319.2 del CP, al tratarse de un tipo penal en blanco, posibilita, merced a las competencias sobre calificación del suelo de la Administración, que dos conductas no sean igualmente sancionables. En último término (... porque el art. 319.2 CP permite una reacción penal innecesaria ante infracciones de menor gravedad e, incluso, aunque se entendiera adecuada la reacción penal, la pena privativa de libertad es desproporcionada para dichas conductas).

Una vez planteada la cuestión se dio trámite al Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 14 de julio de 2004, interesando «la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por notoria falta de fundamento, argumentando que no cabe apreciar que el precepto cuestionado vulnere el principio de proporcionalidad o el de seguridad jurídica. En concreto, respecto del principio de proporcionalidad destaca, en primer lugar, que el bien jurídico protegido en el precepto cuestionado está reconocido expresamente en el artículo 47 de la CE, en cuanto a las obligaciones de los poderes públicos de ordenación del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, lo que debe ponerse en relación con el medio ambiente, bien especialmente protegido junto con los

recursos naturales en el artículo 45 de la CE, que alude al establecimiento de sanciones penales para su preservación y que, además, la pena señalada en el artículo 319.2 del CP no puede entenderse como excesiva, ya que permite al Juez su modulación atendiendo a las circunstancias del caso, así como su suspensión de acuerdo con los artículos 80 y siguientes del CP, lo que evitaría el ingreso en prisión en los supuestos en que concurran los requisitos legales para ello; y, en segundo lugar, que nada impide al legislador tipificar dichas conductas como delito y no como mera infracción administrativa en función de múltiples variables como el momento histórico, costumbres, reproche social, frecuencia de aparición, etc. Respecto del principio de seguridad jurídica destaca, en primer lugar, que no cabe establecer dudas sobre la legitimidad constitucional de los tipos penales en blanco, siempre que el núcleo esencial de la prohibición aparezca en la norma penal; y, en segundo lugar, que el tipo penal cuestionado no afectaría a la seguridad jurídica, entendida como certidumbre acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o la previsibilidad de sus efectos, en tanto que los conceptos utilizados en dicho precepto son aprehensibles por el ciudadano medio y vienen definidos no solo en la legislación autonómica sino en la estatal».

La cuestión fue inadmitida por el Tribunal Constitucional.

En la Sentencia de 30 de junio de 2005, la Sección 6.^a, de la AP de Barcelona hace suyo el argumento contrario a la consideración del artículo 319 del CP como de delito especial.

El recurrente impugnaba la resolución de instancia por falta de legitimidad pasiva.

Reza la Sentencia en el fundamento de derecho tercero: «En realidad con este motivo se viene a cuestionar la concurrencia en el acusado de los requisitos de autoría que exige el artículo 319 del CP que, como delito especial propio, constriñe la órbita de sujetos activos a aquellos en los que se verifiquen determinadas condiciones.

Debe hacerse notar que, con ocasión de esta alegación, el recurrente no solo invoca la infracción del precepto mencionado, sino también el proceso de valoración de la prueba que ha llevado al juzgador a la conclusión de que el acusado es constructor, en los términos exigidos en el tipo penal, (...). En primer lugar, es sobradamente conocida la división doctrinal y jurisprudencial en torno a la delimitación subjetiva de esta figura delictiva. En particular en relación con la cuestión de si las referencias típicas a los promotores o constructores deben vincularse con el ejercicio profesional de estas actividades, o es suficiente con que las conductas resulten verificadas por un particular no profesional.

Después de la polémica inicial, *hoy puede decirse que la tendencia se ha decantado hacia el reconocimiento de que la condición de promotor o constructor es extensible a cualquier sujeto que desempeñe de facto tales funciones, reservando, sin embargo, la calificación de técnico director a aquellos sujetos que cuenten con esta condición profesional.*

La resolución de instancia ha optado por esta última opción. La decisión se ha adoptado tras el estudio pormenorizado de la materia y aportando una justificación interpretativa lógica y razonable con apoyo en el tenor literal y en la perspectiva teleológica de protección del bien jurídico».

La Sentencia 7/2004, de 21 de enero, de la AP de Cádiz es especialmente ilustrativa a efectos de manifestar el cambio de criterio en cuanto a la consideración de sujeto activo en los delitos contra la ordenación del territorio. Un cambio de criterio que deriva de dos relevantes Sentencias del TS, la antes analizada Sentencia de 26 de junio de 2001 y la de 14 de mayo de 2003.

Otra sentencia que recoge la misma tendencia jurisprudencial es la de la Sección Primera de la AP de Madrid, número 464/2004, de 26 de octubre.

En esta meritada resolución judicial se recoge también como uno de los argumentos esgrimidos por el recurrente, la falta de la condición de promotor o constructor del acusado a efectos del artículo 319 del CP.

En dicha resolución, la Sección Primera, hace suyo el planteamiento formulado en la Sentencia de la AP de Burgos de 29 de marzo de 2003 en la que se analizaba exhaustivamente la cuestión planteada llegando a la conclusión de que debía entenderse por constructor o promotor, tanto al profesional como al que no lo es por una serie de razones entre las que se exponen las siguientes: «1.^a *La interpretación literal del art. 319 CP es clara en el sentido de que habla de "constructor" sin excepción alguna, ni matización de ningún tipo sobre que sea un constructor esporádico o dedicado profesionalmente a la ejecución de obras.* 2.^a *La interpretación teleológica (art. 3 CC) del precepto dubitado lleva a la misma conclusión, pues si de lo que se trata es de proteger el uso del suelo, conforme a las normas de ordenación urbanística; tal pretensión es aplicable a cualquier persona que construya, sea o no un profesional de la construcción. Lo protegido con el tipo penal es la regularidad urbanística y tal regularidad puede ser vulnerada por cualquier persona que construya, ya lo haga como una actividad profesional, ya lo haga como una actividad complementaria y aislada, ya tenga cualificación profesional y administrativa para construir o no la tenga.* Es evidente, que la sola inclusión del constructor profesional privaría de eficacia al precepto debatido, pues permitiría a quien no es constructor, pero es titular de un terreno, construir en la forma que tuviera por conveniente, sin someterse a la disciplina urbanística y sin serle de aplicación uno de los elementos del cumplimiento de tal disciplina, como es el artículo 319 del CP y la tipificación de las conductas contrarias a la ordenación del territorio. *Máxime cuando en muchas ocasiones son precisamente los no profesionales de la construcción quienes realizan los ataques más serios y reiterados al orden territorial.* 3.^a *En el caso concreto que nos ocupa, es claro que el acusado merece la consideración de constructor: tanto a los efectos penales del artículo 319 del CP, como a los efectos civiles del artículo 1.591 del CC y del artículo 11 de la Ley de 15 de noviembre de 1999 de Ordenación de la Edificación. Así, en un terreno propio construye, mediante la contratación de materiales y de personas que hacen el trabajo, una obra de nueva planta adherida al suelo y con una finalidad de permanencia, siendo irrelevante que esa construcción sea para el disfrute propio o que lo sea para su venta y transmisión a terceros. Lo esencial es que quien haga la obra tenga que someterse y tenga que respetar unas normas y una legalidad urbanísticas y tal obligación pesa por igual sobre cualquier constructor sea o no profesional.* El acusado era el dueño de la obra pues la contrata, la dirige y adquiere su propiedad.

Es notorio que su calificación jurídica no puede ser otra que la de constructor, que es la exigida por el precepto aplicado en la sentencia recurrida. 4.^a En cuanto al argumento de que se establece una pena de inhabilitación especial prevista en el artículo 319 del CP para la profesión u oficio (art. 45 CP) precede significar dos cuestiones: por un lado, que la pena se determina con carácter general para todas las personas referidas en el artículo 319 del CP y que incluye a los «técnicos» que, por definición, son profesiones y, por otro, que en el Código penal existen tipos penales que establecen esa pena punitiva de derechos sin que se trate de delitos especiales (arts. 192.2 y 321.1 CP); y todo ello sin olvidar que se sea o no profesional, la actividad constructiva está sujeta a criterios de autorización administrativa y ello supone una relación con la Administración que puede ser afectada por la inhabilitación prevista en el tipo penal. Asimismo, en nuestro caso en la sentencia recurrida se ha cumplido con el deber de motivación expresa que establece el artículo 45 del CP y así se recoge en el fundamento jurídico sexto. 5.^a En este sentido resultan especialmente convincentes a la Sala algunas recientes resoluciones cuyo criterio se comparte».

En este sentido se pronuncia también la Sentencia de la AP de La Coruña, sección 6.^a, de 8 de mayo de 2002 que dice: «PRIMERO. El recurrente fue condenado como autor de un delito contra la ordenación del territorio por haber realizado la pequeña construcción que se relata en los Hechos probados. Se opone en esta alzada a tal conclusión alegando que la conducta descrita en el artículo 319 del CP solo puede ser cometida por un técnico de la construcción, es decir, el promotor, el constructor o el técnico directos de la construcción o edificación. *Esta Sala ha señalado ya con reiteración (Sentencias de 7 de marzo y 26 de abril de 2000 y 6 de marzo de 2001) que el delito sobre la ordenación del territorio puede ser cometido por promotores o constructores que no se dediquen de modo habitual, profesional o empresarial a dichos cometidos, pues promotor es la persona que inicia, dirige, organiza y emplea los medios conducentes a hacer posible la construcción.* En este sentido hemos dicho también que *el tipo no establece la profesionalidad del autor como elemento delimitador de su ámbito subjetivo*; que el bien jurídico protegido es quebrantado objetivamente de igual forma sea un profesional o un constructor o promotor ocasional quien realice la conducta, siendo no menores en determinadas zonas geográficas los estragos urbanísticos causados por quienes de modo absolutamente ilegal promueven o incluso dirigen construcciones para uso propio que los generados con intervención de profesional; y por último, que el hecho de que la conducta esté castigada con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio no determina que el tipo esté previsto solo para quienes hayan hecho de la construcción o promoción inmobiliaria su profesión u oficio, ya que el Código Penal también prevé dicha pena como principal para otros delitos que no son especiales (vgr. aborto del art. 144, lesiones al feto del art. 157, delitos sobre el patrimonio histórico del art. 321, entre otros)».

Por su parte, la Sentencia de la AP de León de, Sección 2.^a, de 13 de diciembre de 2001 dice: «TERCERO. De la mencionada infracción es responsable, en concepto de autor, el acusado referido, ya que participó en los hechos en la forma que le ha quedado atribuida al relatarlos, teniendo una actuación material, voluntaria y directa en su perpetración».

Se discute por los acusados si es posible la comisión de este delito por un particular, cuestión esta que habría suscitado numerosa jurisprudencia contradictoria en nuestras Audiencias Provincia-

les. La Sentencia del TS de 26 de junio de 2001 señala que es posible considerar sujeto activo de este delito al promotor, no profesional como es Narciso, que solicita licencia municipal, y es objeto del expediente administrativo relatado en los hechos probados, lo que supone el ejercicio por el acusado de las funciones propias del propietario-promotor y por ello conducta incardinable en el precepto aplicado. *En resumen, independientemente de la profesión del acusado, actuó como promotor de la vivienda, por lo que le es de aplicación la consideración de sujeto activo del delito, pues ha de entenderse como promotor aquel que realiza las diligencias conducentes al logro de la construcción, que pueden ser previas, simultáneas o posteriores al comienzo de la construcción, sin que constituya óbice alguno la consideración expuesta en el hecho de que el artículo 319 citado castigue las conductas descritas en el mismo con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio con el carácter de pena principal, pues en el caso de proceder la condena, como en este caso, la inhabilitación lo es para promover nuevas construcciones, siendo indiferente que el autor tenga el carácter de profesional de la construcción o núm. En definitiva, el Código Penal no exige que el agente sea profesional de la construcción, bastando que el hecho se ejecute por personas que de hecho realicen las funciones propias de promoción o construcción, pues en caso contrario no se estaría tutelando el bien jurídico protegido cual es la ordenación del territorio, frente a los ataques de un promotor o constructor no profesional, y se podrían cometer los mayores atropellos contra la ordenación del territorio, lo que no sería acorde con lo pretendido por el legislador».*

Por último, las Sentencias de la AP de Valencia de 23 de octubre de 2001 y 2 de marzo de 2001 dicen en relación con este mismo particular: «SEGUNDO. El artículo 319 del Código Penal vigente, con su redacción parece referirse solamente a los promotores y constructores o técnicos directores, si bien *tales términos no deben ceñirse a quienes de manera profesional se dediquen a tal actividad*, sino que tal condición puede atribuírsele a cualquier persona física o jurídica, con tal de que, de hecho, realicen materialmente por diversas razones pues ninguna razón existe para reputar especial este delito por lo que se refiere al promotor y constructor, toda vez que de esa condición goza quien de hecho promueve o financia así como quien de hecho ejecuta construcciones no necesitando para ello tener una cualificación especial, como no sea la de poseer recursos económicos y tener conocimientos para la promoción y construcción, como tampoco debe ser considerado como delito especial por imponer como pena principal la de inhabilitación especial, toda vez que la misma está prevista para otros delitos que no son considerados especiales; no se comparte la interpretación que del sujeto activo realiza el juzgador de instancia, pues la misma conduce a que, en el supuesto de que el atentado contra la ordenación del territorio se lleve a cabo por un particular (caso que la experiencia nos demuestra que es lo más frecuente) si el bien jurídico que el precepto legal trata de proteger quedaría de esta forma sin protección, razones que conducen a considerar al denunciado como sujeto activo del delito previsto y penado en el artículo 319 del CP».

En un primer momento resulta bastante peculiar la postura mantenida por algunas Audiencias Provinciales, en concreto dos, la AP de Málaga, alguna de cuyas resoluciones ha sido citada con anterioridad, y la de Jaén.

La AP de Málaga en la Sentencia número 729/2007, de 26 de noviembre, expone la que resulta ser la nueva dirección, abandonada ya aquella en la que parecía haber encallado y cuando

la mayor parte de la jurisprudencia menor, había superado ya dicha fase de exceso de celo en la preservación de la inaplicación de la temida «analogía *in malam partem*» y en el mantenimiento a ultranza del carácter de ultima ratio del derecho penal, pese a que aquellas posturas facilitaron la multiplicación de los delinquentes urbanísticos, deshonorado mérito que hoy ya sí, puede ostentar cualquier persona.

Como decía más arriba, otra de las Audiencias Provinciales que, en un principio, mantiene una postura totalmente residual en la materia objeto de trato, es la de Jaén. Ello no obstante, dicho criterio experimenta un giro radical tras la celebración del Pleno celebrado el 19 de diciembre de 2003 en cumplimiento de la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

En Sentencia número 7/2004, de 21 de enero, la AP de Jaén resuelve el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada en instancia en la que se había recogido la doctrina o tesis sostenida por la misma AP, al considerar el delito contra la ordenación del territorio como un delito especial ante lo cual la no profesionalidad del acusado llevaba a su impunidad y por ende a su absolución.

En su fundamento de derecho primero reza dicha sentencia: «Este Tribunal, en cumplimiento de lo que en su día se acordó en Pleno de 10 de mayo de 1999, compartió el entender mayoritario de la doctrina, según la cual, estamos en presencia de un delito especial propio, en el sentido de que los sujetos activos, únicamente pueden ser los «promotores, constructores o técnicos directores», siempre que concurra una mínima profesionalidad. La jurisdicción penal, ante dicha premisa, viene obligada a construir un concepto civilista o administrativo, motivo por el cual, no se planteó la cuestión prejudicial devolutiva o invertida como propone algún autor, ya que el concepto civilista es inoficioso al venir normalmente referido a la responsabilidad decenal, mientras que el administrativo, no es planteable, en primer término, porque no estamos ante una simple criminalización de un área del derecho Administrativo, y en segundo lugar, porque en dicha rama jurídica, juega un importante papel la legislación autonómica, existiendo, disposiciones con divergentes conceptos, lo que no es aconsejable en una materia como la que nos ocupa. En definitiva, el concepto tiene que vertebrarse por la jurisdicción penal, ya que dicha rama jurídica, tiene características que aconsejan no acudir a otras jurisdicciones, pues la disciplina urbanística administrativa, puede contemplar unos parámetros más amplios que el Derecho Penal, problema frecuente, cuando se tipifican conductas que vienen a solaparse con infracciones urbanísticas que se elevan a la categoría de delito, prescindiéndose de los principios de intervención mínima y de protección fragmentaria del Derecho Penal. Se entendió así, que un mínimo rigor penal, exige concluir la reserva de la sanción penal para las acciones más graves y dañosas para la Ordenación territorial, acciones que necesariamente habrán de coincidir, con aquellas actividades urbanísticas que incluso en su promoción, requieren un mínimo potencial económico y cierta dedicación profesional, criterio restrictivo el señalado, que junto a la obligatoria imposición de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, constituye un argumento más a favor de la tesis que se sostenía, pues no se alcanza a comprender, qué sentido tendría su imposición, a quien no ejerce una mínima actividad profesional relacionada con la actividad penada.

Ahora bien, *con el criterio jurisprudencial hoy claro y contrario al indicado tras el dictado y publicación de las Sentencias de 26 de junio de 2001 y 14 de mayo de 2003, el vocablo "promotor" no es técnico sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, para denotar toda iniciativa de ese género, y no solo en el ámbito inmobiliario*, condición que sin duda ostenta el acusado, coincidiendo además con la definición auténtica de la Ley de Ordenación de la Edificación, por lo que *hemos de excluir la naturaleza de delito especial del precepto penal, argumento que recordemos, sirvió de base para el dictado del fallo hoy recurrido por el Ministerio Fiscal*».

A la vista de lo hasta aquí analizado, queda meridianamente claro que el tipo penal que describe el artículo 319 del CP no debe considerarse como uno de los denominados delitos especiales propios. Además de lo expuesto tanto por el TS como por la denominada jurisprudencia menor en resoluciones que han sido analizadas hasta aquí, citaré una más a mayor abundamiento. Esta Sentencia, también del TS, número 654/2004, de 25 de mayo, analiza lo referente al sujeto activo de los tipos penales contenidos en el artículo 321 y 322 del CP. En relación con ello se expone lo que sigue: «El artículo 321 del CP no es especial. *No exige cualidad alguna en el sujeto activo* para cometer el delito a diferencia del artículo 322 del mismo texto legal por lo que no se plantean problemas de participación de terceros, coautores, inductores, cooperadores necesarios o cómplices».

También se ha podido contrastar cómo el TS, en Sentencia número 1250/2001, de 26 de junio, antes analizada, al tratar las modalidades de sujeto activo que describe el artículo 319 del CP, esto es, promotores, constructores o técnicos directores, recalca la exigencia, tanto al proyectista como a los directores, de que estén en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante; respecto del constructor se señala la necesidad de que ostente la titulación o capacitación profesional que profesionalmente le habilite para el ejercicio de su función y finalmente al promotor no se le exige titulación alguna.

Resulta también de digna mención en relación con los particulares aquí analizados, la Sentencia del TS número 690/2003, de 14 de mayo, cuando dice del promotor lo siguiente: «La ley se limita a tomar ese concepto de una realidad preexistente en la que ya cualquiera podía promover, es decir, tomar la decisión de llevar adelante, financiándola, una obra. Porque el vocablo "promotor" no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no solo en el ámbito inmobiliario». La misma resolución sigue diciendo más adelante: «Es promotor quien construye una vivienda en terreno no edificable de su propiedad, amparado en una licencia municipal para construir una caseta para herramientas».

Así pues y para concluir, ha podido observarse cómo ha sido y sigue siendo la jurisprudencia, la que califica el artículo 319 del CP como un delito común, lo cual supone un absoluto y rotundo desbloqueo a la persecución del que se amparaba en la no concurrencia en el mismo de ciertos requisitos que lo harían merecedor de la condición de promotor o constructor.

Un paso gigantesco y definitivo en aras a la persecución y castigo de una variedad de sujeto activo que desgraciadamente, hasta no hace mucho, gozaba de una despreciable pero jurídicamente admisible impunidad.

III. LISTA CRONOLÓGICA DE LAS SENTENCIAS CITADAS

- Sentencia de la AP de Cádiz número 94/1999, de 2 de noviembre.
- Sentencia de la AP de Cádiz número 4/2000, de 24 de enero, Sección 2.^a.
- Sentencia de la AP de Cádiz número 7/2000, de 28 de enero.
- Sentencia de la AP de Cádiz número 57/2000, de 8 de noviembre, Sección 2.^a.
- Sentencia de la AP de Cádiz número 61/2000, de 13 de diciembre, Sección 2.^a.
- Sentencia de la AP de Valencia de 2 de marzo de 2001.
- Sentencia de la AP de Cádiz número 20/2001, de 14 de mayo, Sección 2.^a.
- Sentencia del TS número 1250/2001, de 26 de junio.
- Sentencia de la AP de Valencia de 23 de octubre de 2001.
- Sentencia de la AP de León de 13 de diciembre de 2001, Sección 2.^a.
- Sentencia de la AP de La Coruña de 8 de mayo de 2002, Sección 6.^a.
- Auto de la AP de Córdoba número 42/2003, de 27 de febrero, Sección 2.^a.
- Sentencia de la AP de Burgos de 29 de marzo de 2003.
- Sentencia del TS número 690/2003, de 14 de mayo.
- Sentencia de la AP de Cádiz número 7/2004, de 21 de enero.
- Sentencia de la AP de Jaén número 7/2004, de 21 de enero.
- Sentencia de la TS número 654/2004 de 25 de mayo.
- Sentencia de la AP de Cádiz número 112/2004, de 9 de julio, Sección 4.^a.
- Auto del TC número 395/2004, de 19 de octubre.

- Sentencia de la AP de Madrid número 464/2004, de 26 de octubre, Sección 1.^a.
- Sentencia de la AP de Barcelona de 30 de junio de 2005, Sección 6.^a.
- Sentencia de la AP de Málaga número 729/2007, de 26 de noviembre.