

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y EMPRESARIALES



TESIS DOCTORAL

**OMISIONES TÍPICAS DEL ART. 320 CP:
ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO**

Realizada por:

Valentina Ileana Dipse

Dirigida por:

Profa. Dra. Paz Mercedes de la Cuesta Aguado

Catedrática de Derecho Penal

Santander, 2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	10
INTRODUCCIÓN.....	13
INTRODUZIONE	17

PARTE I. EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

CAPÍTULO I: EL CONCEPTO DE OMISIÓN Y EL SUPRACONCEPTO GENERAL DE ACCIÓN

1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN: CUESTIONES INTRODUCTORIAS	23
2. LOS CONCEPTOS DE OMISIÓN PROPUESTOS POR LA DOCTRINA CAUSALISTA: ANÁLISIS CRÍTICO.....	25
2.1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA CAUSAL-NATURALISTA	27
2.2. LA RENORMATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA NEOKANTIANA Y LA FORMULACIÓN DEL SUPRACONCEPTO	30
2.2.1. EL CONCEPTO CAUSALISTA-VALORATIVO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA: GIMBERNAT ORDEIG	32
A. El “comportamiento pasivo” y sus elementos característicos.....	34
a) <i>La posibilidad física de actuar</i>	34
b) <i>La conciencia</i>	35
c) <i>El manejo de procesos causales</i>	35
B. La omisión, especie del “comportamiento pasivo”	35
2.2.2. CRÍTICA A LA TESIS DE GIMBERNAT ORDEIG	36
3. LOS CONCEPTOS DE OMISIÓN FORMULADOS POR LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINAL.....	38
3.1. CUESTIONES PREVIAS.....	38
3.1.1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS	39
3.1.2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL MÉTODO FINALISTA.....	42

3.2. PRIMER MOMENTO DOGMÁTICO.....	46
3.2.1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN DE WELZEL.....	46
3.2.2. CRÍTICA AL CONCEPTO DE OMISIÓN DE WELZEL	48
3.3. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO FINALISTA DE OMISIÓN	50
3.3.1. LA FORMULACIÓN CONCEPTUAL DE KAUFMANN.....	50
A. Presupuestos conceptuales y metodológicos de la dogmática de los delitos omisivos en Armin Kaufmann.....	50
B. Los conceptos prejurídicos de omisión y de comportamiento humano.....	52
3.3.2. CRÍTICA A LA FORMULACIÓN CONCEPTUAL DE ARMIN KAUFMANN	56
A. Crítica a los presupuestos conceptuales y metodológicos.....	56
B. Crítica los conceptos prejurídicos de omisión y conducta	59
CONCLUSIONES PROVISIONALES	63

CAPÍTULO II: LA OMISIÓN COMO FORMA DE REALIZACIÓN TÍPICA

1. LA DOCTRINA FUNCIONALISTA: INTRODUCCIÓN	70
2. EL CONCEPTO DE OMISIÓN FORMULADO POR SILVA SÁNCHEZ.....	75
2.1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS: DISTINCIÓN ENTRE “CONDUCTA Y CONTENIDO DE LA CONDUCTA” O “ACCIÓN Y OMISIÓN”	75
2.2. CRÍTICA AL CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA “CONDUCTA”. PLANTEAMIENTO PERSONAL.....	77
2.3. LA OMISIÓN COMO FORMA DE REALIZACIÓN TÍPICA SEGÚN SILVA SÁNCHEZ.....	85
2.4. CRÍTICA AL CONCEPTO DE OMISIÓN FORMULADO POR SILVA SÁNCHEZ Y PLANTEAMIENTO PERSONAL.....	88
3. POSICIÓN PERSONAL.....	92
4. LOS DELITOS DE OMISIÓN	98
4.1. LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA O PURA Y LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA O DE COMISIÓN POR OMISIÓN	98
4.2. EL TIPO (DOLOSO) DE OMISIÓN PURA	102
4.2.1. EL TIPO OBJETIVO	103
A. Situación típica.....	103
B. Ausencia de la acción exigida por la norma jurídico-penal.....	104

C. Capacidad actual para realizar la acción exigida por la norma jurídico-penal	105
4.2.2. TIPO SUBJETIVO	107
CONCLUSIONES PROVISIONALES	108

PARTE II. EL DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA

CAPÍTULO III: SOBRE EL DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA Y SU INCIDENCIA EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS	117
1.1. BREVE REVISIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 320 CP	117
1.2. ENCUADRE GENERAL DEL ARTÍCULO 320 CP	122
2. LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA DEL DERECHO PENAL.....	125
2.1. GRADOS Y FORMAS DE ACCESORIEDAD.....	129
2.2. FÓRMULAS DE REENVÍO: LEYES PENALES EN BLANCO Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO	133
2.2.1. LEYES PENALES EN BLANCO Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO: CRITERIOS DIFERENCIADORES.....	138
2.2.2. CUESTIONES TÉCNICAS Y POLÍTICAS RELATIVAS A LA TÉCNICA DE LA LEY PENAL EN BLANCO.....	144
2.2.3. LOS REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE CONDICIONAN LA ADMISIBILIDAD DE LA LEY PENAL EN BLANCO COMO TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN	148
2.2.4. REQUISITOS PARA LA REMISIÓN Y ELEMENTOS NORMATIVOS	152
2.3. LEYES PENALES EN BLANCO Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO: POSICIÓN PERSONAL	154
3. LA RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO URBANÍSTICO EN EL ART. 320 CP	160
4. APROXIMACIÓN AL DERECHO URBANISTICO ESPAÑOL: COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS	165

4.1. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS: EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO URBANÍSTICO.....	166
4.2. COMPETENCIAS EJECUTIVAS: PLANEAMIENTO, GESTIÓN Y DISCIPLINA URBANÍSTICA	170
5. FACTORES QUE FAVORECEN LA APARICIÓN DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL SENO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y JUSTIFICAN LA INTERVENCIÓN PENAL.....	180
CONCLUSIONES PROVISIONALES	184

CAPÍTULO IV: LO PROTEGIDO POR EL ART. 320.1 CP

1. ¿QUÉ PROTEGE EL ART. 320.1 CP?	198
1.1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS.....	198
1.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	207
1.2.1. EL CARÁCTER PLURAL DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ART. 320 CP	208
A. El correcto funcionamiento de la Administración Pública y la ordenación del territorio como bienes jurídicos protegidos por el art. 320.1 CP	210
B. El correcto funcionamiento de la Administración Pública, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente como bienes jurídicos protegidos por el art. 320.1 CP.....	215
1.2.2. EL CARÁCTER ÚNICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEDIGO EN EL ART. 320.1 CP	219
A. El objeto de tutela del art. 319 CP como bien jurídico protegido por al art. 320 CP.....	220
B. El correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP.....	224
1.2.3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CARÁCTER PLURAL DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 320.1 CP.....	226
A. Aclaraciones previas.....	226
B. Pluriofensividad del art. 320.1 CP: “correcto ejercicio de la función pública” y “ordenación del territorio”. Consideraciones críticas.....	228
C. Crítica a la postura según la cual lo protegido por el art. 320.1 CP es el correcto funcionamiento de la Administración pública, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente.....	237
1.2.4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CARÁCTER ÚNICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 320.1 CP	241
A. Críticas a la tesis según la cual lo protegido por el art. 320. 1 CP se corresponde con lo protegido por el art. 319 CP	241

B. Críticas a la tesis según la cual el bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP es el correcto funcionamiento de la Administración Pública	244
2. TOMA DE POSTURA LO QUE DE FACTO PROTEGE EL ART. 320.1 CP	246
CONCLUSIONES PROVISIONALES	251

CAPÍTULO V: ESTRUCTURA TÍPICA DE LAS CONDUCTAS OMISIVAS DEL ART. 320.1 CP

1. SUJETOS ACTIVOS	261
1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS	261
1.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES: FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y AUTORIDADES	264
1.2.1. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO	264
A. El concepto de “función pública”	267
B. La “participación” (en la función pública)	271
C. El título habilitante	272
1.2.2. EL CONCEPTO PENAL DE AUTORIDAD	275
1.3. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS: AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMPETENTES PARA REALIZAR INSPECCIONES URBANÍSTICAS	278
2. SILENCIAR LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE ORDENACIÓN O URBANÍSTICAS VIGENTES	286
2.1. SITUACIÓN TÍPICA	286
2.1.1. “SILENCIAR”	287
2.1.2. LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA SITUACIÓN TÍPICA	289
A. “Con motivo de inspección”	289
B. Objeto de las inspecciones urbanísticas	291
C. La infracción de las normas de ordenación del territorio y urbanísticas vigentes	292
2.2. ACCIÓN ESPERADA	296
2.3. CAPACIDAD GENERAL Y ESPECIAL DE ACCIÓN	297
3. OMITIR LA REALIZACIÓN DE INSPECCIONES OBLIGATORIAS	298
3.1. SITUACIÓN TÍPICA	299
3.1.1. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LAS INSPECCIONES	300
3.2. ACCIÓN ESPERADA	303

3.3. CAPACIDAD GENERAL Y ESPECIAL DE ACCIÓN	303
4. ESTRUCTURA TÍPICA.....	304
5. ELEMENTO SUBJETIVO	305
CONCLUSIONES PROVISIONALES	307

CAPÍTULO VI: LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO PÚBLICO EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y URBANISMO EN RUMANÍA

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS	317
2. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO URBANÍSTICO RUMANO.....	318
3. EL CONCEPTO DE DELITO EN EL SISTEMA PENAL RUMANO.....	321
3.1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL RUMANO.....	321
3.2. EL CONCEPTO DE DELITO EN LA LEGISLACIÓN PENAL RUMANA.....	325
3.2.1. SOBRE LA DEFINICIÓN DE DELITO EN EL CPRO DE 1969	326
3.2.2. DEFINICIÓN DE DELITO EN EL CPRO DE 2009.....	328
3.2.3. EL CONCEPTO DE DELITO EN LA DOCTRINA PENAL RUMANA	331
A. La Tipicidad y su relación con <i>vinovăția</i>	332
B. La Tipicidad: toma de postura	336
C. <i>Vinovăția</i>	338
a) <i>Posición tradicional en torno al concepto de vinovăție</i>	338
b) <i>Vinovăția en al CPRO de 2009</i>	339
D. <i>Vinovăția</i> : toma de postura.....	343
E. La Antijuridicidad en el CPRO de 2009. Especial referencia al estado de necesidad	345
a) <i>El “interés general” como objeto de la acción salvadora</i>	348
b) <i>“El interés general”: toma de postura</i>	351
F. Imputabilitatea	352
G. A modo de recapitulación.....	355
4. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO FUNCIONAL	358
4.1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS	358
4.2. <i>INFRAȚIUNEA DE ABUZ ÎN SERVICIU DEL ART. 297.1 CPRO DE 2009:</i> ESTRUCTURA TÍPICA	362
4.2.1. TIPICITATEA	362

A. Bien jurídico protegido.....	363
B. Sujeto activo.....	364
C. Sujeto pasivo	367
D. Conductas típicas	369
4.2.2. <i>FORMA DE VINOVĂȚIE</i>	371
4.2.3. CUADRO COMPARATIVO.....	372
CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	374
CONCLUSIONES FINALES.....	382
CONCLUSIONI FINALI	416
BIBLIOGRAFÍA	452

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art./arts.	artículo/artículos
CA/CAAA	Comunidad Autónoma/Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
Cit.	Citado
CP	Código Penal
CPRO	Código Penal Rumano
CRO	Constitución Rumana
CROTU	Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo (de Cantabria)
EA/EEAA	Estatuto de Autonomía/Estatutos de Autonomía
ed.	edición
Ed.	Editorial
ej.	ejemplo
FJ	Fundamento Jurídico
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

LO	Ley Orgánica
LOTRUSCA	Ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
N.º	Número
Núm.	Número
Pág./Págs.	Página/Páginas
PGOU	Plan General de Ordenación Urbana
RD	Real Decreto
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Sig.	Siglo
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TRLS	Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo
TRLSRU	Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana

TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
Vid.	<i>Vide</i> (lat.) / véase
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El delito de prevaricación urbanística contenido en el art. 320 CP, fue introducido por primera vez en nuestro Derecho penal por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código penal*; la ley que aprobó un nuevo Código penal para la democracia española. El delito de prevaricación urbanística se enmarca en la lucha contra la corrupción generada por la tolerancia, cuando no participación, de autoridades y/o funcionarios públicos en actuaciones urbanísticas ilegales.

Desde su introducción en el Código penal, el delito de prevaricación urbanística ha permanecido inalterado hasta el año 2010 cuando fue reformado por LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo dos novedosas modalidades omisivas típicas. Estas novedosas modalidades omisivas de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP nacieron con una clara vocación de combatir la inactividad de autoridades y funcionarios públicos encargados de velar por la legalidad urbanística y que, por falta de interés o/y medios permitieron la generalizada indisciplina urbanística que ha traído nefastas consecuencias para el orden económico, ambiental, fiscal y político, menoscabando, incluso, la credibilidad del Estado español frente a la comunidad internacional.

Después de veinte años de vigencia, la virtualidad de aquellas novedosas modalidades omisivas de prevaricación urbanística se ha mostrado más bien simbólica que real y ello no es de extrañar en vista de la problemática que plantea la estructura típica de las conductas prevaricadoras omisivas del art. 320.1 CP.

Las modalidades omisivas de prevaricación urbanísticas del art. 320.1 CP, tampoco han generado estudios doctrinales específicos. La doctrina que, con

mayor o menor alcance, las aborda lo hace de forma tangencial, de modo que, no existe un estudio doctrinal de referencia.

En vista de la nula aplicabilidad judicial y el escaso interés doctrinal que han despertado las conductas típicas omisivas del art. 320.1 CP y de los efectos criminógenos que genera la ley promulgada y no aplicada, la presente investigación pretende abordar, desde una perspectiva dogmática, el análisis de las cuestiones más trascendentales que el delito omisivo de prevaricación urbanística suscita, con el propósito de identificar los problemas dogmáticos y, quizás, también, político-criminales que anulan su virtualidad práctica:

El estudio y la reflexión sobre un concreto tipo penal y, específicamente, sobre tipos penales inéditos y novedosos en un Ordenamiento Jurídico y que, además, no cuentan con tipos de referencia en Derecho comparado, como sucede con las omisiones típicas previstas en el art. 320.1 del Código penal español, exige reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la omisión. A estas cuestiones se dedicarán los primeros dos Capítulos de la presente investigación.

A continuación, el Tercer Capítulo, con el objetivo de identificar los posibles factores extrínsecos al Derecho penal y que se derivan de la propia estructura del primer Orden de protección de la legalidad urbanística, al que el penal se encuentra conectado por una relación de accesoriedad, se dedica al estudio del sistema urbanístico español, abordando su sistema de fuentes y el reparto competencial.

En el Cuarto Capítulo, se acometerá una revisión crítica de las diversas posturas doctrinales formuladas en relación con el bien jurídico protegido en el art. 320.1 CP; posturas que, no obstante, parten de un presupuesto común y es afirmar que lo protegido por el art. 320.1 CP es un bien jurídico. Si, como nosotros creemos, lo protegido por el referido precepto no es un bien jurídico protegible -

por carecer de la materialidad necesaria para ejercer de límite al *Ius Puniendi* del Estado-, cabe preguntarse en qué medida es legítima la intervención penal en relación con el delito que nos ocupa. A estas cuestiones, pues, se dedicará el Cuarto Capítulo.

El Quinto Capítulo se dedicará al análisis de la estructura típica de las modalidades omisivas de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP. Así, teniendo en cuenta que la inspección urbanística es una potestad que se encuentra regulada en las diversas Leyes autonómicas de ordenación del territorio y el urbanismo, en primer lugar, se determinará quienes son los posibles sujetos activos de las omisiones típicas del art. 320.1 CP. Posteriormente, se analizarán los elementos que conforman la situación típica y su adecuación a las exigencias que se derivan del principio de legalidad. Asimismo, la configuración de las conductas típicas como de mera inactividad requerirá un pronunciamiento acerca de la propia estructura típica del delito de prevaricación omisiva del art. 320. CP.

Finalmente, en el Sexto y último Capítulo, se investigará acerca de la posibilidad de exigir responsabilidad penal al funcionario público por conductas contrarias a las normas de ordenación del territorio y urbanísticas en Rumanía. A tales efectos se va a realizar un estudio de Derecho Comparado funcional, ya que en el Derecho penal rumano no existe una figura delictiva similar al delito de prevaricación urbanística del art. 320 del Código penal español. Con ello se tratará de confrontar dos Ordenamientos Jurídicos –español y rumano- que afrontan, desde distintos presupuestos de política criminal, problemas comunes a ambos.

En definitiva, nos encontramos ante unas modalidades típicas que plantean importantes problemas de aplicación. Por un lado, vamos a tener que conjugar algunos de los problemas dogmáticos más importantes relacionados

con la estructura típica de los delitos omisivos y, sobre todo, con la cada vez más frecuente y latente presencia de infracciones de deber que se ocultan tras aparentes bienes jurídicos. Junto a ello, hemos tratado de revisar en qué supuestos podrían ser aplicables y a lo que hemos llegado es a constatar la presencia de incomprensibles lagunas de punibilidad que convierten la aplicación de estos tipos penales en discriminatorios para los escalafones más bajos y privilegiados para las autoridades que tiene que controlar el cumplimiento de los deberes infringidos.

La absoluta carencia de estudios específicos en la materia convierte esta tesis y estos planteamientos en, efectivamente, muy arriesgados. Hemos procurado, no obstante, que sea la racionalidad y la aplicación estricta de las reglas dogmáticas las que nos guíen en este camino.

INTRODUZIONE

Il delitto di prevaricazione urbanistica, previsto e punito dall'art. 320 CP, fu introdotto per la prima volta nel nostro diritto penale dalla LO (*Ley Orgánica*) 10/1995, del 23 novembre: l'atto normativo con il quale venne emanato un nuovo codice penale per la democrazia spagnola. Il delitto di prevaricazione urbanistica si iscrive nell'ambito della lotta contro la corruzione generata dalla tolleranza – se non finanche complicità – di attività urbanistiche illegali da parte delle autorità e/o dei funzionari pubblici.

A partire dalla sua introduzione nel codice penale, il delitto di prevaricazione urbanistica è rimasto inalterato fino all'anno 2010, quando fu riformato dalla LO 5/2010, del 22 di giugno, che introdusse due innovative modalità omissive tipiche di condotta. Queste innovative modalità omissive di realizzazione della prevaricazione urbanistica dell'art. 320.1 CP nacquero al precipuo intento di contrastare l'inattività di autorità e funzionari pubblici incaricati di preservare la legalità urbanistica e che, per mancanza di interesse e/o strumenti, permettessero la generalizzata indisciplinazione urbanistica che ha comportato nefaste conseguenze per l'ordine economico, ambientale, fiscale e politico, giungendo a danneggiare altresì la credibilità dello Stato spagnolo di fronte alla comunità internazionale.

Trascorsi venti anni dall'entrata in vigore del reato *de quo*, l'impatto applicativo reale di quelle innovative modalità omissive di prevaricazione urbanistica è stato nullo, e l'efficacia delle stesse – pertanto – più simbolica che reale. Ciò, peraltro, non deve sorprendere se si considerano le criticità derivanti dalla configurazione tipica delle condotte di prevaricazione omissive contemplate dall'art. 320.1 CP.

Le modalità omissive di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320.1 CP, inoltre, non sono state oggetto di corpose analisi accademiche *ad hoc*. La dottrina che, con minore o maggior grado di approfondimento, si è occupata delle suddette lo ha fatto nel quadro di opere dedicate precipuamente ad altri temi specifici, di modo che non è rintracciabile uno studio dottrinale penalistico specifico di riferimento.

Alla luce della non applicazione giurisprudenziale, dello scarso interesse dottrinale destato dalle condotte omissive tipizzate nell'art. 320.1 CP, e degli effetti criminogeni indubbiamente generati dalla legge entrata in vigore ma non applicata, la presente ricerca si propone di affrontare, in una prospettiva dogmatica, l'analisi delle questioni maggiormente rilevanti che riguardano il delitto omissivo di prevaricazione urbanistica. Ciò al fine di enucleare le problematiche dogmatiche e, se del caso, altresì quelle politico-criminali che hanno determinato la totale disapplicazione pratica delle fattispecie penali *de quibus*.

Lo studio e la riflessione su di una concreta fattispecie penale, e più in particolare su figure criminose inedite ed innovative in un ordinamento giuridico e che, inoltre, non possano contare sul riferimento di reati analoghi previsti in altri sistemi penali, come succede con le fattispecie omissive tipizzate nell'art. 320.1 del codice penale spagnolo, impone senz'altro di procedere ad una riflessione sulla natura giuridica dell'omissione. A tali questioni si dedicheranno, pertanto, i primi due capitoli della presente ricerca.

In seguito il terzo capitolo, con la finalità di enucleare i possibili fattori estrinseci al diritto penale e che derivano dalla strutturazione della prima disciplina di protezione della legalità urbanistica, alla quale la normativa penale si trova connessa in una relazione di accessorietà, sarà incentrato sullo studio del

sistema urbanistico spagnolo, approfondendo il suo sistema di fonti e la ripartizione delle competenze.

Nel quarto capitolo, poi, si procederà ad una revisione critica dei diversi orientamenti dottrinali elaborati in tema di bene giuridico tutelato dal delitto di cui all'art. 320.1 CP; teorie che, ad ogni modo, partono da un presupposto comune dato dal sostenere che ciò che tuteli la fattispecie dell'art. 320.1 CP sia effettivamente un bene giuridico. Se, come invece noi riteniamo, l'interesse protetto dal menzionato articolo non è un bene giuridico tutelabile – per carenza della materialità necessaria per configurarsi come limite allo *ius puniendi* dello Stato – occorre dunque domandarsi in quale misura sia legittimo l'intervento penale in relazione al delitto in commento. A tale assunto, pertanto, si dedicherà proprio il quarto capitolo.

Nel quinto capitolo, per converso, si procederà all'analisi della struttura tipica delle modalità omissive di prevaricazione urbanistica previste dall'art. 320.1 CP. Di tal guisa, tenendo presente che l'ispezione urbanistica è una potestà che è disciplinata dalle diverse normative delle comunità autonome in materia di pianificazione del territorio e urbanistica, si determinerà anzitutto quali siano i possibili soggetti attivi delle condotte omissive tipizzate dall'art. 320.1 CP. Successivamente, si analizzeranno gli elementi che configurano la situazione tipica, e la loro adeguatezza rispetto alle esigenze correlate al principio di legalità. In tal modo, la configurazione delle condotte tipiche come di mera inattività richiederà una valutazione relativa alla stessa struttura tipica del delitto di prevaricazione omissiva di cui all'art. 320.1 CP.

In conclusione, nel sesto e ultimo capitolo si procederà ad un approfondimento di diritto comparato sulla possibilità di configurare, nell'ordinamento della Romania, una responsabilità penale del funzionario pubblico fondata sulla realizzazione di condotte contrarie alle norme di

pianificazione del territorio e urbanistiche ivi vigenti. A tali effetti, si procederà ad uno studio comparatistico funzionalmente orientato, posto che nel diritto penale romeno non è prevista un illecito penale simile al delitto di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320 del codice penale spagnolo. Si cercherà dunque di confrontare due ordinamenti giuridici – quello spagnolo e quello rumeno – che affrontano, partendo da distinti presupposti di politica criminale, problematiche comuni a entrambi.

In definitiva, ci si trova dinnanzi a delle modalità tipizzate di condotta che pongono rilevanti criticità applicative. Da un lato, ci si dovrà confrontare con alcuni dei problemi dogmatici più importanti riguardanti la struttura tipica dei reati omissivi e, soprattutto, con la sempre più frequente – e latente – presenza di violazioni di doveri occultate dietro apparenti beni giuridici. Accanto a ciò, si cercherà di individuare le costellazioni di ipotesi concrete alle quali potrebbero essere applicabili siffatte fattispecie delittuose, e si pervenirà a constatare la presenza di incomprensibili lacune della punibilità che rendono l'applicazione dei reati *de quibus* discriminatoria per i funzionari di rango meno elevato, e privilegiata per le autorità che debbano vigilare sull'ottemperanza ai doveri violati.

La totale assenza di studi specifici in materia conferisce a questa tesi e queste posizioni dogmatiche un profilo di rischio innegabile. Si tenterà però, ciò nonostante, di completare questo percorso teorico guidati dalla razionalità e dalla stretta applicazione delle regole dogmatiche.

**PARTE I: EL CONCEPTO DE
OMISIÓN EN LA TEORÍA
GENERAL DEL DELITO**

**CAPÍTULO I: EL CONCEPTO
DE OMISIÓN Y EL
SUPRACONCEPTO GENERAL
DE ACCIÓN**

1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN: CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Quién se aventura a estudiar la omisión penal se enfrenta a dos problemas fundamentales -decía SPASARI- el conceptual, por un lado, y el sistemático, por otro¹; cuestiones, por lo demás, íntimamente relacionadas por cuanto la ubicación sistemática de la omisión dependerá del concepto de omisión que se adopte.

El concepto dogmático de omisión se ha comportado históricamente como un concepto dinámico, cuyo significado y contenido ha evolucionado parejo al desarrollo de la Teoría de la acción² y de la Teoría del delito. La evolución conceptual de la omisión ha venido marcada, pues, por la evolución conceptual de la acción, a la que, a partir del sistema jurídico penal diseñado por VON LISZT³, se le atribuyó un lugar fundamental en el concepto del delito, erigiéndose en elemento básico del mismo⁴. La evolución, “en segundo plano”, de la omisión

¹ SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Ed. Dott.A. Giuffrè, Milano, 1957, pág.3.

² Pues, tal como afirma SCHUNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, (traducido por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 39, dado que “omitir” es un verbo transitivo y lo que se omite es siempre una acción, “la controversia abierta entorno al concepto de acción continúa en el concepto de omisión”.

³ Vid. VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal* (traducción de 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña), Ed. Reus, Madrid, págs. 297-319.

⁴ Según, RADBRUCH G., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, (traducción directa del alemán y notas por Guzmán Dálbora, J. L.), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pág. 117: “[l]a acción hizo su entrada en el sistema del Derecho penal [por la puerta de la imputación!” y de la mano de los hegelianos, no fue hasta la llegada del clasicismo cuando a la acción se le asigna un significado penal autónomo en la teoría del delito. En el mismo sentido vid. ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La*

con respecto a la acción tuvo importantes repercusiones en la Teoría del delito, pues tal como advierte RODRIGUEZ MOURULLO, “al principio estuvo la acción”⁵ y ello determinó el devenir de la Teoría general del delito, por cuanto, la misma fue construida en base a un prototipo indiscutible: el delito activo (doloso)⁶. Consecuentemente, cuando la Doctrina empezó a interesarse por la omisión lo hizo desde la óptica y desde las reglas de la Teoría general del delito activo doloso. Sin embargo, pronto se observó que, debido a las diferencias estructurales existentes entre las dos formas de aparición del hecho delictivo, la aplicación de las reglas del delito activo al delito omisivo resultaba insatisfactoria. Para salvar ese escollo dogmático, la Doctrina planteó dos posibles vías de solución: a) una que propugnaba la formulación de un concepto general de acción⁷, es decir, una unidad conceptual común, previa a la Tipicidad, capaz de aunar bajo su manto tanto al hacer (en cuanto conducta comisiva dotada de realidad ontológica) como al omitir (conducta omisiva desprovista de materialidad en el plano ontológico)⁸; y, b) otra, mucho más modesta, que

estructura de la teoría del delito, (traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña, D. M./Díaz y García Conlledo, M. y Vicente Remesal, J.), Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 235-236.

⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág.8.

⁶ Vid. GÓMEZ PAVAJEAU, C. A., “Intervención y omisión”, en *Derecho Penal y Criminología*, Núm. 25, Vol. I, pág. 81.

⁷ Entre los que los seguidores de esta línea doctrinal destacan: VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, cit., pág. 297; JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I*, cit., pág. 291; MEZGUER, E., *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1990, pág.118; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2013, págs. 11-13; WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán* (traducción de la 11ª ed. alemana por Bustos Ramírez, J. y Yáñez Pérez, S.), 4ª ed. castellana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pág. 38; KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, (traducción de la 2ª ed. alemana, Gotinga, 1980, por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J.L.), cit., pág.100, etc.

⁸ Según Bonini, mientras la acción es una realidad espacial, la omisión es una realidad solo temporal, ya que no se proyecta en el espacio, sino en el tiempo. BONINI, G., *L'omissione nel reato*, Ed. Fratelli Bocca, Milano, 1947, pág. 11.

propugnaba abordar la acción y la omisión como formas (diferentes) de realización típica, renunciando, pues, a cualquier pretendida unidad conceptual.

2. LOS CONCEPTOS DE OMISIÓN PROPUESTOS POR LA DOCTRINA CAUSALISTA: ANÁLISIS CRÍTICO

Objetivo comúnmente compartido por la Doctrina de signo causalista es el de la búsqueda de un supraconcepto de acción capaz de integrar tanto a la acción como a la omisión, bajo cualquiera de los títulos que pueda interesar al Derecho penal -dolo o imprudencia-.

La ventaja de formular un supraconcepto de acción es que permitiría trasladar la Teoría general del delito -desarrollada sobre la base del delito comisivo doloso- al delito omisivo⁹. Pero, para que eso sea posible, el supraconcepto o concepto general de acción debe de integrar todas las formas de aparición del hecho delictivo -cumpliendo, en este sentido, una función de clasificación¹⁰- y, además, debe reunir los siguientes requisitos: neutralidad, sustancialidad y exclusividad, pues, de lo contrario, perdería su vocación de elemento básico del sistema del delito.

⁹ Ya sea a través de la genuina teoría del *aliud agere*, ya sea recurriendo a la Teoría de la equivalencia.

¹⁰ Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. I, cit., pág. 291.

De modo que, para que el concepto de acción esté en condiciones de erigirse en concepto básico del sistema del delito y elemento de engarce o unión para con las categorías dogmáticas que lo integran, debería de ser neutral (neutralidad) frente al Tipo, la Antijuridicidad y la Culpabilidad¹¹, pero “poseer el suficiente contenido material”¹² (sustancialidad) como para que al mismo pudieran ir referidos los juicios valorativos de dichas categorías dogmáticas; y, finalmente, debería hacer referencia exclusivamente (exclusividad) a actos humanos que interesen al Derecho penal, excluyendo, pues, “de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso pueden poseer relevancia jurídico-penal”¹³.

En esta ambiciosa empresa de formular un supraconcepto de acción destinado a constituirse en elemento básico del sistema del delito se embarcan la Doctrina Clásica y Neoclásica, de cuya revisión, a continuación, nos vamos a ocupar.

¹¹ Según, ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pág.234, para cumplir con la exigencia de neutralidad, el concepto “no puede incluir en su seno ningún elemento de los que solo se le deben añadir como atributos en los ulteriores escalones valorativos, ya que el «significado sistemático» que le corresponde a la acción como «elemento de unión» resulta perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí.”

¹² Esta sería, según Jescheck, una función de definición del concepto de acción. Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. I, cit., pág.291.

¹³ Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Vol. I, cit., pág. 291.

2.1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA CAUSAL-NATURALISTA

El concepto de acción y, por ende, el de omisión, tenían escasa importancia para la Teoría del delito del Derecho Común, que giraba en torno al concepto de imputación¹⁴. “El moderno concepto de acción es el producto de una evolución muy paulatina en la ciencia del Derecho penal del sig. XIX”¹⁵. Así, bajo el imperio de la Teoría clásica, la acción dejaba de situarse en un plano secundario para erigirse en concepto fundamental del sistema del delito¹⁶. El protagonismo doctrinal que experimentó el concepto de acción y, por ende, el de omisión durante el Sig. XIX, con respecto a épocas anteriores, puso de manifiesto “la necesidad de establecer de nuevo, desde el principio, los fundamentos de la punibilidad de las omisiones”¹⁷.

Con el objetivo de lograr la unidad conceptual (entre acción y omisión) y sistemática, la Doctrina causal-naturalista formuló un concepto de omisión en referencia al de acción, es decir, enunciando en primer término el concepto de acción y formulado el de omisión en referencia a los elementos característicos del de acción. Así, para VON LISZT, la acción consistía en un movimiento corporal

¹⁴ Vid. por todos, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I*, cit., pág. 272; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs.32-36.

¹⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pág.235.

¹⁶ Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I*, cit., pág. 274.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pág.4.

causante de una modificación en el mundo exterior¹⁸, en tanto que la omisión radicaba en la no evitación de una modificación del mundo exterior por medio de una conducta voluntaria¹⁹. Este concepto de omisión -que integraba, junto al de acción, el supraconcepto de “conducta” o “manifestación de la voluntad”²⁰- presentaba, no obstante, un principal e insalvable escollo: la imposibilidad de explicar la “causalidad omisiva” en términos naturalísticos o, siquiera, en términos de equivalencia. Así lo corroboraba posteriormente el propio VON LISZT al reconocer que la Doctrina causal-naturalista no lograba explicar la esencia de la omisión, ya que lo característico de la omisión es, precisamente, que en ella falta un impulso corporal de la voluntad causante de una modificación en el mundo exterior²¹.

Pero la imposibilidad de explicar la esencia de la omisión no fue el único inconveniente del que adolecía el concepto de omisión formulado por VON LISZT, pues era un concepto “fragmentario” (no general) en el que no tenían cabida ni las omisiones puras ni las omisiones cometidas con culpa inconsciente²². No tenían cabida las omisiones puras en la medida en que carecían de resultado típico -y, por tanto, de una relación de causalidad-. Por su parte, las omisiones realizadas con culpa inconsciente quedaban fuera de este concepto porque, precisamente, lo que les caracterizaba era la ausencia de voluntariedad.

¹⁸ Vid. VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, cit., pág.304.

¹⁹ Según, VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, cit., pág.314, “la omisión consiste en no impedir, voluntariamente, el resultado”.

²⁰ Vid. VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, cit., pág.297.

²¹ Vid. Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I*, cit., pág. 274.

²² Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, Ed. Civitas, 1984, Madrid, pág.52.

Consecuentemente, la formulación del supraconcepto de acción, construido sobre elementos comunes a ambas formas de conducta, resultó infructuosa, pues, como afirmaba RADBRUCH, “tan cierto como que no se puede poner “a” y “no-a”, posición y negación, bajo un concepto superior, así tampoco es posible plegar juntas acción y omisión en un concepto semejante, llámese acción, conducta humana o como fuere”²³.

Advertidas las dificultades del causal-naturalismo para explicar la esencia de la omisión y para formular el supraconcepto de acción, el propio VON LISZT, recurriendo a elementos valorativos (manteniendo, sin embargo, la causalidad como elemento integrante de la acción), redefinía la omisión como “la no realización de la acción esperada”²⁴. El recurso a la “expectativa” abrió así nuevas perspectivas al problema de la conceptualización de la omisión, y, en palabras de KAUFMANN, “[c]on el Tratado de V. LISZT comenzó la marcha triunfal de la Teoría de la expectativa”²⁵.

²³ RADBRUCH G., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, cit., pág. 168.

²⁴ Según VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal*, cit., págs. 315-316, “solamente hablamos de una omisión en la vida ordinaria cuando teníamos fundamento para **esperar** un acto posible de parte de una persona. Aplicando esto al orden jurídico significa, pues, que *sólo cuando un deber jurídico obliga a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo.*”

²⁵ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 70. Según la Teoría de la expectativa, en cuanto variante de la *Teoría del deber*, solamente se podrá hablar de omisión cuando se haya omitido una acción esperada, es decir, respecto de la que deriva un deber jurídico. En función de la naturaleza de la expectativa que resulta defraudada mediante la omisión, Silva Sánchez distingue hasta cinco variantes doctrinales: a) la que considera que cualquier expectativa puede fundamentar la omisión jurídico-penal, pues lo que la convierte en penalmente relevante es la espera de su realización por parte de un tercero; b) la que considera que para poder hablar de omisión en sentido jurídico-penal la acción frustrada ha de provenir de una norma social; c) la que entiende que lo que fundamenta la omisión jurídico-penal es la defraudación de una expectativa proveniente de una norma jurídica; d) para la cuarta variante, la expectativa frustrada ha de tener carácter jurídico-penal; e) por último, una quinta variante considera que, para que se pueda hablar de omisión en sentido jurídico-penal se debe haber frustrado una expectativa típicamente prevista. Sobre las variantes de la Teoría de la expectativa vid. SILVA SÁNCHEZ,

Este cambio de perspectiva supuso, en la práctica, el abandono del concepto causal-naturalista de acción en favor del concepto causal-neokantiano -referido a valores²⁶- que comportaba la renormativización del concepto de acción y de omisión.

2.2. LA RENORMATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA NEOKANTIANA Y LA FORMULACIÓN DEL SUPRACONCEPTO

Dadas las insuficiencias del causalismo naturalista para explicar la esencia de la omisión y formular el supraconcepto de acción, la doctrina neoclásica, recurriendo a elementos valorativos, definía la omisión como la no realización de una acción esperada, ubicándola, junto a la acción, en el concepto superior de “conducta humana valorizada de determinada manera”²⁷. Según MEZGUER, uno de los representantes más autorizados del neokantismo, “[e]l fundamento de todo delito de omisión lo constituye «una acción esperada»; sin esa acción *pensada* (esperada) no es posible hablar de omisión en sentido jurídico”²⁸.

J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., págs. 111-114; Vid. también, SCHÜNEMANN, B., *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*, cit., pág.40.

²⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág. 14.

²⁷ MEZGUER, E., *Tratado de Derecho Penal, Tomo I* (traducción de la 2ªed. alemana (1933) y notas de Derecho penal español por Rodríguez Muñoz, J.A.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág. 191.

²⁸ MEZGUER, E., *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, cit., pág. 233.

Conforme a esta línea doctrinal, “esperada” sería aquella acción que se deduciría de un tipo penal²⁹. Pero, si, tal como afirma SCHÜNEMANN, la definición de un concepto consiste en destacar sus elementos esenciales en referencia a un valor superior³⁰, fácilmente se puede advertir que, en realidad, esta doctrina estaba formulando un concepto de “omisión típica”³¹. El recurso a la expectativa y la formulación del concepto de omisión como “omisión típica” comportaba, de esta manera, la pérdida de neutralidad del concepto frente a uno de los elementos integrantes del sistema del delito: la Tipicidad. Consecuentemente, como efecto directo de esa *contaminación* -del concepto de omisión por la Tipicidad- se produjo el fracaso del pretendido supraconcepto de “conducta”³². Ello, sin embargo, no fue óbice, para que otros autores “causalistas” como, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, en España, siguieran apostando por la unidad conceptual.

La construcción conceptual realizada por GIMBERNAT ORDEIG merece nuestra atención de manera especial, pues, se trata de una construcción doctrinal que goza de reconocimiento, no solo dentro de las fronteras de la Dogmática nacional, sino, incluso, fuera de ellas.

²⁹ MEZGUER, E., *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, cit., págs. 190-191.

³⁰ SCHÜNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de misión impropia*, cit., págs. 50-51.

³¹ En contra, HUERTA TOCILDO, S., “¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 17, 1982, págs. 235-236, citando a Baumann, entiende, sin embargo, que “con esta referencia a la «acción esperada» y a valores, qué duda cabe de que MEZGUER está extrapolarlo el tema al terreno de la antijuridicidad, (...)”.

³² Recordemos que el supraconcepto debe de ser neutro frente a las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito, pues, de lo contrario, no sería idóneo para constituirse en elemento básico del sistema.

2.2.1. EL CONCEPTO CAUSALISTA-VALORATIVO DE OMISIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA: GIMBERNAT ORDEIG

Como ya hemos advertido, entre los conceptos de omisión de tintes causal-valorativos, en la Doctrina penal española, por su amplio reconocimiento y desarrollo, destaca el formulado por GIMBERNAT OBREIG.

El autor, tras efectuar las oportunas actualizaciones y modificaciones sobre la doctrina causal de la acción³³, formula el supraconcepto de “comportamiento” al que define como “la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es: incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien)”³⁴.

El supraconcepto de “comportamiento” (que comprende tanto al pasivo como al activo) desempeña, en la construcción de GIMBERNAT ORDEIG, una función esencialmente negativa, que consiste en excluir *ab initio* de la esfera conceptual a todos aquellos “haceres” y “no haceres” que no sean producto de la

³³ Gimbernat Ordeig, sustituye, en su construcción, la “acción querida” (propia de la doctrina causalista clásica), por la “reacción del Yo consciente y físicamente libre frente al mundo exterior”. De esta manera, esa “reacción”, comprenderá el actuar y el omitir a título de dolo, culpa o de forma mecánica. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., págs. 11-13.

³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., pág. 14.

conciencia o de la libertad física del “Yo”³⁵ –siendo el Yo “la persona como ser espiritual que se relaciona con el mundo exterior mediante el comportamiento”³⁶.

Así pues, según la tesis de GIMBERNARD ORDEIG, solamente los “no haceres” cometidos por el “Yo” consciente y físicamente libre, constituirán una reacción del “Yo” frente al mundo exterior; es decir, un comportamiento -pasivo, en este caso-. De modo que, la falta de cualquiera de los elementos que integran el supraconcepto de comportamiento- libertad física o conciencia- comportará la exclusión del acto en cuestión de la esfera conceptual.

Para GIMBERNAT ORDEIG, la omisión es una especie del género “comportamiento pasivo” que, a su vez, es una especie del *genus* “comportamiento sin más”³⁷. De tal forma que, el concepto de omisión estaría integrado por todos los elementos que integran el concepto de “comportamiento pasivo”, más la frustración de una expectativa “que sobre la base de cualquier clase de norma se esperaba que el sujeto realizara”³⁸.

³⁵ Pues, según sostiene el tratado autor, “todo delito debe ser, por lo menos comportamiento.” GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., pág. 15.

³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., pág. 8.

³⁷ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., nota (45), pág. 26.

³⁸ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., pág. 26.

A. El “comportamiento pasivo” y sus elementos característicos

En palabras del autor, el concepto de “comportamiento pasivo” es un concepto ontológico –que pertenece al mundo del “ser”- por cuanto, “abarca tanto no haceres buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no haceres malos (no dar las gracias a quién nos ha hecho un favor), como no haceres indiferentes (no sentarse en un sillón)”³⁹.

El comportamiento pasivo (especie del “comportamiento sin más”) está integrado por: el “Yo” consciente y físicamente libre manejando procesos causales, esto es: por la libertad física y la conciencia con las que el sujeto reacciona causalmente frente al mundo exterior. Así pues, los elementos que integran el concepto de comportamiento pasivo son: la posibilidad física de actuar, la conciencia y el manejo de procesos causales.

a) La posibilidad física de actuar

No habrá posibilidad o libertad física, según la tesis objeto de análisis, tanto cuando el sujeto carezca de capacidad física para realizar los movimientos corporales precisos, como cuando el sujeto carezca de los conocimientos necesarios para realizar una determinada acción, o cuando “esa acción no se pueda llevar tampoco a cabo al no permitirlo los datos objetivos de la situación”⁴⁰. De modo que, según esta construcción doctrinal, la capacidad individual y la posibilidad son elementos integrantes del concepto de “comportamiento”. Lo que significa que, al ser la omisión una especie del género

³⁹ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, ed., cit., pág. 2

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., pág. 16.

“comportamiento”, las notas de capacidad y posibilidad serán suyas también, pero su comprobación, sin embargo, se deberá llevar a cabo en un momento previo a la Tipicidad.

b) La conciencia

La conciencia faltará, según GIMBERNAT ORDEIG, cuando el “Yo” se encuentre “desconectado”. Esa “desconexión”, a la que se refiere el autor, es el producto de la afectación del “Yo” por alguna de las situaciones de inconsciencia como, por ejemplo, el sueño⁴¹. De modo que, el hecho cometido por un sujeto físicamente libre, pero “desconectado”, no será relevante para el Derecho penal por no tratarse de un “comportamiento”.

c) El manejo de procesos causales

El manejo de los procesos causales, cuando de “comportamiento pasivo” se trata, refleja la relación del “Yo” consciente y físicamente libre con el mundo exterior dejando que los procesos causales sigan su curso o que no se inicien.

B. La omisión, especie del “comportamiento pasivo”

La omisión, en cuanto especie del “comportamiento pasivo”, está integrada por todos los elementos que conforman el concepto de

⁴¹ Comportamiento consciente no es sinónimo de comportamiento querido o finalmente dirigido, aclara el autor, sino que se refiere a aquel comportamiento que es realizado por un sujeto que se encuentra en estado consciente. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., págs. 12-13.

“comportamiento pasivo” más la frustración de una expectativa normativa. “La *diferencia específica* de la omisión frente al género no hacer⁴², al que pertenece, es la de que consiste en un no hacer desvalorado”⁴³. Pero ese desvalor puede surgir tanto de una norma social, como de una moral, jurídica o jurídico-penal. De modo que, cuando la “acción determinada” y en ese sentido debida, pero no realizada, nazca de una norma jurídico-penal se estará ante una omisión típica⁴⁴.

2.2.2. CRÍTICA A LA TESIS DE GIMBERNAT ORDEIG

Esta laboriosa construcción realizada por GIMBERNAT ORDEIG no puede ser compartida en este trabajo por dos fundamentales razones. En primer lugar, porque, desde los postulados causalistas no se logra explicar la esencia de la omisión. Recordemos que, entre los elementos que integran el concepto *gimbernartiano* de comportamiento pasivo, y, por ende, de omisión, se encuentra “el manejo de procesos causales”. Según indica el autor, en la omisión, este elemento expresa la relación del “Yo” consciente y físicamente libre con el mundo exterior dejando que (los procesos causales) sigan su curso o no se inicien. Pero, si bien se observa, este planteamiento, realmente está negando la causalidad en la omisión. Pues, cuando el “Yo” deja que los procesos sigan su curso o nada hace para iniciarlos, no está “manejando” nada. El “Yo” ni es causa, ni interpone causa alguna. El “Yo”, en el caso en el que deja que el proceso causal siga su curso, se

⁴² El autor utiliza los conceptos de “comportamiento pasivo” y “no hacer” de manera indistinta para referirse a lo mismo, al *genus proximum* al que pertenece la especie “omisión”.

⁴³ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., pág. 2.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios sobre el delito de omisión*, cit., pág. 42.

limita, únicamente, a permitir que un determinado proceso causal *preexistente* se siga desarrollando, absteniéndose, por lo tanto, de manejar nada.

En segundo lugar, si lo que convierte un comportamiento pasivo en omisión típica fuera la frustración de una expectativa jurídico-penal, únicamente tendría sentido preguntarse por la capacidad de acción y la posibilidad de actuar (de un determinado sujeto) con relación a un tipo concreto –del que deriva esa expectativa– y dentro de la Tipicidad más no, como afirma el autor, de manera apriorística.

En tercer lugar, y enlazando con lo anterior, porque el supraconcepto de “comportamiento” propuesto por el autor no cumple ninguna función práctica. Recordemos que, según la tesis de GIMBERNART ORDEIG, al supraconcepto de “comportamiento” le corresponde desempeñar una función esencialmente negativa: la de excluir *ab initio* de su esfera conceptual a todos aquellos actos que no procedan de un sujeto consciente y físicamente libre. Sin embargo, en la práctica, el juez penal no puede abstenerse *ab initio* (y en abstracto) de entrar a conocer un determinado asunto so pretexto de que todo delito debe de ser, por lo menos, comportamiento. La sede en la que el juez debe depurar tal cuestión es la de la Tipicidad; allí mediante un *juicio secuencial de imputación*⁴⁵ se determinará si el hecho enjuiciado constituye o no una realización típica.

Por lo expuesto, consideramos que el concepto de “comportamiento” propuesto por GIMBERNART ORDEIG no puede erigirse en elemento básico del sistema del delito, lo que, consecuentemente, anula su valor sistemático.

⁴⁵ Esta idea es retomada y desarrollada en el epígrafe dedicado a la revisión del concepto de omisión propuesto por Silva Sánchez, vid. págs. 49-53.

Con estas críticas no osamos ensombrecer el innegable valor dogmático de la tesis propuesta por el autor, sino, todo lo más, enriquecer el debate.

3. LOS CONCEPTOS DE OMISIÓN FORMULADOS POR LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINAL

3.1. CUESTIONES PREVIAS

A diferencia de la Doctrina causalista, la Teoría de la acción final representada por WELZEL Y KAUFMANN, en vista de las diferencias estructurales existentes entre acción y omisión admiten la imposibilidad de afirmar la unidad del Sistema penal. Ello, sin embargo, no significa que renuncien también a la unidad conceptual, pues, según esta línea doctrinal –representada por los citados autores- la acción y la omisión son formas de manifestación de la conducta humana y, como tales, comparten un elemento ontológico que constituye la piedra angular del concepto superior y previo de “conducta”: la capacidad de acción.

El supraconcepto, en la Doctrina finalista, no afirma, pues, la unidad material del Sistema penal, sino que permite “trasladar, «invirtiéndoles de signo», todos los datos obtenidos en el delito comisivo”⁴⁶ al delito omisivo.

⁴⁶ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág.103.

3.1.1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

El finalismo, según afirma HIRSCH, persigue dos objetivos fundamentales, uno general o metodológico -relativo a la forma de dogmatizar-, y otro especial, dirigido a aplicar esa metodología “a un concepto central del Derecho penal: *el concepto de acción*”⁴⁷. Esta categórica afirmación admite, sin embargo, alguna matización, pues ni el finalismo fue una doctrina unitaria⁴⁸, ni sus objetivos específicos lo fueron. Así, en lo que atañe al concepto de acción, mientras que algunos finalistas -como, por ejemplo, MAURACH, se empeñaban en afirmar el carácter unitario del concepto finalista de acción -y con ello la unidad del sistema-, otros, como WELZEL y ARMIN KAUFMAN, advertidas las diferencias estructurales existentes entre acción y omisión, trataban de buscar alguna nota positiva común a ambas formas de conducta, que sirviera de base para la construcción de un supraconcepto ontológico, previo a cualquier valoración jurídica⁴⁹.

En cualquier caso, lo que sí comparte la Doctrina de la acción final, de forma unánime, es el punto de partida, es decir, los fundamentos ontológicos y presupuestos metodológicos sobre los que se asienta el sistema dogmático

⁴⁷ HIRSCH, H. J., “Acerca de la crítica al «finalismo»”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Fasc./Mes 1, 2005, págs. 6-7.

⁴⁸ Vid. GARCÍA MARTIN, L., “Discrepancias en el seno de la propia doctrina finalista”, en *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 53-61.

⁴⁹ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, Ed. Civitas, 1984, Madrid, pág.78. A estas dos orientaciones finalistas, restaría por añadir la representado por GALLAS, quién se apartaba tanto del objetivo metodológico, como del aplicativo.

deducido de la Teoría de la acción final, de cuya breve revisión, a continuación, nos vamos a ocupar.

El finalismo, corriente doctrinal de tintes iusnaturalistas⁵⁰, surgido en la Alemania de los años '30⁵¹ - "como reacción al subjetivismo epistemológico y al neutralismo valorativo neokantiano"⁵²- pretendía, recurriendo a una metodología fenomenológico-ontológica, vincular tanto al Legislador⁵³ como a la

⁵⁰ Pues, al igual que Welzel pretendía vincular la producción legislativa a las estructuras lógico-objetivas, "el iusnaturalismo había creído poder reducir la actividad misma del legislador a un complejo de operaciones lógicas, circunscribiendo el nexo entre derecho y lógica al momento mismo de la formación del ordenamiento, (...)." BOBBIO, N., *Derecho y Lógica* (traducción de Rossi Alejandro), Ed. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México, México, 1965, pág.13. En contra, CEREZO MIR, J., "Ontologismo y Normativismo en el finalismo de los años cincuenta", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, Núm. 12, 2003, pág. 47. Según el citado autor, en el periodo postbélico, como reacción frente al positivismo jurídico propio de la escuela sudoccidental, se produjo un afloramiento de las concepciones iusnaturalistas a las que Welzel combatió con una rigurosa crítica afirmando la imposibilidad de deducir del ser el deber ser. Ahora bien, "Welzel cree advertir, sin embargo, en su análisis crítico de las diversas concepciones iusnaturalistas, en la periferia ontológica, unas estructuras lógico-objetivas vinculantes para el legislador." En contra, también, GARCÍA MARTIN, L., *El horizonte del finalismo y el "derecho penal del enemigo"*, cit., Nota n.º 1, págs. 41-42

⁵¹ HIRSCH, H. J., "Acerca de la crítica al «finalismo»", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., pág.7.

⁵² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Ed Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 370.

⁵³ Teniendo en cuenta las circunstancias políticas en las que surgió y se desarrolló la teoría de la acción final, resulta cuanto menos interesante preguntarse sobre si detrás de la misma latía un intento por racionalizar el Derecho Penal o, por el contrario, un deseo de legitimar un Derecho Penal autoritario. Ambas ideas tendían cabida en una concepción iusnaturalista del Derecho. Ahora bien, parece más razonable posicionarnos con Frommel y entender que Welzel, "en su fase inicial no era consciente de la función legitimadora del sistema que estaba cumpliendo" la teoría de la acción final, aunque con posterioridad probablemente sí que lo fuera como entiende Matus Acuna. Vid. FROMMEL, M., "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", (traducción de Muñoz Conde, F.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 42, Fasc./Mes 2, 1989, pág. 630; MATUS ACUNA, J.P., "Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel", disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_12_872.pdf [fecha última consulta: 21/06/2018]; MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2003, págs.34-192.

Dogmática penal a la “naturaleza de las cosas”⁵⁴, esto es, a las estructuras lógico-objetivas⁵⁵. Reciben tal consideración, en la Doctrina finalista, es decir, como “estructuras lógico-objetivas”, aquellas *realidades* que de manera objetiva existen en el mundo del “ser” y que, precisamente por existir (lógica), vinculan al Legislador⁵⁶.

En consonancia con lo anterior, el objeto de estudio de la Dogmática ya no debía de ser el Derecho positivo, sino las estructuras lógico-objetivas, cuyas dimensiones de sentido (ontológicas) anteceden a cualquier valoración⁵⁷ -y, por ende, al Derecho positivo- y se encuentran en el mundo del “ser” de manera

⁵⁴ Planteamiento que reavivaba la vieja *Doctrina de la naturaleza de las cosas* que pretendía vincular el Derecho a la realidad, en cuanto objeto de su regulación. Pero, tal como advierte CERESO MIR, J., *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 42,” el término naturaleza de las cosas adolece de una cierta imprecisión”, de modo que, su significado es un tanto ambiguo. Así, en ocasiones se le asigna un sentido restrictivo y en otras, uno extensivo. En su significado restrictivo “la naturaleza de las cosas” hace referencia a las estructuras lógico-objetivas inmutables (sentido adoptado por los finalistas más ortodoxos), mientras que, en su significado extensivo, comprende tanto las estructuras lógico-objetivas inmutables, como la estructura social dotada de sentido y sujeta a mutaciones.

⁵⁵ En este sentido se pronuncia también, GARCÍA MARTIN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, cit., pág. 48, afirmando que “son las estructuras lógico-objetivas a las que tienen que atenerse necesariamente el legislador penal, el aplicador del Derecho y la Dogmática jurídico-penal”.

⁵⁶ Vid. ARIAS EIBE, M.J., “Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito”, en *Universitas: Revista de Filosofía, derecho y política*, Núm. 5, 2007, pág. 36. Según el autor, “esta denominación de lógico-objetiva, refiere, en cuanto a su carácter objetivo, a su existencia real, y en cuanto a su carácter lógico, a que el legislador debe tenerlas en cuenta si pretende ajustarse en su regulación a la verdadera naturaleza de las cosas”.

⁵⁷ Según la doctrina finalista, las estructuras lógico-objetivas son realidades pertenecientes al mundo del “ser” -es decir, poseen una dimensión ontológica- y como tales son descubiertas y aprehendidas por el Legislador. Al tener incorporada la dimensión de sentido, las estructuras lógico-objetivas, “condicionan toda valoración que sobre ellas pueda introducirse luego, incluida la regulación de esas materias por el legislador”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo, 2010, pág. 94.

inmutable⁵⁸. Según esta corriente doctrinal, categorías como la acción, la omisión o la Culpabilidad serían estructuras lógico-objetivas, realidades prejurídicas, cuyas dimensiones de sentido vendrían dadas por la finalidad, en cuanto expresión de la capacidad de las personas de planear y orientar el curso causal hacia la consecución de un determinado fin, es decir, de autodeterminación⁵⁹.

En suma, el ontologicismo finalista parte de la idea de que el Legislador está vinculado por las estructuras lógico-objetivas⁶⁰, a las que no le está permitido ignorar y de las que debe partir. De modo que, según este planteamiento, el Legislador, desde premisas del “*ser*” (estructuras lógico-objetivas) puede (y debe, en cuanto no le está permitido ignorarlas o alterarlas, sino asumirlas) deducir proposiciones de “*deber ser*”.

3.1.2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL MÉTODO FINALISTA

Este planteamiento parece incurrir en una pseudoinferencia⁶¹, pues tal como señala KANT, “[n]adie puede negar que la afirmación de que «algo es»-esto es, el enunciado con el cual se describe el hecho real-, es esencialmente

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit. págs. 93-94.

⁵⁹ Vid. GARCÍA MARTIN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, cit., pág. 48.

⁶⁰ Que integran la naturaleza permanente de las cosas.

⁶¹ Vid. SERRANO-PIEDECASAS, J. R., “Crítica formal del concepto de omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 46, Fasc./Mes 3, págs. 989-999.

diferente del enunciado que dice «algo debe producirse», esto es: del enunciado con cual se describe una norma; y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse de que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea”⁶².

Efectivamente, el contenido de la realidad o, si se prefiere, “la naturaleza de las cosas”, no puede condicionar o determinar *de manera necesaria* la intervención legislativa en materia penal o el devenir de la Dogmática⁶³. Ello, sin embargo, no significa que el Legislador o la Doctrina deban ignorar “la naturaleza de las cosas”, pues una semejante desconexión daría lugar a un Derecho penal poco fructífero, cuando no, irracional o, incluso, peligroso para con “la misma pervivencia del orden social”⁶⁴. Por el contrario, “la naturaleza de las cosas” debe ser tenida en cuenta, en primer lugar, por el Legislador, y, posteriormente por la Doctrina.

El hecho de que la “naturaleza de las cosas”, como sustrato subyacente a las decisiones legislativas o a la aplicación o interpretación de las leyes, cobre cierta relevancia, no implica –en contra de lo que afirma la Doctrina finalista- que tal “naturaleza de las cosas” posea carácter inmutable solo por el hecho de serlo. Por el contrario, el sustrato ontológico de los fenómenos humanos y sociales tiene

⁶² KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, (traducción de la 2ª ed. en alemán, por Vernengo, R., J.), Ed. Universidad Autónoma de Méjico, Méjico, 1983, págs. 19-20.

⁶³ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2013, pág. 144. Según el autor, la intervención penal debe estar presidida, entre otros, por los principios de “*interés público*” y de “*correspondencia con la realidad*”. Ello implica que, “[l]os comportamientos frente a los que ha de intervenir el derecho penal deben afectar a las necesidades del sistema social en su conjunto”, por lo que, el conflicto social que determina la intervención penal debe, por un lado, trascender a la mera interacción entre víctima y autor y, en segundo lugar, ser percibido “como socialmente dañoso desde la perspectiva de los intereses generales, y no desde intereses exclusivos de ciertos grupos sociales”.

⁶⁴ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, cit., pág. 144.

más bien un carácter evolutivo, sometido a cambios sociales, económicos y culturales. Es más, en nuestra opinión, “la naturaleza de las cosas” no posee en sí una dimensión de sentido que anteceda a cualquier valoración y que vincule al Legislador⁶⁵, sino que tal dimensión de sentido es alcanzada en el *momento valorativo* de la norma primaria⁶⁶; momento en el cual, con base en criterios teleológicos, el Legislador le asigna una dimensión de sentido que, posteriormente, enuncia en la norma de conducta⁶⁷ y, finalmente, positiviza en la norma de determinación.

⁶⁵ Por ejemplo, matar a una persona, como sabemos, podría constituir un delito de homicidio del art. 138 CP. Pero ¿qué significa “matar”? El *contenido de sentido* del verbo “matar” -como posible conducta constitutiva de delito-, no antecede a cualquier valoración jurídica, como afirman los finalistas, sino que, es precisamente el producto de un proceso de valoración jurídica. Por ello, matar, desde la perspectiva del Derecho penal, es tanto disparar a una persona y causarle la muerte, como no administrar la medicina que mantiene con vida al enfermo que se encuentra a nuestro cuidado. El que, la no administración de la medicina –causante de la muerte- signifique “matar”, es más que evidente el resultado de un proceso de valoración.

⁶⁶ Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 6, 1996, págs. 164-171. La Norma primaria, según la autora, presenta tres diferentes aspectos a los que, a su vez, les corresponden tres diferentes funciones. El cometido fundamental de la Norma primaria es el de imponer pautas de conducta *ordenadas*. Así, como forma de respuesta frente un conflicto social preexistente o de previsible producción, el Legislador, a través de la Norma primaria, impone pautas de conducta tendentes a evitar la lesión o puesta en peligro del valor seleccionado como digno de protección. Ello significa que, en un primer momento, la norma primaria valora los bienes jurídicos en conflicto, seleccionando y dotando de primacía al que considera merecedor de protección. “Esta valoración se materializa (posteriormente) en una pauta de conducta dirigida al ciudadano, la cual constituye el segundo momento normativo: la «norma de conducta» que establece un modelo valorado de conducta (...). En su tercer momento, la norma primaria se reviste de imperio en la norma de determinación o de imposición, de forma que se hace exigible a todos los sujetos”. A cada uno de estos momentos de la Norma primaria les corresponde a su vez una función. A la norma de valoración le corresponde la función de protección de bienes jurídicos; a la norma de conducta le corresponde determinar pautas de conducta y a la norma de determinación le corresponde motivar al ciudadano para que adapte su comportamiento al modelo de conducta enunciado en la norma de conducta y valorado en la norma de valoración.

⁶⁷ Sobre las normas de conducta o comportamiento vid. HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (ed. a cargo de Sánchez-Ostiz, P.) Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 28. Según el autor, la norma de conducta cumple, a su vez, una doble función: de configuración -en la prospectiva-, influyendo y conformando la vida de sus destinatarios a través de mandatos y prohibiciones; y, de baremo de medición -en la

Por todo ello, consideramos que la metodología finalista, al intentar derivar del “ser” el “deber ser”, incurre en una falacia naturalista⁶⁸. Pues, entendemos con ROXIN que “no se puede solucionar ningún problema jurídico con conceptos que son previos a los contenidos de sentido jurídicos, precisamente por serlo”⁶⁹.

En vista de las objeciones que se acaban de aducir frente al método finalista -en cuanto punto de partida de la Doctrina de la acción final- sería lícito pensar que una ulterior revisión del concepto de “omisión final” sería superflua por innecesaria. Ello, sin embargo, no es así. Pues, a pesar de que los fundamentos iusfilosóficos y metodológicos del finalismo no gocen hoy día de predicamento, el sistema construido sobre estos presupuestos no solo ha logrado pervivir, sino, incluso, a imponerse⁷⁰. Pues, como afirma MUÑOZ CONDE, “la época del finalismo se puede estimar superada, no porque no se acepten sus conclusiones, sino precisamente, por lo contrario, porque se han impuesto”⁷¹. Y es precisamente esa pervivencia del sistema dogmático deducido de la Teoría de la acción final lo que justifica la necesidad de someter a revisión, también, el concepto de “omisión final”.

retrospectiva- en cuya base, al juzgador determinar la antijuridicidad o “no antijuridicidad de la conducta”.

⁶⁸ En este sentido se pronuncia también SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., pág. 105.

⁶⁹ ROXIN, C., “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, en Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, (traducción y notas por Luzón Peña, D.M.), Ed. Reus, Madrid, 1976, pág. 98.

⁷⁰ Vid. BACIGALUPO, E., “Sobre la teoría de la acción finalista y su significado en el derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 79, enero 2003, pág.16.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 176.

Por lo que respecta el concepto de omisión final, por su importancia, nuestra revisión se va a centrar en los conceptos formulados por WELZEL y ARMIN KAUFMANN. Pues, mientras que el primero se ocupó, principalmente, de la dogmática de los delitos de acción –pronunciándose, no obstante, sobre el concepto de omisión y el supraconcepto general-, el segundo, completó *El Nuevo Sistema del Derecho penal welzeliano*⁷², con la *Dogmática de los delitos de omisión*.

3.2. PRIMER MOMENTO DOGMÁTICO

3.2.1. EL CONCEPTO DE OMISIÓN DE WELZEL

La tesis de WELZEL parte de considerar que el objeto de las normas penales es la conducta humana, en cuanto reflejo de la capacidad de dirección final de la voluntad⁷³. La conducta humana, entendida como un dato ontológico inmutable dotado de sentido en la realidad, se convierte así en el presupuesto necesario del concepto de delito.

El supraconcepto ontológico de “conducta humana” abarca las dos formas bajo la que esta se puede manifestar: acción y omisión. Según el autor, mientras que la acción comporta el ejercicio efectivo de la actividad final, la omisión comporta “la no producción de la finalidad potencial (posible) de un

⁷² Es el título bajo el cual, en el año 1951, el autor alemán publicaba una de sus obras más trascendentales.

⁷³ WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., pág. 38.

*hombre*⁷⁴ en relación a una determinada acción”⁷⁵. Así enunciada, la omisión ha de ir siempre referida a una acción determinada, puesto que, en el mundo del “ser” no existe una omisión en sí, sino la omisión de una acción posible⁷⁶ y finalmente orientada⁷⁷.

En consonancia con los presupuestos metodológicos de su pensamiento, para el autor germano, la omisión posee naturaleza prejurídica pues, a su entender, en cada instante concurre un número incalculable de acciones posibles y subordinadas al poder del hecho de una persona, pero solamente se entenderá omitida –de entre todas esas acciones- aquella por la que un tercero muestre interés⁷⁸: “solo en relación a esas acciones, en cuya ejecución o no ejecución está de algún modo interesado el que plantea la interrogante, se pregunta si el autor dotado de poder del hecho la ha omitido”⁷⁹.

⁷⁴ La cursiva es mía.

⁷⁵ WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., pág.238.

⁷⁶ La posibilidad no ha de ser actual, sino potencial, pues “[A] la omisión no le es propia ni la causalidad ni la finalidad (actual). WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., pág.238.

⁷⁷ Es lo que Welzel llama concepto “limitativo” de omisión. Vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., pág.238.

⁷⁸ El contra, GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*, cit., págs. 18-19, para quién” [O]misión, en sentido jurídico, es la no ejecución de un obrar esperado por el ordenamiento (esto es, jurídicamente necesario); omisión, en dicho sentido, no es, en cambio, la no ejecución, jurídicamente desaprobada, de un obrar esperado desde puntos de vista extrajurídicos”.

⁷⁹ WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., pág. 239.

En suma, desde la perspectiva de WELZEL:

a.- la omisión es concebida como un concepto prejurídico al que “no le es propia ni la causalidad ni la finalidad actual”⁸⁰, sino la finalidad potencial.

b.- la omisión, en cuanto forma de manifestación de la conducta humana, se integra, en el supraconcepto -también prejurídico- de “conducta humana”.

Todo ello sitúa, también a WELZEL, entre aquellas posiciones dogmáticas -algunas de las cuales ya hemos analizado en los epígrafes anteriores- favorables para con la formulación de un supraconcepto unitario de “acción” o “conducta” sobre conceptos previos al Derecho positivo, y, en tal sentido, iusnaturalistas. Ahora bien, a diferencia de la Doctrina causal-valorativa (favorable a la formulación del supraconcepto), cuando WELZEL habla de la omisión de una acción “determinada” no se refiere a una acción “esperada” -entendida en los términos propios de la Teoría de la expectativa⁸¹-, sino a una acción final posible, cuya inexecución está sometida a juicio -objetivo- por parte de un tercero.

3.2.2. CRÍTICA AL CONCEPTO DE OMISIÓN DE WELZEL

Hemos indicado en líneas precedentes que la acción y la omisión (estructuras lógico-objetivas), según WELZEL, son datos ónticos dotados de contenido de sentido en el mundo del “ser”. Ese contenido de sentido “real”

⁸⁰ WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., pág.238.

⁸¹ Sobre la teoría de la expectativa vid. nota n.º 25.

estría determinado por la capacidad del Ser Humano de orientar sus actos hacia la consecución de determinados fines, es decir, por la finalidad. Recordemos, también que lo característico de la omisión y lo que, por lo tanto, le confiere naturaleza ontológica es “la finalidad potencial”, es decir, una finalidad hipotética. Pero ¿hasta qué punto se puede considerar dato ontológico, existente como tal en el mundo del “*ser*”, a la finalidad hipotética? Parece bastante evidente que ello no es posible, pues la constatación de la existencia o inexistencia de la finalidad hipotética -o posibilidad potencial- de un sujeto con relación a una determina acción, requiere de un juicio valorativo; juicio que se debe emitir a partir de datos facticos y normativos. De modo que, si lo que determina la naturaleza de la omisión es la finalidad hipotética y esta no existe *per se* en el mundo del “*ser*” -como se ha intentado demostrar-, sino que se determina mediante un juicio valorativo, la naturaleza de la omisión no puede ser ontológica, sino normativa.

Correlativamente, como consecuencia necesaria de la normativización del concepto de omisión se produce la alteración del pretendido supraconcepto ontológico de *conducta humana*, o lo que es lo mismo, el fracaso de la unidad conceptual.

Para concluir, conviene señalar que, de entre las numerosas objeciones que cabía formular frente al concepto *welzeliano* de omisión, aquí nos hemos limitado a poner de manifiesto las que, a nuestro entender, resultan más significativas para con nuestro objetivo: esto es, fijar nuestra posición acerca de la viabilidad de los conceptos prejurídicos de omisión y de conducta; posición que, en vista de las consideraciones críticas que se acaban de realizar, no puede ser más que desfavorable.

3.3. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO FINALISTA DE OMISIÓN

El Nuevo sistema del Derecho penal emanado de la Teoría de la acción final de WELZEL fue completado con la publicación, en el año 1959, de la destacada monografía de ARMIN KAUFMANN, Dogmática de los delitos omisivos.

3.3.1. LA FORMULACIÓN CONCEPTUAL DE KAUFMANN

A. Presupuestos conceptuales y metodológicos de la dogmática de los delitos omisivos en Armin Kaufmann

El epicentro de la dogmática de los delitos de omisión elaborada por ARMIN KAUFMANN, lo constituye la persona, en cuanto “unidad psicofísica”⁸² capaz de determinar el orden social a través de sus actos (entendiéndose por orden social la suma de todos los juicios de valor positivos relativos al “mundo de los «bienes jurídicos»”)⁸³. La consecución del orden social, así como su mantenimiento se realiza, según el autor, principalmente, mediante acciones humanas, valiosas, desde ese punto de vista. Pero, dado que el Ordenamiento

⁸² Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 25.

⁸³ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 23.

Jurídico tiene vocación de *ordenamiento* y no de mera declaración de valores, las acciones humanas valoradas positivamente se materializan en deberes de actuar y estos, en objeto de los mandatos jurídico-penales⁸⁴. Ello significa que los mandatos solo pueden ordenar acciones que reflejen la esencia de la naturaleza humana, esto es, acciones finales⁸⁵; lo que, según ARMIN KAUFMANN, se desprende “de la consideración antropológica de la naturaleza humana”⁸⁶. Consecuentemente, como quiera que la finalidad supone la capacidad del sujeto de planear y dirigir el curso causal hacia la consecución de una meta, el deber de actuar en concreto -prescrito en el mandato- solamente vinculará a sujetos capaces de realizar esa acción, de modo que “sin capacidad de acción no habrá infracción de un deber”⁸⁷. Así, según el planteamiento de ARMIN KAUFMANN, la capacidad de acción sería un dato ontológico que representaría tanto una “condición previa a la concreción de la norma en deber”, como una “condición previa del ilícito”⁸⁸, pues “[a] lo que se apela siempre por parte de los «poderes» es a esa capacidad: actuar u omitir. «Y es que la conformidad categórica a leyes propia de la acción humana está dada con carácter previo a toda normación»”⁸⁹.

Así, llega ARMIN KAUFMANN a la conclusión de que únicamente las regulaciones creadas para personas “alcanzan a desplegar efectos”, de modo que,

⁸⁴ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 24.

⁸⁵ Vid. GARCÍA MARTÍN, L., *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, cit., pág. 52.

⁸⁶ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 25.

⁸⁷ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 34.

⁸⁸ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 34.

⁸⁹ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 41.

el Derecho está, necesariamente, vinculado a “la conducta humana”, en cuanto dato ontológico “dado”.

B. Los conceptos prejurídicos de omisión y de comportamiento humano

Tornando al tema que nos ocupa -esto es, al concepto de omisión- este es enunciado por ARMIN KAUFMANN en sentido negativo como la no ejecución de una determinada acción cuya realización, sin embargo, le hubiera sido posible al sujeto que no actuó⁹⁰. Según el autor, no se trata de un concepto meramente negativo, en el sentido de ilimitado, sino de un concepto negativo “relativamente determinado”⁹¹, pues la negación de voluntad “se refiere a una acción (final) determinada de un sujeto determinado”⁹². Pero, para que se pueda hablar de omisión, según indica ARMIN KAUFMANN, será necesario que el sujeto que omitió actuar hubiera podido hacerlo. De manera que, la posibilidad o capacidad de acción, se convierte en elemento fundamental del concepto kaufmanniano de omisión y “*piedra angular de toda la dogmática del delito omisivo*”⁹³.

La capacidad de acción, según el planteamiento de ARMIN KAUFMANN, es un dato ontológico integrado por la concurrencia de dos diferentes elementos: uno, externo y objetivo, representado por la posibilidad física de actuar y, otro,

⁹⁰ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 54.

⁹¹ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 47.

⁹² Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 47.

⁹³ Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 102.

subjetivo o intelectual, representado por la capacidad de dirigir finalmente la conducta.

a) La posibilidad física de actuar

Para verificar la concurrencia del primer aspecto -esto es, de la posibilidad física de actuar- se deben tener en cuenta las facultades físicas del sujeto, necesarias a tal efecto; el objeto sobre el que debe recaer la acción (ya que de faltar este faltaría toda posibilidad de acción)⁹⁴ y, por último, la existencia y disponibilidad de los medios necesarios a tal efecto⁹⁵.

b) La capacidad de dirección final-potencial

Además, la posibilidad física de acción debe estar gobernada por una "dirección final" -requisito subjetivo de la capacidad de acción-. "La capacidad de acción supone que *se concibe un fin* al que se dirige el curso de la acción"⁹⁶, de modo que, el conocimiento del fin se constituye en presupuesto indispensable de la capacidad de actuar⁹⁷. Así pues, "la dirección final" requiere el conocimiento del fin de la acción posible y de la cognoscibilidad de las vías de realización.

Para ilustrar mejor lo apuntado, ARMIN KAUFMANN utiliza el ejemplo del guarda forestal que, estando a orillas de un torrente, observa como un cervatillo herido lucha contra la corriente. En ese contexto, el guarda forestal solamente puede plantearse la acción final, esto es, la acción de salvación, una

⁹⁴ No cabría hablar de acción de socorro sin alguien a quién socorrer, ni de acción de matar sin alguien a quien matar, explica KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 55.

⁹⁵ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 55.

⁹⁶ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 60.

⁹⁷ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 60

vez que ha advertido la presencia del cervatillo herido, es decir, el “objetivo de la acción”, “objeto de la intervención” o “situación típica”, según el autor. De manera que, el conocimiento de la situación típica o, si se prefiere, del objeto de la intervención se revela como requisito imprescindible de la capacidad de acción final⁹⁸.

Por capacidad de acción, en el ámbito de la omisión, se debe entender, según aclara el autor, capacidad de dirección potencial-final, por cuanto, la finalidad actual -en el sentido de voluntad final de realización- en ningún caso puede ser elemento característico de la omisión. No existe una dirección final de omitir, sino una finalidad potencial relativa a la acción omitida afirma el autor germano. Lo que significa que la omisión no es final, en el sentido de “dolosa” o “querida” (por faltarle uno de los elementos que integran el dolo, la voluntad de realización), sino, en todo caso, “consciente” o “inconsciente”. Será “omisión consciente”, la que se realice con conciencia de la propia capacidad de acción e “inconsciente”, la que se realice con desconocimiento de la propia capacidad de acción. En suma, según esta tesis, en el ámbito prejurídico no se puede hablar de omisión final.

La capacidad concreta de acción y la no realización de esa acción son, pues los elementos característicos del concepto prejurídico de omisión formulado por ARMIN KAUFMANN. La omisión, así concebida, representa una de las posibles formas de conducta humana; ergo, su existencia no se deriva de la existencia de un mandato en tal sentido, pues “el ordenamiento jurídico no puede hacer surgir mediante requerimientos o valoraciones lo que de otro modo no existiría: *el acento*

⁹⁸ Así, según afirma KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 65. “[l]a capacidad de obrar final requiere como base cognoscitiva de la dirección final la captación de la dirección de la acción posible (del objetivo de la acción, del objeto de la intervención, de la «situación típica»); para lo cual se requiere al menos considerarla posible”.

valorativo no hace surgir algo de nada, sino que solo puede convertir algo en algo valorado"⁹⁹.

Pero, la "capacidad de acción", elemento ontológico de signo positivo, principal componente estructural de la omisión también concurre en la acción, pues va de suyo -afirma el autor- que si se ha cometido una acción es porque el sujeto tenía capacidad en tal sentido. El descubrimiento de este elemento positivo común a ambas formas de conducta humana permite a ARMIN KAUFMANN formular el concepto general o, si se prefiere, unitario de "comportamiento" al que concibe como "la actividad o pasividad física de la persona, sujeta a la *capacidad* de dirección final de la voluntad"¹⁰⁰.

Ahora bien, a diferencia de la Doctrina causalista, ARMIN KAUFMANN, (al formular el concepto general de "comportamiento") no pretende salvar la unidad del sistema penal. El concepto de "comportamiento" formulado por ARMIN KAUFMANN, es, más bien, un concepto general pre-sistemático destinado a reflejar la relación (trascendental, desde el punto de vista, dogmático) en la que se encuentra la omisión con respecto a la acción.

La acción y la omisión constituyen, según esta tesis, formas de comportamiento humano y, como tales, comparten un elemento positivo: "la capacidad de acción" de la persona que se relación con el mundo exterior mediante su conducta. Ello significa que la acción no se encuentra en una relación de absoluta yuxtaposición con la omisión, es decir, como «"a" y "no-a", posición y negación», como afirmaba RADBRUCH¹⁰¹, sino en una relación de "A+a" y

⁹⁹ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 69.

¹⁰⁰ KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 101.

¹⁰¹ RADBRUCH G., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, cit., pág. 168.

“A+no a”; siendo “A” la persona capaz de acción y “a” la acción concreta. Esta relación gráfica, puesta de manifiesto por KAUFMANN, revela que “la omisión está invertida con respecto a la acción” y ello tiene importantes consecuencias dogmáticas. Pues la relación de “signo invertido” que se da entre omisión con respecto a la acción, permite con base en *el principio de inversión* “trasladar, «invirtiéndoles el signo», todos los datos obtenidos en el delito comisivo a la acción «imaginada», «esperada», a la acción omitida, y mediatamente al propio delito omisivo”¹⁰².

Como se puede observar, aunque ARMIN KAUFMAN no afirma la unidad del sistema penal, llega a un resultado bastante similar al que aspiraba la Doctrina favorable a tal unidad, esto es, a aplicar las reglas dogmáticas propias del delito activo al delito omisivo, eso sí, no de manera automática, sino invirtiéndoles el signo.

3.3.2. CRÍTICA A LA FORMULACIÓN CONCEPTUAL DE ARMIN KAUFMANN

A. Crítica a los presupuestos conceptuales y metodológicos

No se puede negar, desde luego, que, si la persona llamada a actuar careciera de capacidad para hacerlo, no habría incumplido el deber de actuar. Ahora bien, en nuestra opinión, “la capacidad de acción” no es un dato

¹⁰² KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 103.

prejurídico que determine de manera necesaria la concreción de la norma en deber, así como, tampoco la configuración del ilícito. La capacidad de acción, a nuestro parecer, depende de un juicio valorativo¹⁰³ -a partir de un dato fáctico- que se emite con relación a una concreta acción positivizada en un tipo de la Parte Especial del CP y con relación a un sujeto determinado. En suma, la capacidad de acción, más que un dato de naturaleza ontológica -previo a cualquier juicio valorativo-, constituye un concepto normativo integrado por un juicio valorativo y un dato fáctico relativo al juicio.

El que el Derecho penal, a través de las normas de mandato y prohibición, solamente ordene y prohíba actos humanos, a nuestro parecer, no es una consecuencia que se derive de la naturaleza antropológica del Ser Humano, como afirma el autor, pero tampoco de la función y fines del Derecho penal, como sostiene la práctica unanimidad de la Doctrina penal contemporánea apelando a la capacidad del Ser Humano de motivarse por las normas¹⁰⁴. El que el Derecho penal únicamente regule conductas humanas, so argumento de que solamente la persona posee la capacidad de motivarse por las normas y, en consecuencia, de adaptar su comportamiento a las pautas de conducta impuestas por el Derecho¹⁰⁵, no es, a día de hoy, un argumento sólido, pues, ciertamente, los animales -como, por ejemplo, los caballos, los gorilas, los perros, etc.- también tienen capacidad de motivarse por las normas y de adaptar su comportamiento a ellas. A nuestro parecer, pues, no es la “esencia del Ser Humano” -llámese a esa

¹⁰³ En sentido parecido se pronuncia también HUERTA TOCILDO, S., “¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?”, cit., pág. 243. Según la autora, la capacidad de acción no es otra cosa que un puro juicio de valor.

¹⁰⁴ Vid., por todos, MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Reppertor, 10ª ed., Barcelona, 2016, págs. 194-195; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 9ª ed., Valencia, 2015, pág.62.

¹⁰⁵ Pues, según Muñoz Conde, únicamente a través de la motivación es posible conseguir la protección o el mantenimiento del orden social. Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, cit. pág.62.

esencia “capacidad de motivarse por las normas,” “dirección final” o como fuere lo que determina que las normas penales, ya sean mandatos, ya sean prohibiciones, tengan por objeto el actuar humano.

Por el contrario, los destinatarios de los mandatos y de las prohibiciones jurídico-penales son las personas porque carecería de sentido, del más común de los sentidos, que lo fueran, por ejemplo, los animales. El Derecho está creado por personas y para personas; en fin, por seres racionales para seres racionales. El recurso a la *esencia del hombre*, a su capacidad de motivación y demás argumentos y fundamentos iusfilosóficos e ideológicos, a los que con tanta frecuencia recurre la Doctrina y que denotan, en el fondo, la continua necesidad de legitimar la intervención penal, deben ser sometidos a revisión. Y no es que consideremos equivocado el fin –legitimador– sino, las formas en las tradicionalmente se pretende llegar a ese “fin”.

Debe de quedar claro, no obstante, que lo que se debe legitimar no es, pues, la elección del destinatario de la norma penal –la persona como ser racional– (que es lo que, aparentemente, hace la Doctrina al apelar a argumentos antropológicos e iusfilosóficos para argumentar por qué el objeto de la norma penal es la conducta humana y no cualquier otra conducta o acontecer), sino la norma misma, en cuanto expresión de la *postestas* punitiva del Estado. A efectos de legitimar el ejercicio del poder que se materializa en mandatos y prohibiciones jurídico-penales, en una sociedad plural, democrática y “tecnológica”¹⁰⁶ como la actual, no cabe el recurso a fundamentos ideológicos o iusfilosóficos. La misma

¹⁰⁶ Según DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Culpabilidad, Exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág. 129, la «sociedad tecnológica» [s]e caracterizaría porque el estado asume funciones de procura existencial (estado social), que tienden a superar las deficiencias y déficits del estado liberal y a garantizar las condiciones de vida de cada vez mayor número de individuos. Este modelo de sociedad se corresponde políticamente con democracias cada vez más complejas en las que el dominio está continuamente sometido a un proceso de crítica y de «relegitimación», pues fundamentos legitimadores, sacros e ideológicos entran en crisis”.

idea de “pluralidad” es incompatible con la de “ideología”. En la sociedad actual, resulta inadmisibles seguir recurriendo a fundamentos ideológicos, materiales, para legitimar el Derecho penal; estos deben ser desterrados y sustituidos por fundamentos formales que, además de respetar y garantizar el pluralismo y la democracia, lleven incorporada la perspectiva de género.

Así, para justificar la intervención penal en el ámbito de libertades y derechos del individuo y, al mismo tiempo, para garantizar que tal intervención se realice con -y desde- el respeto a la Dignidad de la persona, a la “igualdad”, a la “pluralidad” y a la “democracia”, solamente se puede recurrir a una norma; y esa norma no puede ser otra que la Constitución.

Debe ser la Norma Suprema, su contenido, el que, por un lado, justifique la necesidad de intervenir penalmente en el ámbito de derechos y libertades de las personas y, por otro, garantice que tal intervención se realiza con respeto a los derechos fundamentales y a los principios democráticos.

B. Crítica los conceptos prejurídicos de omisión y conducta

Sobre la supuesta naturaleza ontológica de la “capacidad de acción”, en su faceta de elemento estructural de la omisión, ya nos hemos pronunciado en páginas precedentes, de modo que, en este epígrafe nos vamos a limitar a someter a revisión: el “objetivo de la actividad” o “situación típica”, en cuanto objeto de conocimiento y presupuesto de la capacidad de acción; su articulación con el carácter prejurídico de la omisión y, finalmente, en el concepto general, común a ambas formas de conducta humana.

La tesis de ARMIN KAUFMANN referente al “objetivo de la actividad” y su conocimiento, o si se prefiere, de la situación típica, componente fundamental de la capacidad de acción, merece alguna consideración por nuestra parte.

En primer lugar, conviene recordar que SCHÜNEMANN ya puso de manifiesto que, al requerir el conocimiento de la situación típica, el concepto kaufmanniano de omisión dejaba fuera de su contenido la culpa inconsciente - invalidando con ello su pretensión de generalidad¹⁰⁷-.

Pero, además de excluir la omisión cometida con culpa inconsciente, el concepto prejurídico de omisión formulado por ARMIN KAUFMANN (compuesto por elementos ontológicos) excluye a todas aquellas omisiones en las que la situación típica -u *objetivo de la actividad*- no es un dato empíricamente observable y aprehensible como tal en la realidad, sino que debe su existencia a la *creación normativa*, como, por ejemplo, la omisión de la inspección urbanística de carácter obligatorio *ex art. 320 CP*¹⁰⁸.

El objetivo de la actividad, en relación con el art. 320 CP, es la inspección *de carácter obligatorio*, lo que significa que el sujeto llamado a actuar necesita conocer cuándo una determinada inspección posee tal carácter; precisa, pues, de un innegable conocimiento normativo, no meramente ontológico o fáctico -como parece sugerir ARMIN KAUFMANN al afirmar el carácter prejurídico de los elementos estructurales del concepto de omisión-. Ello significa que el conocimiento de la existencia del objeto material de la inspección -empíricamente

¹⁰⁷ En este sentido se pronuncia SCHÜNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de misión impropia*, cit., págs. 61-73.

¹⁰⁸ Según lo dispuesto en el art. 320 CP: “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia...que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena...”. La *inspección urbanística de carácter obligatorio*, como bien se sabe, no existe como tal en la realidad prejurídica, sino que debe su existencia a la normativa urbanístico-administrativa a la que, por otro, lado remite la norma penal.

observable- no es suficiente para que el inspector se plantee siquiera poner en marcha la dirección final, ya que, en este supuesto, la situación típica se debe calificar con base en criterios y elementos normativos –ubicados en una norma extrapenal-. Es más, en este caso, la acción debida, “inspeccionar”, a la que va referida la capacidad, no existe *per se* en la realidad prejurídica¹⁰⁹, sino que debe su existencia a una norma jurídica. Lo que, por otro lado, pone de manifiesto que, además de la omisión, la acción a la que va referida la omisión también es de carácter normativo.

La anterior consideración crítica refuta, no solo el carácter prejurídico del concepto de omisión, sino también, como no puede ser de otra manera, la tesis que se encuentra en su origen; tesis según la cual, el Ordenamiento Jurídico no puede hacer surgir mediante requerimientos o valoraciones lo que de otro modo no existiría, sino que solamente puede convertir algo “dado” en algo valorado. Pues, como se acaba de ver, en ocasiones, el Ordenamiento Jurídico no se limita a valorar lo que le es “dado”, sino que, como ocurre con la omisión de la inspección urbanística de carácter obligatorio del art. 320 CP, interviene normativamente creando deberes que considera dignos de protección –no de la nada, como diría un finalista- sino de la necesidad de mantener el orden económico y social dictado por la Constitución.

Sobre la base de cuanto se ha dicho hasta este punto, no cabe hablar de omisión prejurídica u ontológica, pues la esencia de la omisión no reside, como sostenía el autor germano en “la capacidad concreta de acción y la no realización de esa acción”, sino, tal como afirma GALLAS, en la “no ejecución de un obrar

¹⁰⁹ Para Kaufmann, recordemos que “la existencia de la omisión es independiente de que esté prescrita la acción determinada a la que se refiere el concepto de omisión. Ciertamente, el ordenamiento jurídico no puede hacer surgir mediante requerimientos o valoraciones lo que de otro modo no existiría: *el acento valorativo no hace surgir algo de nada, sino que sólo puede convertir algo en algo valorado*”. Vid. KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, cit., pág. 69.

esperado por el Ordenamiento”¹¹⁰ o, para ser más exactos, en la frustración de la acción debida y en tal sentido exigida por la norma jurídico-penal.

Ni que decir tiene que, al decaer la naturaleza ontológica del concepto de omisión, la pretendida unidad conceptual, presuntamente lograda por ARMIN KAUFMANN a través del concepto prejurídico de “comportamiento”, también se ve frustrada.

Por todo ello, una concepción *ontologicista* de la omisión no puede ser compartida en este trabajo, pues, no solamente parte de unos presupuestos cuestionables, sino que, sobre todo, conduce a resultados inadmisibles. Es más, entendemos con ROXIN que la búsqueda de un concepto sistemático o pre-sistemático superior -llámese esta acción *en sentido general, conducta o comportamiento*- “solo tiene valor estético-arquitectónico”¹¹¹, mas ningún valor práctico.

De modo que, en lo que sigue, nuestra investigación se va a centrar en alguna de las propuestas doctrinales de signo teleológico-finalista que, renunciando a la búsqueda de supraconceptos, conciben la omisión, en términos normativos, como forma de realización típica.

¹¹⁰ GALLAS, W., *La Teoría del delito en su momento actual*, cit., pág. 18.

¹¹¹ ROXIN, C.” Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, en Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, cit., pág. 86.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

El desarrollo conceptual del delito de omisión ha ido evolucionando de forma paralela al desarrollo de la Teoría General del Delito y del concepto dogmático de “acción”.

En la Doctrina se han planteado dos posibles vías para la construcción dogmática del concepto de omisión: su integración en un supraconcepto o “concepto general de acción” –que abarque todas las formas de comportamiento humano con relevancia penal- o desvincular acción y omisión y construir cada concepto de forma independiente.

II

Para que el concepto general de acción esté en condiciones de erigirse en concepto básico del sistema del delito y elemento de engarce o unión para con las categorías dogmáticas que lo integran, debería de ser neutral frente a la Tipicidad, la Antijuridicidad y la Culpabilidad, pero poseer el suficiente contenido material (sustancialidad) como para que al mismo pudieran ir referidos los juicios valorativos de dichas categorías dogmáticas; y, finalmente, debería hacer referencia exclusivamente a actos humanos que interesen al

Derecho penal, excluyendo, pues, de antemano aquellas formas de comportamiento que, en ningún caso, pueden poseer relevancia jurídico-penal.

III

Con el objetivo de lograr la unidad conceptual (entre acción y omisión) y sistemática, la Doctrina clásica formuló un concepto de omisión en referencia al de acción, es decir, enunciando en primer término el concepto de acción y formulado el de omisión en referencia a los elementos característicos del de acción. La acción consistía en un movimiento corporal causante de una modificación del mundo exterior y la omisión en la no evitación de una modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria. El supraconcepto de “conducta” que integraba a ambos, sin embargo, adolecía de dos fundamentales carencias: por un lado, no podía explicar la “causalidad omisiva” ni en términos naturalísticos ni de equivalencia; por otro, era un concepto “fragmentario” que no podía explicar ni las omisiones puras ni las omisiones producidas con culpa inconsciente.

Como superadora de tales objeciones, surgió la Teoría de la expectativa, que redefinió la omisión como “la no realización de la acción esperada” (VON LISZT) y supuso la renormativización de los conceptos de acción y de omisión y el abandono del concepto causal-naturalístico de acción. Desde la perspectiva de la Teoría de la expectativa se entendía por “acción esperada” aquella que se deduciría del tipo penal (MEZGUER), pero, con ello, en realidad, se estaba formulando un concepto de “omisión típica”, lo que conllevaba la pérdida de la neutralidad frente a la Tipicidad.

IV

GIMBERNAT ORDEIG trató de construir un supraconcepto a partir de la idea de “comportamiento” al que definía como “la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales”. La función del supraconcepto de comportamiento consiste en excluir *ab initio* de la esfera conceptual a todos aquellos “haceres” y “no haceres” que no sean producto de la conciencia o de la libertad física de la persona. El supraconcepto de comportamiento integraría, tanto comportamientos pasivos como activos, de modo que, la omisión sería una especie del género “comportamiento pasivo”. Los elementos integrantes del “comportamiento pasivo” serían: la posibilidad física de actuar, la conciencia y el manejo de los procesos causales. La omisión, entonces, estaría integrada por todos los elementos que conforman el concepto de comportamiento pasivo más la frustración de una expectativa normativa. Según el autor, en la omisión el manejo de los procesos causales expresa la relación entre la conciencia del autor -que es físicamente libre- con el mundo exterior, dejando que los procesos causales sigan su curso o no se inicien. Pero, si se observa bien, en realidad, con este planteamiento se está negando la posibilidad de que la omisión sea causal, pues cuando se deja que los procesos sigan su curso, o no se hace nada para iniciarlos o no se está manejando nada.

En nuestra opinión, si lo que convierte un comportamiento pasivo en omisión típica es la frustración de una expectativa jurídico penal, únicamente cabría preguntarse por la capacidad de acción y la posibilidad de actuar del autor respecto de un sujeto determinado, en relación con un tipo concreto y dentro de la Tipicidad, pero no, como afirma el autor, de manera apriorística. Así, a nuestro juicio, el supraconcepto de comportamiento no cumple ninguna función práctica, pues el juez penal no puede abstenerse de entrar a conocer de un determinado

asunto, so pretexto de que todo delito debe de ser, por lo menos, comportamiento. La sede en la que el juez debe depurar tal cuestión es la de la Tipicidad; allí mediante un *juicio secuencial de imputación* se determinará si el hecho enjuiciado constituye o no una realización típica.

V

La Teoría de la acción final de WELZEL y KAUFMANN admite la imposibilidad de afirmar la unidad del Sistema penal, sin embargo, no renuncia a la unidad conceptual, pues, la acción y la omisión serían formas de manifestación de la conducta humana y, como tales, compartirían un elemento ontológico previo: la capacidad de acción. El finalismo pretendía, recurriendo a una metodología fenomenológico-ontológica, vincular tanto al Legislador como a la Dogmática penal a la “naturaleza de las cosas”, a las estructuras lógicas objetivas que serían aquellas realidades que de manera objetiva existen en el mundo del “Ser” y que precisamente por existir vinculan al Legislador. En este sentido, la acción y la omisión serían estructuras lógico-objetivas.

Las críticas al método finalista han puesto de manifiesto sus déficits lógicos y que, de hecho, propugna una falacia naturalista.

VI

Para ARMIN KAUFMANN, la acción y la omisión constituyen formas de comportamiento humano y, como tales, comparten un elemento positivo: “la capacidad de acción” de la persona que se relación con el mundo exterior mediante su conducta. A partir de aquí, la omisión es definida como la no ejecución de una determinada acción cuya realización le hubiera sido posible al sujeto.

El concepto de omisión, según el autor, se construye sobre deberes de actuar, que se materializan en mandatos jurídico-penales de acciones finales. Tales mandatos sólo pueden vincular a sujetos con “capacidad de acción”. La capacidad de acción se convierte así en el elemento central del concepto de omisión. La capacidad de acción, según el planteamiento de ARMIN KAUFMANN, es un dato ontológico integrado por la concurrencia de dos diferentes elementos: uno, externo y objetivo, representado por la posibilidad física de actuar y, otro, subjetivo o intelectual, representado por la capacidad de dirigir finalmente la conducta. De esta manera, la posibilidad o capacidad de acción, se convierte en elemento fundamental del concepto kaufmanniano de omisión y piedra angular de toda la dogmática del delito omisivo.

En la tesis de ARMIN KAUFMANN, las relaciones entre acción y omisión son de “inversión”, de forma que se pueden trasladar al delito omisivo las reglas del delito activo invirtiendo el signo (No-A).

VII

La crítica a esta tesis de ARMIN KAUFMANN parte de las críticas al concepto de capacidad de acción como dato prejurídico de naturaleza ontológica. Pues, a nuestro juicio, la capacidad de acción, más que un dato ontológico, es un elemento valorativo.

En nuestra opinión, el que del Derecho penal solamente ordene y prohíba actos humanos no se deriva de la naturaleza antropológica del “Ser Humano” - y, de paso sea dicho, tampoco de los fines y función del Derecho penal-. Y ello es así porque no puede negarse que algunos animales también tienen capacidad para motivarse por las normas. Más bien, los destinatarios de los mandatos y de las prohibiciones jurídico-penales son las personas porque carecería de sentido que no lo fueran: el Derecho está creado por personas para regir y ordenar las conductas de personas. En definitiva, por tanto, lo que se debe legitimar no es la elección del destinatario de la norma penal -indudablemente “persona”-, sino la norma misma como expresión de la potestad punitiva del Estado. A efectos de legitimar el ejercicio del poder que se materializa en mandatos y prohibiciones jurídico-penales, en una sociedad plural, democrática y tecnológica como la actual, no cabe el recurso a fundamentos ideológicos de contenido material. Para legitimar el ejercicio del *ius puniendi*, por el contrario, se debe recurrir a fundamentos procedimentales (formales) que, además, de respetar y garantizar el pluralismo y la democracia, lleven incorporada la perspectiva de género. En este sentido, solo la Constitución como norma suprema del Ordenamiento Jurídico puede -ofrecer argumentos para- justificar la intervención penal y garantizar que tal intervención se realiza con respeto a los derechos fundamentales y a los principios democráticos.

**CAPÍTULO II: LA OMISIÓN
COMO FORMA DE
REALIZACIÓN TÍPICA**

1. LA DOCTRINA FUNCIONALISTA: INTRODUCCIÓN

En la década de los setenta surgía en Alemania un “movimiento político criminal”¹¹² que, adoptando un método sintético¹¹³ neoclásico-finalista¹¹⁴, pretendía revisar y reformular el sistema penal heredado del positivismo científico -caracterizado por su impermeabilidad para con la realidad social y la política criminal¹¹⁵-. El promotor de esta nueva dirección doctrinal, ROXIN, propugnaba por la formulación de un sistema penal fructífero¹¹⁶ en el que convergieran pensamiento sistemático, por un lado, y pensamiento problemático, por otro; esto es, un sistema abierto, orientado a la realidad social y permeable para con las finalidades político-criminales.

La Dogmática, según la Doctrina funcionalista, ya no se encuentra vinculada por realidades prejurídicas inmutables (estructuras lógico-objetivas); el nuevo sistema, afirma ROXIN, “tiene que partir de que las concretas categorías

¹¹² Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. TEMIS, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1994, pág. 175.

¹¹³ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pág. 201.

¹¹⁴ Vid. por todos, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pág.51. Según la autora, “estas nuevas tendencias favorecen la superación de la lucha de escuelas entre el finalismo y neokantismo, aceptando las modificaciones estructurales introducidas por el finalismo, pero fundamentándolas en principios cercanos en cuanto al método al neokantismo (teoría neoclásica)”.

¹¹⁵ Vid. ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho penal* (traducción e introducción de Muñoz Conde, F.), Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2002, págs. 41-42.

¹¹⁶ Vid. ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*, cit., págs. 36-38.

del delito (Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse, desde un principio, bajo el prisma de su función político-criminal”¹¹⁷. Ello significa que, en el sistema funcionalista, la acción y la omisión –a diferencia de lo que ocurría en el sistema finalista diseñado por WELZEL- no son concebidas como estructuras lógico-objetivas, sino como realizaciones típicas.

El máximo exponente del funcionalismo penal moderado¹¹⁸, ROXIN, a pesar de que en un primer momento negara la virtualidad práctica de los conceptos superiores¹¹⁹, con posterioridad, formulaba el concepto general de acción como “manifestación de la personalidad”¹²⁰. Pues, según el autor, aun cuando la acción fuera absorbida por el tipo, persistiría “la cuestión de qué es esa «acción» o la «conducta», a la que se atribuye la calificación de típica”¹²¹. Además, solo un concepto de acción pretípico, argumenta el autor (neutro frente a las categorías que integran el concepto del delito) podría cumplir la función de elemento sistemático de enlace y unión que se le atribuyen a la acción, mas nunca un concepto de acción típica.

Pero, como ya hemos tenido oportunidad de advertir, el rendimiento práctico de los “supraconceptos” es básicamente nulo y el propuesto por ROXIN

¹¹⁷ ROXIN, C., *Política Criminal y Sistema del Derecho penal*, cit., pág. 58.

¹¹⁸ El funcionalismo conoció dos principales variantes, una, moderada, liderada por Roxin y, otra, radical, liderada por Jakobs. Vid. ARIAS EIBE, M.J., “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo *versus* funcionalismo normativo o radical”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 29, 2006, págs. 440-445.

¹¹⁹ ROXIN, C., “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, en Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, cit., pág. 86.

¹²⁰ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pág.252.

¹²¹ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pág. 251.

no es una excepción. En efecto, el supraconcepto pretípico de acción como “manifestación de la personalidad” no logra explicar la omisión típica, es decir, la que surge de la frustración de un deber contenido en un mandato jurídico-penal¹²².

Ahora bien, objeto de revisión en este epígrafe no son las construcciones doctrinales favorables para con la búsqueda de supraconceptos, sino las que, renunciando definitivamente a tal búsqueda, conceptualizan la acción y la omisión como formas de realización típicas irreductibles, pues, a un común y superior denominador¹²³.

¹²² Así lo reconoce el propio autor. Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., pág. 257.

¹²³ Dentro de los autores de corte funcionalista que se han ocupado del estudio de la omisión se encuentra Schünemann. El autor, en su destacada monografía “Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia”, formulaba el concepto (ontológico-normativo) de “omisión punible”. Vid. SCHÜNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de misión impropia*, cit., págs. 54-61.

Para comprender por qué el autor apelaba a la punibilidad para formular el concepto de omisión resulta imprescindible tener presente el contexto histórico-jurídico en el que se gestó, pues, cuando Schünemann escribía esta obra, en el Derecho penal alemán no existía ninguna cláusula que permitiera o, mejor dicho, que justificara la punibilidad de los delitos de omisión impropia, es decir, de aquellos delitos en los que la modalidad omisiva no estaba prevista como forma de comisión típica, sino que, en determinadas circunstancias, se equiparaba a la comisión. El equiparar y, por consiguiente, punir la conducta omisiva -desprovista de previsión típica-, a una conducta activa típicamente prevista, resultaba a todas luces contrario a las exigencias que se derivan del principio de legalidad. Para justificar la punibilidad de las omisiones impropias y en pos de evitar la quiebra del principio de legalidad, el autor germano formula el concepto de omisión en referencia a un valor: la punibilidad o merecimiento de pena. La punibilidad, según el autor, presupone la culpabilidad y esta o, mejor dicho, el juicio de culpabilidad se emite cuando “la acción omitida habría sido posible para el autor”. De modo que, la posibilidad individual de acción sería, según Schünemann, el presupuesto de la culpabilidad y sustrato óntico del juicio de culpabilidad.

El “poder actuar de otro modo”, presupuesto del juicio de culpabilidad, propio de la concepción psicológica y normativa de la culpabilidad, ha sido objeto de duras críticas por parte de la Doctrina, encontrándose en la actualidad, prácticamente, en desuso, pues se trataba de un presupuesto racionalmente indemostrable (resulta imposible demostrar en términos de racionalidad que el sujeto que ha actuado en un determinado sentido podía en realidad, haber actuado en otro distinto, el deseado). Pero los anteriores no son los únicos inconvenientes que

Conciben la omisión como forma de realización típica CADOPPI, HUERTA TOCILDO Y SILVA SÁNCHEZ, entre otros.

Ahora bien, mientras que SILVA SÁNCHEZ formula un concepto propio de omisión, CADOPPI y HUERTA TOCILDO, se posicionan, por adhesión, con la concepción de la omisión como forma de realización típica. Así, la investigación de CADOPPI¹²⁴ se centra en los problemas dogmáticos y político-criminales concernientes a los delitos de omisión propios, abordando las cuestiones más controvertidas que afectan a esta clase de delitos y proponiendo soluciones novedosas como, por ejemplo, la Teoría del “non-evento”. Sin embargo, en lo que respecta el tema específico del concepto de omisión, el autor, más que formular un concepto, se adhiere a la concepción normativa según la cual lo que da vida a la omisión es la frustración de una expectativa normativa, indiferentemente de la clase de norma de que se trate, de modo que, más que ofrecer un concepto general de omisión, el autor, se pronuncia sobre la naturaleza de la omisión¹²⁵.

presenta el concepto de “omisión punible” formulado por Schünemann. A estos hay que sumar los que se derivan de la inclusión de la cláusula de conversión -que han experimentado la mayoría de los Códigos penales europeos-. Con la inclusión de la mencionada cláusula, la formulación conceptual realizada por Schünemann, pierde toda su virtualidad. Pues, conceptualizar la omisión en referencia a la culpabilidad, al merecimiento de pena, en definitiva, en referencia a elementos de índole iusfilosófica, resulta no solamente inadmisibles (a causa de los presupuestos de los que parte), sino, incluso, sin sentido, en vista de la inclusión de la cláusula de conversión en los CCPP, lo que nos conduce a no incluir entre los conceptos de omisión que se pretenden revisar en este epígrafe, el propuesto por Schünemann.

¹²⁴ Vid. CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, I: Profili introduttivi e politico-criminali*, Ed. CEDAM, Padova, 1989, y, *Il reato omissivo proprio, II: Profili Dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Ed. CEDAM, Padova, 1989.

¹²⁵ CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, I: Profili introduttivi e politico-criminali*, cit., págs.172-182.

Algo parecido ocurre con el trabajo de investigación realizado por HUERTA TOCILDO en materia de omisión¹²⁶. La autora, tras revisar las diferentes posturas favorables y desfavorables para con la formulación del supraconcepto de acción, afirma la naturaleza normativa de la omisión concibiéndola –por adhesión– como “la no realización de una determinada acción posible que viene exigida por el ordenamiento jurídico”¹²⁷.

Ambos autores coinciden, pues, en que el fundamento de la expectativa se encuentra en una norma, pero divergen, no obstante, en la naturaleza de esa expectativa o, mejor dicho, en la naturaleza de la norma que genera la expectativa. Pues, mientras CADOPPI entiende que la norma de la que surge la expectativa de acción puede ser tanto una extrajurídica (moral, social, ética o religiosa), como jurídica o, incluso, jurídico-penal, HUERTA TOCILDO entiende que, para que se pueda hablar de omisión jurídico-penal, la expectativa de acción debe de provenir del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, a pesar de las divergencias en relación con la naturaleza de la norma que genera la expectativa de actuar, en puridad, ambos autores coinciden en una cosa: en negar que la única fuente generadora de la expectativa de acción sea el tipo penal.

Bien es cierto que hay normas sociales, éticas, morales e, incluso, jurídicas que imponen “deberes de hacer”, sin embargo, la frustración de esos deberes, su incumplimiento, en nuestra opinión, no da lugar a una omisión jurídico-penal, sino, en su caso, a otra clase de ilícito.

Sin ánimo de despreciar, pues, las valiosas contribuciones que las obras de CADOPPI Y HUERTA TOCILDO suponen para la materia de la omisión, por

¹²⁶ HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

¹²⁷ Vid. HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit., pág. 308.

su especificidad y trascendencia, a continuación, se va a someter a revisión el concepto de omisión propuesto por SILVA SÁNCHEZ.

2. EL CONCEPTO DE OMISIÓN FORMULADO POR SILVA SÁNCHEZ

2.1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS: DISTINCIÓN ENTRE “CONDUCTA Y CONTENIDO DE LA CONDUCTA” O “ACCIÓN Y OMISIÓN”

Antes de abordar la formulación del concepto de omisión, se ocupa SILVA SÁNCHEZ, del concepto de acción. Esta manera de proceder no es baladí, ni trae causa (como pudiera parecer) del carácter transitivo del verbo omitir -que siempre va referido a una acción-, sino que se justifica, como más adelante se verá, en la trascendencia que la acción adquiere en la formulación del concepto de omisión en SILVA SÁNCHEZ.

Comienza el autor advirtiendo sobre la ambigüedad con la que, generalmente, se usa el término “acción”, pues a menudo “no queda claro si con ello se alude al *ser acción*, es decir, a cuando un determinado proceso ostenta el *carácter de acción*, o bien con ello se alude ya a un *concreto contenido de acción* (sentido de acción)”¹²⁸. Al tratarse de significados dispares, y para evitar la

¹²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág.153.

posible confusión, aboga el autor por denominar “conducta” al primer sentido del concepto de acción (proceso que ostenta carácter de acción) y “comisión u omisión” al segundo sentido (contenido concreto de la acción)¹²⁹.

Para SILVA SÁNCHEZ, la “conducta” humana (proceso que posee carácter de acción), no es algo antropológicamente predeterminado, como sostenían los finalistas, sino que depende del punto de vista adoptado. Es decir: es un proceso interpretable. Así, dependiendo de la disciplina desde cuya óptica se esté analizando, la conducta o proceso humano objeto de análisis podrá tener un significado u otro. El significado que a un determinado proceso humano se le puede atribuir desde la Psicología, la Física o la Antropología no tiene por qué coincidir con el que se le atribuye desde la perspectiva del Derecho penal.

Desde el punto de vista que interesa al penalista y, sobre la base de “la esencia de la antijuridicidad penal y la función motivadora de las normas (imperativos) jurídicopenales”¹³⁰, tendrán el sentido de “conducta”, (carácter de acción) aquellos procesos humanos “que contengan los elementos mínimos necesarios para poder advertir en ellos tomas de postura frente a las normas; aquellos que sean interpretables desde la óptica normativa”¹³¹.

Así definida, la “conducta”, según indica SILVA SÁNCHEZ, cumple una función esencialmente negativa en el ámbito de la Teoría del injusto¹³²; la de

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., págs. 157-158.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág. 156.

¹³¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág.157.

¹³² Esta función negativa del concepto general de acción o conducta no es ni exclusiva ni original de Silva, pues la misma idea la encontramos, entre otros, en GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*, cit., pág. 23; Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*,

excluir del juicio de imputación, desde un principio, todos aquellos procesos que no contienen los elementos mínimos necesarios, en cuanto que tomas de posturas frente a las normas¹³³. Únicamente, en el caso de que, tras ese examen *ab initio*, se llegara a afirmar la condición de conducta del proceso sometido a enjuiciamiento, se pasaría a examinar la concreta tipicidad del hecho.

2.2. CRÍTICA AL CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA “CONDUCTA”. PLANTEAMIENTO PERSONAL.

La tesis de SILVA SÁNCHEZ referente al carácter de “conducta” de determinados procesos humanos interpretables como tales desde la perspectiva del Derecho penal, merece, además, ya alguna consideración por nuestra parte. En nuestra opinión, la cuestión de si un determinado hecho reúne las características de *conducta humana* (que supuestamente desarrolla su función negativa en el ámbito de la Teoría del injusto) no es un problema propio del *concepto de acción*, sino un problema propio de la *acción típica*. De hecho, lo que le interesa al interprete jurídico no es averiguar la *cualidad de conducta humana* de un determinado proceso aparentemente típico, sino examinar si ese proceso lesivo o peligroso para con un bien jurídico o deber *constitucionalmente relevante*¹³⁴ le puede ser imputado a un sujeto como producto de su fisicidad -corporeidad- y

Parte General, Vol. I, cit., pág. 291 o ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., págs. 234-235.

¹³⁴ Sobre la posibilidad de proteger penalmente “deberes” volveremos en páginas posteriores.

su conciencia. En este sentido, el problema de la acción (en el sentido de acción típica) es, en realidad, un problema de *imputación típica*¹³⁵; cuestión que vamos a intentar demostrarlo con un par de ejemplos:

1º. Supongamos que el sujeto A tiene un gatito; su sobrino de cinco años, que se encuentra de visita en su casa, coge al gatito en brazos para jugar con él. En el decurso del juego, el gatito le propina un zarpazo al niño causándole lesiones permanentes en un ojo. Como se puede advertir, desde un punto de vista físico, se podría afirmar que se ha ejecutado una acción -que, además, ha producido un resultado lesivo- pero, evidentemente, esa acción no será típica por no pasar los *filtros de imputación*, esto es, por no podersele atribuir a una persona, en cuanto sujeto activo.

2º. El que el carácter de “conducta” de un determinado proceso es un problema de imputación se desprende con más claridad, si cabe, del siguiente ejemplo: supongamos ahora que el gatito del ejemplo anterior es de una raza que se conoce por su agresividad para con los niños; que los dueños de esa raza de gatos tienen la obligación de tomar medidas de seguridad tendentes a evitar posibles ataques; y que el sujeto A, dueño del gatito de nuestro ejemplo, desatiende su obligación y, como consecuencia, el gatito, de un zarpazo, le saca un ojo al niño. En este caso, si el zarpazo es o no acción, no es un problema de *conducta*, porque si lo fuera se excluiría *ab initio* del juicio de imputación por tratarse de un acto de un animal y constituir uno de los supuestos de ausencia de

¹³⁵ La *imputación típica* a la que se hace referencia no ha de confundirse con la *imputación objetiva del resultado* o con la *imputación subjetiva*; la imputación típica, como más adelante se verá, hace referencia a un juicio de atribución que se realiza de manera secuencial en la tipicidad. Dicho juicio o proceso está regido por las exigencias que se derivan de la función y fines que, según la Constitución, le corresponde cumplir al Derecho Penal, en cuanto instrumento de integración social. El proceso de *imputación típica*, al igual que las reglas de imputación de HRUSCHKA, van dirigidas, primordialmente, al agente juzgador, cumpliendo, por lo tanto, su función en la retrospectiva. Vid. HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (ed. a cargo de Sánchez-Ostiz, P.), cit., pág. 29.

acción. De hecho, ni tan siquiera nos interesa el *carácter de conducta* del zarpazo, sino, si, desde el punto de vista del Derecho penal, la lesión producida por el ataque del animal se le puede o no imputar a un sujeto. Luego, sin lugar a duda, el zarpazo del gatito -que origina lesiones en el ojo del niño- es un problema de imputación típica, no un problema de “conducta”, en el sentido de proceso humano interpretable como tal desde la perspectiva del Derecho penal¹³⁶.

El concepto de imputación, ya en GÓMEZ BENÍTEZ, se constituye en la idea central sobre la que ha de pivotar el concepto de acción/omisión, dentro de la Tipicidad¹³⁷. Ahora bien, GÓMEZ BENÍTEZ entiende por imputación “la pertenencia objetiva de un hecho descrito en el tipo a su autor”¹³⁸. De modo que, solamente podrán imputarse objetivamente -según afirma GÓMEZ BENÍTEZ- las acciones, o estas y sus resultados, cuando exista la posibilidad de controlar el acontecer causal; es decir, “cuando los hechos son *expresión de una posibilidad objetiva de pretender*”¹³⁹. Ello significaría que los actos no gobernados por la posibilidad objetiva de dominio de la propia acción (“voluntariedad”¹⁴⁰), como son los actos reflejos, los realizados por fuerza mayor o en estados de inconsciencia, no podrían ser imputados objetivamente a su autor. Estos, más que

¹³⁶ Por lo que respectan los actos reflejos, los cometidos en estado de sonambulismo o, incluso, los cometidos por fuerza mayor, al tratarse de actos no gobernados por la conciencia, no podrán calificarse como típicos por faltar en ellos el elemento subjetivo que posibilite atribuirselos a un sujeto.

¹³⁷ Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., págs. 91-92.

¹³⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 92.

¹³⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 92.

¹⁴⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 110.

constituir situaciones de ausencia de acción, entiende el autor, constituirían situaciones de ausencia de imputación¹⁴¹.

Compartimos con el autor la idea de que la imputación ocupa un lugar fundamental dentro de la tipicidad, pero cuando nosotros nos referimos a la imputación no estamos haciendo referencia ni a la denominada *Teoría de la imputación objetiva*, ni a lo que GÓMEZ BENÍTEZ entiende en este punto por imputación objetiva, sino a un proceso de atribución, de *imputación típica*¹⁴² que se realiza de manera lógico-secuencial en dos niveles y que responde a las exigencias derivadas de la Constitución, en el sentido de que el Derecho penal, debe, además de ser un medio de control social, constituirse en garantía para con los valores que inspiran el Ordenamiento Jurídico del Estado Social y Democrático de Derecho, esto es: la Libertad, la Justicia, la Igualdad y el Pluralismo Político cuyo fundamento indiscutible es la Dignidad de la persona.

Cuando en el párrafo anterior hablábamos del *proceso de imputación típica estructurado en dos niveles lógico-sistemáticos*, no nos referíamos a los dos niveles de imputación de Davies, a los que se refiere HRUSCHKA, es decir, *imputio facti e imputatio iuris*¹⁴³. La tesis aquí propuesta se asemeja más a lo que DÍEZ RIPOLLÉS denomina “principio de imputación”, a través del cual, según afirma el autor, “un comportamiento externo y concreto, y eventualmente un suceso a él subsiguiente, se pueden vincular a una persona”¹⁴⁴. Al igual que nosotros

¹⁴¹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 110.

¹⁴² La imputación objetiva del resultado es uno de los elementos secuencias que conforman el proceso de imputación típica.

¹⁴³ Vid. HRUSCHKA, J., *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, cit., pág. 64.

¹⁴⁴ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, pág. 149.

dividimos el proceso de imputación en dos niveles, el autor concibe el principio de imputación en dos subprincipios “el de imputación objetiva y el de imputación subjetiva”¹⁴⁵.

La principal objeción que cabe realizar frente a la tesis propuesta por GÓMEZ BENÍTEZ es su falta de lógica sistemática. Pues, como hemos advertido, el autor aborda la falta de voluntariedad en el tipo objetivo, ya que, para él, el primer criterio de imputación objetiva del hecho a su autor es “el dominio o posibilidad objetiva de dominio de la propia voluntad”¹⁴⁶; lo que nosotros ubicamos en el segundo nivel de imputación, esto es, el correspondiente al tipo subjetivo. Así, la aparente similitud entre las dos tesis (la aquí propuesta y la propuesta por GÓMEZ BENÍTEZ) se queda en eso, en una mera apariencia falaz de planteamiento, pues las conclusiones a las que llega son bien diversas.

Ciertamente, si queremos ser exactos y coherentes con nuestras aseveraciones, es necesario realizar una precisión con relación a cuanto se ha dicho hasta este momento sobre la acción. En puridad, “carácter de conducta” no es un problema pretípico o prejurídico; el “carácter de conducta” no es, siquiera, un problema dogmático. Como ya hemos indicado, al penalista no le interesa “la acción”, en cuanto proceso genérico calificable como *conducta humana*, sino la “acción típica”¹⁴⁷; es decir, el proceso lesivo o peligroso para con un valor o deber

¹⁴⁵ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, pág. 149.

¹⁴⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 109.

¹⁴⁷ Que únicamente cabe preguntarse sobre el carácter de acción en relación con un determinado tipo penal, también lo afirma Silva Sánchez, sin embargo, a diferencia de la postura aquí mantenida, el autor entiende que el determinar si el hecho reviste o no carácter de acción constituye el paso previo antes de examinar la concreta tipicidad. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág. 162.

indispensables para la “convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo”¹⁴⁸ imputable a un sujeto.

El término “típico” y “tipicidad” se utiliza para indicar *una cualidad del hecho ilícito abstracto, es decir, del esquema del comportamiento descrito por el Legislador en la norma incriminatoria*¹⁴⁹. Ésta, aparentemente banal, aclaración terminológica -realizada por PAPA- denota, en el fondo, el verdadero ámbito funcional del *problema de la acción*; ámbito integrado por una doble dimensión: una político-legislativa y otra dogmática. En la dimensión legislativa se plantea el problema del “carácter de conducta” (conducta humana), mientras que, en la dimensión dogmática lo que se plantea es el problema de la “cualidad” de esa conducta, de la conducta típica. La dimensión político-legislativa antecede a la dimensión dogmática de la acción, pero, la dimensión dogmática condiciona, a su vez, a la político-legislativa. Ello significa que el Legislador, en la norma incriminatoria, describe hechos, pero no cualquier clase de hechos, sino, única y exclusivamente, hechos a los que, posteriormente, se les puede atribuir la “cualidad” de típicos; “cualidad” que únicamente podrán asumir los hechos que hayan pasado los *filtros de imputación*.

La conducta”, “el carácter de conducta”, es, pues, una cuestión de principio que inexorablemente incumbe al Legislador. Este *problema de principio*, en la práctica, se materializa, por un lado, en la exclusividad de la conducta humana, como objeto de regulación de las normas incriminatorias y, por otro, en la exclusividad del sujeto como destinatario de la norma (primaria). De modo que, el Legislador, en el proceso de tipificación configura como destinatario de la norma primaria a “el que”, “quién”, “el funcionario o la autoridad”, etc., es decir,

¹⁴⁸ Preámbulo de la Constitución Española de 1978.

¹⁴⁹ PAPA, M., *Un viaje fantástico*, trad. B. San Millán Fernández, *en prensa*.

al sujeto racional, capaz de comprender el sentido de la norma jurídica y de adaptar su comportamiento a los estándares en ella establecidos.

En su faceta de problema dogmático, al intérprete del Derecho no le interesa el concepto de acción ontológico, prejurídico o pretípico, sino la *acción típica*¹⁵⁰, es decir, aquel hecho (aparentemente delictivo) que, conforme a criterios de imputación (que responden a las exigencias que se derivan de las funciones y fines que, conforme a la Constitución, le corresponde desempeñar al Derecho penal) le puede ser atribuido a un sujeto como propio.

La tipicidad o atipicidad de una determinada acción resulta, pues, de un juicio de imputación que se realiza de manera secuencial en dos niveles y dentro de la Tipicidad. La secuencia viene marcada por los diferentes elementos que componen la tipicidad y los niveles por el tipo objetivo (1^{er} nivel) y el tipo subjetivo (2^o nivel). Así, dentro del primer nivel de imputación, en primer lugar, se intentará atribuir o imputar la concreta acción a un determinado sujeto, si tal imputación no prosperara (como sería el caso de los actos de la naturaleza) el proceso decaería. Si, por el contrario, la primera secuencia de imputación (acción-sujeto) prosperare, se pasaría a verificar (en su caso) el nexo causal y los tres niveles de imputación objetiva del resultado para, finalmente, pasar al segundo nivel de imputación, el relativo tipo subjetivo. Si el sujeto hubiera actuado en

¹⁵⁰ En contra de esta manera de proceder, se posiciona, entre otros, JAKOBS, quién considera que “el problema de qué es una acción no se puede resolver integrándola en el concepto de tipo”, pues “el concepto de tipo no se verifica en absoluto antes del de acción”. JAKOBS, G., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, (traducido por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 200. En coherencia con cuanto he dicho hasta este momento, entiendo que es precisamente mediante la inclusión del concepto de acción en el tipo como se puede y debe resolver la cuestión de *qué es acción* -en cuanto que problema dogmático- pues al Derecho penal no le interesa la acción en general, sino la acción típica.

estado de sonambulismo, embriaguez letárgica, etc., el segundo nivel de imputación decaerá, y la conducta, por tanto, será atípica.

Si ello es así, y en nuestra opinión lo es, no hay razón alguna para seguir manteniendo un momento previo y autónomo, dentro de la Tipicidad, dedicado única y exclusivamente a excluir *ab initio* todos aquellos actos que no reúnan las características de conducta, pues, desde un punto de vista lógico-sistemático, su mantenimiento, no solo sería innecesario, sino, incluso, incorrecto.

Además, la identificación de la *conducta* (carácter de acción) con el proceso humano en el que se advierte una toma de postura frente a las normas, no parece muy afortunada. Una toma de postura frente a algo presupone el conocimiento por parte del que “toma la postura” de ese algo. Ello, respecto al tema que nos ocupa, parece indicar que, en caso de faltar ese conocimiento, el proceso ya no podría ser calificado como *una toma de postura frente a la norma*, esto es, como una *conducta humana*. Este planteamiento no puede ser compartido en este trabajo, pues el desconocimiento de la norma no excluye el carácter de acción de un determinado proceso; un sujeto puede actuar típica e, incluso, antijurídicamente y, sin embargo, desconocer la norma que prohíbe ese actuar. Ese desconocimiento desplegará sus efectos en sede de Culpabilidad, más no en la Tipicidad, o en la Teoría del injusto, como sostiene Silva Sánchez.

En definitiva, lo que interesa al interprete, al operador jurídico es la acción como posible forma de realización típica. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntarse de modo apriorístico y separado –ni de ningún otro modo– por el *carácter de conducta* de la acción u omisión indiciariamente típica, sino por su tipicidad; y típicas solamente podrán ser las conductas que superen *los filtros de imputación*, esto es, conductas externas y finales atribuibles a un sujeto; atribución o, como la hemos denominado en este trabajo, *imputación típica* que se realiza de

forma secuencial -a medida que se van examinando los diferentes elementos típicos- y no de manera apriorística.

2.3. LA OMISIÓN COMO FORMA DE REALIZACIÓN TÍPICA SEGÚN SILVA SÁNCHEZ

El segundo sentido del término acción, el que hace referencia al “contenido de sentido”, es decir, a la comisión y a la omisión, se determina, según indica SILVA SÁNCHEZ, mediante criterios interpretativos a partir de los diferentes tipos penales. Ello significa que, tras la constatación del “carácter de conducta” del hecho humano sometido a juicio, se debe examinar si -tal hecho- reúne “el contenido de sentido necesario para poderle imputar una realización típica en concreto”¹⁵¹: comisiva u omisiva. Así, según afirma el autor, la omisión, -al igual que la comisión- debe ser concebida como el producto de una interpretación que se realiza en el marco de un tipo penal, sobre la base de la conducta efectivamente realizada por el sujeto; “[e]s, en efecto, a dicha conducta a la que *se imputa o atribuye la omisión como realización típica omisiva*”¹⁵².

El concepto de omisión, según la tesis objeto de análisis, es, pues, el resultado de un proceso de imputación. Así, a la conducta -efectivamente-realizada por el agente al tiempo de frustrar una expectativa de actuar se le imputa un sentido omisivo; sentido que, según el autor, vendrá determinado por la expectativa de protección que dimana de un bien jurídico penalmente

¹⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág.162.

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág.167.

protegido. De manera que, es el contenido de la expectativa (“protección activa”¹⁵³) lo que determina el sentido de la conducta, o lo que es lo mismo, cuando, para proteger un determinado bien jurídico se requiera de una intervención activa por parte del sujeto agente y este realice una conducta diversa, frustrando con ello tal expectativa, a esa conducta diversa se le atribuirá un sentido omisivo. Será, en definitiva, una omisión¹⁵⁴.

Así, llega SILVA SÁNCHEZ a la conclusión de que la omisión, como forma de realización típica, no es una *nada* en el plano naturalístico, no comporta un juicio sobre la *nada*, sino que tal juicio se asienta sobre algo real: la conducta diversa realizada por el sujeto omitente.

La conducta diversa, la que efectivamente realiza el agente al tiempo de omitir, puede consistir en una actividad o una inactividad, indica SILVA SÁNCHEZ.

La inactividad (pasividad) tendrá el carácter de conducta¹⁵⁵ -y, por tanto, servirá de sustrato a la interpretación que se fuera a realizar en el marco de un tipo penal-, cuando constituya una toma de postura frente al medio; esto es, cuando se revele como el producto de la conciencia y de la voluntad del agente, según indica el autor. De esta manera, el sujeto que permanezca inmóvil ante una situación de peligro -de la que surge la obligación de actuar-, sin hallarse incurso en ninguna de las causas de ausencia de acción, “desde cualquier

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág.169.

¹⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág.170.

¹⁵⁵ Primer sentido del término “acción”, según la tesis de Silva Sánchez.

perspectiva no naturalística”¹⁵⁶, estará realizando una conducta a la que se le podrá imputar un contenido de sentido –omisivo, en este caso-.

Como se puede observar, a pesar de edificar su concepto de omisión sobre los postulados de la Teoría del *aliud agere*, el autor, al intentar explicar “la pasividad” del agente omitente –en su dimensión de conducta diversa-, renuncia, a lo que constituye la propia esencia de esta teoría: la perspectiva naturalística. El proceder de SILVA SÁNCHEZ, sin embargo, no es insólito en la doctrina española, otros autores, como MIR PUIG o BACIGALUPO, también se posicionan a favor de la *Teoría del hacer distinto*¹⁵⁷. Pero, a diferencia de SILVA SÁNCHEZ, estos autores no renuncian a la perspectiva naturalística –al intentar explicar la pasividad como hacer distinto- sino que le asignan un significado positivo. Así, según MIR PUIG, el sujeto que permanece inmóvil ante la situación que ha dado nacimiento al deber de actuar realiza un “comportamiento dotado de un *significado social positivo* distinto al no hacer algo esperado”, pues el agente que se limita simplemente a observar (cuando debería actuar) también está haciendo algo positivo: observar¹⁵⁸.

En el trasfondo de esta elucubración doctrinal, que se asienta sobre la “conducta diversa”, late el deseo de conciliar la omisión con las exigencias que se derivan del principio *cogitationis poenam nemo patitur*. Pues, según indica SILVA SÁNCHEZ, “[e]n los delitos de omisión, dicho principio requiere también

¹⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág. 175.

¹⁵⁷ Vid. BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Akal/Iure, 2º ed., Madrid, 1990, pág. 259. Según este autor, los elementos que integran el tipo objetivo del delito de omisión propia “tienen la finalidad de permitir comprobar que la acción realmente realizada por el omitente no es la mandada”.

¹⁵⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 198. De hecho, Mir Puig considera que la conducta diversa, que realiza el sujeto al tiempo de omitir, y a la que precisamente se le imputa la omisión, es casi siempre una actividad.

la existencia de un sustrato de la imputación, en orden a poner de manifiesto que el juicio constitutivo de la realización típica no se asienta meramente sobre los pensamientos del sujeto”¹⁵⁹.

2.4. CRÍTICA AL CONCEPTO DE OMISIÓN FORMULADO POR SILVA SÁNCHEZ Y PLANTEAMIENTO PERSONAL

Expuesto, *grosso modo*, el concepto de omisión formulado por SILVA SÁNCHEZ, a continuación, expondremos, al igual que en el anterior epígrafe, nuestras consideraciones críticas y nuestro planteamiento personal.

El “carácter de conducta” –primer sentido del concepto de acción- del proceso humano peligroso o lesivo para con un determinado bien jurídico ocupa un lugar fundamental en la tesis de SILVA SÁNCHEZ. En efecto, el “carácter de conducta”, su constatación -con relación a un concreto proceso humano- es condición indispensable para que al mismo le pueda ser imputada una realización típica omisiva. La certeza y funcionalidad de lo que SILVA SÁNCHEZ denomina “carácter de conducta” han sido ya sometidas a revisión en las anteriores consideraciones críticas. Allí se ponían de manifiesto, no solo la falta de lógica sistemática, sino, sobre todo, los falsos positivos a los que conduciría la aplicación de la tesis propuesta por SILVA SÁNCHEZ referente al

¹⁵⁹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág. 174. El recurso a la conducta diversa realizada por el agente omitente aporta, pues materialidad, exterioridad a lo que de otro modo sería una *nihil*; consecuentemente, el juicio de imputación se asienta sobre algo real: la conducta efectivamente realizada por el agente.

“carácter de conducta”. Por ello, estas consideraciones críticas, no se van a centrar en el “carácter de conducta”, en cuanto punto de partida del concepto de omisión, sino en el concepto en sí.

El concepto de omisión, según indica el autor, sería el producto de un proceso de imputación que se realizaría en el marco de un tipo penal sobre la conducta efectivamente realizada por el agente. Así pues, la conducta diversa, la que realiza el sujeto en detrimento de la que debería haber realizado, ocupa un lugar fundamental en el concepto de omisión formulado por SILVA SÁNCHEZ. Como se puede observar, esta formulación teórico-conceptual guarda un significativo parecido con la genuina Teoría del *aliud agere* de LUDEN¹⁶⁰. Sin embargo, a diferencia de los partidarios de aquella teoría¹⁶¹, SILVA SÁNCHEZ no llega a identificar -en el plano naturalístico- la omisión con la acción, sino que la concibe como un fenómeno normativo; como el producto de un juicio valorativo que se asienta, no sobre *la nada*, sino sobre algo dotado de realidad: la conducta efectivamente realizada por el sujeto agente al tiempo de omitir¹⁶².

La *Tesis del actuar diverso*, tanto en su versión naturalística, como en su versión normativa, ha sido objeto de duras críticas por parte de un importante

¹⁶⁰ Según afirma CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, I: Profili introduttivi e politico-criminali*, cit., pág. 154, “Luden ha sido el histórico progenitor de la Teoría del *aliud agere*”.

¹⁶¹ Como, por ejemplo, DELITALIA, G., *El hecho en la Teoría General del Delito* (traducción y estudio preliminar de Sferrazza Taibi, P.), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pág. 158. Según el autor, “[t]oda orden es, al mismo tiempo, una prohibición. Correlativamente, toda omisión es una acción (...). Por tanto, la distinción entre acción y omisión reposa, en último análisis, en una razón de técnica legislativa.”

¹⁶² En la Doctrina italiana, entre los partidarios de la teoría normativa del *aliud agere* se encuentra, entre otros, SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, cit., pág. 54. Según el autor, la omisión es un juicio normativo dotado, no obstante, de una entidad naturalística, pues “il sostrato contenutistico dell'omissione penale consti di un comportamento, che puo assumere le forme tanto dell'attività quanto dell'inerzia”.

sector de la Doctrina¹⁶³, quién considera que el “actuar diferente” nada aporta al concepto de omisión, ya que en el reverso de la omisión no hay siempre una acción, sino que, en ocasiones, el sujeto que omite realizar la acción debida, no realiza ningún acto diferente, sino que se limita simplemente a permanecer inerte.

Pero ¿cómo casa la “pasividad”, la “inactividad” del sujeto omitente – posible forma de actuar diverso- con la exigencia de materialidad de la conducta? La explicación de SILVA SÁNCHEZ en este punto reviste especial interés. Según el autor, la clave se halla en el cambio de perspectiva, de modo que, la pasividad, “desde cualquier perspectiva no naturalística”, y siempre que no se deba a una causa de ausencia de acción, constituirá una forma de conducta. Pero, si cabe realizar el cambio de perspectiva *a conveniencia* ¿qué sentido tiene recurrir a la conducta diversa? En nuestra opinión, ninguno. Es más, el “cambio de perspectiva” al que apela el autor para explicar la materialidad de la “pasividad” conciliando así la omisión con el principio *cogitationis poenam nemo patitur*¹⁶⁴- principio de corte eminentemente naturalístico- contiene, en realidad, en nuestra modesta opinión, una inconsistencia lógica. Y ese es el verdadero *quid* de la cuestión, es decir, el intentar explicar un fenómeno eminentemente normativo, como es la omisión, desde postulados estrictamente naturalísticos.

Ese esfuerzo doctrinal –dirigido a explicar la omisión en clave naturalística- que tanto ha ocupado y ocupa a la Doctrina penal-, sin embargo,

¹⁶³ Sobre las críticas que se han erigido frente a la Teoría del *aliud agere* vid. CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, I: Profili introduttivi e politico-criminali*, cit., págs.167-171.

¹⁶⁴ Este principio hunde sus raíces en el Derecho Romano, y es recogido por Ulpiano en el Digesto 48.19.18. Vid. en este sentido TUCCILLO, F., “Cogitationis poenam nemo patitur”, en Reinoso-Barbero, F. (coord.), *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2014, págs. 525-525. El significado de esta máxima, según indica DOMINGO, R./ RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 33, es: “Nadie padece pena por su pensamiento”.

no es baladí; responde al devenir histórico; a la historia de un Derecho penal teocrático, autoritario que a menudo fue utilizado como “instrumento de las pasiones de unos pocos”¹⁶⁵ para castigar¹⁶⁶ la amoralidad¹⁶⁷, los vicios, el pecado, “la identidad subjetiva del reo”¹⁶⁸ o, simplemente, para hacer desaparecer todo aquello que se consideraba *enemigo del pueblo*. En este sentido, el esfuerzo de la Doctrina por conciliar la omisión con el principio *cogitationis poenam nemo patitur* ha de ser entendido como una *medida preventivo-garantista* tendente a evitar que la historia se repita. La finalidad es válida y el temor fundado, pero no así los medios, los cuales son, cuanto menos, cuestionables.

¹⁶⁵ BDECARÍA, C., *De los delitos y de las penas*. (Introducción, notas y traducción de Tomás y Valiente, F.), Ed. Aguilar, Madrid, 1969, pág. 68.

¹⁶⁶ En el Estado teocrático, la pena es considerada como el “instrumento de castigo del mal”. Vid. en este sentido, MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011, pág. 39. El castigo, respuesta frente al “mal”, era un espectáculo público de atrocidad, crueldad y barbarie que se proyectaba sobre el cuerpo del reo en forma de tormentos, suplicios, torturas y muerte. Vid. FOCAULT, M., *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 13ª ed. en castellano (5ª en España), Ed. Siglo veintiuno, Madrid, 1986, págs. 11-77.

¹⁶⁷ Vid. PELAYO GONZÁLEZ-TORRES, A., “La humanización del Derecho penal y Procesal. Razón y sensibilidad”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año IV, Núm. 7, 1999, pág. 257. Según indica el autor, “[t]odo el pensamiento jurídico durante la Edad Media y buena parte de la Edad Moderna está fuertemente influido por presupuestos teleológicos. En relación con el Derecho penal se ha afirmado que ideas tan importantes como las de culpa, delito, expiación, libre albedrío, responsabilidad o conciencia, son del dominio mixto de la teología moral y de la filosofía”.

¹⁶⁸ Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed. Ed. Trotta, Madrid, 2014, pág. 101.

3. POSICIÓN PERSONAL

I. Sobre la base de las consideraciones realizadas acerca de los diferentes conceptos doctrinales de omisión, y a modo de conclusión, cabe afirmar que la omisión jurídico-penal es una forma de realización típica desprovista de materialidad en el plano naturalístico. Su esencia radica, pues, en la frustración de una expectativa de actuar que nace de una norma jurídico-penal. Ello significa que no existen omisiones prejurídicas¹⁶⁹ o pretípicas¹⁷⁰, por cuanto la única fuente capaz de generar una expectativa, cuya frustración suponga una posible realización típica omisiva, será el tipo penal, más no las normas sociales, religiosas, éticas o el Ordenamiento Jurídico en su conjunto¹⁷¹. Consecuentemente, por lo que respecta las funciones que el concepto de omisión ha de cumplir en el Sistema del delito, dado que no se trata de un concepto prejurídico o pretípico, sino precisamente de un concepto “típico” sus funciones serán las de la Tipicidad misma.

En definitiva, no se puede reducir el concepto de omisión al ámbito ontológico, de la misma forma que tampoco se le puede identificar con una forma de criminalizar pensamientos. La omisión es, pues, una forma de realización típica constatable a través de un juicio normativo que se realiza sobre la objetiva

¹⁶⁹ Como sostienen, entre otros, PULITANO, D., *Diritto Penale*, 5ª ed., Ed. G. Giappichelli, Torino, 2013, págs. 221-222. Según el autor, la omisión posee carácter normativo, sin embargo, ello no significa que deba su existencia a la norma, por cuanto la omisión es un hecho empíricamente observable que la norma asume, pero no crea.

¹⁷⁰ Vid., en este sentido, MARINUCCI, G./ DOLCINI, E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 5ª ed., Ed. Giuffré, Milano, 2015, pág. 229; HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, cit., pág. 308.

¹⁷¹ La frustración de las mencionadas normas dará lugar, en su caso, a otro tipo de ilícito, diferente al penal.

conurrencia de la situación típica -en la que se encuentra el interés necesitado de protección- y la frustración de la ejecución de la acción debida por el agente, a pesar de contar con la capacidad de realización en ese sentido. Ello significa que, al agente, autor de un hecho omisivo típico, antijurídico y, en su caso, culpable, no se le exigirá responsabilidad penal por sus ideas, pensamientos o motivos, sino por haber infringido su deber de actuar de determinada forma. Y la no ejecución de la acción debida -y, en tal sentido, exigida por la norma penal- por parte del sujeto obligado a ello y dotado de capacidad en tal sentido, es un *hecho, una realización* objetivamente constatable (a través de un juicio normativo) y, por ello, imputable al sujeto omitente en concepto de realización típica omisiva. No tiene sentido, pues, hablar de *materialidad del acto* en el contexto de los delitos de omisión, pues su esencia radica en la infracción de un deber de actuar -contenido en un tipo penal-, más no en un acto naturalístico contrario a la norma.

II. Si partimos de la base de que la omisión es una forma de realización típica que, a diferencia de la acción, no supone la realización de un acto en sentido naturalístico, sino la nuda infracción de un deber de actuar -contenido en un tipo penal- a través de la cual se lesiona el bien jurídico penalmente tutelado¹⁷², el problema de la incompatibilidad entre la omisión y el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, parece más bien un problema aparente.

El Derecho, en general, y Derecho penal, en particular, son productos sociohistóricos determinados por la economía, la cultura y la ideología de cada pueblo; son, en definitiva, reflejos de la estructura sociopolítica de cada época.

¹⁷² En este sentido se pronuncia, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 577.

Como instrumento de ordenación normativa de la sociedad¹⁷³, el Derecho penal ha evolucionado¹⁷⁴ -aunque tal evolución no haya sido sincrónica, sino asincrónica-, se ha transformado e, incluso, podríamos decir que, con el advenimiento de la llamada “Sociedad del Riesgo”¹⁷⁵, se ha expandido¹⁷⁶. El Derecho penal del Estado Social y Democrático de Derecho poco tiene que ver con el Derecho penal del Estado Liberal clásico y nada con el Derecho penal del Antiguo Régimen. En el Estado Social y Democrático de Derecho, las actitudes internas, los pensamientos, los *vicios* o los *pecados*, “*la maldad intrínseca*”¹⁷⁷ forman

¹⁷³ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII Y XVII)*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 23.

¹⁷⁴ Dentro de esta “evolución” se incluyen también los momentos más oscuros del Derecho contemporáneo, a los que cabría calificar como *momentos* o *épocas de involución*. Como épocas de involución del derecho cabe mencionar, entre otras, las determinadas por el nacionalsocialismo en Alemania, por la dictadura franquista en España, por la dictadura fascista en Italia, por la dictadura militar en Argentina o por la dictadura comunista en Rumanía, etc. Aunque se trate de épocas marcadas por la pérdida de garantías, derechos y libertades de los ciudadanos, no se las puede excluir del proceso evolutivo del Derecho, pues forman parte de la historia de cada pueblo. Y la historia es como un espejo al que, de vez en cuando, conviene mirarse para no volver a caer en los errores y horrores del pasado.

¹⁷⁵ Término acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck para referirse a la sociedad postindustrial que se caracteriza, por un lado, por la producción, definición y reparto democrático de los riesgos dependientes de decisiones humanas y, por otro, por la distribución desigual de las riquezas. Vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (traducido por Navarro, J./ Jiménez, D. y Barros Mª R.), Ed. Paidós, Barcelona, 2002, págs. 25-56.

¹⁷⁶ Sobre los factores determinantes de la expansión del Derecho penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001, págs.19-79. Entre los factores determinantes de la expansión –racional e irracional- del Derecho penal destacan, según el citado autor, la aparición de nuevos bienes jurídicos, la necesidad de mayor protección de bienes jurídicos preexistentes, la aparición de nuevos riesgos (tecnológicos, económicos, culturales y sociales), de nuevas modalidades de criminalidad, etc. Pero, por encima de todo ello, la expansión del Derecho penal se debe a la necesidad de proteger bienes jurídicos de grupos sociales emergentes y de la necesidad de favorecer su integración social, en una sociedad cada vez más compleja.

¹⁷⁷ Según lo dispuesto en el Preámbulo de la LO 2/2019, de 1 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, la *ratio legis* del nuevo delito de abandono del lugar del accidente del art. 382 bis es la sanción de “la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido”. Amén de la nefasta técnica legislativa empleada en la redacción de este precepto, la referencia a la *maldad*, en cuanto, *ratio* de la intervención y, en su caso, sanción penal, supone un claro

parte de la esfera más íntima de la persona, de su personalidad, en definitiva, de su dignidad.¹⁷⁸ Con la entrada en vigor de la CE de 1978, la dignidad de la persona se ha constituido en “fundamento del orden político y de la paz social”¹⁷⁹, y, quizás, en cierta medida, en límite al *Ius puniendi* del Estado. Pues, tal como afirman TERRADILLOS BASOCO y BOZA MARTÍNEZ, “[e]l libre desarrollo de la personalidad solo es posible en un contexto penal que se limite a criminalizar los hechos, nunca los modos de ser de cada ciudadano”¹⁸⁰. Consecuentemente, en el actual modelo de Estado, solo los hechos externos activos u omisivos, que pongan en peligro o lesionen un bien jurídico (penalmente protegible¹⁸¹) podrán constituir delito. El carácter objetivo y externo del hecho es, pues, requisito imprescindible del ilícito penal, pero no suficiente. Junto a este se tiene que dar otro: la finalidad. Así, en concordancia con lo dispuesto en el art. 10 CP, en relación con el art. 25.1 CE, solo las acciones y las omisiones cometidas de forma dolosa o, en su caso, imprudente podrán fundamentar la imposición de una condena.

Todos estos datos parecen indicar que, cuando la CE en el art. 25.1 se refiere a la “omisión” -en cuanto presupuesto de una posible condena- parte ya

retroceso del Derecho penal a una época anterior al proceso de secularización. Así, el Legislador penal de 2019, se ha *cargado* de un plumazo el principio del hecho, la separación entre Derecho y Moral y las garantías inherentes a tal separación.

¹⁷⁸ Y, según la STC 53/1985, de 11 de abril, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).”

¹⁷⁹ Art. 10.1 CE.

¹⁸⁰ TERRADILLOS BASOCO, J. M./BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017, pág.25.

¹⁸¹ Sobre la teoría del bien jurídico penalmente protegible, vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 453-465.

de un *prius lógico indiscutible*: los pensamientos, las vivencias internas, *lo amoral* forman parte de la esfera más íntima de la persona, de su libre desarrollo, *ergo*, deben ser excluidas de la incriminación jurídico-penal.

Esa exclusión de lo espiritual, de lo moral, de lo que pertenece al ámbito de organización de la persona, de la intervención punitiva del Estado - proclamada por el art. 10.1 CE- se materializa doctrinalmente en dos fundamentales principios: el principio del hecho o de materialidad y el principio de lesividad que, según el modelo garantista de Derecho penal diseñado por FERRAJOLI¹⁸², vendrían a dar respuesta a dos fundamentales cuestiones: cuándo y cómo prohibir¹⁸³.

De lo apuntado en líneas precedentes se desprende que el Derecho penal vigente, no solo destierra de su ámbito punitivo la responsabilidad objetiva, sino que -al colocar junto a la acción la omisión, como posibles formas de realizaciones típicas- instaura la “normalización” de la punibilidad de los delitos de omisión¹⁸⁴; *normalización* que no ha de ser entendido como un capricho del Legislador contemporáneo, sino como una consecuencia necesaria del actual modelo de

¹⁸² Vid., FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., págs. 93-94.

¹⁸³ Según las exigencias que se derivan del principio del hecho y del principio de lesividad solamente se podrán prohibir, en un modelo de Derecho penal garantista, propio del Estado Democrático de Derecho, los actos, mas nunca los pensamientos, las vivencias internas o las amoralidades. Ahora bien, tampoco se puede prohibir, bajo la amenaza de una pena, cualquier acto, sino únicamente aquellos que, por crear un riesgo que excede del límite de lo permitido, se muestren peligrosos o lesivos para con un interés jurídico-penalmente protegible. Pues, como afirma GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, en *Poder judicial*, 2ª época, Núm. 28, 1992, pág. 7, “toda infracción penal requiere la exteriorización y materialidad de un hecho y, además, que ese hecho lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado”.

¹⁸⁴ Vid. FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto Penale, Parte Generale*, 7ªed., Ed. Zanichelli, Bologna, 2014, pág. 616. Según destaca el autor, tradicionalmente el prototipo de ilícito penal ha sido el delito activo, consecuentemente, hasta buena parte del *ottocento* (..) *la responsabilità per omissione non può che costituire l'eccezione*”.

Estado, “*dello Stato sociale-solidaristico di diritto*”¹⁸⁵ que se caracteriza por la aparición de nuevos riesgos¹⁸⁶ y la globalización de ciertos fenómenos criminales, por un lado, y la creciente demanda social de seguridad¹⁸⁷ frente a la, también, creciente sensación de inseguridad¹⁸⁸, por otro.

Luego, recurrir -con SILVA SÁNCHEZ- a la “conducta diversa” para “demostrar” que el juicio de imputación típica en el delito omisivo “no se asienta meramente sobre los pensamientos del sujeto”¹⁸⁹, parece redundante¹⁹⁰ y, consecuentemente, el problema de su (supuesta) incompatibilidad con el principio *cogitationis nemo patitur*, meramente aparente.

En definitiva, como ya afirmábamos en líneas precedentes, no tiene sentido hablar de “materialidad del acto” en los delitos de omisión, pues la omisión no se materializa en el mundo exterior mediante actos o movimientos corporales, sino mediante la infracción del deber de actuar (contenido en un tipo

¹⁸⁵ MANTOVANI, F., *Diritto Penale, Parte Generale*, 9ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 2015, pág. 128.

¹⁸⁶ Sobre el concepto de riesgo, vid. LUHMANN, N., *Sociología del riesgo*, (traducido por Pappé S./Erker B. y Segura L.F.), Ed. Universidad Iberoamericana, A.C., Lomas de Santa Fe, 2006, págs.45-78. Según Luhmann, el concepto de riesgo, en la sociedad postindustrial, viene a caracterizar aquellos estados de cosas complejos a los que el ciudadano se enfrenta en su día a día.

¹⁸⁷ Que determina el surgimiento de un nuevo modelo de Estado, el Estado de seguridad intervencionista. Vid. MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal de la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 32-33.

¹⁸⁸ Vid. MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal de la sociedad del riesgo*, cit., págs.30-31.

¹⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, cit., pág. 174.

¹⁹⁰ Con esto, sin embargo, no queremos decir que la doctrina no deba someter a juicio crítico los diferentes tipos omisivos previstos en la Parte Especial del CP, por supuesto que sí, pero eso sería ya otra cosa

penal); infracción que afecta- mediante una lesión o puesta en peligro- al interés penalmente protegido por la norma jurídico-penal.

4. LOS DELITOS DE OMISIÓN

4.1. LOS DELITOS DE OMISIÓN PROPIA O PURA Y LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA O DE COMISIÓN POR OMISIÓN

I. La Doctrina, de manera prácticamente unánime¹⁹¹, coincide en que los delitos de omisión se dividen en dos clases¹⁹²: delitos omisivos propios o puros y los delitos omisivos impropios o en comisión por omisión. El consenso doctrinal, no obstante, en lo que respecta los delitos de omisión, empieza y termina aquí, pues, tal como afirma GIMBERNAT ORDEIG, “en una materia en la que, desgraciadamente, nada aparece como definitivamente consolidado, ni siquiera

¹⁹¹ Vid. por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ªed., Ed. Aranzadi, Navarra, pág.390; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., págs.187-188; PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penales, Parte Generale*, cit., pág.272; PADOVANI, T., *Diritto Penale*, 10ªed., Ed. Giuffrè, Milano, págs.119-120; MARINUCCI, G./ DOLCINI, E., *Manuale di Diritto Penales, Parte Generales*, cit. pág. 229.

¹⁹² Para MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte General*, cit. pág.254, los delitos omisivos se dividen en: delitos de omisión *pura o propia*, delitos de *omisión y resultado* –los de los arts. 305 CP o 326.1 CP- y delitos de *omisión impropia o de comisión por omisión*.

existe unanimidad sobre lo que deba ser considerado delito de omisión impropia (o de comisión por omisión) y delito de omisión propia (o pura)”¹⁹³.

Así, según un sector de la doctrina¹⁹⁴, los delitos omisivos propios o puros serían aquellos que se encuentran expresamente tipificados en la Parte Especial del CP -como, por ejemplo, los delitos omisivos de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP-, mientras que los delitos omisivos impropios carecerían de una previsión legal expresa, surgiendo, pues, vía interpretativa a partir de tipos comisivos-base. No obstante, como con razón afirman, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/SUSANA HUERTA, el criterio de la “tipificación expresa”, por sí solo, no es suficiente para diferenciar entre una y otra clase de delitos de omisión¹⁹⁵, pues, en el vigente Código penal¹⁹⁶ no solo los delitos de omisión pura gozan de tipificación expresa, sino, también, algunos delitos cuya estructura material responde a los delitos de comisión por omisión, como es el caso del delito contra la salud de los trabajadores del art. 316 CP.

Un amplio sector de la Doctrina¹⁹⁷ considera, no obstante, que el criterio diferenciador reside en el “resultado” -en cuanto elemento estructural típico-

¹⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”, en Díez Ripollés (coord.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 685.

¹⁹⁴ Por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 390. Según el autor, “la omisión impropia, también llamada comisión por omisión, no es un tipo legal específico, sino una posible modalidad de comisión de algunos delitos de resultado”.

¹⁹⁵ Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito*, 2ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 564.

¹⁹⁶ Aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre.

¹⁹⁷ Vid., CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, I: Profili introduttivi e politico-criminali*, cit., págs.92-104.

Desde este punto de vista, reciben la consideración de delitos de omisión impropia o de comisión por omisión aquellos delitos que para su consumación requieren de la producción de un resultado estructural típico, en tanto que, en los delitos de omisión propios o puros la mera infracción del deber de actuar consumaría el tipo. Al agente omitente, en el delito de omisión pura, se le imputaría, pues, el no haber realizado la acción esperada¹⁹⁸ -la omisión- mas no el no haber evitado la producción de un posible resultado¹⁹⁹. Por el contrario, los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión consistirían en la violación de la obligación de impedir la producción de un resultado (de un tipo comisivo-base o de un de un tipo de comisión por omisión expresamente tipificado). En estos casos, el omitente asume la posición de garante frente al bien jurídico protegido -lo que determina la posibilidad de imputarle el resultado producido-

Apelando al criterio del “resultado”, en cuanto elemento estructural típico, la Doctrina²⁰⁰ ha llegado a establecer cierto paralelismo entre los delitos de acción y los de omisión. Desde esta perspectiva, los delitos de omisión pura serían el equivalente de los delitos de mera actividad y los delitos de comisión por omisión serían el equivalente de los delitos comisivos de resultado²⁰¹. Este paralelismo o correspondencia entre una y otra clase de delitos ha sido enérgicamente criticada por GIMBERNAT ORDEIG, para quién, la propia distinción entre delitos de resultado y delitos de mera actividad sería errónea,

¹⁹⁸ A pesar de haber contado con capacidad de realización, en tal sentido.

¹⁹⁹ Vid., por todos, CUELLO CONTRERAS, J./ MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2015, pág. 199.

²⁰⁰ Vid., por todos, MARINUCCI, G./ DOLCINI, E., *Manuale di Diritto Penales, Parte Generales*, cit. pág. 229; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 321.

²⁰¹ Así, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito*, cit., pág. 562.

pues, según el autor, “[t]odos los delitos tienen como objeto la protección de un bien jurídico, por lo que es imposible que sin una modificación en el mundo exterior (sin un resultado) dicho bien pueda ser amenazado (delito de peligro) o lesionado (delito de lesión)”²⁰². Ahora bien, mientras que, en los delitos de resultado, la modificación en el mundo exterior se puede separar (teóricamente) espaciotemporalmente de la conducta del agente, en los delitos de mera actividad, afirma GIMBERNAT ORDEIG, el resultado se produce de manera simultánea a la actividad²⁰³ realizada por el agente²⁰⁴.

II. En nuestra opinión, efectivamente, todos los delitos “deberían” de tener como objeto de protección un bien jurídico. Ahora bien, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma no ha de confundirse -hasta el punto de identificarse- con el resultado típico. La realización de una determinada conducta típica comporta una afectación -peligro o lesión- para el objeto jurídico protegido por la norma, pero, ello no significa que todos los delitos sean de resultado. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a nuestro juicio, hace referencia al grado en el que la conducta típica afecta al objeto jurídico protegido por la norma jurídico-penal (desvalor de resultado), en tanto que, el resultado, (en cuanto elemento estructural típico) encarna el efecto que la realización del hecho típico comporta para el objeto sobre el que recae; efecto que concebimos

²⁰² GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)”, cit., pág.691.

²⁰³ En sentido similar se pronuncia CADOPPI, quien considera todos los delitos de acción -y, por ende, también los de comisión por omisión- serían delitos de resultado, consistiendo este en una modificación en el mundo exterior separable de la conducta que la hubiera producido, al menos, de forma lógica. Véase, CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, II: Profili Dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, cit., pág. 830.

²⁰⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)”, cit., pág.691.

como una modificación del mundo exterior separable espacio-temporalmente de la acción (resultado naturalístico).

III. En suma, a nuestro juicio, los delitos de omisión pura son delitos de “mera inactividad”, expresamente tipificados en la Ley penal, en tanto que, los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado que solo excepcionalmente gozan de tipificación expresa.

4.2. EL TIPO (DOLOSO) DE OMISIÓN PURA

Desde el punto de vista de su estructura interna, el tipo de omisión pura - al igual que cualquier otro tipo- se integra por elementos objetivos (tipo objetivo) y elementos subjetivos (tipo subjetivo)²⁰⁵. Ahora bien, a diferencia del tipo de acción, el de omisión pura presenta importantes peculiaridades -sobre todo, en lo que respecta el tipo objetivo-²⁰⁶.

²⁰⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J.J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág. 206.

²⁰⁶ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pág. 191.

4.2.1. EL TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo del delito de omisión pura describe una “situación típica” cuya presencia activa el deber de actuar del sujeto agente a pesar de tener la capacidad para realizar la acción debida, la omite²⁰⁷. Tres son, pues, los elementos que integran el tipo objetivo del delito de omisión pura: la situación típica, la ausencia de la acción debida y la capacidad para actuar.

A. Situación típica

La situación típica “consiste en la presencia de un riesgo inminente de que un cierto bien jurídico resulte afectado, riesgo que puede conjurarse mediante la realización de una conducta positiva que la norma exige de su destinatario”²⁰⁸. Así, situación típica, su efectiva concurrencia, se erige en el presupuesto necesario de la acción jurídico-penalmente exigida²⁰⁹. Esta (la situación típica) describe, pues, las circunstancias en las que los sujetos que la perciban deben actuar en el sentido exigido por la norma jurídico-penal.

²⁰⁷ Vid., por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 391; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, cit., págs. 324-325.

²⁰⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito*, cit., pág. 565.

²⁰⁹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 391.

Así, en lo que respecta el art. 320.1 CP, estará realizando el tipo de omisión del delito de prevaricación urbanística, el sujeto que, con “motivo de inspecciones,” silencie las infracciones de la normativa sobre ordenación del territorio y urbanística vigente. La situación típica está constituida por las infracciones (de la normativa de ordenación del territorio y urbanística vigente) que percibe el sujeto que *de facto* está realizando una inspección urbanística. Se trata, no obstante, de una “descripción” muy poco satisfactoria -desde la perspectiva de los mandatos de taxatividad y certeza que se derivan del principio de legalidad-, ya que, en su redacción no solo se recurre a elementos lingüísticos normativos, sino, incluso, a la técnica de la ley penal en blanco²¹⁰. Lo ideal sería, pues, que el Legislador empleara, en la medida de lo posible, para describir la situación típica, elementos lingüísticos descriptivos, pues una deficiente configuración típica puede mermar la efectiva aplicación práctica del tipo penal en cuestión.

B. Ausencia de la acción exigida por la norma jurídico-penal

El segundo elemento que integra el tipo objetivo el tipo de omisión es la infracción del deber de actuar en el sentido dictado por la norma jurídico-penal. Omite la acción debida -típicamente exigida- tanto el sujeto que permanece inerte (mientras se encuentra vinculado por el deber que nace de la situación típica), como el sujeto que realiza una acción diversa a la exigida por el tipo.

²¹⁰ Se aborda, expresamente, esta problemática en el Capítulo III, de la Segunda Parte.

Así, por lo que respecta el art. 320.1 CP, infringirá el deber de denunciar las infracciones que constate durante la realización de una inspección urbanística, tanto el funcionario público que omita levantar acta de dicha inspección, como el que levantándola no hace constar en la misma las infracciones que ha constatado, como el que, decide no dar trámite al acta que ha levantado y en el que constan las correspondientes infracciones.

El deber de actuar que nace de la situación típica, en los delitos de omisión pura, vincula a todos los sujetos la perciban²¹¹, no obstante, en lo que respecta el tipo omisivo del art. 320.1 CP, el deber de denunciar las infracciones -a las que se refiere el precepto penal- vincula a un sujeto determinado (autoridad o funcionario público). Ello, no significa, empero, que dicho sujeto se encuentre en posición de garante respecto del objeto jurídico-penalmente protegido, sino que, *de facto*, únicamente este -la autoridad o funcionario público competente para realizar inspecciones urbanísticas- se podrá encontrar con “situación típica”.

C. Capacidad actual para realizar la acción exigida por la norma jurídico-penal

Para que la infracción del deber de actuar (en el sentido exigido por la norma jurídico-penal) sea típica -a efectos de un determinado delito de omisión pura- es preciso, además, que el sujeto obligado a actuar hubiera podido hacerlo²¹². De modo que, el sujeto obligado a neutralizar el riesgo de afectación

²¹¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 392.

²¹² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito*, cit., pág. 565.

que sufre el bien jurídico protegido debe tener capacidad personal para actuar en el sentido prescrito por la norma jurídico-penal.

La capacidad para realizar la acción exigida por la norma penal se erige en “límite exegético de la conducta típica omisiva”²¹³, consecuentemente, su falta comportará la atipicidad de la infracción del deber de actuar²¹⁴.

Para determinar la efectiva concurrencia de la capacidad personal de acción, tal como afirma DE LA CUESTA AGUADO²¹⁵, se debe de atender tanto a la capacidad de actuar general o media²¹⁶, como a la capacidad individual del sujeto obligado.

La capacidad general de acción se “mide” con base en el criterio del *hombre* (persona) medio²¹⁷ -*ex ante*-. Ahora bien, “cuando exista capacidad general de acción todavía habrá que comprobar la existencia de capacidad individual de acción”²¹⁸. A tales efectos se debe atender a las capacidades físicas del sujeto

²¹³ CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, II: Profili Dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, cit., págs. 824-825.

²¹⁴ En este sentido se pronuncian, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito*, cit., pág. 566; CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, II: Profili Dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, cit., pág. 817; BUSTOS RAMÍREZ, J.J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II*, cit., pág. 208 y QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 392.

²¹⁵ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pág. 191.

²¹⁶ En contra, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito*, cit., pág. 566, quienes consideran que la capacidad general de acción no es elemento del tipo objetivo de los delitos de omisión, sino presupuesto del concepto de omisión típica.

²¹⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 580.

²¹⁸ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pág. 192.

concreto, a la posibilidad que este tiene de advertir la concurrencia de la situación típica -para lo cual, en ocasiones, necesitará de conocimientos específicos-, a los medios a su alcance, etc. Al ser la capacidad de realización de la acción exigida un elemento del tipo objetivo, el error sobre su concurrencia tendrá la consideración de error de tipo.

En suma, el sujeto que percibe la situación típica decide no actuar, a pesar de haber podido hacerlo, habrá realizado el tipo objetivo de un determinado delito de omisión pura. Así, a nuestro juicio, ni el resultado -que pueda sobrevenir a la infracción del deber de actuar-, ni la falta de producción de un resultado beneficioso para el bien jurídico, esto es, el “*non-evento*”²¹⁹ forman, parte de la estructura típica del delito de omisión pura.

4.2.2. TIPO SUBJETIVO

El conocimiento y la voluntad, en los tipos de omisión pura, deberán abarcar todos los elementos del tipo objetivo: la situación típica, la ausencia de la acción jurídico-penalmente exigida y posibilidad de actuar²²⁰.

²¹⁹ Según CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, II: Profili Dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, cit., pág. 854- 849, los delitos de omisión pura son delitos de “no producción de un resultado” que se estima beneficioso para el bien jurídico protegido. De modo que, “*alla fattispecie tipica deve appartenere non solo la condotta omissiva, ma pure una tale mancata produzione dell’evento richiesto dalla norma*”.

²²⁰ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 392.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

Aunque el funcionalismo propugna un sistema de delito abierto a la realidad social y permeable para con las finalidades político-criminales y aunque la acción y la omisión se conciben como realizaciones típicas, también ROXIN acaba formulando un “concepto general de acción” -entendido como manifestación de la personalidad- que, tampoco, logra explicar la omisión típica, es decir, aquella que surge de la frustración de un deber contenido en un mandato jurídico-penal -carencia reconocida incluso por el propio autor-.

A la vista del fracaso de los intentos doctrinales de formular conceptos generales que incluyan la acción y la omisión, algunos autores -entre los que cabe recordar a CADOPPI (con su Teoría del *non-evento*), HUERTA TOCILDO o SILVA SÁNCHEZ, y, quizá también, aunque con matices a SCHÜNEMANN- conciben la omisión como forma de realización típica.

Así, CADOPPI define la omisión, desde una concepción normativa, como la frustración de una expectativa normativamente construida. HUERTA TOCILDO también se posiciona a favor de una teoría normativa, pero se aparta del autor anteriormente citado en cuanto a la naturaleza de la norma que genera dicha expectativa. Mientras que para CADOPPI cualquier norma puede generar la expectativa, para HUERTA TOCILDO sólo puede hacerlo una norma jurídica.

II

SILVA SÁNCHEZ, por su parte, se alinea entre quienes defienden la necesidad de un supra-concepto de “conducta”, al que otorga funciones similares a las del concepto general de acción -fundamentalmente, la función de excluir los comportamientos que no reúnen unos elementos mínimos necesarios-.

III

En nuestra opinión, la cuestión de si un determinado hecho reúne las características de *conducta humana* no es un problema propio del *concepto de acción*, sino un problema propio de la *acción típica*. De hecho, lo que le interesa al interprete jurídico no es averiguar la *cualidad de conducta humana* de un determinado proceso aparentemente típico, sino examinar si ese proceso lesivo o peligroso para con un bien jurídico o deber *constitucionalmente relevante* le puede ser imputado a un sujeto como producto de su fisicidad -corporeidad- y su conciencia. En este sentido, a nuestro parecer, el problema de la acción (típica) es un problema de imputación típica. Así, el concepto de imputación se constituye en la idea central sobre la que han de pivotar los conceptos de acción y omisión en la Tipicidad.

Ahora bien, la imputación no puede hacerse depender del concepto de “voluntariedad”, como, por ejemplo, plantea GÓMEZ BENÍTEZ. Más bien, se trata de un proceso de atribución que se realiza de manera lógico-secuencial en dos niveles y que responde (y se inspira) en exigencias constitucionales. En este

sentido, los términos “típico” y “Tipicidad” se utilizan para indicar una cualidad del hecho ilícito abstracto o, lo que es lo mismo “del esquema del comportamiento descrito por el Legislador en la norma incriminatoria” -en palabras de PAPA-. De ahí que, el ámbito funcional de la “acción” esté integrado por una doble dimensión: una político-legislativa; otra dogmática.

En la primera, se cuestiona la “cualidad” de la conducta típica -el carácter de la conducta- e incumbe exclusivamente al Legislador. Como problema dogmático, al intérprete no le interesan conceptos prejurídicos, tan solo lo que puede ser atribuido a un sujeto como propio. Esta atribución se realiza en la Tipicidad, de forma secuencial en dos niveles: Tipo objetivo (primer nivel) y Tipo subjetivo (segundo nivel).

IV

El segundo sentido del término “acción”, según SILVA SÁNCHEZ, haría referencia al “contenido de sentido”, o, lo que es lo mismo, a la comisión y a la omisión. A partir de aquí, el concepto de omisión es el resultado de un proceso de imputación que vendrá determinado por la expectativa de protección que dimana del bien jurídico protegido. De ahí, afirma este autor, que la omisión no es una nada en el plano naturalístico, sino que se asienta sobre algo que es real: la conducta diversa realizada por el sujeto omitente y que puede revestir la forma de actividad o de inactividad. Con ello, el concepto de omisión vuelve a la Teoría del *aliud agere*, si bien renunciando a la perspectiva naturalística. A favor de la Teoría del actuar diferente, también se posiciona MIP PUIG o BACIGALUPO, si bien sin renunciar a la perspectiva naturalística.

V

La Teoría del actuar diverso (*aliud agere*) ha sido objeto de duras críticas en nuestra Doctrina, al considerar que no aporta nada al concepto de omisión. En nuestra opinión, sin embargo, el problema estriba en su inconsistencia lógica, pues no se puede explicar un fenómeno eminentemente normativo, como es la omisión, desde postulados naturalísticos.

La omisión jurídico-penal ha de ser entendida, por el contrario, como una forma de realización típica, desprovista de materialidad en el plano naturalístico, cuya esencia radica en la frustración de una expectativa que nace de una norma jurídico-penal. La omisión se constata a través de un juicio normativo que se realiza sobre la objetiva concurrencia de la situación típica y la frustración de la norma que obliga a la ejecución de la “acción debida” por el agente, a pesar de contar con la capacidad de realizarla. Por ello, la responsabilidad penal derivada de la omisión no se fundamenta en pensamientos, ideas o motivos, sino en hechos y en tal sentido la omisión es un hecho, una realización objetivamente constatable tras un juicio normativo.

Desde esta perspectiva, la incompatibilidad de omisión con el principio *cogitationis poenam nemo patitur* es meramente aparente. Por otro lado, cuando el art. 25.1 CE se refiere a la “omisión” parte de un prius lógico: los pensamientos, las ideas, lo amoral deben ser excluidos de la incriminación penal. Esta idea se materializa en dos principios, en el principio del hecho y en el principio de lesividad.

VI

El carácter objetivo y externo del hecho es un elemento imprescindible del ilícito penal, pero no suficiente. Junto a este es preciso que concurra un elemento subjetivo: la finalidad. De modo que, el Derecho penal vigente, no solo destierra de su ámbito punitivo la responsabilidad objetiva, sino que -al colocar junto a la acción la omisión, como posibles formas de realizaciones típicas- instaura la “normalización” de la punibilidad de los delitos de omisión; normalización que, a su vez, es una consecuencia necesaria del actual modelo de estado, “*dello Stato sociale-solidaristico di diritto*” que se caracteriza por la aparición de nuevos riesgos y la globalización de ciertos fenómenos criminales, por un lado, y la creciente demanda social de seguridad frente a la, también, creciente sensación de inseguridad.

VII

La Doctrina penal, de forma prácticamente unánime, considera que los delitos de omisión pueden ser de dos clases: delitos de omisión propios o puros y delitos de omisión impropio o de comisión por omisión, en función de si se encuentran expresamente tipificados en el Código penal (propios o puros) o no (impropios o en comisión por omisión). Sin embargo, ya OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO advirtieron de la insuficiencia del criterio de la “tipificación expresa”, pues también se contienen en nuestro Código penal algún

delito expresamente tipificado de comisión por omisión, como podría ser el contenido en el art. 316.

Un amplio sector de la Doctrina considera, no obstante, que el criterio diferenciador reside en el “resultado” -en cuanto elemento estructural típico-. Desde esta perspectiva, los delitos de omisión pura serían el equivalente de los delitos de mera actividad y los delitos de comisión por omisión serían el equivalente de los delitos comisivos de resultado. Este paralelismo o correspondencia entre una y otra clase de delitos ha sido enérgicamente criticada por GIMBERNART ORDEIG, para quién, la propia distinción entre delitos de resultado y delitos de mera actividad sería errónea, pues, según el autor, todos los delitos protegen un bien jurídico por lo que, sin una modificación en el mundo exterior, sin un resultado, dicho bien puede ser amenazado.

VIII

Ciertamente, todos los delitos deberían tener como objeto la protección de un bien jurídico. Ahora bien, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la norma no ha de confundirse -hasta el punto de identificarse- con el resultado típico. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por la conducta típica merece un juicio de desvalor (desvalor de resultado). Pero el resultado típico -en cuanto elemento estructural del tipo- no puede consistir en un juicio normativo, sino en el efecto que la realización del hecho típico comporta para el objeto del delito -modificación en el mundo exterior separable físico-temporalmente del hecho (resultado naturalístico)-.

En definitiva, los delitos de omisión pura son delitos de “mera inactividad”, expresamente tipificados en la Ley penal, en tanto que, los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado que solo excepcionalmente gozan de tipificación expresa.

IX

A partir de este presupuesto, el tipo objetivo del delito de omisión pura contiene tres elementos: la situación típica, la ausencia de acción debida y la capacidad para actuar. La “situación típica”, cuya presencia activa el deber de actuar del sujeto agente, describe las circunstancias en las que los sujetos que las perciban deben actuar en el sentido exigido por la norma penal. El segundo elemento -la ausencia de acción debida- tiene su presupuesto en la infracción del deber de actuar dictado por la norma penal; deber de actuar que nace de la situación típica y vincula a los sujetos que la perciban. Finalmente, la capacidad actual para realizar la acción exigida por la norma jurídico-penal se erige en el límite exegético de la conducta típica omisiva -según afirma CADOPPI-; capacidad que atenderá tanto a la general o media como a la propia capacidad individual del sujeto obligado. El error sobre este elemento habrá de ser considerado error de tipo.

**PARTE II: EL DELITO DE
PREVARICACIÓN
URBANÍSTICA**

**CAPÍTULO III: SOBRE EL
DELITO DE PREVARICACIÓN
URBANÍSTICA Y SU
INCIDENCIA EN LA LUCHA
CONTRA LA CORRUPCIÓN**

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

1.1. BREVE REVISIÓN HISTÓRICA DEL ARTÍCULO 320 CP

Pese a que “todos los Proyectos de Código penal elaborados desde 1980 se han ocupado de la protección del territorio”²²¹, no fue hasta el año 1995 cuando, mediante LO 10/1995, de 23 de noviembre, definitivamente se introdujeron los, así llamados, *delitos urbanísticos*. Con ello, el primer Código Penal español de la democracia elevó a la categoría de delito ciertas conductas contrarias al orden territorial, ubicándolas en el Capítulo I del Título XVI, bajo la rúbrica *De los delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*.

El Capítulo dedicado a los “Delitos sobre la ordenación del territorio” incluía dos preceptos: el art. 319 y el art. 320. El primero de los mencionados preceptos venía a incriminar las construcciones no autorizadas y las edificaciones no autorizables llevadas a cabo por constructores, promotores o técnicos directores en suelos protegidos; en tanto que el art. 320 CP tipificaba la conducta de la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, informara favorablemente, votara o resolviera, por sí mismo o como miembro de un órgano

²²¹ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J, L., “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, en *Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal*, Núm. 15, 1988, pág. 311.

colegiado, proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a la normativa urbanística vigente.

Los delitos urbanísticos permanecieron inalterados desde su inclusión en el Código Penal de 1995 hasta el año 2010, momento en que la reforma realizada por LO 5/2010, de 22 de junio, afectó, entre muchos otros, a los preceptos que nos ocupan. La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, introdujo cambios significativos; cambios que iban desde la modificación de la propia rúbrica del Título, hasta la reforma de los tipos -con los problemas que ello acarrea-, el incremento de las penas privativas de libertad e, incluso, la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Antes de la reforma del Código Penal de 2010, ni en la rúbrica del Título XVI, ni en la del Capítulo I -donde se regulaban los delitos relativos a la protección del orden territorial-, se hacía referencia alguna al “urbanismo”. La referida omisión fue corregida por el Legislador de 2010 mediante la introducción del concepto “urbanismo” tanto en la rúbrica del Título como en la del Capítulo -*De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente (Título); De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (Capítulo)*-.

La introducción del término “urbanismo” tanto en la rúbrica del Título como en la del Capítulo es una cuestión de gran trascendencia a efectos interpretativos y a efectos de delimitar los bienes jurídicos protegidos. Durante mucho tiempo se había debatido acerca de esta cuestión, afirmando una parte significativa de la Doctrina que la ordenación del territorio era el objeto tutelado y, el urbanismo, el medio de agresión (al mismo)²²². El Legislador, en la

²²² En este sentido, afirma GÓRRIZ ROYO, que “con anterioridad a la reforma de 2010, un importante sector de la doctrina identificábamos el bien jurídico tutelado en estos delitos con el “nomen iuris” de “ordenación del territorio” siendo las agresiones o técnicas urbanísticas, el

Exposición de Motivos de la LO 5/2010, por la que se modificó el Código Penal, intenta despejar las dudas al indicar que “se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, en la que se explicita, junto a la ordenación del territorio, el urbanismo como objeto de tutela”²²³.

La reforma al Código Penal del año 2010, además de agravar las penas de los delitos urbanísticos y sustituir la expresión “no autorizada” por “no autorizable” -en el art. 319 CP- incluía entre los objetos de la conducta de “informar favorablemente” del art. 320 CP a los *instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación y reparcelación* contrarios a las normas de ordenación del territorio²²⁴ y urbanísticas vigentes²²⁵, con lo que, según GÓRRIZ ROYO, se conseguía una mejor coordinación entre los arts. 319 y el 320 CP²²⁶.

medio de ataque más usual contra el mismo. El “urbanismo” era entendido, por tanto, como técnica agresora de la ordenación del territorio y no como un interés vinculado al mismo”. GÓRRIZ ROYO, E.M., “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts.319 y 320 CP”, en Álvarez García/González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 368.

²²³ Se puede consultar en: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>. [citado: 09/03/2015].

²²⁴ Identificándose estas con el planeamiento urbanístico municipal.

²²⁵ Según afirma LÓPEZ RAMÓN F., “Ordenación del territorio”, en Martín Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, pág. 99, en un principio- es decir, después de la STC 61/1997 que declaró inconstitucional gran parte del articulado del TRLS/1992 por entender que el Estado carecía de título competencial que le legitimara legislar en materia de urbanismo, recayendo esta en las CCAA por haber asumido tal competencia en sus respectivos EEAA- las CCAA crearon leyes que contemplaban exclusivamente la función de ordenar el territorio, excluyendo las normas urbanísticas de sus contenidos. Esta peculiaridad fue disminuyendo y, hoy día, casi todas las CCAA han optado por incluir en sus respectivas Leyes de ordenación del territorio las normas urbanísticas junto a la ordenación del territorio.

²²⁶ GORRIZ ROYO, E., “Los delitos sobre la ordenación de territorio: arts. 319 y 320 CP”, cit., pág. 380. Pues, en opinión de la autora, “la inclusión novedosa de todos estos proyectos, actos y usos de suelo susceptibles de ser informados podría estar relacionada con la introducción, en el art. 319 CP, de la referencia a «obras de urbanización» tratando así el legislador de favorecer una mejor coordinación entre ambos preceptos (...)”

Además de los nuevos objetos sobre los que –a partir de 2010- puede recaer la acción típica *-informar favorablemente-* del art. 320 CP, la LO 5/2010 ha ampliado, también, las modalidades comisivas del delito de prevaricación urbanística, añadiendo dos conductas omisivas nuevas. La primera de ellas -silenciar, con motivo de una inspección, la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes- responde a las peticiones y críticas que la Doctrina penal, de forma inmensamente mayoritaria, había realizado sobre el *olvido* del Legislador de 1995, que sí había previsto esta modalidad típica en el art. 329.1 CP, relativo a la prevaricación ambiental, de forma que la incoherencia entre ambos preceptos paralelos, por lo demás, era evidente.

Transcurrida ya una década desde su incorporación al CP, y superada la fase crítica de la recesión económica sufrida por la economía española, es momento de hacer balance y evaluar la efectividad y la capacidad preventiva del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP y especialmente de las modalidades omisivas introducidas por LO 5/2010.

Tras veinticinco años de vigencia, se observa que el delito de prevaricación urbanística ha sido –en comparación con otros delitos- escasamente aplicado por los tribunales. Ello, probablemente, se deba, en parte, a la evidente disminución que la actividad urbanística ha experimentado desde el “estallido de la burbuja inmobiliaria” y, en parte, a los problemas que se derivan de la propia configuración típica del delito de prevaricación urbanística; o, por qué no, al hecho de que el tratado delito, en la mayoría de los casos que llegan ante la Justicia, concurre con otros delitos que le quitan protagonismo como, por ejemplo, el de malversación, tráfico de influencias, cohecho, blanqueo²²⁷, etc.

²²⁷ Un buen ejemplo de ello nos ofrece el famoso caso “Malaya” donde los delitos urbanísticos pierden todo protagonismo al concurrir con otros tipos delictivos como los de malversación de caudales públicos, blanqueo de capitales, apropiación indebida etc. Así, al

Todo ello invita a la reflexión, a la crítica y, en último lugar, a la búsqueda de soluciones basadas en Derecho, porque, como afirma QUINTERO OLIVARES, “[l]a Ley penal promulgada y no aplicada a sus propios presupuestos no solo es dañina para con el conjunto del sistema punitivo (la respetabilidad misma de este sistema) sino que es criminógena, en tanto que invita a la realización de una conducta ilegal en la confianza de que no será castigada”²²⁸.

analizar la SAP de Málaga 535/2013, de 4 de octubre, Sección 1ª, Tomo IV, pág. 490 a 952, observamos que Juan Antonio Roca, protagonizó multitud de “favorecimientos urbanísticos” a diversos empresarios marbellíes, suscribió y favoreció la suscripción de una importante cantidad de Convenios Urbanísticos que se demostró haberse formalizado fuera de la ley, etc., todo ello a cambio de importantes sumas de dinero, tal y como se desprende del siguiente extracto de la Sentencia: “se ceden a cambio de dinero contante y sonante unos supuestos aprovechamientos urbanísticos futuribles, inexistentes, pues se fundamentan, como decíamos, en un plan general de ordenación urbana también inexistente. Son como se les ha calificado por algunas partes aprovechamientos virtuales, humo, pero que no obstante servían a los intereses del Sr. Roca, ya que propiciaban o cuando menos permitían las dádivas, las cantidades en metálico y ocultas que percibía el Sr. Roca no en concepto alguno de intermediación, sino como condición *sine quo non* de esas operaciones urbanísticas a la carta que propiciaba la capacidad de decisión del Sr. Roca, sustentada en el hecho acreditado de tener a los Concejales del Ayuntamiento en nómina y, en consecuencia, proclives a aprobar, o cuando menos no dificultar, ni discutir las operaciones del Sr. Roca. e) Lógicamente las modificaciones que a efectos urbanísticos experimentarían las parcelas de referencia eran muy interesantes para sus propietarios ya que les permitía un beneficio económico muy superior al original ofrecido por la calificación de las parcelas (...)”. sin embargo, al cerebro de la mayor trama urbanística de los últimos tiempos, para el que la Fiscalía pedía 30 años de cárcel y una multa de 810.000.000 de euros, se le condenó a once años de prisión y a una multa de 240.000.000 de euros por los siguientes delitos: cohecho, blanqueo de capitales, prevaricación administrativa y fraude, sin hacerse mención alguna a las prevaricaciones urbanísticas.

²²⁸ QUINTERO OLIVARES, G., “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, en Morillas Cuevas (Dir.) *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pág. 29.

1.2. ENCUADRE GENERAL DEL ARTÍCULO 320 CP

La economía española depende en gran medida del sector de la construcción, que, junto al turismo, es motor de crecimiento cíclico, generando continuas burbujas que facilitan o potencian los excesos urbanísticos. La Administración Pública es la principal guardiana de la legalidad urbanística y a ella le corresponde en primera instancia vigilar, controlar y, en su caso, sancionar las posibles actuaciones urbanísticas ilegales. No obstante, a pesar de contar con instrumentos de vigilancia y control, la realidad pone de manifiesto las limitaciones de la Administración Pública en su labor de garante y vigilante de primer orden de la legalidad urbanística²²⁹.

La situación urbanística actual es el producto de múltiples abusos cometidos por constructores y promotores gracias a la incapacidad de la Administración a la hora de controlar el cumplimiento de la legalidad, cuando no, a la tolerancia o a la corrupta conducta de funcionarios o autoridades encargados de velar por el recto desarrollo de la actividad urbanística, desviándose, por tanto, de sus deberes²³⁰. Esta situación es lo que explica la intervención penal en un ámbito tan fuertemente administrativizado como es el

²²⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, en Morillas Cuevas (Dir.) *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, cit., pág. 26.

²³⁰ Vid. «Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España de los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas», (2008/2258(INI)) de 20 de febrero de 2009, (Informe Auken), págs. 6-9, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2009-0082+0+DOC+PDF+V0//ES>, [fecha última consulta: 11/07/2019].

del urbanismo²³¹ y es que estas conductas irregulares llevadas a cabo desde el seno de las propias Administraciones Públicas competentes en materia de urbanismo no solamente afectan a los administrados que resultan directamente perjudicados por las mismas, sino a los mismos pilares del Estado de Derecho, cuyos Poderes deben estar sometidos al imperio de la Ley.

En la lucha contra la corrupción generada por la tolerancia, cuando no participación de autoridades y/o funcionarios públicos en actuaciones urbanísticas ilegales, se enmarca el artículo 320 del CP²³². Este precepto se caracteriza por incorporar unas novedosas previsiones de control penal de la actividad administrativa que excede los límites clásicos del delito de prevaricación, incorporando nuevas modalidades de conductas típicas, pero, sobre todo, de omisiones típicas.

No obstante, a pesar de contar con un doble orden de protección y, por ende, de prevención (administrativo y, subsidiariamente, penal), el urbanismo sigue siendo uno de los principales focos de corrupción en España²³³. Además, la realidad criminológica -avalada por los múltiples y sonados escándalos urbanísticos en los que se han visto involucrados alcaldes, concejales, técnicos y hasta Ayuntamientos enteros- pone en tela de juicio la efectiva capacidad preventiva del precepto frente al fenómeno de la corrupción. Ahora bien, al ser el urbanismo una materia regulada, protegida y disciplinada por el Derecho

²³¹ Con esto no estamos afirmando o confirmando la legitimidad de la intervención, sino, únicamente que esta trae causa de un determinado estado de las cosas.

²³² Pues, tal como afirma DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Urbanismo y corrupción”, en Martín Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo II*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, pág. 1382, “no puede entenderse la introducción de los delitos urbanísticos en el Código penal sin ponerlos en relación con el fenómeno de la corrupción urbanística y de la generación de enriquecimiento injusto”.

²³³ Vid. CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., *El Derecho administrativo y la prevención de la corrupción urbanística*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 84-87.

administrativo (*primera ratio*) -al que el penal se conecta a través de una relación de accesoriadad²³⁴(*ultima ratio*)-, tiene bastante sentido pensar, siguiendo a QUINTERO OLIVARES²³⁵, que la escasa operatividad de las prevaricaciones urbanísticas *ex art. 320 CP* -frente al fenómeno de la corrupción en el sector- es consecuencia de la concurrencia de múltiples factores; tanto extrínsecos, como intrínsecos al Derecho penal sustantivo.

Denominamos factores extrínsecos al Derecho penal o, mejor dicho, al delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, a los que se derivan de la propia estructura del Derecho urbanístico, primer orden de protección y lucha contra la corrupción en el sector. Factores intrínsecos, por el contrario, serán todos aquellos que se deriven de la configuración típica del delito de prevaricación urbanística; materia objeto de estudio más adelante.

Dado que la infracción del orden urbanístico se erige en requisito *sine qua non* del injusto de prevaricación urbanística, en el desarrollo del presente Capítulo vamos a intentar aproximarnos, en líneas generales, al diseño del sistema urbanístico español, abordando su sistema de fuentes y el reparto competencial.

Este proceder viene justificado, como hemos advertido, y a continuación se verá, por la relación que une a ambos órdenes de protección y lucha contra la corrupción urbanística pues, al igual que ocurre con el medio ambiente, el

²³⁴ Pudiendo heredar, por tanto, las posibles deficiencias del sistema urbanístico diseñado por el primer orden de protección.

²³⁵ Según QUINTERO OLIVARES, G., “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, en Morillas Cuevas (Dir.) *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, cit., pág. 28, dado que los delitos urbanísticos no han producido apenas efectos preventivos, “lo prudente es interrogarse por los problemas extrínsecos al derecho penal (la fuerza de la corrupción y de otros factores sociales) e intrínsecos (de la técnica penal seguida) que puedan explicar la visible ineficacia de las disposiciones del Código penal”.

urbanismo “es un área primordialmente ocupado por el Derecho administrativo”²³⁶, de modo que, sus posibles deficiencias pueden repercutir en la eficacia de la norma penal²³⁷.

2. LA ACCESORIEDAD ADMINISTRATIVA DEL DERECHO PENAL

Por las exigencias inherentes al procedimiento legislativo en la promulgación de la norma penal y su, consiguiente, vocación de permanencia - en cuanto garantía de seguridad jurídica- el Derecho penal debe sustraerse, en lo posible, a los continuos cambios que caracterizan a la Sociedad de la Tecnología y del Riesgo²³⁸. De igual modo, el Derecho penal debe reunir las condiciones necesarias para adaptarse y reaccionar con eficacia frente la aparición de nuevos riesgos²³⁹ (tecnológicos, económicos, culturales y sociales) y nuevas modalidades

²³⁶ Vid. HEINE G., “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente” (traducido por De la Cuesta Aguado, P.M.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo I, Enero-Abril, pág.292.

²³⁷ Tal repercusión -y su sentido: positivo o negativo- dependerá, según MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid, 1992, pág.113, del modelo por el que se opte al fijar las relaciones entre norma penal y administrativa.

²³⁸ Término acuñado por el sociólogo alemán Ulrich Beck para referirse a la sociedad postindustrial que se caracteriza, por un lado, por la producción, definición y reparto democrático de los riesgos dependientes de decisiones humanas y, por otro, por la distribución desigual de las riquezas. Vid. BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (traducido por Navarro, J./ Jiménez, D. y Barros M^a R.), Ed. Paidós, Barcelona, 2002, págs. 25-56.

²³⁹ Sobre el concepto de riesgo, vid. LUHMANN, N., *Sociología del riesgo*, (traducido por Pappe S./Erker B. y Segura L.F.), Ed. Universidad Iberoamericana, A.C., Lomas de Santa Fe, 2006, págs.45-78. Según Luhmann, el concepto de riesgo, en la sociedad postindustrial, viene a

de criminalidad, propios de la sociedad postmoderna. La aparición de nuevos riesgos comporta la necesidad de *expandir* el Derecho penal²⁴⁰ a ámbitos hasta ahora ajenos al mismo; ámbitos que, en origen, son de dominio de otros sectores del Ordenamiento. Es el caso, por ejemplo, de la inteligencia artificial, la energía nuclear, el medio ambiente, la ordenación del territorio, etc. Todos estos ámbitos se encuentran regulados por la correspondiente legislación sectorial de carácter administrativo. La intervención del Derecho penal en estos ámbitos - tradicionalmente regulados por otros sectores del Ordenamiento- no debe hacerse al margen de la regulación sectorial, pues, además de la necesidad de mantener la unidad del Ordenamiento Jurídico²⁴¹, cuestiones técnicas y conceptuales -propias de tales ámbitos- lo desaconsejan (al menos que lo que se pretenda sea, precisamente eso, una intervención penal meramente simbólica²⁴²). De modo que, ya sea para evitar -en la medida de lo posible- la necesidad de reformar continuamente el Código penal, ya sea para evitar “el rápido anquilosamiento, la petrificación de la ley penal en materias que se ven sometidas, por la evolución social y económica, a rápidos y bruscos cambios”²⁴³,

caracterizar aquellos estados de cosas complejos a los que el ciudadano se enfrenta en su día a día.

²⁴⁰Sobre los factores determinantes de la expansión del Derecho penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001, págs.19-79.

²⁴¹ En este sentido, afirma González Guitián que “[l]a doctrina dominante entiende que hoy por hoy un Derecho penal realmente separado del Derecho administrativo sería anacrónico y no aceptable para un Estado de Derecho. Las razones pueden buscarse, por ejemplo, en el principio de unidad del ordenamiento jurídico, que obliga a una relación estrecha con el aparato normativo de protección, principio reflejado, además, en los de claridad de las normas y ausencia de contradicciones en el ordenamiento jurídico”. GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XIV, 1991, pág. 117.

²⁴² Sobre la función simbólica del Derecho penal, vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 304-307.

²⁴³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las “leyes penales en blanco”, en *Hacia un Derecho Penal*

resulta más que conveniente arbitrar fórmulas legislativas de conexión entre la normativa sectorial propia de la materia y la intervención penal que se interesa en relación con esa materia. La fórmula que tradicionalmente se emplea a tales efectos es la de la *accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo*.

El término “accesoriedad” hace referencia a un determinado modelo de articulación entre el Derecho penal y otros sectores del Ordenamiento Jurídico como, por ejemplo, el Derecho administrativo, el Derecho del trabajo, el Derecho mercantil, etc. La necesidad de establecer un determinado modelo de articulación entre el Orden penal y el administrativo es una exigencia que se deriva del principio de unidad del Ordenamiento Jurídico²⁴⁴ -sobre todo cuando, en primera instancia, la encargada de regular y establecer los límites de lo permitido en un determinado ámbito es la normativa sectorial específica-. Además, principios legitimadores como el de subsidiariedad²⁴⁵ y el de *ultima ratio*, agudizan la necesidad de establecer tal articulación cuando uno de los integrantes de esa relación de accesoriedad es el Derecho penal.

El término “accesoriedad”, empleado en singular, puede inducir a pensar que se trata de una fórmula de articulación unívoca; nada más lejos de la realidad, ya que la accesoriedad admite tanto grados como manifestaciones²⁴⁶. Además,

Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 701-702.

²⁴⁴ Vid., por todos, VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La accesoriedad del Derecho penal frente al Derecho administrativo: criterios de imputación penal en el delito urbanístico”, en *Studia Jurídica*, Núm. 23, 2008, pág. 154.

²⁴⁵ En este sentido afirma TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág.37, que “[h]ay acuerdo en torno a la necesidad de que Derecho penal y Derecho administrativo sancionador deben constituir, cuando entren en contacto, un *continuum* coherente de modo que a aquel se reserve el castigo de las infracciones más graves”.

²⁴⁶ Advierte expresamente sobre el posible equivoco, GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., pág. 119.

como con atino señala DE LA CUESTA AGUADO, de la misma manera que el concepto de autonomía o el de independencia, el de accesoriad también puede tener significados plurales²⁴⁷. De modo que, a efectos de diferenciar, de la manera más precisa posible, la “autonomía” de la “accesoriad”, propone la autora –de forma original en la Doctrina- adoptar una doble perspectiva: formal y material.

- Desde la perspectiva formal, que tiene en cuenta la concreta ubicación del tipo penal, cabe distinguir entre tipos accesorios –los contenidos en leyes no penales- y tipos autónomos –los contenidos en el Código penal-.
- Desde la perspectiva material, que tiene en cuenta la concreta configuración típica de la norma penal, cabe distinguir entre tipos autónomos –los que prescindan absolutamente de la normativa extrapenal en su configuración típica- y tipos dependientes o accesorios – los que, en su configuración típica, ya sea a efectos de integrar el injusto penal, ya sea a efectos interpretativos, remiten a la normativa extrapenal.

Estos *tipos dependientes*, se encuentran, pues, en una relación de accesoriad con la normativa extrapenal; relación que, según afirma HEINE, admite modulaciones o grados. Así, en función del grado de dependencia o autonomía del tipo penal respecto de la regulación no penal, se pueden atisbar hasta tres posibles modalidades relacionales, esto es: a) autonomía absoluta; b) accesoriad absoluta y c) accesoriad relativa²⁴⁸.

²⁴⁷ DE LA CUESTA AGUADO, P., M., *Respuesta penal al peligro Nuclear*, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pág. 321.

²⁴⁸ Vid. HEINE G., “Accesoriad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., págs. 293-299.

2.1. GRADOS Y FORMAS DE ACCESORIEDAD

a). Autonomía absoluta

Más que un “grado de accesoriidad”, la autonomía absoluta hace referencia a un proceso de tipificación autónomo, pues, conforme a este modelo, la tipificación de las conductas se realiza de forma autónoma respecto de la normativa administrativa sectorial específica, prescindiendo de cualquier referencia a actos administrativos o a normas jurídicas extrapenales. Suele optarse por este modelo “cuando se trata de irregularidades especialmente graves que no se pueden consentir en ningún caso”²⁴⁹.

b). Accesoriidad absoluta

Según este modelo relacional –accesoriidad absoluta- las conductas típicas guardan una absoluta dependencia de los actos o la normativa administrativa²⁵⁰, ya que la ilicitud administrativa constituye condición necesaria y suficiente del injusto penal²⁵¹.

En un sistema configurado conforme a este modelo relacional, al Derecho penal se le relega a mero instrumento de “refuerzo del control de los organismos

²⁴⁹ HEINE G., “Accesoriidad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., pág. 297.

²⁵⁰ DE LA MATA BARRANCO, N., “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1997, pág. 578.

²⁵¹ VERCHER NOGUERA, A., “Responsabilidad penal ambiental”, en *Responsabilidad ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Ed. Ecoiuris, Madrid, 2003, pág. 47, parece entender que la accesoriidad de acto se identifica, en todo caso, con una accesoriidad absoluta del Derecho penal.

administrativos; para decirlo en pocas palabras, al aseguramiento de la ejecución de las normas administrativas protectoras”²⁵². El empleo del sistema relacional “de refuerzo” encuentra importantes reticencias en la Doctrina, pues la intervención del aparato coercitivo del Estado debe legitimarse, según Doctrina mayoritaria, por la necesidad de proteger valores o intereses fundamentales de la sociedad²⁵³ y “la sanción de conductas que meramente dejan de observar las formalidades o disposiciones administrativas implican (...) incriminar un ilícito puramente formal, ante el que no debiera intervenir el Derecho penal”²⁵⁴. Así, cuando el Legislador penal opta por este modelo de accesoriedad, se dice que, más que proteger bienes jurídicos, lo que busca es asegurar el funcionamiento del control administrativo²⁵⁵. La intervención del *Ius puniendi*, debería reservarse para la sanción de acciones u omisiones especialmente lesivas o peligrosas para con un determinado “interés que trascienda la esfera de las acciones de la pública Administración y coincida con un valor constitucional”²⁵⁶.

²⁵² GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriedad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., pág.120.

²⁵³ Vid., por todos, QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 4ª ed., Navarra, 2010, pág.75. “Las Leyes penales en un Estado de Derecho democrático –afirma el autor- solamente se justifican porque prestan tutela a un valor que, al ser esencial su respeto para las condiciones mínimas de convivencia, recibe protección penal. Si se apartan de esa misión, si no tutelan intereses comunitarios, si solamente establecen deberes, serán formalmente «leyes penales», pero no serán «derecho penal» propio de un Estado de Derecho”.

²⁵⁴ DE LA MATA BARRANCO, N., *Protección penal del ambiente y Accesoriedad Administrativa, Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Ed. Cedes, Barcelona, 1996, pág. 73.

²⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2019, pág. 69.

²⁵⁶ DE LA MATA BARRANCO, N., *Protección penal del ambiente y Accesoriedad Administrativa, Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, cit., pág. 74.

Además de cuestionarse la legitimidad de un Derecho penal construido conforme al modelo de accesoriad absoluta respecto del Derecho administrativo, se cuestiona su adecuación a los principios de subsidiariedad y *ultima ratio*; principios que, en un Estado de Derecho democrático²⁵⁷, han de presidir la intervención penal, en todo caso. Por ello, autores como MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, entienden que este modelo de accesoriad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo resulta constitucionalmente inadmisibile²⁵⁸.

c). Accesoriad relativa o limitada

La accesoriad limitada es un modelo relacional que hace referencia a una conexión o dependencia moderada del tipo penal respecto del Derecho o el acto administrativo²⁵⁹. En este modelo de accesoriad, la ilicitud administrativa también constituye condición necesaria del injusto penal, pero no suficiente, pues además de la infracción de la normativa extrapenal se exige “un desvalor de acción o de resultado adicional”²⁶⁰, ya que la conducta tiene que ser, por lo

²⁵⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 75.

²⁵⁸ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 69.

²⁵⁹ Según, GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, cit., pág. 122, en el modelo de accesoriad limitada o relativa cabe distinguir varios grados: “el grado más fuerte de vinculación es aquel en el que la lesión de deberes jurídico-administrativos es elemento adicional de la tipicidad: el ilícito administrativo formal y/o material pertenece así al propio tipo de injusto -o si se prefiere a la propia materia de prohibición penal-; el grado más débil se dará cuando todo el contenido del tipo de injusto -o toda la materia de prohibición- está establecida por el Derecho penal; la intervención administrativa será solo una causa de justificación y, como tal, una posibilidad excepcional a aplicar sólo en casos concretos. El primer caso dará lugar a (...) accesoriad de Derecho; el segundo será una accesoriad de acto administrativo”.

²⁶⁰ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 69.

menos, idónea para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido²⁶¹. En suma, conforme a este modelo de accesoriadad, la infracción de la normativa administrativa constituirá únicamente el presupuesto de la intervención penal, debiendo producirse, además, la lesión o puesta en peligro del objeto jurídico protegido por la norma penal.

En un modelo de accesoriadad limitada, el tipo describe la conducta típica, pero, bien sea a efectos de integración del injusto penal, es decir, de completar el supuesto de hecho, bien sea a efectos de interpretación terminológica, remite a la normativa jurídica extrapenal o al acto administrativo. La remisión a normas jurídicas extrapenales –dando por supuesto que la accesoriadad lo puede ser respecto a normas de cualquier rama del Derecho²⁶²- recibe el nombre de *accesoriadad de Derecho*, mientras que la remisión a actos administrativos recibe el nombre de *accesoriadad de acto*²⁶³.

²⁶¹ Vid. HEINE G., “Accesoriadad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., pág. 296. “No basta la mera desobediencia administrativa, o sea, la contravención del ordenamiento jurídico-penal –sin tener en cuenta sus efectos ecológicos –sino que se requieren acciones con consecuencia que por lo menos potencialmente puedan perjudicar al medio ambiente”.

²⁶² DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Respuesta penal al peligro nuclear*, cit., pág. 322.

²⁶³ Vid., por todos, PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La accesoriadad administrativa en la tipificación penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales”, en *Estudios de Derecho ambiental: libro homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (coord. Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 625-629.

2.2. FÓRMULAS DE REENVÍO: LEYES PENALES EN BLANCO Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Las fórmulas a través de las cuales se puede materializar el reenvío en la accesoriad de Derecho son: la ley penal en blanco²⁶⁴ y los elementos normativos del tipo²⁶⁵. En los tipos configurados conforme a la accesoriad de acto, la remisión a la autorización, licencia u otro acto administrativo –en cuanto elemento típico- se realiza a través de elementos normativos del tipo y/o elementos descriptivos²⁶⁶, más no a través de la técnica de la ley penal en blanco²⁶⁷.

I. Se identifica como ley penal en blanco a la norma penal que “impone taxativamente la consecuencia jurídica, pero cuyo supuesto de hecho no se

²⁶⁴ Concepto acuñado por Binding en el año 1872 “para explicar ciertos casos de delegación y autorización de la autoridad federal en favor de la estatal de los Länder”. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal, Introducción*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 175.

²⁶⁵ Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Propuesta Penal al Peligro Nuclear*, cit., pág. 322.

²⁶⁶ Vid., en este sentido DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Propuesta Penal al Peligro Nuclear*, cit., pág. 233. Según la autora, a pesar de presentar problemas similares, los tipos penales que contienen remisiones a autorizaciones administrativas no se deben de confundir con la técnica de la ley penal en blanco. “Por el contrario –afirma la autora- parece más correcto plantearnos si nos encontramos ante un elemento normativo o descriptivo del tipo”.

²⁶⁷ Respecto a que la técnica de la ley penal en blanco es exclusiva de la accesoriad de Derecho no hay unanimidad en la Doctrina, quién, o bien no se pronuncia al respecto, o bien, implícitamente, la niega. Por la segunda opción opta MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, Ed. Reppertor, 10ª ed., Barcelona, 2016, pág. 74, quien concibe la ley penal en blanco como “todo precepto definidor de un delito que deja la determinación de alguna parte específica del supuesto de hecho a cargo de otras leyes, reglamentos o actos de la Administración”.

encuentra totalmente previsto en ella”²⁶⁸, sino que se remite a otra disposición jurídica para completarlo²⁶⁹.

En función de la procedencia y del rango de la norma de complemento, la Doctrina distingue entre: ley penal en blanco en sentido estricto y ley penal en blanco en sentido amplio²⁷⁰.

La ley penal en blanco en sentido estricto, tal como ella fue concebida por BINDING, sería aquella cuyo “espacio en blanco”²⁷¹ remite a una disposición de complemento proveniente de una instancia distinta e inferior a la penal²⁷². En la ley penal en blanco en sentido amplio, por el contrario, el “espacio en blanco” remite a la misma ley o a otra ley diferente, pero proveniente de la misma instancia legislativa.

²⁶⁸ FJ 2ª de la STC 120/1998, de 15 de junio, que resuelve el recurso de amparo 2826/94.

²⁶⁹ Vid. por todos, DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Universitat de València, Valencia, 1999, pág.101 y MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., pág.102.

²⁷⁰ Vid., por todos, MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pág. 71.

²⁷¹ Expresión utilizada por TIEDEMANN, K., “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”, en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, Núm. 1, 1998, pág. 517.

²⁷² Vid, por todos, GARCÍA –PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal, Introducción*, cit., págs. 174 -175; TIEDEMANN, K., “La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas”, en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, cit., pág.516 y DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 100-101.

La Doctrina penal española, de signo mayoritario²⁷³, adopta un concepto próximo al propuesto por BINDING (esto es, intermedio entre el extensivo y el restrictivo²⁷⁴), e identifica como ley penal en blanco a “una específica técnica de tipificación en la cual la ley penal no define totalmente el supuesto de hecho, sino que se remite (mediante elementos lingüísticos normativos) a otra norma jurídica no penal para completarlo”²⁷⁵. Como se puede advertir, lo determinante para este concepto de ley penal en blanco es que se trata de una norma necesitada de complemento y que éste –el complemento- ha de provenir de una disposición normativa extrapenal, resultando indiferente el rango del complemento –legal o reglamentario-.

II. Se identifican como “elementos normativos del tipo”²⁷⁶ a aquellos términos legales cuyo significado viene establecido o determinado por normas jurídicas o sociales. Siguiendo a DE LA CUESTA AGUADO, los elementos

²⁷³ MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 18; GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. 16, 1992-1993, pág.72; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal, Introducción*, cit., págs.174; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed, Tirant lo Blanch, ed. 3ª, Valencia 1999, pág. 122; MUÑOZ CONDE, F/GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, cit., págs. 34 y 102.

²⁷⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal, Introducción*, cit., págs. 173.

²⁷⁵ DE LA CUESTA AGUADO P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Núm. 6, 2011, pág. 27.

²⁷⁶ En cuanto a qué se ha de entender por “elementos normativos del tipo” no hay unanimidad en la Doctrina. Podría decirse que existen casi tantas definiciones como autores se han ocupado del tema. Vid., sobre la diversidad conceptual en cuanto a los “elementos normativos del tipo”, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2008, págs. 44-54; SUAY HERNÁNDEZ, C., “Los elementos normativos y el error”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Fascículo I, 1991, págs. 102-122.

normativos del tipo se pueden definir como “aquellos cuya interpretación no pueda realizarse acudiendo a su significado natural (no jurídico, propio del lenguaje ordinario) bien porque sea un término estrictamente jurídico, bien porque el sentido natural no es utilizable por demasiado vago o porque remite a un referente o significado absolutamente diverso o alejado al que se requiere por el tipo, o bien porque no tiene significado natural”²⁷⁷.

Dentro de la categoría de elementos normativos aún se puede distinguir entre: elementos que han de ser interpretados en referencia a normas jurídicas y elementos que han de ser valorados en sentido naturalístico. Los primeros serían aquellos que contienen una remisión normativa, mientras que los segundos requerirán de un juicio valorativo a efectos de determinar su alcance -sería el caso de “la gravedad” de la imprudencia del art. 152 CP²⁷⁸-.

En consecuencia, los únicos elementos lingüísticos del tipo que necesitan de una interpretación normativizada son los denominados elementos normativos *strictu sensu*.

Los elementos normativos *strictu sensu* a menudo son confundidos con la ley penal en blanco, pues ambas figuras comparten una técnica común: la remisión²⁷⁹. En efecto, los elementos normativos del tipo, a diferencia de los

²⁷⁷ DE LA CUESTA AGUADO P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, cit. pág. 23.

²⁷⁸ Para más detalles vid. DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 56-61 y DE LA CUESTA AGUADO P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, cit. págs. 25-29.

²⁷⁹ Vid., GÓRRÍZ ROYO, E., *Protección Penal de la Ordenación del Territorio, Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 256.

elementos descriptivos²⁸⁰, ya sea por ser conceptos demasiado vagos, amplios o estrictamente normativizados²⁸¹, requieren para su interpretación de una norma complementaria, sea esta de naturaleza penal²⁸² o extrapenal²⁸³.

Los elementos normativos que más problemas plantean son los que obligan al intérprete a acudir a otra rama del Ordenamiento a efectos de precisar su significado y es en ese momento cuando, generalmente, se produce la confusión con la técnica de la ley penal en blanco²⁸⁴, pues ambas figuras, como ya se ha mencionado, emplean la técnica de la remisión²⁸⁵.

La difícil distinción entre ley penal en blanco y elemento normativo del tipo se ve acentuada por el hecho de que “el espacio en blanco”-de la ley penal

²⁸⁰ Según DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 56-57, los términos descriptivos “se caracterizan por el hecho de que su interpretación precisa recurrir a la experiencia externa o interna (según sean objetivos o psicológicos), sin necesidad de recurrir a normas para comprender su significado, dado que se trata de términos que se refieren a hechos perceptibles sensorialmente o «existenciales», que «el intérprete se limita a constatar fácticamente»”.

²⁸¹ En realidad, la diferenciación entre elementos normativos y elementos descriptivos es mucho más compleja, pues, como afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1997, pág. 663, “en realidad *no existen –o no existen apenas- elementos descriptivos o normativos puros-*, sino que los elementos típicos tienen componentes de ambas clases”.

²⁸² Como, por ej., el artículo 24 CP o el 239 CP.

²⁸³ En función de la naturaleza de la norma, esto es, jurídica o extrajurídica -social o moral- distingue DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 57-58, entre: elementos normativos jurídicos y elementos normativos extrajurídicos.

²⁸⁴ Ya que, tal como afirma GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág.72, “desde este punto de vista, no cabe la diferenciación respecto al concepto genérico de ley penal en blanco”.

²⁸⁵ Vid., SUAY HERNÁNDEZ, C., “Los elementos normativos y el error”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, cit. 134.

en blanco- suele recaer en un elemento lingüístico normativo²⁸⁶. Así, además de que ambas fórmulas-ley penal en blanco y elemento normativo del tipo- recurren al mismo mecanismo: el reenvío, éste, en la ley penal en blanco se efectúa, generalmente, por medio de un elemento normativo del tipo.

En vista de las similitudes que presentan las leyes penales en blanco y los elementos normativos del tipo, la Doctrina se ha preocupado de buscar criterios diferenciadores idóneos para distinguir, de la manera más precisa posible, una fórmula de la otra²⁸⁷ -aun cuando, como afirma DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “[t]al posibilidad resulta difícil”²⁸⁸-.

2.2.1. LEYES PENALES EN BLANCO Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO: CRITERIOS DIFERENCIADORES

Entre los criterios diferenciadores propuestos por la Doctrina²⁸⁹ para distinguir los elementos normativos del tipo de las leyes penales en blanco, cabe

²⁸⁶ En este sentido afirma GARCÍA Y CONLLEDO DÍAZ, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, nota n.º 79, cit., pág. 127, “me parece indudable que el elemento en blanco de las leyes penales en blanco es normativo, en el sentido de que su determinación requiere la referencia a norma”.

²⁸⁷ Vid., por todos, DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 98-125.

²⁸⁸ GARCÍA Y CONLLEDO DÍAZ, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, cit., pág. 127.

²⁸⁹ Sobre los diversos criterios de distinción, vid., GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., págs. 66-71; DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 104 y ss.

mencionar: a) el del rango de la norma de complemento a la que remite el elemento en blanco o el elemento normativo del tipo; b) el de la función que desempeña la norma de complemento en la estructura del injusto y c) el de la forma de la remisión.

a). Con arreglo al criterio del rango de la norma de complemento, se identifican como leyes penales en blanco a aquellas que remiten a una disposición de complemento extrapenal, de rango inferior a la Ley penal; esto es, proveniente de una instancia legislativa diferente e inferior a la que promulga la norma penal. Se trata, no obstante, como con acierto afirma GARCÍA ARÁN, de un criterio formal que poco o nada aporta a esta empresa, ya que los elementos lingüísticos normativos, también, pueden remitir -y de *facto* lo hacen- a disposiciones complementarias provenientes de instancias inferiores²⁹⁰.

b). En vista de la insuficiencia del criterio del rango de la disposición de complemento, la Doctrina intenta explicar la diferencia entre la ley penal en blanco y elementos normativos del tipo en atención a otro criterio formal: el de la forma del reenvío, esto es, implícito o explícito²⁹¹. Así, siguiendo el planteamiento de MORALES PRATS, se debe identificar como ley penal en blanco a aquel tipo penal cuyo “espacio en blanco” comporte un reenvío explícito o expreso a la legislación extrapenal; *sensu contrario*, cuando el reenvío sea implícito, “el espacio” deberá ser considerado elemento normativo del tipo²⁹².

²⁹⁰ GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág.70.

²⁹¹ DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs.

²⁹² MORALES PRATS, F., “La necesidad técnica de las leyes penales en blanco y sus condicionamientos constitucionales. Precisiones en torno a las técnicas de tipificación”, en Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, *Curso de Derecho penal, Parte General, (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Ed. Cedes, Barcelona, 1996, pág. 24.

En la práctica, no obstante, resulta difícil distinguir –con base en este criterio- entre ley penal en blanco y elemento normativo, pues las remisiones explícitas o expresas casi no existen en nuestro Código penal²⁹³. Así, a excepción del art. 371.1 CP -que remite expresamente al Convenio de Viena- y el art. 304 bis. CP- que remite expresamente a diversos artículos de la LO 8/2007, de 14 de julio, sobre financiación de los partidos políticos- el resto de los tipos penales que, según Doctrina y Jurisprudencia, contienen leyes penales en blanco²⁹⁴, no realizan el reenvío de forma expresa o explícita, en el sentido de identificar a qué norma de complemento remiten exactamente. Estos tipos penales –considerados, generalmente, leyes penales en blanco- realizan el reenvío empleando fórmulas como “contrarias a las normas de ordenación del territorio y urbanísticas vigentes” o “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general”, etc., esto es, sin especificar la ley concreta o reglamento al que haya que acudir a efectos de complementación. Esta realidad legislativa ha llevado a la Doctrina -alentada por la Jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional, como posteriormente se verá- a interpretar la “explicitad” de la remisión en términos muy relativos²⁹⁵; tanto que, cualquier remisión, por muy genérica que sea, acaba siendo considerada “expresa”, diluyéndose con ello cualquier posibilidad real de delimitación conceptual.

El criterio de la forma de remisión es, por tanto, insuficiente por sí solo para diferenciar entre ley penal en blanco y elemento normativo del tipo, más si se tiene en cuenta que algunos autores, como DOVAL PAIS, consideran que las

²⁹³DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., pág. 91.

²⁹⁴ Como serían, por ejemplo, los artículos 316, 319, 320, 325, etc., entre muchos otros.

²⁹⁵ DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., pág. 91.

leyes penales en blanco pueden hacer el reenvío de forma indistinta, es decir, tanto explícita como implícita o, por qué no, «encubierta»²⁹⁶.

c). De entre los criterios diferenciadores propuestos por la Doctrina, el que mejores resultados parece arrojar es el que atiende a la función que la norma de complemento –objeto de la remisión- cumple en uno y otro caso, esto es: interpretativa o integradora.

En las leyes penales en blanco, a la norma extrapenal se le asigna una función, fundamentalmente integradora, ya que “*la ley penal no define totalmente el supuesto de hecho, sino que se remite (mediante elementos lingüísticos normativos) a otra norma jurídica no penal para completarlo*”²⁹⁷.

Por lo que respecta los elementos lingüísticos normativos, la remisión –que estos realizan a normas extrapenales- tendría cometidos meramente interpretativos²⁹⁸; en el sentido de proporcionarle al intérprete los datos necesarios para concretar el contenido, alcance y significado del elemento en cuestión. En estos supuestos, el tipo penal estaría cerrado, su supuesto de hecho estaría completo, por lo que la norma extrapenal –a la que remite el elemento

²⁹⁶ DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 123-124.

²⁹⁷ DE LA CUESTA AGUADO P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, cit. pág. 27.

²⁹⁸ Afirma, en este sentido, GARCÍA ARÁN, M., “Limitaciones del Derecho penal en la prevención del delito urbanístico y la corrupción urbanística”, en García Arán (Dir.), *La delincuencia económica, Prevenir y sancionar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.105, que los elementos normativos han de ser entendidos como “aquellos en los que la norma extrapenal cumple una función básicamente interpretativa de la norma penal, lo que proporciona un margen de adecuación del concepto a las necesidades punitivas”.

normativo- no integra ni complementa el tipo, sino que sirve de “diccionario” en orden a concretar el significado de dicho elemento típico²⁹⁹.

Lo determinante, sin embargo, de la distinción entre leyes penales en blanco y elementos normativos del tipo, según un sector de la Doctrina³⁰⁰, no radica en el puro aspecto nominal, sino en la individualización de la problemática que entraña el empleo de una u otra técnica legislativa. Así, con base en el criterio de la función que la norma de complemento desempeña en la estructura del injusto (integradora o interpretativa) y, desde la perspectiva de la problemática que el reenvío plantea, entiende GARCÍA ARÁN que “la ley penal en blanco no se caracteriza solo porque la norma complementaria sea de rango inferior, sino, además, porque el legislador deja en manos de otra instancia, propiamente el establecimiento del elemento típico, lo que no ocurre, siguiendo a Cramer, cuando la norma extrapenal solo resulta invocada para interpretar lo establecido por el Legislador”³⁰¹. Con base en el criterio de la función que la norma de complemento desempeña en la estructura del injusto distingue la autora entre “remisiones en bloque” -a las que considera auténticas leyes penales en blanco- y “remisiones interpretativas” -a las que equipara a los elementos normativos del tipo. En las primeras, la infracción de la normativa extrapenal se convierte en

²⁹⁹ Vid., DE LA CUESTA AGUADO P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, cit. pág. 27.

³⁰⁰ Vid., por todos, GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág.71. La postura de la citada autora es acogida por, entre otros, DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., pág.106 y GARCÍA Y CONLLEDO DÍAZ, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, cit., pág. 128.

³⁰¹ GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág.71.

elemento típico, mientras que, en las segundas, la normativa extrapenal es necesaria para precisar el significado de un elemento típico.

A partir del criterio de la función que la norma de complemento –objeto de la remisión– está llamada a cumplir en uno y otro caso y, desde la perspectiva de la problemática atinente al empleo de la técnica de la ley penal en blanco, parece haberse logrado la distinción, al menos teórica, de la ley penal en blanco respecto de los elementos normativos del tipo. Y decimos que “parece”, porque, en la práctica, la distinción –sea cual sea el criterio doctrinal al que se apela–, la efectiva distinción, está aún por conseguir. Ejemplo de ello encontramos en el art. 319 CP; en concreto, en lo concerniente al término típico “(no) autorizable”. La Doctrina³⁰², de forma casi unánime, entiende que el mencionado elemento típico es una ley penal en blanco, opinión que es compartida por la Jurisprudencia, tanto ordinaria³⁰³ como constitucional³⁰⁴. Sin embargo, en opinión de DE LA CUESTA AGUADO, “el art. 319 CP contiene una remisión de carácter material y no expresa que se efectúa por vía interpretativa de un elemento normativo del tipo (autorizable) que requiere acudir al Derecho administrativo (en su conjunto y no solo a la norma de planeamiento) para fijar su significado en el caso concreto. El término «autorizable» es un elemento normativo del tipo porque exige un juicio de valoración jurídica del juez basado en argumentos (o criterios) jurídicos

³⁰² Vid., por todos, BLANCO LOZANO, C., *El delito urbanístico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 41; GORRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 280; BOLDOVA PASMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, págs. 192-197.

³⁰³ Para la SAP Las Palmas 46/2015, de 26 de febrero, “la expresión «autorizable» es un concepto jurídico indeterminado, que forma parte de una norma penal en blanco, y, en cuanto tal, ha de ser integrado en cada caso concreto acudiendo a la normativa urbanística y a los instrumentos de planeamiento urbanísticos (planes generales, proyectos de delimitación del suelo, normas subsidiarias y planeamiento y planes especiales)”.

³⁰⁴ Véase el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 395/2004, de 19 de octubre.

(interpretación integradora)³⁰⁵. Pero no se trata de una ley penal en blanco por cuanto que el art. 319 CP ni realiza una cesión *in toto* al Ordenamiento administrativo, ni exige que el juez acuda a una concreta (o concretas) normas extrapenales para determinar el supuesto de hecho”³⁰⁶.

Antes de fijar nuestro parecer acerca del significado de una y otra figura, así como sobre la naturaleza de la expresión “(no) autorizable”, resta detenerse en los posibles problemas técnicos y políticos que el empleo de la ley penal en blanco y/o de los elementos normativos suscitan en la configuración de los tipos penales y de los requisitos a los que su empleo se ha de ajustar para ajustarse a las garantías constitucionales que se derivan del principio de legalidad.

2.2.2. CUESTIONES TÉCNICAS Y POLÍTICAS RELATIVAS A LA TÉCNICA DE LA LEY PENAL EN BLANCO

El empeño de la Doctrina en diferenciar la técnica legislativa de la ley penal en blanco de los elementos lingüísticos normativos no es baladí, pues el empleo de la ley penal en blanco en la confección de los tipos penales conlleva importantes implicaciones políticas y técnicas para el Orden penal. Y es que, la

³⁰⁵ En contra de la postura de la citada autora se muestra CARDONA BERBER, A., *Delitos urbanísticos y principios penales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 194, según quien, “en el tipo penal urbanístico no cabe margen de interpretación judicial respecto a la realidad, o no, del elemento lingüístico, normativo administrativo, «obras no autorizables». En este sentido, el tipo penal exige que el juez penal acuda al contenido explícito de la norma administrativa, no para valorar la interpretación de los conceptos normativos, sino para comprobar si estos se han consumado a la luz de los hechos probados y en base a la norma urbanística vigente”.

³⁰⁶ Véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, cit. pág. 38.

norma extrapenal llamada a completar el supuesto de hecho de un determinado tipo -por mor de la ley penal en blanco- se integra en este, convirtiéndose en auténtica ley penal. Así, a partir del momento en el que la norma extrapenal es llamada a colmar el supuesto de hecho de un concreto tipo, se le aplican los principios rectores del Derecho penal, tales como el de irretroactividad de las normas sancionadoras y su excepción: retroactividad de la *lex mitior*. La interpretación y aplicación de la ley extrapenal se hará, en adelante, con arreglo a los criterios propios del Derecho penal, ya que la norma extrapenal -a la que remite el tipo- corre la suerte de la ley penal³⁰⁷ a efectos de sucesión de leyes, interpretación y aplicación³⁰⁸. Lo que significa que las posibles variaciones de la norma extrapenal de complemento -dictada por una instancia diferente a la penal- podrán afectar al contenido del injusto.

Pero, además, suele ser habitual que la ley penal en blanco remita -a efectos de integración- a normas de rango inferior a la ley orgánica e, incluso, a la ley ordinaria, transfiriéndose, de ese modo, parte del *Ius puniendi* a instancias ajenas al Legislativo -único Poder legitimado para intervenir en la esfera de derechos y libertades del individuo definiendo delitos e imponiendo penas. Esta transferencia de competencias legislativas podría suponer la quiebra del

³⁰⁷ Por el contrario, estas importantes implicaciones no se dan cuando el Legislador, utiliza elementos lingüísticos normativos. Y es algo natural, por cuanto la norma extrapenal, a la que estos remiten, no está destinada a integrar el precepto penal, sino a dibujar el contenido o significado de un determinado concepto que el Legislador ha empleado en la confección de un tipo penal concreto

³⁰⁸ Así lo estableció nuestro TS en el año 1983 en la Sentencia de 23 de septiembre, en la que dispuso que: " [P]or ley penal, a efectos del art.24CP, debe entenderse todo precepto del cual resultan consecuencias penales. Por tanto, no solo los que se refieren a la pena o definen figuras concretas del delito, sino también los de otras ramas jurídicas que dan contenido a las llamadas leyes penales en blanco; son modificaciones extrapenales de la ley penal, pues forman parte del conjunto de presupuestos de los que depende la pena. La modificación puede aumentar o restringir el ámbito de la tutela penal, dando mayor o menor amplitud al precepto a partir del momento en que la modificación se produce; en rigor estamos en presencia de una ley nueva a la que es de aplicación lo previsto en el art.24 CP, (...)".

principio de legalidad que “responde desde su formulación originaria por los ilustrados al principio político de división de poderes”³⁰⁹. Pues, cuando el Legislador penal cede parte del ejercicio del *Ius puniendi* a instancias territoriales (Asambleas autonómicas, Gobiernos autonómicos o Ayuntamientos) para que sean estas las que concreten la conducta delictiva, está permitiendo que instancias carentes de legitimidad a tales efectos (149.1. 6ª CE) intervengan en la definición de la materia de prohibición. Además, como señala GARCÍA ARÁN, cuando el tipo penal remite a “la infracción de la normativa”³¹⁰ –constituyendo tal infracción elemento esencial del tipo- y esa normativa es de origen autonómico, su adecuación al principio de igualdad ante la ley debe someterse a escrutinio. En este punto cobra especial importancia la correcta distinción entre ley penal en blanco y elemento normativo del tipo³¹¹, pues, mientras que la interpretación y aplicación del tipo podría variar de una Comunidad Autónoma a otra -en función de las características de cada territorio, debiendo mantenerse, no obstante, la igualdad y uniformidad dentro de un mismo ámbito territorial-³¹², la materia de la prohibición debe ser igual para todo el territorio español, pues, de lo contrario vulneraría el principio de igualdad ante la ley. Así, cuando uno de los elementos típicos esenciales “se define en una norma autonómica, lo desigual se integra completamente en la ley penal, que se convierte en norma

³⁰⁹ ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 3, Núm. 8, Mayo-Agosto 1983, pág. 12.

³¹⁰ GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág. 95.

³¹¹ GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., págs. 74 -75. Los elementos normativos del tipo son, en opinión de la autora, equiparables a las “remisiones interpretativas” que, según García Arán son aquellas en las que la normativa extrapenal es necesaria para interpretar o integrar un elemento típico; elemento que establece el Legislador penal, pero la precisión de su sentido necesita del recurso a la norma de complemento.

³¹² Vid., en este sentido, GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág. 97.

desigual”³¹³ y lo que puede ser constitutivo de delito en una determinada Comunidad Autónoma puede no serlo en otra.

El empleo de la ley penal en blanco comporta, amén de una potencial infracción del fundamento político del principio de legalidad, un potencial riesgo de deslegalización del Derecho penal³¹⁴, originando todo ello “la pérdida de eficiencia de un Derecho penal que se hace depender en último término de la actuación administrativa y, en este sentido, el temor de que se diluya la protección penal”³¹⁵.

Por último, pero no por ello menos importante, es preciso mencionar que la remisión a disposiciones jurídicas extrapenales podría suponer la dilución de la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales; función que se deriva del principio de legalidad penal.

A pesar de las dudas de constitucionalidad que el empleo de la ley penal en blanco, en cuanto técnica legislativa de tipificación, suscita en la Doctrina, el Tribunal Constitucional ha avalado su utilización en la configuración de los tipos penales supeditando, no obstante, su admisibilidad a la concurrencia de una serie de requisitos.

³¹³ GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág.100.

³¹⁴ GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág. 81.

³¹⁵ DE LA MATA BARRANCO, N., “Configuración Como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I., cit, pág. 580.

2.2.3. LOS REQUISITOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE CONDICIONAN LA ADMISIBILIDAD DE LA LEY PENAL EN BLANCO COMO TÉCNICA DE TIPIFICACIÓN

Según Doctrina Constitucional fijada, entre otras, en la Sentencia 127/1990 de 5 de julio, dictada en amparo contra la SAP de Zamora, de 8 de febrero de 1988 (FJ 3), la reserva de ley que rige para las disposiciones penales es compatible con “la incorporación al tipo de elementos normativos (...) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (...) siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”.

Tres son, pues, los requisitos materiales a los que el TC, condiciona la admisibilidad de la ley penal en blanco como técnica de tipificación, a saber:

- a) que el reenvío a la normativa de complemento se realice de forma expresa

Por “remisión expresa” entiende el Tribunal, aquella que alude a normas jurídica extrapenales, leyes o reglamentos, aun cuando tal alusión sea

absolutamente genérica. Muestra de ello encontramos en la STC 102/2012, de 8 de mayo, dictada por el Pleno del Tribunal en la cuestión de inconstitucionalidad 4246/2001, planteada por el Juzgado de lo penal n.º 6 de Granada, con relación al art. 336 CP. Según disponía el citado precepto: será castigado con pena de (...) el que “cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia”. Respecto al primer requisito que han de cumplir las leyes penales en blanco para ser acordes a los cánones de constitucionalidad, afirma el Tribunal (FJ.5) que “no hay duda [de] que la remisión a las citadas normas extrapenales específicas es expresa y está además justificada en atención al bien jurídico protegido por la norma penal”.

Para el Tribunal Constitucional, se da cumplimiento al requisito de la forma de remisión “expresa”, incluso cuando la norma penal omite cualquier alusión a la normativa de complemento. Tal es el caso de “las edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable” del art. 319.2 CP. El Tribunal Constitucional, en el Auto 395/2004, 19 de octubre de 2004, por el que se inadmitió la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real respecto del art. 319.2 del Código penal, afirmaba (FJ 4) que “el tipo penal cuestionado también está dando cumplimiento al canon constitucional sobre las normas penales en blanco, ya que se ajusta a los postulados constitucionales de la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco”. Como se puede advertir, el Tribunal Constitucional considera que los elementos del tipo “edificación no autorizable” y “suelo no urbanizable” son leyes penales en blanco y, en cuanto tales, satisfacen las exigencias que se derivan del principio de legalidad -en su dimensión material- o, lo que es lo mismo, que se trata de remisiones expresas, justificadas por razón del bien jurídico protegido por la norma penal y que, además, la norma penal contiene el núcleo esencial de la prohibición.

En suma, el requisito del reenvío normativo “expreso” es aplicado por el Tribunal Constitucional en un sentido tan amplio que en la práctica no es más que una exigencia simbólica carente de virtualidad -lo cual no deja de ser criticable-.

- b) que el recurso a la técnica de la ley penal en blanco venga justificado por razón del bien jurídico penalmente protegido

El segundo requisito o, mejor dicho, su concurrencia, lejos de ser el resultado de un juicio de contraste, se suele presumir siempre que se trate de materias técnicamente complejas³¹⁶.

- c) que la ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y satisfaga la exigencia de certeza

Entiende el Tribunal Constitucional que no contiene el núcleo esencial de la prohibición y, por consiguiente, tampoco cumple con la exigencia de certeza, aquella norma penal que, prescindiendo de cualquier exigencia de afectación al bien jurídico protegido -como elemento del tipo- remite, “sin ninguna precisión añadida”, a otras disposiciones extrapenales para que sean estas las que acaben por definir la conducta típica. Es lo que, según la STC 101/2012, de 8 de mayo, cabe predicar respecto del art. 335 CP, redactado conforme a la LO 10/1995, de

³¹⁶ Así, el Pleno del Tribunal, considera que se da cumplimiento a este requisito siempre que la norma penal intervenga de materias técnicamente complejas, reguladas por otras ramas del Ordenamiento y que se caracterizan por su volatilidad. Es la lectura que cabe inferir, entre otras, de la STC 23/2004, de 24 de febrero (FJ 4) o la STC 101/2012, de 8 de mayo (ambas dictadas por el Pleno del Tribunal).

23 de noviembre cuyo tenor literal disponía: “el que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior [especies que no se encuentran amenazadas ni en peligro de extinción], no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses”. Pues bien, según el Alto Tribunal, este precepto no contiene el núcleo esencial de la prohibición porque “remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las especies no expresamente autorizadas a las normas específicas en materia de caza, de modo que, es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas” de forma que no es el Parlamento “el que en forma por completo independiente y no subordinada a la ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica. (...)”³¹⁷.

Según este razonamiento, los tipos penales que contienen delitos de mera actividad o de omisión pura y que, además, dejan en manos de otra instancia la determinación de uno de sus elementos típicos esenciales, podrían ser inconstitucionales por no cumplir con el requisito del “núcleo esencial de la prohibición”³¹⁸.

³¹⁷ Y sigue la sentencia referida en el texto que ahora comentamos: “Esta libertad absoluta e incondicionada para que sea una norma la que defina el tipo es, en efecto, manifiesta, puesto que, como prueba su propio tenor literal, la norma penal cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal y cualificar de este modo, entre las acciones abstractas que identifica (cazar o pescar), las que por ese motivo merecen reproche penal”.

³¹⁸ Retomaremos esta cuestión al analizar la conformidad de las conductas omisivas ex art. 320 CP a las garantías constitucionales que se derivan del principio de legalidad.

2.2.4. REQUISITOS PARA LA REMISIÓN Y ELEMENTOS NORMATIVOS

Llegados a este punto cabe preguntarse si los citados requisitos de constitucionalidad atañen solo a la ley penal en blanco o, también, a los elementos normativos del tipo.

En los distintos manuales de Derecho penal³¹⁹ –así como en los artículos doctrinales que se han ocupado de la técnica de la ley penal en blanco-, la exposición de los requisitos de constitucionalidad se lleva acabo exclusivamente al abordar el tema de las leyes penales en blanco, más no al tratar los elementos lingüísticos normativos, lo que sugiere que para la Doctrina los requisitos de constitucionalidad atañen únicamente a las leyes penales en blanco.

En cuanto al Tribunal Constitucional, su doctrina es confusa al respecto. La ya citada STC 127/1990, de 5 de julio, parece exigir la concurrencia de los requisitos de constitucionalidad únicamente respecto de la ley penal en blanco, eso sí, sin excluir – de manera expresa- la posibilidad de que se aplique, también, respecto de los elementos normativos a los que, por lo demás, se refiere al inicio del razonamiento.

En la STC 24/2004, de 24 de febrero, dictada por el Pleno del Tribunal en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 3371/97, planteada por el Juzgado de

³¹⁹ Vid. por todos, QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág.327; CUELLO CONTRERAS, J/MAPELLI CAFFERNA, B., *Curso de Derecho Penal, parte General*, Ed. Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2015, pág. 51; LANDECHO VELASCO, C. M. /MOLINA BLÁSQUEZ, C., *Derecho penal Español, Parte General*, Ed. Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2015, pág. 151; ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 6ª ed., Valencia, 2016, pág. 103; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, cit., págs.103-104.

lo Penal de Tortosa respecto del al art. 563 CP -relativo a la tenencia de armas prohibidas-, el Tribunal (en el FJ 3) , después de afirmar que el concepto de “armas prohibidas” es un elemento normativo “cuyo significado puede precisarse acudiendo a las normas extrapenales que definen cuales son las armas prohibidas”, procede a examinar si, desde la perspectiva material, se cumplen las exigencias inherentes al principio de legalidad, es decir: si la normativa extrapenal a la que remite el citado elemento normativo resulta “fácilmente identificable de acuerdo con los criterios de integración del propio Ordenamiento Jurídico”; si el recurso a la normativa extrapenal está justificado en atención al bien jurídico protegido por la norma penal y, finalmente, “si la norma extrapenal define el núcleo esencial de la prohibición”. Como se puede observar, a diferencia del requisito de la “remisión expresa” -que el Tribunal sustituye por el de la fácil identificación de la normativa extrapenal objeto del reenvío-, el examen de constitucionalidad del elemento normativo “armas prohibidas” se realiza apelando a los requisitos atinentes a la admisibilidad de la ley penal en blanco (que el reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición). Luego, el Tribunal Constitucional, a pesar de no pronunciarse de manera formal sobre si el empleo de elementos normativos en la configuración de los tipos penales debe supeditarse al cumplimiento de los requisitos de constitucionalidad, *de facto*, así lo está haciendo.

2.3. LEYES PENALES EN BLANCO Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO: POSICIÓN PERSONAL

De lo expuesto en líneas precedentes se desprende que el recurso a los criterios diferenciadores propuestos por la Doctrina se revela insuficiente a efectos de lograr una clara delimitación entre la ley penal en blanco y los elementos normativos del tipo. Ello, puede que se deba a un error de partida, por cuanto que la Doctrina suele distinguir³²⁰ entre “ley penal en blanco” y “elementos normativos” a partir de los posibles problemas que su empleo comporta³²¹ –esto es, desde la perspectiva técnica o desde la perspectiva de las garantías políticas-. Consecuentemente, en función de la problemática desde cuyo prisma se pretende conceptualizar, la ley penal en blanco tiene unas u otras características conceptuales.

Este modo de proceder, a nuestro parecer, debe ser sometido a revisión, no solo por los resultados a los que conduce, sino, y, sobre todo, por su falta de lógica.

Definir la ley penal en blanco o los elementos normativos del tipo desde el punto de vista de los diferentes problemas que su empleo pueda plantear –en lo

³²⁰ Según DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., pág. 99, “más que de definiciones, en muchos casos los autores se han ocupado, propiamente, de señalar una acepción especialmente problemática de la «ley penal en blanco» o, lo que es lo mismo, de los casos en que las remisiones presentan unos problemas especiales”.

³²¹ Vid., por todos, GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios penales y criminológicos*, cit., pág.71, para quién la virtualidad de distinguir entre ley penal en blanco y elementos normativos reside “en la individualización de los problemas que aparecen en las distintas remisiones, sin reducirse a la pura cuestión nominal de atribuirles una u otra denominación”.

que atañe al Derecho penal-, ofrece como resultado tantos conceptos como perspectivas o, lo que es lo mismo, *un concepto relativo*. Pero, además, identificar posibles *problemas* antes siquiera de establecer el significado *de aquello que constituye el origen de esos problemas* resulta, cuando menos, cuestionable. Con esto no estamos afirmando que los criterios diferenciadores propuestos por la Doctrina sean inútiles o incorrectos, sino que el modo de proceder, en cuanto a su aplicación, no parece el más idóneo.

Volvamos, pues, al punto de partida. Como paso previo o punto de partida se debe establecer qué es lo que son, desde el punto de vista de su naturaleza, las “leyes penales en blanco” y los “elementos normativos”.

La Doctrina, de forma inmensamente mayoritaria, afirma que las “leyes penales en blanco” y los “elementos normativos” del tipo son “técnicas legislativas”. Esta afirmación, sin embargo, debe ser matizada. A nuestro parecer, la ley penal en blanco, efectivamente, es una técnica -en el sentido de procedimiento “dotado de significado político vinculado al principio de legalidad”³²²-, es un recurso que implica una operación- de la que se sirve el Legislador para la elaboración de la norma penal. Así, cuando se interesa la intervención penal en materias que cuentan con una regulación específica (primera *ratio*), el Legislador penal puede optar, bien por incorporar las conductas delictivas a la legislación extrapenal propia de esa materia (ley especial), bien por crear tipos penales abiertos, cuyos supuestos de hecho deban ser completados por las disposiciones extrapenales propias de esa materia mediante la fórmula del reenvío (ley penal en blanco)³²³.

³²² MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 39.

³²³ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 320.

Los elementos normativos del tipo, por el contrario, no son *técnicas*, en el sentido de procedimientos dotados de significado político vinculados al principio de legalidad. Los elementos normativos del tipo son instrumentos lingüísticos -que hacen referencia al lenguaje utilizado por el Legislador en la descripción de los elementos típicos-. En cuanto instrumentos lingüísticos, los elementos normativos del tipo son términos -utilizados para la descripción de los elementos del tipo- cuya interpretación no puede realizarse acudiendo a su significado natural³²⁴, sino acudiendo -mediante la técnica del reenvío a otras normas jurídicas extrapenales.

De lo expuesto se puede inferir una primera distinción: mientras que la ley penal en blanco es una técnica legislativa de tipificación que sirve como “instrumento de integración del Derecho penal con otros sectores del Ordenamiento jurídico”³²⁵, los elementos normativos son instrumentos lingüísticos utilizados en la redacción de los tipos penales que remiten a otras disposiciones jurídicas extrapenales a efectos de concretar su significado. Así, en cuanto técnica legislativa, la ley penal en blanco cumple, fundamentalmente, funciones integradoras, mientras que los elementos normativos, en cuanto, instrumentos lingüísticos, cumplen funciones, esencialmente, interpretativas. Pero esa interpretación -relativa a los elementos normativos- en ocasiones, es también integradora, por cuanto la norma extrapenal a la que remite el elemento no se limita -únicamente- a esclarecer su significado, sino que le dota de contenido. Así, por ejemplo, el término “no autorizable” del art. 319 CP remite a la normativa de ordenación del territorio y urbanística, no para esclarecer su significado, sino para dotarle de contenido. “No autorizable”, en el lenguaje cotidiano, hace referencia a algo que no se puede autorizar, pero para saber qué

³²⁴ Véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, cit. pág. 23.

³²⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 326.

supuestos no se pueden autorizar a efectos del delito urbanístico *ex art. 319 CP* - y que integran el elemento “no autorizables” - tenemos que acudir a la normativa urbanística y de ordenación del territorio, por ser la que contiene los criterios que determinaran lo “autorizable” y lo “no autorizable”. En este caso, el término “no autorizable” requerirá de una interpretación integradora que dote de contenido a ese significado del que ya disponemos -aquello que no se puede autorizar-.

Así las cosas, no podemos afirmar que la ley penal en blanco se diferencie de los elementos normativos porque en aquella la norma de complemento cumpla funciones integradoras y en esta no, pues, como acabamos de ver, la función integradora no es privativa de la norma de complemento a la que remite la ley penal en blanco. Si a esto le sumamos que tanto la ley penal en blanco como los elementos normativos del tipo emplean la fórmula del reenvío normativo, la distinción se vuelve harto complicada. El reenvío, no obstante, se realiza de distinta manera (segunda diferencia) en uno y otro caso: así, la ley penal en blanco realiza el reenvío a la norma de complemento de forma expresa, mientras que en los elementos normativos el reenvío es implícito.

Consideramos “reenvío expreso” a aquellas fórmulas de remisión que, aún sin identificar la norma concreta a la que se refiere la remisión, se materializa legalmente mediante expresiones como: “con infracción de las normas”; “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, “contrarias a las normas de ordenación del territorio y urbanísticas vigentes”, etc., es decir, aquellas fórmulas que aludan de manera expresa a la normativa extrapenal *-primera ratio-*, llamada a colmar el tipo en concreto. *Ergo*, cuando la remisión se efectuó de manera implícita, la norma no deberá ser calificada como ley penal en blanco -lo que no significa que automáticamente deba entenderse que se trata de un elemento normativo del tipo, eso se deberá determinar una vez aplicados el resto de los criterios y descartada la posibilidad de que se trate de un elemento descriptivo-.

En consecuencia, a nuestro parecer la ley penal en blanco se identifica como aquella técnica de tipificación que, mediante un reenvío expreso, remite a disposiciones jurídicas extrapenales –siendo indiferente su rango- a efectos de integrar el supuesto de hecho de un determinado tipo penal. Denominamos elementos normativos del tipo a aquellos términos lingüísticos empleados por el Legislador en la configuración de los tipos penales que, por carecer de un significado natural, remiten -de forma implícita- a disposiciones extrapenales (no ya para integrar el supuesto de hecho, sino) para concretar o dotar de contenido -interpretación integradora- un determinado elemento del tipo.

No obstante, dadas las similitudes que existen entre la “ley penal en blanco” y los “elementos normativos” y, en vista de que estos últimos, en ocasiones, requieren de una interpretación integradora a efectos de dotarles de contenido³²⁶, entendemos que los requisitos de constitucionalidad -propios de la ley penal en blanco- deben extenderse, también, a los tipos que emplean instrumentos lingüísticos normativos (sustituyendo, eso sí, el requisito del reenvío expreso por el de la fácil determinación de la normativa extrapenal a la que el elemento remite). Esta postura encuentra apoyo en la Doctrina constitucional, quien no solo no excluye la posibilidad de extender los requisitos de constitucionalidad a los elementos normativos del tipo, sino que *de facto* así lo está haciendo.

Para finalizar, sometamos a examen la polémica expresión contenida en art. 319.1 CP, “no autorizable”. Según el citado precepto, serán constitutivas de delito “las obras de urbanización, edificación y construcción no autorizables” que se lleven a cabo en determinados lugares por promotores, constructores o técnico directores. No parece haber dudas en cuanto al supuesto de hecho del delito

³²⁶ Conscientes, así mismo, de los problemas técnicos y políticos que el empleo de la ley penal en blanco y los elementos normativos conllevan para el Orden penal.

urbanístico *ex art. 319.1 CP*, pues se trata de un supuesto de hecho completo, cerrado. No obstante, dado que el término “(no) autorizable” (aun cuando en el lenguaje natural se pueda identificar con aquellos que no puede ser autorizado) necesita de una interpretación integradora para concretar su contenido o, lo que es lo mismo, para determinar cuáles son las circunstancias que, según la normativa propia de la materia, imposibilitan la autorización de las obras de urbanización, construcción o edificación. A tales efectos, sin embargo, el tipo o, mejor dicho, el elemento típico “no autorizable”, no contiene una remisión formal, expresa, sino, todo lo más, implícita. Lo que nos lleva a considerar, con DE LA CUESTA AGUADO³²⁷, que el término o instrumento lingüístico “(no) autorizable” es un elemento normativo de tipo.

Más dudas nos plantea el supuesto de hecho del delito de desobediencia del funcionario público del art. 410.2 CP que exime de responsabilidad penal a la autoridad o funcionario público “por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general”. El supuesto de hecho que dará lugar a la consecuencia jurídica -positiva³²⁸- no está cerrado, sino que debe ser integrado por el “precepto de Ley o cualquier disposición general”. A efectos de completar el supuesto de hecho se requiere pues de una operación de integración, lo que nos lleva a afirmar, *prima facie*, que nos encontramos ante una técnica legislativa de tipificación. Sin embargo, dado que no existe una remisión expresa, sino, todo lo más, una remisión genérica a un “precepto de Ley o cualquier disposición

³²⁷ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP”, cit. pág. 38.

³²⁸ La previsión de una consecuencia jurídica positiva –como respuesta a la comisión u omisión de un determinado supuesto de hecho típico- recibe el nombre de “técnica promocional”. Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Selección de publicaciones, Madrid, 1981, págs.169-170.

general”, no podemos afirmar que al art. 410.1 CP contenga una ley penal en blanco (según el concepto de ley penal en blanco seguido en este trabajo), lo que no significa que se trate de elementos normativos. Determinar ante que figura estamos y si esta se ajusta a los cánones de constitucionalidad excede con mucho de este trabajo, de modo que nos limitamos a dejarla planteada.

Para concluir, resta por añadir que todas estas cuestiones controvertidas que atañen a la ley penal en blanco y a los elementos normativos del tipo a las que someramente nos hemos referido en líneas precedentes y que, como hemos visto, pueden llegar, incluso, a mermar la legitimidad y eficacia del Derecho penal, aconsejan su racionalización reservando su empleo a aquellos supuestos donde el recurso a los mismos, *ratione materiae*, resulte absolutamente imprescindible.

3. LA RELACIÓN DEL DERECHO PENAL CON EL DERECHO URBANÍSTICO EN EL ART. 320 CP

Expuestos, *grosso modo*, los modelos de conexión que se pueden fijar entre el Derecho penal y otros sectores del Ordenamiento jurídico, advertidos de que, en función del modelo de accesoriedad, “las deficiencias de la Administración pueden provocar la ineficacia de la actuación administrativa, y, por añadidura, de la penal”³²⁹, en lo que sigue, trataremos de verificar cuál es la fórmula o

³²⁹ MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Derecho penal y protección del medio ambiente*, cit., pág. 125.

fórmulas relacionales que une al Derecho penal con el Derecho urbanístico a efectos del art. 320.1 CP.

Art. 320.1 CP. 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...

A efectos de determinar la relación existente entre el Derecho urbanístico y el tipo penal ubicado en el art. 320.1 CP seguiremos el mismo orden analítico que se ha seguido al abordar “la accesoriidad”. Así, en primer lugar, determinaremos con base en el criterio o perspectiva material la efectiva dependencia o autonomía del tratado tipo penal; en segundo lugar, trataremos de determinar el concreto modelo relacional, es decir: absoluto o relativo y, en tercer lugar, nos pronunciaremos respecto de la forma de accesoriidad -esto es, de acto o de Derecho-, así como y, en su caso, sobre las técnicas legislativas empleadas: ley penal en blanco y/o elementos normativos del tipo.

A). Desde la perspectiva material -criterio propuesto por DE LA CUESTA AGUADO- no cabe ninguna duda que, entre el Derecho urbanístico y el penal, en la configuración típica del art. 320. 1 CP, se da una relación de accesoriidad, pues, en la confección del citado tipo penal, no solo no se prescinde de la normativa sectorial específica, sino que su infracción constituye un requisito típico *sine qua non*, toda vez que, en su redacción, se recurre a elementos terminológicos propios de la disciplina urbanística.

B). Hemos dicho que los modelos de accesoriidad son, principalmente, dos: el de accesoriidad absoluta y el de accesoriidad limitada o relativa. En el

primero, la infracción de la normativa extrapenal constituye condición necesaria y suficiente del injusto penal; en el segundo, la infracción de la normativa extrapenal es condición necesaria, pero no suficiente, requiriéndose, además³³⁰, que la conducta sea -por lo menos- idónea para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Ello parece indicar que, en el primer modelo de accesoriadad, el deber jurídico (extrapenal) se constituye en objeto de protección de la norma penal, mientras que, en el segundo modelo de accesoriadad, el objeto de protección de la norma penal es un bien jurídico protegido, siendo la infracción del deber extrapenal un elemento del tipo.

Pronunciarnos sobre el modelo de accesoriadad subyacente al art. 320.1 CP requiere, pues, pronunciarnos sobre su objeto de tutela, es decir, sobre si el delito de prevaricación urbanística es un delito de dominio o, por el contrario, un delito de infracción de un deber. Ello, por tratarse de una cuestión de trascendental importancia, no puede plantearse al hilo de estas cuestiones, pues requiere de un tratamiento específico -y como tal se va a efectuar en próximo capítulo-.

La indeterminación del modelo de accesoriadad del art. 320.1 CP, sin embargo, no es óbice para continuar con nuestro análisis, pues, a efectos de determinar en qué medida las posibles deficiencias del primer orden de protección de la legalidad urbanística podrían interferir en la eficacia del segundo en la lucha contra la corrupción, lo fundamental es -amén de fijar la forma de accesoriadad- determinar las concretas formulas a través de las cuales se materializa la conexión entre *la primera* y *la última ratio* (ley penal en blanco y/o elementos normativos del tipo).

³³⁰ Y al margen de otros posibles requisitos típicos.

C). Las formas bajo las que se puede presentar la relación de accesoriedad, hemos dicho, son: la accesoriedad de Derecho y la accesoriedad de acto. El tipo objeto de análisis remite a *las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes*, constituyendo su infracción requisito *sine qua non* para que las conductas típicas a efectos del art. 320.1 CP sean constitutivas de delito. Luego, el delito de prevaricación urbanística *ex art. 320.1 CP*, presenta una relación de accesoriedad respecto del Orden urbanístico que se materializa bajo la forma de *accesoriedad de Derecho*.

Por lo que respecta las fórmulas legislativas a través de las cuales se materializa el reenvío -esto es, ley penal en blanco y/o elemento normativo-, podemos afirmar que el tipo objeto de análisis contiene tanto elementos normativos del tipo -instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación- como leyes penales en blanco.

El tipo remite, a efectos de completar el supuesto de hecho, de forma directa, expresa y formal a *las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes*, lo que no deja lugar a duda de que estamos ante una ley penal en blanco. Lo mismo cabe decir respecto de la primera conducta omisiva, donde se incrimina la conducta del inspector urbanístico que con motivo de inspecciones *haya silenciado la infracción de dichas normas*. Más dudas plantea la omisión de *la realización de inspecciones de carácter obligatorio*, pues como se puede observar, solo cuando se trate de inspecciones “de carácter obligatorio”, su “no-realización” podrá ser constitutiva de delito del art. 320 CP. El Derecho penal guarda silencio sobre “la obligatoriedad” de las inspecciones, remitiéndonos a la normativa sectorial específica a efectos de determinar qué se debe de entender por *obligatorias* y, en definitiva, identificar cuáles son esas inspecciones. No se trata, como en los anteriores casos de una remisión directa, expresa y formal, sino de una remisión implícita, no ya para completar el supuesto de hecho, sino para concretar el contenido de un elemento *esencial* del tipo.

El problema se plantea cuando se acude al Ordenamiento urbanístico y se constata el caos normativo del que adolece; caos que hace muy difícil, por no decir, prácticamente imposible, la labor del juez a la hora de determinar cuáles son -según el Derecho urbanístico- las inspecciones obligatorias cuya elusión pueden constituir delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP. Se trata de un elemento lingüístico del tipo de fundamental importancia, pues su *determinación* es requisito *sine qua non* a efectos de interpretar y, por consiguiente, aplicar el tipo penal³³¹.

No vamos a someter a juicio, en este momento³³², la adecuación o inadecuación de las técnicas legislativas empleadas en la confección del delito de prevaricación urbanística, pues lo que ahora nos preocupa es determinar la relación existente entre el Derecho penal y el urbanístico, para, una vez alcanzado este objetivo, intentar averiguar si la configuración del Derecho urbanístico español, su diseño, favorece la aparición de prácticas corruptas; prácticas que, además de limitar la eficacia preventiva del Derecho administrativo frente al fenómeno de la corrupción, podrían actuar como límites extrínsecos al delito de prevaricación urbanística en la lucha contra la corrupción.

Hemos concluido que el Derecho Penal guarda una relación de accesoriadad con el Derecho urbanístico y que tal relación se materializa por vía del reenvío a la normativa sectorial específica; reenvío que se realiza tanto a través de leyes penales en blanco como a través de elementos normativos del tipo. Ello nos lleva a aseverar que, puesto que el urbanismo es una materia regularizada y disciplinada por el Derecho urbanístico, del cual el Derecho penal

³³¹ Retomaremos su análisis de forma minuciosa en el Capítulo V, dejando, por ahora, advertidos los problemas que plantea.

³³² De ello nos ocuparemos cuando analicemos la estructura típica de las prevaricaciones omisivas ex art. 320.1 CP.

es accesorio, las posibles deficiencias del primero -si las hubiere- podrían condicionar la eficacia del segundo -es decir, del delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP- en la lucha contra la corrupción.

De modo que, en lo que sigue, se va a examinar, siquiera *grosso modo*, el sistema urbanístico español, en cuanto primer Orden de protección de la legalidad urbanística y lucha contra la corrupción en el sector.

4. APROXIMACIÓN AL DERECHO URBANÍSTICO ESPAÑOL: COMPETENCIAS LEGISLATIVAS Y EJECUTIVAS

*“La violación del deber y la utilización ilícita del poder recibido por el titular de la especial situación jurídica, constituyen el sustrato común de todas las formas de corrupción”*³³³. Tomando la anterior afirmación como modelo, la corrupción urbanística podría definirse como la violación de deberes y la utilización ilícita del poder, en detrimento del interés general, por parte de autoridades y/o funcionarios que ostentan competencias en materia de urbanismo. Ahora bien, hablar de corrupción urbanística significa hablar de un conjunto de figuras delictivas como cohecho, tráfico de influencias, blanqueo de capitales, prevaricación urbanística y demás ilícitos penales que conforman el fenómeno de la corrupción en este sector. La presente investigación no pretende abordar el estudio del tratamiento penal del fenómeno de la corrupción, sino el sistema

³³³ GONZÁLEZ, J., *Corrupción y Justicia Democrática*, Ed. Clamores, Madrid, 2000, pág.104.

urbanístico español, su diseño, sus características estructurales. Todo ello, con el objetivo de reflexionar sobre qué causas posibilitan la perpetración de prácticas corruptas en el seno de la Administración Pública. Para ello, analizaremos, en primer lugar, el sistema de fuentes del Derecho urbanístico español y, en segundo lugar, la distribución de competencias ejecutivas en materia de urbanismo.

4.1. COMPETENCIAS LEGISLATIVAS: EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO URBANÍSTICO

El panorama normativo en materia de urbanismo y ordenación del territorio en España reviste una complejidad extraordinaria, pues, según el diseño adoptado por la CE de 1978, las competencias legislativas en materia de ordenación del territorio y urbanismo recaen en los Órganos Legislativos de las CCAA³³⁴; lo que, necesariamente, se traduce en la existencia de un conglomerado de normas de ordenación³³⁵, limitadas, por un lado, por la existencia de normas estatales con incidencia en el urbanismo³³⁶ y, por otro, por las competencias de gestión urbana y aplicación, que recaen en los Entes Locales.

³³⁴ Vid. art. 148.1. 3ª CE.

³³⁵ Hay tantas leyes de ordenación del territorio y urbanismo, como Comunidades Autónomas. Ceuta y Melilla, al carecer de órganos legislativos, son los únicos territorios donde, con fundamento en la cláusula de supletoriedad, se aplica el Derecho estatal, esto es, el TRLS/1992.

³³⁶ Como, por ejemplo, la legislación relativa al medio ambiente, a la expropiación forzosa, a la propiedad, etc.

Hasta el año 1997 el panorama urbanístico, sin embargo, era radicalmente distinto al que se nos presenta a día de hoy, pues la mayoría de las CCAA -a pesar de que todas habían asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía las competencias normativas en materia de ordenación del territorio y urbanismo- no habían legislado en la materia o lo habían hecho solo de manera parcial, lo que se traducía en la necesidad de recurrir a la cláusula de supletoriedad del art. 149.3 CE³³⁷, que permitía aplicar la normativa estatal que en ese momento se encontrara vigente.

Como ya adelantábamos, este panorama se mantuvo así hasta la conocida Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, que derogaba gran parte del articulado del *Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana* aprobado por RD Legislativo 1/1992, de 25 de junio, por entender que el Estado carecía de cobertura competencial que le permitiera legislar en la materia. La mencionada Sentencia marcó un antes y un después en el Ordenamiento Jurídico, no sólo porque “hizo saltar por los aires, roto en mil pedazos, el ordenamiento urbanístico al anular, por razones estrictamente competenciales, más de doscientos artículos del citado Texto Refundido”³³⁸, sino porque, además, el TC ejercía funciones de legislador al interpretar el art. 149.3 CE - en el sentido de establecer cuándo y cómo se podría, en adelante, recurrir a la cláusula de supletoriedad-. El Tribunal venía a decir que, en aquellas materias en las que las

³³⁷ Según el art. 149.3 CE –precepto que prevé la llamada cláusula de supletoriedad-, “[l]as materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos De Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del de las Comunidades Autónomas”. Véase el comentario al art. 149.3 CE, realizado por MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, Ed. Aranzadi, 25ª ed., Navarra, 2019, págs. 168-169.

³³⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Ed. Aranzadi, 24 ed., Navarra, pág. 39.

competencias exclusivas recayeran en las CCAA y siempre que éstas las hubieran asumido en sus respectivos Estatutos de Autonomía, aunque no hubieran legislado, el Estado no podría legislar ni tan siquiera de forma supletoria, puntualizando, además, que la cláusula de supletoriedad no constituye título competencial habilitante para legislar.

Hoy, ya todas las CCAA han hecho uso de sus competencias legislativas en materia de urbanismo y ordenación del territorio, aprobando las correspondientes leyes generales propias. Algunas CCAA como, por ejemplo, Andalucía, cuentan incluso con desarrollo reglamentario en la materia. Esta CA, además de la *Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía*, cuenta con un *Reglamento de Disciplina Urbanística*³³⁹ y un *Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo*³⁴⁰. Lamentablemente no es esta la tónica general, pues la mayoría de las CCAA no cuentan con desarrollo reglamentario y mucho menos -por lo que a nosotros nos interesa- con Planes Generales de Inspección. Así, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio -reconocida en el art. 24.3 del EA- ha promulgado la *Ley 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria (LOTRUSCA)* sin hacer uso, sin embargo, hoy en día, de su potestad reglamentaria en la materia. De esta manera, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el plano reglamentario, integran el Ordenamiento Urbanístico: los Reglamentos preconstitucionales dictados en desarrollo del *TRLS/1976*, esto es:

³³⁹ Aprobado por el Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

³⁴⁰ Orden de 20 de abril de 2017, por la que se aprueba el Plan General de Inspección de Ordenación del Territorio y Urbanismo para el cuatrienio 2017-2020 disponible on-line en: http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/web/temas_ambientales/urbanismo/normativa/PGI_17_20_BOJA17_079.pdf, [consultado: 14/10/2019].

el *Reglamento de Planeamiento Urbanístico*³⁴¹, el *Reglamento de Disciplina Urbanística*³⁴² y el *Reglamento de Gestión Urbanística*³⁴³, todos ellos del año 1978.

Tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, el Derecho urbanístico está integrado por las Leyes autonómicas de ordenación del territorio y urbanísimo, que, a su vez, están delimitadas por las normas estatales no urbanísticas, pero con incidencia en la materia³⁴⁴ y, de forma supletoria, en caso de lagunas en la legislación autonómica, por la legislación estatal preconstitucional -esto es: el *TRLS/1976*³⁴⁵, aprobado por RD 1346/1976, de 9 de abril- y postconstitucional adoptada anteriormente a la asunción competencial por las Comunidades Autónomas -esto es: el RD Ley 3/1980, de 14 de marzo y el RD Ley 16/1981, de 16 de octubre³⁴⁶- más las normas de naturaleza reglamentaria pre y postconstitucionales³⁴⁷. Esta diversidad normativa confiere al Derecho urbanístico un grado de complejidad tal, que dificulta su estudio y sistematización y más, si cabe, su aplicación.

³⁴¹ Aprobado por el Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio.

³⁴² Aprobado por el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

³⁴³ Aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto.

³⁴⁴ Especial mención merece el *Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*, aprobado el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

³⁴⁵ Derogado por el TRLS de 1992 y resucitado “a la vida jurídica” por la STC 61/1997. Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, 4ª ed., Ed Marcial Pons, pág. 48.

³⁴⁶ MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, cit., pág. 2209.

³⁴⁷ Para determinar cuáles son los Reglamentos aplicables, advierte Martín Rebollo, de la necesidad de realizar “una nueva operación «depuradora» en sede interpretativa, ya que los preceptos de dichos Reglamentos serán de aplicación directa o supletoria, según desarrollen o no preceptos legales de competencia estatal, lo que termina de complicar definitivamente las cosas”. MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, cit., pág. 2209.

Esta compleja situación de la legislación urbanística aplicable en cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas es fruto de la descentralización del Estado y de la asunción de competencias – exclusivas en este caso- por las CCAA o, lo que es lo mismo, es fruto del Estado Autonómico diseñado por la CE de 1978³⁴⁸.

Pero, si la situación de la legislación urbanística aplicable en los diversos territorios que integran el Estado Español es compleja, la situación en el plano ejecutivo no lo es menos.

4.2. COMPETENCIAS EJECUTIVAS: PLANEAMIENTO, GESTIÓN Y DISCIPLINA URBANÍSTICA

I. La ejecución de la legislación urbanística aprobada por las distintas Comunidades Autónomas es una competencia que recae, principalmente, en los municipios. Este título competencial, hoy en día, hay que ubicarlo, siguiendo a MARTIN REBOLLO, en las diversas leyes urbanísticas autonómicas -y no en la LRBRL-³⁴⁹, pues son las concretas legislaciones autonómicas las que, en sus respectivos ámbitos territoriales, dan carta de naturaleza al principio de autonomía local, estableciendo las concretas competencias ejecutorias que en materia de urbanismo corresponden a las Corporaciones Locales.

³⁴⁸ Arts. 2 y 143 CE.

³⁴⁹ MARTIN REBOLLO, L., “Competencias de los Entes locales”, en Martin Rebollo/ Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, cit., pág. 210.

Según la STC 32/1981, de 22 de julio³⁵⁰, (FJ 4), la autonomía local es un concepto jurídico de contenido legal y “ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias”.

Indudablemente, el urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística, a la vista de lo dispuesto en el art. 25.2. a). de la LRBRL³⁵¹, es uno de esos “asuntos que atañen” a los municipios. Las legislaciones urbanísticas autonómicas se han hecho eco de ello y han conferido -todas ellas- amplias competencias ejecutorias en esta materia a los municipios. Ahora bien, ello no debe llevar a engaño: el hecho de que todos los municipios dispongan de competencias en materia de planeamiento, gestión y disciplina -ámbito en los que tradicionalmente se divide el urbanismo- no quiere decir que exista una homogeneidad competencial entre los diferentes municipios que integran el territorio español. Las competencias municipales en este ámbito -como consecuencia de la asunción de las competencias legislativas en materia de ordenación del territorio y urbanismo por parte de las CCAA- varían de una Comunidad Autónoma a otra³⁵². La heterogeneidad competencial se suele apreciar incluso entre los municipios de una misma Comunidad Autónoma,

³⁵⁰ La citada Sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Cataluña 6/1980, de 17 de diciembre por la que se regula la «transferencia urgente y plena de las Diputaciones Catalanas a la Generalidad».

³⁵¹ Según el citado precepto: “El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación”.

³⁵² MARTIN REBOLLO, L., “Competencias de los Entes locales”, en Martin Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, cit., pág. 210.

pues, por ejemplo, en función de si se trata de grandes o pequeños municipios, las competencias o su grado de intensidad suelen variar³⁵³.

Así las cosas, resulta complicado determinar con exactitud cuáles son las concretas competencias que los municipios ostentan en materia de planeamiento, ejecución y disciplina urbanística. No obstante, un análisis comparativo interno de la legislación autonómica puede ayudar a determinar, cuáles son las competencias ejecutorias que suelen recaer en los municipios.

II. La política urbanística contenida en la legislación autonómica se concreta a través del planeamiento urbanístico³⁵⁴. *El Plan General de Ordenación Urbana* (PGOU) “es el instrumento de planeamiento general por excelencia y constituye además la pieza del sistema de planeamiento más completa y principal, ya que es la que da fundamento a los restantes planes de ordenación urbana”³⁵⁵. El PGOU es como una especie de *mapa* en el que se califica y clasifica el suelo de uno o varios términos municipales, se determinan sus usos, los servicios que se han de implantar, así como la forma en la que se tiene que ejecutar todo ello³⁵⁶.

³⁵³ Así, por ejemplo, La Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación del Territorio y Urbanismo* de Cantabria, después de regular la *Elaboración y aprobación de los Planes de Ordenación Urbana*, dedica un capítulo separado a la regulación de *El Planeamiento urbanístico de los pequeños municipios*.

³⁵⁴ Con esta expresión se hace referencia a una pluralidad de planes, esto es: al Plan General de Ordenación Urbana, al Plan Parcial, al Plan Especial, etc.

³⁵⁵ LÓPEZ BÉNITEZ, M., “El Plan General de Ordenación Urbana (o instrumentos equivalentes)”, en Martín Rebollo/ Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, pág. 363.

³⁵⁶ El grado de exhaustividad con el que el PGOU debe ordenar el territorio difiere en función de la clase de suelo del que se trate: urbano, urbanizable no delimitado, urbanizable

Con carácter general, son los municipios³⁵⁷ quienes, en ejercicio de su autonomía, constitucionalmente garantizada y legalmente concretada, inician la tramitación del PGOU³⁵⁸, que se lleva a cabo, generalmente, a través de un procedimiento trifásico: aprobación inicial, aprobación provisional y aprobación definitiva. En el proceso de tramitación, los municipios gozan de un protagonismo casi absoluto “y, además, sin ningún tipo de limitación ni cortapisa, más que la resistencia que pueda oponer la planificación sectorial (como, por ejemplo, los planes de transportes e infraestructuras, o de ordenación de recursos naturales)”³⁵⁹. Las fases de aprobación inicial y provisional se llevan a cabo por los ayuntamientos y la fase de aprobación definitiva recae – generalmente- en los correspondientes órganos autonómicos³⁶⁰. Estos órganos autonómicos examinan el Plan y la documentación que le acompaña (entre la que

delimitado o no urbanizable. Para más detalles consúltese LÓPEZ BÉNITEZ, M., “El Plan General de Ordenación Urbana (o instrumentos equivalentes)”, en Martín Rebollo/ Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, cit., págs. 374-381.

³⁵⁷ Vid. en este sentido, el art. 66.1 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, o el art. 661 LOTRUSCA.

³⁵⁸ La legislación urbanística riojana -Ley 5/2006, de 2 de mayo, de *Ordenación del Territorio y Urbanismo* de La Rioja- prevé la posibilidad de que sean los órganos autonómicos competentes los que, en caso de inactividad de los Municipios en lo tocante a la elaboración del PGOU y una vez transcurrido el plazo legalmente establecido a tal efecto, dispongan de su formulación.

³⁵⁹ *Libro Blanco de Sostenibilidad del Planeamiento Urbanístico Español, D.G de Arquitectura, Vivienda y Suelo*. Centro de Publicaciones, Ministerio de Fomento, 2010, pág.21, disponible en: <https://www.fomento.gob.es/arquitectura-vivienda-y-suelo/urbanismo-y-politica-de-suelo/urbanismo-y-sostenibilidad-urbana/libro-blanco-de-la-sostenibilidad-en-el-planeamiento-urbanistico-espanol> [última consulta: 4/07/2019].

³⁶⁰ Una excepción a esta regla general la encontramos en la legislación urbanística vasca. Según el art. 91.1 de la Ley del País Vasco 2/2006, de 30 de junio, *del Suelo y Urbanismo* “la competencia para la aprobación definitiva de los planes generales corresponde a los ayuntamientos en los municipios con población superior a 7.000 habitantes, y a las diputaciones forales en los demás supuestos, en ambos casos previo informe de la Comisión de Ordenación del Territorio del País Vasco”.

destaca, por su importancia, la *Memoria*³⁶¹, los *Planos de información y de ordenación urbanística del territorio*³⁶², las *Normas Urbanísticas*, el *Programa de actuación* y el *Estudio económico y financiero*) y deciden, en el plazo legalmente establecido³⁶³, sobre la procedencia de su aprobación definitiva³⁶⁴. Ahora bien, a pesar de que la aprobación definitiva de los PGOU es una competencia que recae, por lo general, en los órganos autonómicos y estos pueden someter a control dichos planes y sus acervos documentales, cuando el Plan no atañe a intereses supramunicipales, el control se limita, únicamente, a cuestiones formales, de legalidad, más no de oportunidad³⁶⁵, pues, de lo contrario se podría comprometer la autonomía local. Esta exigua potestad fiscalizadora de las Comunidades Autónomas confiere al ente planeador un nada desdeñable margen de discrecionalidad que, como

³⁶¹ La Memoria es una especie de exposición de motivos del Plan. Según LÓPEZ BÉNITEZ, M., “El contenido del Plan General (II): documentación”, en Martín Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, cit., pág. 385, “la Memoria despliega un importante juego, en cuya virtud, y en cuanto motivación del plan, se convierte en un importante elemento de cara al control de la discrecionalidad que la potestad de planeamiento entraña”.

³⁶² “En los planos de información se reflejará la situación o estado del territorio objeto de ordenación en el momento en que se aborde el planeamiento (..); en cambio, los planes de ordenación urbanística del territorio son la explicación gráfica de todas las determinaciones contenidas en el plan”. Vid. MUÑOZ MACHADO, S./LÓPEZ BÉNITEZ, S., “El planeamiento urbanístico”, en Muñoz Machado (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Tomo III*, Ed. Iustel, 3ª ed., pág. 3306.

³⁶³ El plazo legal varía de una Comunidad a otra, así, en Cantabria, la CROTU, dispone de un plazo de cuatro meses para resolver, mientras que Comisión de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja dispone de 3 meses. Si el correspondiente órgano autonómico no resolviera en el plazo legalmente establecido, el art. 25.6 del TRLSRU, establece que el Plan se entenderá definitivamente aprobado por silencio administrativo.

³⁶⁴ El órgano autonómico competente únicamente podrá denegar la aprobación del Plan y obligar a introducir modificaciones por razones de legalidad o para tutelares intereses supramunicipales en relación con los cuales el Gobierno de la Comunidad haya asumido competencias.

³⁶⁵ Si el Plan afecta a intereses supramunicipales el control se extenderá, también, a los aspectos de oportunidad del Plan.

indica LOZANO CUTANDA, no tiene parangón en toda Europa occidental³⁶⁶ y que ha sido señalado como posible (co)causa de la corrupción urbanística.

Junto a estos amplios espacios de discrecionalidad de los que disponen los Ayuntamientos en el proceso de elaboración (y novación)³⁶⁷ del planeamiento urbanístico -y el exiguo control al que están sometidos- concurre otro factor que hace del urbanismo una actividad atractiva para la corrupción: las importantes plusvalías que la recalificación del suelo reporta, tanto en favor de sus propietarios como de las arcas municipales. Todo ello, pues, determina que el suelo sea uno de los principales focos de especulación y su proceso de transformación el origen de los mayores casos de corrupción urbanística³⁶⁸.

La acumulación de competencias en materia de planeamiento, gestión y disciplina urbanísticas en los órganos municipales favorece, desde luego, la aparición y proliferación de prácticas corruptas en el seno del garante de primer orden de la legalidad urbanística: la Administración Territorial. Es esta, es decir, la misma Administración encargada de confeccionar y tramitar el PGOU, la que también es competente para otorgar las licencias urbanísticas y es esta, también,

³⁶⁶ LOZANO CUTANDA, B., “Urbanismo y Corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, Núm. 172, enero-abril, 2007, pág. 342.

³⁶⁷ Vid. GALAN VIOQUE, R., “Modificación y revisión”, en Martín Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, págs. 424-438.

³⁶⁸ Afirmación respaldada por “una lista casi interminable de políticos y funcionarios locales españoles, peninsulares e insulares, que han sido detenidos acusados de corrupción en relación con acuerdos de urbanización masiva celebrados en los últimos años”. «Informe sobre el impacto de la urbanización extensiva en España de los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas», (2008/2258(INI)) de 20 de febrero de 2009, (Informe Auken), pág. 17, disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2009-0082+0+DOC+PDF+V0//ES>, [consultado: 11/07/2019].

la competente para inspeccionar –dentro de su ámbito territorial- y, en su caso, sancionar las posibles infracciones.

III. En vista de estas peculiares características del sistema urbanístico español y consciente de los peligros que encierra este amplio margen de maniobra del que gozan los municipios³⁶⁹, las legislaciones autonómicas (todas, en mayor o menor medida), con atino, han incorporado a la normativa relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo determinados límites e instrumentos jurídicos destinados a prevenir “el fenómeno del urbanismo desenfrenado y corrupto”³⁷⁰. Así, a efectos de evitar que el planificador general -el municipio- confunda discrecionalidad con arbitrariedad, además del control autonómico (que precede a la aprobación definitiva del PGOU³⁷¹), todas las leyes autonómicas de ordenación del territorio y urbanismo han ido incorporando a su articulado, como límites a la potestad planificadora, normas de aplicación directa, estándares urbanísticos³⁷² y la doctrina del poder normativo de lo fáctico³⁷³.

³⁶⁹ A la hora de adoptar, revisar y modificar el PGOU.

³⁷⁰ LOZANO CUTANDA, B., “Urbanismo y Corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, cit., pág. 341.

³⁷¹ El control, como ya hemos tenido oportunidad de advertir, tiene por objeto, generalmente, el Plan y la Documentación que le acompaña.

³⁷² Las normas de aplicación directa y los estándares urbanísticos son criterios materiales “básicos de utilización del suelo, mediante los que se pretende hacer efectivos el principio de desarrollo sostenible y los derechos y deberes de los ciudadanos en la materia”. LÓPEZ RAMÓN, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, cit., pág. 107.

³⁷³ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. y LÓPEZ BÉNITEZ, S., “El planeamiento urbanístico”, en Muñoz Machado (Dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Tomo III*, cit., págs. 3279-3296.

Además y al margen de todo ello, *el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre –que, sin ser una ley propiamente urbanística, sino una norma reguladora de las condiciones básicas relacionadas con el suelo–, “ha ido estableciendo límites a la discrecionalidad del ejercicio de la potestad de planeamiento, en tanto éste debe subordinarse no sólo a la consecución del interés general, abstractamente considerado, sino a principios generales de necesaria observancia, manifestados en el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (art. 2, en relación con el 10.1.a) de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo”³⁷⁴.

En aras a garantizar el desarrollo urbano sostenible, algunas legislaciones autonómicas, como la gallega³⁷⁵, han incorporado otros instrumentos de control de la actividad planificadora³⁷⁶ como son los planes y directrices de ordenación o los límites de sostenibilidad y calidad de vida –destinados a garantizar un desarrollo urbanístico sostenible– o las normas de calidad ambiental y paisajística –que suponen un mecanismo para preservar el medio ambiente y el patrimonio natural y cultural³⁷⁷ -. Galicia ha dado un paso más en este aspecto y, amén de otras instrumentos y técnicas destinadas a reducir los índices de discrecionalidad del ente planificador³⁷⁸, “ha introducido un instrumento de control que, si

³⁷⁴ STS 2480/2016, de 1 de junio de 2016 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Ponente: Francisco José Navarro Sanchis).

³⁷⁵ Ley 2/2016, de 10 de febrero, *del Suelo* de Galicia.

³⁷⁶ Vid. LOZANO CUTANDA, B., “Urbanismo y Corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, cit., págs. 347-351.

³⁷⁷ Vid. Sección 1ª, del Capítulo I, del Título III, de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, *del Suelo* de Galicia.

³⁷⁸ Ley 2/2016, de 10 de febrero, *del Suelo* de Galicia, prohíbe, por ejemplo, la modificación del planeamiento urbanístico que implique la conversión directa del suelo rústico

funciona con eficacia, puede resultar de gran utilidad para prevenir los fenómenos de corrupción urbanística”³⁷⁹. Se trata de la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística, “un ente público de naturaleza consorcial, dotado de personalidad jurídica, patrimonio y presupuesto propios y plena autonomía en el cumplimiento de sus funciones de inspección, restauración de la legalidad y sanción en materia de urbanismo, (...)”³⁸⁰.

Esta, sin embargo, no es la tónica general. La mayoría de las Comunidades Autónomas no solo carecen de un ente público especializado encargado de velar por la disciplina urbanística y la restauración de la legalidad, sino que ni siquiera cuentan con cuerpos de inspectores especializados en la materia, toda vez que mantienen la concentración de poder en las Corporaciones Locales.

Así diseñado, el sistema urbanístico español –y esto no es ninguna novedad- constituye uno de los principales caldos de cultivo para la corrupción en España, frente al que tanto la Administración Pública como los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo se han mostrado poco operativos. La Administración Local o, mejor dicho, los ayuntamientos están provistos de un amplio margen de discrecionalidad en lo que atañe al planeamiento y su novación; ámbito no susceptible, pues, de control autonómico³⁸¹, pero susceptible de control judicial³⁸². Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo pueden

en urbano, a la vez que prohíbe toda reclasificación que afecte a suelo rústico que haya sido objeto de incendios forestales.

³⁷⁹ LOZANO CUTANDA, B., “Urbanismo y Corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, cit., pág. 350.

³⁸⁰ Art. 10.1 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, *del suelo* de Galicia.

³⁸¹ Al menos que atañe a intereses supramunicipales.

³⁸² Cualquier persona, en el ejercicio de la acción popular, puede impugnar ante los Tribunales de lo contencioso los planes urbanísticos. Ello es consecuencia de la naturaleza

someter a control de oportunidad el planeamiento y su novación; pueden decretar la nulidad del acto impugnado –por ejemplo, de una licencia o del acto por el que se aprueba el PGOU o su novación- y la ilegalidad de todo aquello que se haya edificado o urbanizado bajo su cobertura; puede, asimismo, ordenar la demolición de lo construido o edificado ilegalmente, exigiendo, no obstante -de conformidad con lo dispuesto en el art. 108.3 LJCA- “como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe”³⁸³. Resta por añadir que, en contra de lo que denunciaba SORIANO GARCÍA en el año 2010, hoy “lo de «hacer ejecutar lo juzgado» ya no es un eufemismo en el urbanismo. La ejecución de sentencias en materia urbanística, cuando implica condena de deshacer lo mal hecho por la Administración Pública, es lo normal”³⁸⁴.

jurídica de los planes, esto es, de disposiciones generales. Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, cit., págs. 147-148.

³⁸³Precepto introducido por el apartado cuatro de la Disposición Final Tercera de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la LO 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*. Este nuevo precepto de la Ley 29/1989, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, parecía introducir una causa de suspensión de la ejecución de las ordenes de derivo. Así lo entendía el Servicio Jurídico de la Comunidad de Cantabria, entre otros. No obstante, este controvertido precepto ha sido interpretado por el TS, en la Sentencia 475/2018, de 21 de marzo que resuelve el recurso de casación 138/2017 interpuesto por el Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria contra el Auto de 26 de octubre de 2016. Según el Tribunal, lo que se persigue con la introducción del apartado 3º del art. 108 LJCA, no es la introducción de una causa de suspensión, sino “garantizar que el reconocimiento del derecho de terceros a las indemnizaciones debidas, que se lleve a cabo en el correspondiente procedimiento, podrá hacerse efectivo convenientemente. No se trata de supeditar la demolición a la previa declaración del derecho a la indemnización debida, sino de asegurar que tales declaraciones, cuando se produzcan, resulten efectivas, mediante la adopción por el Juez o Tribunal de las garantías suficientes, para responder del pago, que es el efecto propio de la declaración de la indemnización debida. En otras palabras, se asegura que, al margen de la efectividad y materialización del derecho a la regularización urbanística declarado en la sentencia que se ejecuta, resulte igualmente efectivo el reconocimiento del derecho de terceros a la correspondiente indemnización, que, aun no habiendo sido objeto del proceso, pueda ser reconocido en otro distinto y legalmente previsto al efecto”.

³⁸⁴ Vid., SORIANO GARCÍA, J. E., “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Núm. 36, 2010, pág. 230, quien

5. FACTORES QUE FAVORECEN LA APARICIÓN DE PRÁCTICAS CORRUPTAS EN EL SENO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y JUSTIFICAN LA INTERVENCIÓN PENAL

Al inicio de este Capítulo nos preguntábamos si la falibilidad del Derecho penal en la lucha contra la corrupción urbanística y la escasa operatividad del delito de prevaricación urbanística frente a este fenómeno podría deberse - además de a posibles factores intrínsecos al Derecho penal- a factores extrínsecos, imputables al Derecho urbanístico en cuanto *primera ratio* en la lucha contra la corrupción urbanística, cuya infracción, por demás, constituye requisito *sine qua non* del art. 320. 1 CP.

Al analizar el diseño del Derecho urbanístico español, su sistema de fuentes, advertíamos como el panorama normativo del Derecho urbanístico español revestía una complejidad tal que hacía muy difícil su estudio sistematizado y, por que consiguiente, su aplicación -convirtiéndose en una primera (co)causa de la aparición de prácticas corruptas-.

Posteriormente, constatábamos como los municipios -que gozan de un amplio margen de discrecionalidad en materia de planeamiento, gestión y disciplina urbanística- con relativa facilidad podrían convertir en urbanizable lo

afirma que “lo de «hacer ejecutar lo juzgado» es un eufemismo en el urbanismo. La inejecución de Sentencias en materia urbanística, si implica condena de deshacer lo mal hecho por la Administración, es lo normal. En Urbanismo, la inejecución de Sentencias es un oscurecimiento en el Estado de Derecho. Hay aversión a ejecutar las propias Sentencias. Y lamentablemente, no ocurre nada”.

que en origen no lo era³⁸⁵ y en legal lo que en un primer momento era ilegal³⁸⁶. A esa discrecionalidad de la que gozan los municipios hay que sumar otro dato: los municipios son los que poseen la potestad de conceder o denegar licencias y los que deciden si realizan -y en qué condiciones realizan- las inspecciones urbanísticas; son los que tramitan las actas de inspección -procedimiento de iniciación del expediente sancionador- y los que, en su caso, sancionan las ilegalidades constatadas³⁸⁷ (segunda co-causa de la aparición de prácticas corruptas).

Además, y al margen de todo ello, el urbanismo -o, mejor dicho, la actividad urbanística- se sitúa entre las principales fuentes de financiación de las Entidades Locales³⁸⁸ estableciéndose así una innegable relación de dependencia entre la actividad urbanística y las Haciendas Locales.

³⁸⁵ Según la Ley de Ordenación del territorio y Urbanismo de Cantabria, la calificación del suelo como urbano, urbanizable o rustico corresponde al PGOU. El PGOU clasifica el suelo de todo su ámbito de aplicación que, conforme al art. 43.1 LOTRUSCA, corresponderá al territorio municipal o a varios términos municipales.

³⁸⁶ Mediante una novación del planeamiento, por ejemplo. Pues, a pesar de que la aprobación definitiva de los PGOU corresponda, por lo general, a las CCAA y estas puedan someter a control dichos planes, este (el control) se limita únicamente a cuestiones formales, más no de oportunidad. De modo que, efectivamente, los municipios tienen un importante margen de maniobra en materia de gestión.

³⁸⁷ Vid. MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, cit., pág. 2175. En palabras del autor, “[l]os Ayuntamientos han sido y son fundamentales protagonistas de la gestión urbana, desde la inicial planificación hasta la ejecución del planeamiento, desde la autorización y vigilancia de las construcciones hasta la sanción de los incumplimientos.”

³⁸⁸ Ya sea en forma de figuras de naturaleza tributaria como, por ejemplo, el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, los gravámenes relativos a los procesos de transformación del suelo, las plusvalías, las licencias ya sea en forma de sanciones, ya sea en forma de gravámenes estrechamente relacionados con la actividad urbanística y de la construcción como, por ejemplo, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Vid. GARCÍA RUBIO, F., “El urbanismo como fuente de financiación municipal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 12, págs.185-205.

Todo ello, pone de manifiesto que el urbanismo, tal como está configurado, muestra lo que KLITGAARD denomina los “ingredientes fundamentales de la corrupción”³⁸⁹, es decir: poder monopólico –en materia de gestión, aplicación y disciplina urbanística-, amplios márgenes de discrecionalidad y escaso control³⁹⁰. Esos, en efecto, son algunos de los factores extrínsecos al Derecho penal³⁹¹ que, sin embargo, interfieren en su capacidad preventiva en la lucha contra la corrupción urbanística.

La existencia de estos factores y su incidencia en la eficacia preventiva del delito de prevaricación urbanística no significa que el Derecho penal no cumpla efectos preventivos en la lucha contra la corrupción urbanística³⁹², sino que su aplicación encuentra serias limitaciones que se derivan de la norma que, en primera instancia, regula protege y disciplina la materia. Pues esta, en cuanto *primera ratio*, como hemos podido comprobar, favorece la aparición de prácticas corruptas en el seno de la Administración Pública; prácticas que difícilmente pueden ser prevenidas desde el Orden penal.

Ahora bien, en vista de cuanto se ha dicho, la necesidad del Derecho penal en la lucha contra la corrupción urbanística está fuera de discusión, pues la *primera ratio* o, mejor dicho, sus instrumentos -hoy en día- se han mostrado

³⁸⁹ KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación practica para el gran problema social de fin de siglo*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1994, pág.85.

³⁹⁰ Según, KLITGAARD, R., *Controlando la corrupción. Una indagación practica para el gran problema social de fin de siglo*, cit., pág. 85, la corrupción responde a la siguiente ecuación: “corrupción = monopolio + discrecionalidad - responsabilidad”.

³⁹¹ Es decir: la plétora de competencias que en materia de urbanismo –“planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística”- acumulan los municipios, junto a la dispersión normativa que caracteriza al sistema urbanístico español representan las principales causas de la corrupción urbanística.

³⁹² Si tenemos en cuenta los sujetos activos a efectos del art. 320 CP y las posibles consecuencias jurídicas que la comisión de dicho delito puede acarrear, el efecto preventivo está fuera de discusión.

insuficientes (que no ineficaces) para hacer frente a la corrupción urbanística. Ahora queda por ver si la intervención penal, tal y como se ha configurado en el art. 320 CP, es idónea para prevenir y, en su caso, sancionar las conductas espurias llevadas a cabo por funcionarios públicos y/o autoridades en el seno de las propias Administraciones Públicas encargadas de velar por la legalidad urbanística.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

El Código Penal de 1995 introdujo por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico la protección penal del territorio en los artículos 319 CP y 320 CP; preceptos que se mantuvieron sin modificación hasta la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5 /2010, de 22 de junio. Esta Ley introdujo cambios significativos en estos preceptos, ampliando las conductas típicas e introduciendo en la rúbrica del Título XVI del Código penal y de su Capítulo I el término “urbanismo”, entre otras. La reforma de 2010 del Código penal, a los efectos que nos interesan, introdujo dos conductas omisivas nuevas: una consistente en “silenciar” las infracciones de las normas de ordenación territorial y urbanísticas detectadas con motivo de inspecciones urbanísticas y otra consistente en “omitir” la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

II

El análisis de la realidad del desarrollo urbanístico en España pone de manifiesto las dificultades con las que se encuentra la Administración Pública para controlar el cumplimiento de la legalidad urbanística y evitar la implicación de autoridades y funcionarios en actividades antinormativas, ilícitas o delictivas que afecten a la ordenación del territorio y el urbanismo. En este sentido, el

artículo 320 del Código Penal encabeza la lucha contra la tolerancia administrativa.

La aplicación jurisprudencial del artículo 320.1 CP ha sido francamente escasa, hasta el punto de que, en algunos de los grandes casos de prevaricación urbanística, como el analizado en la SAP Málaga 535/2013, de 4 de octubre, este delito se acaba diluyendo entre otros delitos como los de cohecho o prevaricación administrativa.

En la escasa aplicación jurisprudencial del precepto concurren tanto factores extrínsecos como intrínsecos al Derecho penal sustantivo. Son factores extrínsecos al delito del artículo 320 CP los que derivan de la propia estructura del Derecho urbanístico y son factores intrínsecos, por el contrario, los que tienen su origen en la configuración típica, que serán objeto de estudio en el Capítulo IV y V, respectivamente.

III

El Derecho penal, debe de reunir las condiciones necesarias para adaptarse y reaccionar con eficacia frente la aparición de nuevos riesgos y nuevas modalidades de criminalidad, propios de la sociedad postmoderna. De igual modo, por las exigencias inherentes al procedimiento legislativo en la promulgación de la norma penal y su, consiguiente, vocación de permanencia - en cuanto garantía de seguridad jurídica- el Derecho penal debe sustraerse, en lo posible, a los continuos cambios que caracterizan a la Sociedad de la Tecnología y del Riesgo.

La aparición de nuevos riesgos comporta, no obstante, la necesidad de *expandir* el Derecho penal a ámbitos hasta ahora ajenos al mismo que se encuentran regulados por otras ramas del Derecho. Ahora bien, para que la intervención penal sea satisfactoria se deben de arbitrar fórmulas legislativas de conexión entre el Derecho penal y el Orden primario; fórmulas que no son ajenas a los delitos urbanísticos, que aparecen como modelos paradigmáticos de la denominada “accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo”.

IV

El término “accesoriedad” hace referencia a un determinado modelo de articulación entre el Derecho penal y otros sectores del Ordenamiento Jurídico como, por ejemplo, el Derecho administrativo, el Derecho del trabajo, el Derecho mercantil, etc. Así, se distingue entre tipos penales autónomos -los que prescinden absolutamente de la normativa extrapenal en su configuración típica- y tipos dependientes o accesorios - los que, en su configuración típica, ya sea a efectos de integrar el injusto penal, ya sea a efectos interpretativos, remiten a la normativa extrapenal.

Los tipos dependientes se encuentran, pues, en una relación de accesoriedad con la normativa extrapenal. Así, por referencia al grado de dependencia o autonomía, y siguiendo a HEINE, se pueden distinguir hasta tres modalidades relacionales: autonomía absoluta, accesoriedad absoluta y accesoriedad relativa.

La tipificación de conductas autónomas del Derecho Administrativo sólo es admisible frente irregularidades tan graves que no se pueden consentir en ningún caso. El modelo opuesto, la accesibilidad absoluta, convierte al Derecho penal en un mero instrumento de refuerzo del control efectuado por los organismos administrativos, en palabras de GONZÁLEZ GUTIÁN, en mero *convitado de piedra*, con olvido de los principios de subsidiariedad y de *ultima ratio*. De ahí que, doctrinalmente, la accesoriedad relativa sea considerada opción preferible en un Estado democrático de Derecho. En este modelo de accesoriedad, la ilicitud administrativa constituye condición necesaria del injusto penal, pero no suficiente, pues además de la infracción de la normativa extrapenal se exige un desvalor de acción o de resultado adicional, de modo que la conducta tiene que ser, por lo menos, idónea para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido.

V

La remisión a normas jurídicas extrapenales –dando por supuesto que la accesoriedad lo puede ser respecto a normas de cualquier rama del Derecho – recibe el nombre de *accesoriedad de Derecho*, mientras que la remisión a actos administrativos recibe el nombre de *accesoriedad de acto* y las fórmulas a través de las cuales se puede materializar el reenvío en la accesoriedad de Derecho son: la ley penal en blanco y los elementos normativos del tipo; figuras que con frecuencia son confundidas entre sí. No obstante, el ámbito de incidencia de cada una de estas figuras es distinto: la ley penal en blanco es un problema de construcción del tipo y el elemento normativo es un problema de interpretación. La confusión teórica surge porque el *espacio en blanco* de la ley penal en blanco

suele recaer en un elemento lingüístico del tipo, a lo que se une el hecho de que también los elementos normativos pueden hacer remisiones, en este caso, para su interpretación.

VI

Los criterios para distinguir entre ley penal en blanco y elementos normativos del tipo diseñados por la doctrina -rango de la norma de complemento; función de la norma de complemento en el injusto y forma de remisión- no son totalmente eficaces.

Especiales cuestiones plantea el criterio de la forma de remisión, que puede ser: implícita o explícita. Con base en este criterio, la Doctrina suele identificar como ley penal en blanco a aquel tipo penal cuyo “espacio en blanco” comporte un reenvío explícito o expreso a la legislación extrapenal y como elemento normativo del tipo, cuando el reenvío sea implícito. Ahora bien, con la excepción de los arts. 304 bis y 371.1 CP, todos los demás preceptos que son calificados por Doctrina y Jurisprudencia como leyes penales en blanco, no remiten expresamente. Por ello, se tiende a completar este criterio con el de la función de la norma de complemento, pues, en los laxos términos en que se interpreta la “remisión expresa” de forma inmensamente mayoritaria (con la excepción de DE LA CUESTA AGUADO), en realidad, diluye cualquier posibilidad real de delimitación conceptual.

VII

En las leyes penales en blanco, la norma extrapenal cumple una función, fundamentalmente, integradora, en tanto que, en los elementos normativos del tipo, la norma extrapenal cumple una función, fundamentalmente, interpretativa. A partir del criterio de la función que la norma de complemento – objeto de la remisión- está llamada a cumplir en uno y otro caso y, desde la perspectiva de la problemática atinente al empleo de la técnica de la ley penal en blanco, parece lograrse la distinción, al menos teórica, de la ley penal en blanco respecto de los elementos normativos del tipo. Y decimos que “parece”, porque, en la práctica, la distinción –sea cual sea el criterio doctrinal al que se apela-, la efectiva distinción, está aún por conseguir. Este problema se plantea, específicamente, en el art. 319 CP respecto del término típico “no autorizable”, que, de forma prácticamente unánime, se considera ley penal en blanco y que, según DE LA CUESTA AGUADO, es un elemento normativo del tipo porque, según la autora, exige un juicio de valoración jurídica del juez basado en argumentos o criterios jurídicos (interpretación integradora).

VIII

Según el Tribunal Constitucional, se da cumplimiento al requisito de la forma de remisión “expresa”, incluso cuando la norma penal omite cualquier alusión a la normativa de complemento. Tal es el caso del art. 319.2 CP. Efectivamente, el Tribunal Constitucional considera que los elementos del tipo

“edificación no autorizable” y “suelo no urbanizable” son leyes penales en blanco que satisfacen las exigencias que se derivan del principio de legalidad -en su dimensión material- o, lo que es lo mismo, que se trata de remisiones expresas, justificadas por razón del bien jurídico protegido por la norma penal y que, además, la norma penal contiene el núcleo esencial de la prohibición, lo cual no deja de ser criticable.

IX

La distinción entre elementos normativos y ley penal en blanco no puede realizarse en función de la problemática que plantean ambas figuras, como sugiere un sector de la Doctrina. Por el contrario, a nuestro juicio, para distinguir entre ley penal en blanco y elemento normativo del tipo, es preciso partir de la naturaleza jurídica de una y otra figura. Desde esta perspectiva, la ley penal en blanco es una “técnica legislativa”, en tanto que, los elementos normativos del tipo son instrumentos lingüísticos cuya interpretación ha de realizarse acudiendo al lenguaje jurídico -o, en otros términos, según su significado jurídico-. Así, en cuanto técnica legislativa, la ley penal en blanco cumple, fundamentalmente, funciones integradoras, mientras que los elementos normativos, en cuanto, instrumentos lingüísticos, cumplen funciones, esencialmente, interpretativas. El reenvío, no obstante, se realiza de distinta manera en uno y otro caso: así, la ley penal en blanco realiza el reenvío a la norma de complemento de forma expresa, mientras que en los elementos normativos el reenvío es implícito.

A tales efectos, debería considerarse que el “reenvío es expreso” cuando el tipo contenga fórmulas de remisión que, aún sin identificar la norma concreta

a la que se refiere la remisión, se materializa legalmente mediante expresiones como: “con infracción de las normas”; “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, “contrarias a las normas de ordenación del territorio y urbanísticas vigentes”, etc., es decir, aquellas fórmulas que aludan de manera expresa a la normativa extrapenal -*primera ratio*-. Ergo, cuando la remisión se efectuó de manera implícita, la norma no deberá ser calificada como ley penal en blanco, lo que no significa que automáticamente deba entenderse que se trata de un elemento normativo del tipo, eso se deberá determinar una vez aplicados el resto de los criterios y descartada la posibilidad de que se trate de un elemento descriptivo.

X

Dadas las similitudes que existen entre la “ley penal en blanco” y los “elementos normativos” y, en vista de que estos últimos, en ocasiones, requieren de una interpretación integradora a efectos de dotarles de contenido, entendemos que los requisitos de constitucionalidad -propios de la ley penal en blanco- deben extenderse, también, a los tipos que emplean instrumentos lingüísticos normativos. Esta opinión encuentra apoyo en la Doctrina constitucional, quien no solo no excluye la posibilidad de extender los requisitos de constitucionalidad a los elementos normativos del tipo, sino que *de facto* así lo está haciendo.

A título de ejemplo, en el art. 319.1 CP, el término “(no) autorizable” necesita de una interpretación integradora para determinar cuáles son las circunstancias que, según la normativa propia de la materia, imposibilitan la autorización de las obras de urbanización, construcción o edificación, pero el

elemento típico “no autorizable”, no contiene una remisión formal, expresa, lo que nos lleva a considerar, con DE LA CUESTA AGUADO, que “(no autorizable”, es un elemento normativo de tipo.

XI

En el art. 320. 1 CP se materializa una relación de *accesoriedad de Derecho* entre el Derecho urbanístico y el penal, pues no solo no prescinde de la normativa sectorial específica, sino que su infracción constituye un requisito típico *sine qua non* para la tipicidad de la conducta.

Esta relación se manifiesta en la integración típica de elementos normativos y de ley penal en blanco: el tipo remite, a efectos de completar el supuesto de hecho, de forma directa, expresa y formal a las *normas de ordenación territorial o urbanística vigentes*, lo que no deja lugar a duda de que estamos ante una ley penal en blanco. Lo mismo cabe decir respecto de la primera conducta omisiva, donde se incrimina la conducta del inspector urbanístico que, con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas.

Más dudas plantea la omisión de la realización de inspecciones de carácter obligatorio, pues como se puede observar, solo cuando se trate de inspecciones “de carácter obligatorio”, su “no-realización” podrá ser constitutiva de delito del art. 320 CP. La remisión a la normativa que establece la “obligatoriedad de las inspecciones” no es expresa, pero es necesaria para interpretar un elemento esencial del tipo, por lo que deberá ser tratado como un elemento normativo.

XII

Según el diseño adoptado por la CE de 1978, las competencias legislativas en materia de ordenación del territorio y urbanismo recaen en los Órganos Legislativos de las CCAA, que se ven limitadas, por un lado, por la existencia de normas estatales con incidencia en el urbanismo y, por otro, por las competencias de gestión urbana y aplicación de los Entes Locales.

Hasta el año 1997, la mayoría de las CCAA no habían legislado en la materia o lo habían hecho solo de manera parcial, y recurrían a la necesidad de la cláusula de supletoriedad ex art. 149.3 CE para aplicar la ley estatal. Sin embargo, la Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, afirmó que el Estado carecía de cobertura competencial legislar en la materia. Actualmente, todas las CCAA leyes generales propias, e incluso algunas, como Andalucía, cuentan incluso con desarrollo reglamentario. No es esta la tónica general, sin embargo.

Tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, el Derecho urbanístico está integrado por las Leyes autonómicas de ordenación del territorio y urbanísimo, que, a su vez, están delimitadas por las normas estatales no urbanísticas, pero con incidencia en la materia y, de forma supletoria, por el TRLS/1976, aprobado por RD 1346/1976, de 9 de abril- y legislación postconstitucional adoptada anteriormente a la asunción competencial por las Comunidades Autónomas – esto es: el RD Ley 3/1980, de 14 de marzo y el RD Ley 16/1981, de 16 de octubre- más las normas de naturaleza reglamentaria pre y postconstitucionales. Esta diversidad normativa confiere al Derecho urbanístico un grado de complejidad tal, que dificulta su estudio y sistematización y más, si cabe, su aplicación.

Esta compleja situación de la legislación urbanística aplicable en cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas y las dos Ciudades Autónomas es fruto de la descentralización del Estado y de la asunción de competencias - exclusivas en este caso- por las CCAA.

Pero, si la situación de la legislación urbanística es compleja, la situación en el plano ejecutivo no lo es menos.

XIII

La Comunidad Autónoma de Cantabria, en el ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio -reconocida en el art. 24.3 del EA - ha promulgado la Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria* (LOTRUSCA) sin hacer uso, sin embargo, hoy en día, de su potestad reglamentaria en la materia. De esta manera, en la Comunidad Autónoma de Cantabria, en el plano reglamentario, mantiene aún reglamentos preconstitucionales dictados en desarrollo del TRLS/1976 como son el Reglamento de Planeamiento Urbanístico, el Reglamento de Disciplina Urbanística y el Reglamento de Gestión Urbanística, todos ellos del año 1978.

XIV

La ejecución de la legislación urbanística recae, principalmente, en los municipios, según lo previsto en las diversas leyes urbanísticas autonómicas. Ello va acompañado de una enorme heterogeneidad competencial, incluso entre los municipios de una misma Comunidad Autónoma.

En el proceso de tramitación del planeamiento, los municipios gozan un protagonismo casi absoluto, sin perjuicio de que la fase de aprobación definitiva recae -generalmente- en los correspondientes órganos autonómicos, quienes, sin embargo, cuando se trata de aspectos que solo afectan al municipio en cuestión, circunscriben su control a meros aspectos de legalidad, más no de oportunidad. Todo ello concede un importante margen de discrecionalidad a los municipios que ha sido señalado como posible (co)causa de la corrupción urbanística.

Junto a ello, las importantes plusvalías que la recalificación del suelo reporta, determina que el suelo sea uno de los principales focos de especulación y su proceso de transformación el origen de los mayores casos de corrupción urbanística.

XV

En vista de estas peculiares características del sistema urbanístico español, se han tratado de establecer límites e instrumentos jurídicos destinados a prevenir la corrupción, entre otros, el Texto Refundido de la Ley de Suelo y

Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre –que, sin ser una ley propiamente urbanística, ha establecido límites a la discrecionalidad del ejercicio de la potestad de planeamiento.

Por otro lado, algunas legislaciones autonómicas, como la gallega, han incorporado otros instrumentos, como la Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística. Ahora bien, la mayoría de las Comunidades Autónomas carecen de un órgano especializado destinado a velar por la legalidad urbanística y, ni siquiera cuentan con cuerpos de inspectores especializados.

En esta situación, tanto la propia Administración Pública como los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo se han mostrado poco operativos, lo que, con reticencias y presiones ciudadanas y de la UE ha forzado la intervención penal.

**CAPÍTULO IV: LO
PROTEGIDO POR EL ART.
320.1 CP**

1. ¿QUÉ PROTEGE EL ART. 320.1 CP?

1.1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

I. Es pacífica la idea de que la “norma jurídica incriminadora nace porque y para que un interés resulte preservado”³⁹³. Ese interés que –una vez seleccionado y valorado (positivamente) por el Legislador³⁹⁴- resulta preservado por la norma penal se conoce como “bien jurídico protegido”. Así concebido, el bien jurídico protegido se identifica con el objeto jurídico tutelado por la norma jurídico-penal “lo protegido”; con lo que *de facto* protege dicha norma³⁹⁵. Sin llegar a identificarse estrictamente con el fin de protección de la norma³⁹⁶, el

³⁹³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fasc./mes 1, 1990, pág. 5.

³⁹⁴ Vid. AMELUNG, K., “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 222. Según el autor, el hecho de que algo tenga valor remite a un sujeto que se lo atribuye, a un sujeto evaluador: al Legislador -en el caso del Derecho penal-.

³⁹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, pág. 268.

³⁹⁶ Vid., POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Núm. 19, 1974, pág. 305. Contra la tendencia de equiparar el bien jurídico protegido por la norma con su *ratio legis*, afirma el autor que : “[e]l objeto de la protección penal no puede ser nunca descrito como el fin de la norma, toda vez que esta pretende inequívocamente el aseguramiento, por los medios jurídicos procedentes, de concretos bienes o valores conceptualmente independientes de la misma, susceptibles de valoración objetiva de signo positivo, y a los que con carácter técnico se designan bienes jurídicos”(…) “ambos momentos autónomos de las nociones de bien jurídico y de fin legal mantienen, sin embargo, entre sí estrechas relaciones, por cuanto en la dimensión de la norma no se pueden desconectar la dimensión teleológica de los preceptos penales y los singulares objetos sobre los que la respectiva tutela normativa recae.”

objeto jurídico tutelado tiene el cometido de expresar su *ratio legis*, aunque no solo³⁹⁷. Desde esta perspectiva, el bien jurídico está llamado a desempeñar funciones esencialmente dogmáticas que, según indica OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, se desenvuelven en el momento judicial de interpretación y aplicación de la Ley³⁹⁸.

Pero la creación de tipos penales entraña siempre restricciones en la libertad de actuar de los consociados³⁹⁹. Y la libertad “es el valor primordial de un Estado de Derecho. Y al máximo de ella debe tenderse”⁴⁰⁰. Por ello, el ejercicio del *Ius puniendi* debe reservarse, conviene la Doctrina, a la protección de intereses que se estimen fundamentales para el “mantenimiento del orden social determinado”⁴⁰¹, a bienes jurídicos merecedores de tutela (de *lege ferenda*). De modo que la puesta en peligro o lesión de un determinado bien jurídico se erige en la razón que legitima la imposición de pautas de conducta a través de la norma primaria y la -consiguiente- conminación penal⁴⁰².

³⁹⁷ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed. Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pág. 112.

³⁹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., pág. 7.

³⁹⁹ Pues, la tutela jurídico-penal se realiza mediante la imposición de pautas de conducta a través de la norma primaria. Vid., por todos, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 6, 1996, pág. 157.

⁴⁰⁰ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 199.

⁴⁰¹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., pág. 155.

⁴⁰² Vid. HASSEMER, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en Hefendehl/ Hirsch y Wohlers (eds.), *La teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 95.

Desde esta perspectiva, el concepto de bien jurídico aparece como categoría distinta a la *ratio legis*; aparece como expresión de la “frontera máxima de lo punible”⁴⁰³ ejerciendo, en este sentido, una función crítica, garantista (o, si se prefiere, político-criminal)⁴⁰⁴ en el sentido de limitar la intervención jurídico-penal del Estado.

El concepto de bien jurídico, como razón legitimadora de la intervención penal, cumple, pues, una función crítica que, además de limitar el ejercicio del *Ius puniendi* (función que desempeña en el momento legislativo) permite denunciar “la existencia de delitos que no protejan bien jurídico alguno, a no ser que se quiera llamar bien jurídico a cualquier interés perseguido por la norma”⁴⁰⁵ (función que desempeña durante la vigencia de la norma⁴⁰⁶). Según QUINTERO OLIVARES, cuando el Derecho penal aplica su instrumento coactivo a situaciones que no merecen ser tratadas jurídico-penalmente, está abandonando su misión: la de proteger bienes jurídicos⁴⁰⁷. Abandono que, en opinión de HASSEMER, merece el calificativo de “terror de Estado”, por cuanto se trataría

⁴⁰³ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., pág. 113.

⁴⁰⁴ Función que, según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., pág. 7, se desarrolla en el momento legislativo.

⁴⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, págs. 288-289.

⁴⁰⁶ Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal, Parte General*, 2 ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág.77.

⁴⁰⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 289.

de una “intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo”⁴⁰⁸.

Es en este punto, precisamente, donde enlazamos con el objetivo principal del presente capítulo; esto es: la identificación de la *razón legitimadora* del art. 320.1 CP –“lo protegido” (*de lege lata*)-. En este sentido, se pretende investigar hasta qué punto “lo protegido” *ex art. 320.1 CP* sería un interés “protegible”⁴⁰⁹ (*de lege ferenda*); es decir, un bien jurídico merecedor de tutela penal y no un mero deber que, sin embargo, la Doctrina se empeñaría en llamar “bien jurídico”.

Con carácter previo al estudio de *lo protegido* por el art. 320 CP, debemos, no obstante, fijar nuestra posición acerca del concepto material de bien jurídico, en cuanto objeto jurídico merecedor de tutela penal (*de lege ferenda*), pues, como advertiera ROXIN, “solo se puede discutir con sentido sobre este tema si previamente se aclara qué es lo que uno mismo entiende por bien jurídico”⁴¹⁰. De modo que, en el marco de las presentes cuestiones introductorias, una vez advertido el sentido bivalente del concepto de “bien jurídico” (dogmático⁴¹¹ y

⁴⁰⁸ HASSEMER, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Hefendehl/ Hirsch y Wohlers (eds.), *La teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pág. 99.

⁴⁰⁹ Sobre la “teoría de lo protegible”, vid., LASCURIAN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, en *Anuario de Derecho y Ciencias penales*, Tomo 60, Fasc./Mes 1, 2007, págs. 144-162.

⁴¹⁰ ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, 2016, pág. 436.

⁴¹¹ Enfoque desde el que se identifica con aquello que *es* protegido por la norma, como expresión de la *ratio legis*. Vid., MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., págs. 112-124; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Selección de publicaciones, Madrid, 1981, págs. 336-340.

político-criminal⁴¹²), nuestra atención se va a centrar en el segundo, pues es este el que nos va “a servir como punto de referencia y contraste a la obra del Legislador”⁴¹³ -en nuestro caso, el art. 320.1 CP-. Para ello, sin embargo, no pretendemos iniciar un estudio sobre la evolución histórica del concepto de bien jurídico -desde que fuera enunciado por BIRNBAUN allá por 1834⁴¹⁴- pues, ello excedería con mucho, los límites y objetivos de esta investigación, sino, únicamente, dejar anotado el concepto de bien jurídico del que partimos y que, por consiguiente, nos va a servir *de punto de referencia y contraste*.

II. El concepto de bien jurídico en sentido político-criminal, es concebido como un valor⁴¹⁵ o interés fundamental sobre el que descansa “la seguridad, el bienestar y la dignidad de la existencia de la colectividad”⁴¹⁶ -esto es, el orden social- lo que le hace merecedor de tutela jurídico-penal. De lo anterior se deduce que la protección de los bienes jurídicos ha de ser entendida como un medio en relación con una finalidad: la de mantener un cierto orden social; finalidad que,

⁴¹² Enfoque desde el que se identifica con aquello que *debe ser (de lege ferenda)* protegido por la norma.

⁴¹³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 43, 1991, pág. 5.

⁴¹⁴ Sobre la evolución histórica del concepto de bien jurídico, véase, FERNÁNDEZ, G. D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, págs. 11-80.

⁴¹⁵ En contra, KAHLO, M., “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, 2016, págs. 51-52. Según el autor, los bienes jurídicos no son valores, ni objetos, ni sucesos de la naturaleza, sino “vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo (de las prácticas sociales)”.

⁴¹⁶ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. I, (traducción de la 3ª edición alemana y adiciones de Derecho español por Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.), Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 353.

en palabras de DE LA CUESTA AGUADO, “ha sido concretada dogmáticamente a través del bien jurídico”⁴¹⁷, trasladándose, así, la misión de legitimar la intervención punitiva del Estado a este concepto. El bien jurídico (su concurrencia) se erige, pues, en elemento *sine qua non* de la legitimidad de cada uno de los tipos que integran la Parte Especial del Código penal y su ausencia es concebida, como ya vimos, como terror del Estado, incluso⁴¹⁸. Pero ¿qué ha de entenderse por bien jurídico? ¿cuál es su contenido material y cuáles son las fuentes de las que dicho contenido se debe extraer?

Respecto a la primera cuestión (qué ha de entenderse por bien jurídico) el bien jurídico, siguiendo a DE LA CUESTA AGUADO, ha de ser concebido como una realidad que posee un valor positivo⁴¹⁹. Esa realidad puede ser material o inmaterial, pero, en todo caso, ha de ser valorada como positiva para recibir la consideración de *bien*⁴²⁰. El bien sería, entonces, la representación ideal de esa realidad valorada positivamente; realidad que, a su vez, puede ser de titularidad individual -como la vida- o colectiva⁴²¹ -como la salud pública-.

Así, cuando se interesa la creación de un tipo penal, para dar respuesta a un conflicto social, el Legislador selecciona, de entre los valores en conflicto,

⁴¹⁷ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., pág. 155.

⁴¹⁸ Véase, nota 408.

⁴¹⁹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., pág. 168.

⁴²⁰ Vid. SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B, *El delito de maltrato habitual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 24.

⁴²¹ Sobre los denominados bienes jurídicos colectivos, sus característica, fines y funciones, véase, SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003, págs. 193-276.

aquellos que considera necesarios e indispensables para mantener la convivencia ordenada en sociedad y les dota de protección bajo la amenaza de una pena.

Adoptando como premisa la *tesis tripartita de la norma primaria* formulada por DE LA CUESTA AGUADO⁴²², en el sentido de distinguir, dentro de la norma primaria, tres diferentes momentos normativos que, a su vez, cristalizan en tres diferentes normas (la norma de valoración; la norma de conducta y la norma de determinación) y partiendo de la base de que el momento valorativo antecede y condiciona el contenido de los posteriores momento, el proceso de selección que el Legislador lleva a cabo en la norma de valoración y los criterios en los que se apoya para la selección del valor a tutelar se revela como una de las cuestiones fundamentales que atañen al concepto de bien jurídico. Esta es, verdaderamente, una cuestión de trascendental importancia, pues, como afirma ÁLVAREZ GARCÍA, la capacidad del concepto de bien jurídico para legitimar la intervención jurídico-penal, por un lado, y limitar el *Ius puniedi* del Estado, por otro, dependerá del criterio de referencia utilizado para realizar esa función de selección⁴²³.

Respecta a la segunda cuestión (cuál es el contenido material del bien jurídico y cuáles son las fuentes de las que dicho contenido se debe extraer), los partidarios de las tesis sociológico-funcionalistas apelan a criterios provenientes “del terreno de lo social”⁴²⁴ y conciben los bienes jurídicos como condiciones

⁴²² Vid., DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., págs. 163-168.

⁴²³ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, cit., pág. 13.

⁴²⁴ MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., pág. 123.

necesarias para el correcto funcionamiento de los sistemas⁴²⁵. Se trata, no obstante, de un concepto incierto en cuanto a su contenido material, pues no se sabe con certeza cuáles son esas condiciones necesarias para el funcionamiento de los sistemas que legitiman y motivan la intervención punitiva del Estado, ni, tampoco, a qué concretos criterios habría que apelar para seleccionarlas. Además, como con acierto afirmara OCTAVIO DE TOLEDO, la necesidad de defensa del sistema no puede constituir un límite al ejercicio del *Ius puniendi*, sino, todo lo más, “la explicación o la exposición de cómo es ejercido el *Ius puniendi* a la que, de cualquier manera, falta añadir el por qué es ejercido de ese modo”⁴²⁶.

Por su parte, los partidarios de las denominadas teorías constitucionalistas formulan el concepto de bien jurídico por referencia a criterios normativos de procedencia constitucional. Así, conciben el bien jurídico como un valor, pero no cualquier valor, sino uno con relevancia constitucional⁴²⁷. Y es precisamente esa relevancia constitucional, en cuanto criterio normativo, formal, racional y externo, la que, a nuestro parecer, dota al concepto de bien jurídico del contenido material necesario para ejercer su función crítica y legitimadora. Ahora bien, siguiendo a BRICOLA, entendemos que “[l]a relevancia constitucional de un bien no significa simplemente la no contrariedad de este a la Constitución, sino la asunción del bien entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la carta constitucional”⁴²⁸.

⁴²⁵ CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 36.

⁴²⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, cit., págs. 350-351.

⁴²⁷ Vid. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 36.

⁴²⁸ BRICOLA, F., *Teoría General del Delito*, (traducido por Restrepo Rodríguez, D.), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, pág. 39.

Por consiguiente, en vista de la configuración del Estado como Social y Democrático de Derecho, en el que la libertad es elevada a valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), entendemos que, para que la intervención penal sea legítima, no puede pretender otorgar protección a valores incompatibles con los recogidos en la Constitución, como tampoco a los que, gozando de relevancia constitucional, no necesitan de la protección penal, por haberla obtenido por parte de las restantes ramas del Ordenamiento Jurídico⁴²⁹.

En consecuencia, en un Estado Social y Democrático de Derecho, *detrás del sacrificio de la libertad* (sacrificio que comporta toda intervención jurídico-penal del Estado) debe situarse la tutela de un valor con relevancia constitucional⁴³⁰.

De lo apuntado hasta este momento se pueden extraer, a modo de resumen, las siguientes ideas:

- 1ª - que partimos de un concepto material de bien jurídico, entendiendo por tal un valor que representa idealmente una realidad;
- 2ª- que dicha realidad -sobre la que recae el juicio de valor- puede ser material o inmaterial y su titularidad de carácter individual o colectiva;
- 3ª- que, para ser susceptible de protección penal, el valor ha de tener relevancia constitucional;
- 4ª- pero que, además de relevancia constitucional, se trate de un bien jurídico necesitado de tutela penal, no concurriendo tal necesidad cuando

⁴²⁹ Vid. en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, cit., pág. 6.

⁴³⁰ Lo que no significa, según denuncia CAERBONELL MATEU, “que se esté produciendo de manera absoluta en el vigente Código penal”. Véase, CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 35.

su integridad es preservada de forma satisfactoria por otra rama del Derecho.

Por cuanto se ha dicho, entendemos que los sentimientos humanos, las convicciones morales, la normativa que establece el funcionamiento de una determinada institución o sector de la sociedad o su vigencia no pueden ser bienes jurídicos protegibles, pues la configuración del Estado como Social y Democrático de Derecho, lo impide. Es ese, precisamente, el puente de comunicación entre el concepto de bien jurídico que se acaba de enunciar y el objetivo del presente capítulo: investigar hasta qué punto el objeto jurídico protegido por el art. 320.1 CP, calificado por la Doctrina como “bien jurídico”, realmente lo es.

1.2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El delito de prevaricación urbanística contenido en el art. 320.1 CP se ubica, sistemáticamente, en el Título XVI del Libro II del CP, que lleva por rúbrica *De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*. La agravación penológica del art. 320 CP con respecto al delito de prevaricación administrativa, junto a su ubicación y su inclusión junto al art. 319 (auténtico delito urbanístico) en el Capítulo I, titulado *De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, ha dado lugar a dos posturas doctrinales en torno al objeto jurídico protegido por el art. 320.1 CP; posturas que, a pesar de divergir en cuanto a su contenido, parten de un presupuesto común, que es considerar que lo protegido por el referido precepto penal es “un bien jurídico”.

Una primera corriente doctrinal -de signo mayoritario- considera que el art. 320. 1 CP tutela un bien jurídico plural; variando la concreción de esa pluralidad de bienes jurídicos de un autor a otro, en tanto que la segunda corriente doctrinal considera que el bien jurídico tutelado por este precepto es de carácter “único”, que no unívoco, ya que, en torno a su concreta correspondencia existen, al menos, tres diferentes posturas doctrinales.

En lo que sigue, siguiendo el esquema dibujado por las dos corrientes doctrinales a las que nos acabamos de referir -la que considera que el bien jurídico tutelado en el art. 320. CP es de carácter plural y la que considera que este es de carácter único- se van a exponer y someter a revisión los diferentes planteamientos doctrinales sobre el bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP.

1.2.1. EL CARÁCTER PLURAL DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ART. 320 CP

La Doctrina penal de signo mayoritario considera que el art. 320.1 CP tutela no uno, sino una pluralidad de bienes jurídicos; pluralidad que vendría determinada por el carácter pluriofensivo de las conductas típicas⁴³¹. Se tutelarían así, según esta línea doctrinal, dos bienes jurídicos diversos: uno que vendría a coincidir con el tutelado por el art. 404 CP y otro que, según un sector doctrinal representado por, entre otros, GÓRRIZ ROYO, vendría a coincidir con el tutelado por el art. 319 CP y, según otro sector doctrinal (minoritario), liderado por ALCALÉ SÁNCHEZ, vendría a coincidir con los bienes jurídicos protegidos

⁴³¹ Vid. en este sentido, ALCALÉ SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 307.

en el Capítulo I del Título XVI del Código penal, es decir: la ordenación del territorio y el urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente.

La consideración de los delitos objeto de debate como pluriofensivos, comporta, además de cuestiones de índole político-criminal, importantes consecuencias dogmáticas que se perciben en la práctica, entre otras, en sede concursal. En tanto en cuanto se entienda que la conducta del funcionario público o autoridad -que informa ciertos instrumentos urbanísticos o infringe sus deberes de inspección- comporta simultáneamente la afectación al bien jurídico tutelado por el art. 404 CP y al bien jurídico tutelado por el art. 319 CP, no se podrá plantear el concurso de delitos entre el art. 320 CP y el 319 CP. De modo que, en los supuestos en los que el funcionario público realice alguna de las conductas constitutivas de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP para, con ello, precisamente, revestir de legalidad, facilitar o encubrir el hecho delictivo del constructor, promotor o técnico director -*ex* art. 319 CP- su participación en el hecho ajeno o será impune o excluirá la aplicación del art. 320.1 CP. Así, entre aquellos supuestos en los cuales se consiga probar la participación y aquellos en los que esta no se produzca o no se consiga probar, no existiría diferencia material alguna en lo tocante al *grado* de reproche penal, pues el funcionario respondería, en su caso, por un delito de prevaricación urbanística o por un delito urbanístico del art. 319 CP, en grado de partícipe.

Desde un enfoque político-criminal y, sobre todo, desde la perspectiva de la prevención y lucha contra de la corrupción -ámbito en el que se enmarca el delito de prevaricación urbanística- las cuestiones apuntadas revisten notoria

importancia. Su tratamiento, sin embargo, no corresponde a este lugar, por lo que, baste por ahora dejarlas advertidas⁴³².

La tesis del carácter plural del bien jurídico -en cuanto objeto de protección del art. 320.1 CP- tiene el mérito de haber buscado una legitimación material que justifique la incorporación al Código penal del art. 320.1; mérito que, por muy loable que nos parezca, no puede ser aceptado o compartido sin una previa valoración. A tal efecto, empero, consideramos necesario exponer los rasgos esenciales de los dos planteamientos doctrinales que afirman el carácter plural del bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP, para, posteriormente, proceder a su revisión crítica.

A. El correcto funcionamiento de la Administración Pública y la ordenación del territorio como bienes jurídicos protegidos por el art. 320.1 CP

I. Un sector mayoritario de la Doctrina penal española entiende que el delito de prevaricación urbanística *ex art. 320 CP* tutela dos diferentes bienes jurídicos⁴³³. La concreción de tales bienes jurídicos varía de un autor a otro, pero,

⁴³² Esta cuestión y otras serán tratadas en el marco de las correspondientes consideraciones críticas.

⁴³³ Comparten esta opinión, entre otros: GÓMEZ TOMILLO, M., *Función pública y urbanísimo*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 38; GORRIZ ROYO, E, *Los delitos de prevaricación urbanística*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 123; BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*. Ed. Atelier, Barcelona, 2007, pág. 225; ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, pág. 307; MARTÍNEZ RUIZ, J., “El delito de información, votación o resolución favorable de instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico”, en Morillas Cuevas (Dir.) *Urbanismo y*

por su originalidad y amplia acogida entre de la Doctrina penal española, nuestra atención se va a centrar, principalmente, en el planteamiento que al respecto realiza GÓRRIZ ROYO.

Según la citada autora, el artículo 320.1 CP contiene un tipo de prevaricación especial⁴³⁴ a través del cual se tutelan, de manera simultánea, dos diferentes bienes jurídicos⁴³⁵: uno de carácter “categorial” o “institucional”⁴³⁶, que coincidiría con el protegido en el art. 404 CP, y otro de carácter específico que se correspondería con el objeto jurídico tutelado por el art. 319 CP, esto es, “la ordenación del territorio, entendido como el uso racional del suelo tendente a dotar a cada parte del territorio del destino que le corresponde conforme a su naturaleza”⁴³⁷.

El bien jurídico “categorial” se sustanciaría en el interés público por el pleno sometimiento de las resoluciones administrativas a la ley y al Derecho. Este bien jurídico representaría, según GÓRRIZ ROYO, la “concreción del correcto ejercicio de la potestad administrativa o función pública, conforme al interés general, según la legalidad vigente”⁴³⁸ y vendría a descartar cualquier

corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa), Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 463-465.

⁴³⁴ Comparte esta opinión PRATS CANUT, J. M., “Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública”, en *Delitos contra el urbanísimo y la ordenación del territorio*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pág. 123.

⁴³⁵ En igual sentido, vid., RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, I., “El delito del artículo 320 del Código Penal como prevaricación especial y su incidencia en la lucha contra la corrupción urbanística”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 29, mayo, 2018, págs. 3-4, disponible on-line en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_categoria=12316, [consultado el: 02/12/2019].

⁴³⁶ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pág. 123.

⁴³⁷ Vid. GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pág. 124.

⁴³⁸ GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pág. 123.

aceptación del delito de prevaricación urbanística como delito de infracción de un deber⁴³⁹.

El otro bien jurídico tutelado por el art. 320.1 CP sería, pues, según este planteamiento doctrinal, la ordenación del territorio; un bien jurídico “de corte colectivo”⁴⁴⁰ que se concretaría en el interés por una utilización racional del suelo.

La realización de las conductas tipificadas en el apartado primero del art. 320 CP comportaría, según esta línea doctrinal, una doble ofensa que consistiría en la puesta en peligro -de manera simultánea- de los dos bienes jurídicos protegidos: el “categorial” y el “específico”. Ello significa que, para los seguidores de esta tesis, los delitos contenidos en el apartado primero del art. 320 CP son, todos ellos, delitos de peligro, siendo este abstracto -en relación al bien jurídico “ordenación del territorio”- y concreto -en relación al bien jurídico categorial, esto es, el correcto ejercicio de la función pública⁴⁴¹-. Para apreciar el grado de afección que las conductas típicas del art. 320.1 CP suponen para el bien jurídico “categorial” se toma como referente el contenido de injusto del delito de prevaricación administrativa, en cuanto tipo básico de prevaricación; delito que,

⁴³⁹ No parece tenerlo tan claro PRATS CANUT, J. M., “Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública”, cit., pág. 23, cuando afirma que el art. 320 CP “se endereza a sancionar de una parte la lesión al correcto funcionamiento de la administración y de otra la lesión del bien jurídico propio de los delitos contra la ordenación del territorio. (...), debe entenderse que el Código atiende a la especial trascendencia que para la protección del bien jurídico tienen las funciones encomendadas por la Ley a la Administración”. Como se puede advertir, Prats Canuts, al referirse al correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto *objeto* lesionable a través de las conductas típicas del art. 320 CP, evita referirse al mismo como bien jurídico-penal, considerándolo, todo lo más, una función de especial trascendencia para con el bien jurídico propio de los delitos urbanísticos.

⁴⁴⁰ GÓRRIZ ROYO, E., “Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas, en la práctica reciente”, en *Estudios penales y criminológicos*, Núm. Extra 38, 2018, pág. 122.

⁴⁴¹ Vid. GÓRRIZ ROYO, E., “Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas, en la práctica reciente”, cit., pág. 123.

en opinión de GÓRRIZ ROYO -siguiendo a GONZÁLEZ CUSSAC- sería de lesión, ya que el dictado de la resolución injusta comportaría la lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública⁴⁴². Así, por referencia al contenido del injusto del art. 404 CP, entiende la autora que las conductas consistentes en informar determinados instrumentos urbanísticos, silenciar u omitir la realización de inspecciones comportarían su puesta en peligro, mas no su lesión.

Pero ¿cómo se explica la agravación de la pena del art. 320 CP con respecto al art. 404 CP, si el primero tipifica la puesta en peligro del bien jurídico “categorial” y el segundo su lesión? Según la posición doctrinal que estamos analizando, la razón estribaría, precisamente, en el carácter pluriofensivo de las conductas típicas del art. 320.1 CP⁴⁴³. La agravación de la pena del art. 320 CP con respecto al delito de prevaricación administrativa genérica del art. 404 CP vendría determinada por la ofensa al bien jurídico colectivo; sería su afectación -puesta en peligro abstracto- lo que cualificaría el injusto típico del delito de prevaricación urbanística y, consiguientemente, explicaría la agravación penológica⁴⁴⁴.

⁴⁴² Vid. GORRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., págs. 124-125.

⁴⁴³ En contra, DE LA MATA BARRANCO, N., “El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en *Delitos contra el urbanísimo y la ordenación del territorio*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998 págs. 141-142. Según el autor, la razón de la exasperación penológica del art. 320 CP se halla, no tanto en la pluralidad de bienes jurídicos afectados por las conductas típicas, como en “la especial trascendencia que para la protección del bien tutelado tiene el correcto ejercicio por los funcionarios de las funciones que por ley se encomiendan a la Administración pública, pero, al mismo tiempo, en el particular ámbito a que viene referida una posible actuación incorrecta”.

⁴⁴⁴ En este sentido se pronuncia, también, RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, I., “El delito del artículo 320 del Código Penal como prevaricación especial y su incidencia en la lucha contra la corrupción urbanística”, cit., pág. 4. Según el autor, “no se trata de proteger más el ejercicio de la función pública en el concreto ámbito urbanístico -por su importancia dentro del conjunto de la

II. Un planteamiento similar al de GÓRRIZ ROYO encontramos en BOLDOVA PASAMAR, quien estima que el art. 320 CP dispensa protección a distintos bienes jurídicos: a un bien jurídico “común” que se correspondería con la legalidad en el ejercicio de la función administrativa y a un bien jurídico “específico”⁴⁴⁵ o urbanístico (protegido, también por el art. 319 CP) que se concretaría en las funciones sociales asociadas al suelo⁴⁴⁶.

En cualquier caso y sin perjuicio de la opinión que nos merezca, para BOLDOVA PASAMAR, con la realización del tipo de prevaricación urbanística se produce la lesión del bien jurídico “correcto ejercicio de la Administración” y, además, se pone en peligro el bien jurídico específico, esto es: la función social del suelo⁴⁴⁷.

actividad administrativa- sino de otorgar mayor protección al correcto ejercicio de la función pública cuando concurre un riesgo adicional para el suelo como recurso natural”.

⁴⁴⁵ Ciertamente, Górriz Royo y Boldova Pasamar coinciden en que el art. 320 dispensa protección a dos diferentes bienes jurídicos y en que uno de tales bienes se concreta en el recto funcionamiento de la Administración Pública, sin embargo, presentan ciertas divergencias en cuanto a la concreción de lo protegido por el art. 319 CP. Así, mientras que Górriz Royo cifra tal bien jurídico en la ordenación del territorio, Boldova Pasamar, considera que lo que efectivamente protege el art. 319 CP son las funciones sociales asociadas al suelo. Ahora bien, al objeto de nuestra investigación, ambas posturas presentan evidentes similitudes, lo que, por lo demás, explica su tratamiento conjunto. Sobre la postura de este último autor en relación al bien jurídico protegido por el art. 319 CP, vid., BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*. cit., pág. 95.

⁴⁴⁶Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*. cit., pág. 225.

⁴⁴⁷ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Los delitos urbanísticos*. cit., pág. 225.

B. El correcto funcionamiento de la Administración Pública, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente como bienes jurídicos protegidos por el art. 320.1 CP

Cercana a la postura doctrinal que se acaba de exponer, se sitúa la de ACALE SÁNCHEZ. Comparten ambos planteamientos el presupuesto de partida, esto es, que el art. 320.1 CP contiene un tipo pluriofensivo y que uno de los bienes jurídicos protegidos por el referido tipo penal es “la función pública”⁴⁴⁸. Ahora bien, en opinión de ACALE SÁNCHEZ, el art. 320.1 CP no contiene un tipo de prevaricación específica, sino la tipificación expresa de ciertas conductas de participación del funcionario público en el delito urbanístico del art. 319 CP⁴⁴⁹; delito que, según la autora, brinda protección a los bienes jurídicos protegidos en todo el Capítulo I, del Título XVI del Código penal, es decir: a la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y al medio ambiente.

Desde esta perspectiva, según indica ACALE SÁNCHEZ, las conductas de la autoridad o funcionario público típicas a efectos del art. 320.1 CP, además de lesionar el bien jurídico “función pública”, comportan la puesta en peligro - abstracto- para la ordenación del territorio, el patrimonio histórico o el medio

⁴⁴⁸ Vid., ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pág. 308.

⁴⁴⁹ En sentido similar MARTÍNEZ RUIZ, J., “El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico”, en Morillas Cuevas (Dir.) *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 463-465.

ambiente “según cual sea el suelo sobre el que se lleven a cabo las actividades urbanísticas”⁴⁵⁰.

Entre las conductas típicas a efectos del art. 320 CP y las conductas típicas a efectos del art. 319 CP existiría, según este planteamiento doctrinal, una relación de “subsidiariedad tácita”⁴⁵¹ o, lo que es lo mismo, de prevalencia del art. 319 CP respecto del art. 320 CP. Ello significa que, si, como consecuencia de la emisión (por parte del funcionario público) del informe favorable, el constructor, promotor o técnico director realiza alguna de las conductas típicas a efectos del art. 319 CP “puede decirse que el precepto principal -el art. 319 CP- ha sido infringido, por lo que si existe connivencia entre el informante y el solicitante de la licencia, el art 319 necesariamente desplazará al art. 320 que sólo será aplicable en aquellos casos en los que no se lleve a cabo la conducta del particular⁴⁵²”. En los supuestos en los que el particular lleve a cabo, pues, la actividad urbanística ilegal, el peligro creado inicialmente con la emisión del informe se actualizaría, según ACALE SÁNCHEZ, comportando, de ese modo, la lesión de los bienes jurídicos protegidos por el art. 319. CP. En tales supuestos, al funcionario público que emitió el informe favorable se le podrá sancionar por un delito urbanístico del art. 319 CP, en concurso, en su caso, con un delito de prevaricación -a título de partícipe-.

Próximo a este planteamiento es el efectuado por RODRÍGUEZ PUERTA y VILLACAMPA ESTIARTE, quienes, partiendo de la premisa de que el art. 320.1 CP contiene un delito pluriofensivo, sostienen que el referido tipo penal protege

⁴⁵⁰ Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pág. 309.

⁴⁵¹ ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pág. 354.

⁴⁵² ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, cit., pág. 355.

de forma preponderante el medio ambiente -objeto jurídico tutelado, también, por el art. 319 CP- y de forma subsidiaria el buen funcionamiento de la Administración Pública⁴⁵³. Desde el punto de vista de la afectación a los mencionados bienes jurídicos -tomando como referente el art. 319 CP- el art. 320.1 CP incriminaría conductas previas a su lesión; conductas que únicamente suponen su puesta en peligro. De suerte que, según este planteamiento doctrinal, entre el contenido de injusto del art 320 CP y el contenido de injusto del art. 319 CP “existe una relación de progresión criminal, de menor a mayor grado de afectación al objeto de tutela”⁴⁵⁴. De modo que, cuando emitido el informe favorable o incumplidos los deberes de vigilancia por parte del funcionario público o la autoridad, el particular lleva a cabo la actividad urbanística ilícita - en connivencia con el funcionario-, el art. 320 CP se verá desplazada por el art. 319 CP. En tales supuestos, según las citadas autoras, se trataría de un supuesto de concurso de normas que, según el principio de consunción, se debería de resolver en favor del art. 319 CP, por ser este el precepto que mejor recoge todo el desvalor del injusto cometido por el funcionario público o la autoridad que vota o resuelve a favor de la licencia o del proyecto en cuestión.

Resta por añadir que, en opinión de RODRÍGUEZ PUERTA/VILLACAMPA ESTIARTE y ACALE SÁNCHEZ, el ámbito de aplicación del art. 320. 1 CP -respecto de la emisión del informe favorable- se

⁴⁵³ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J./VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística”, en Quintero Olivares /Fermín Morales, (coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 1739-1744.

⁴⁵⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M. J./VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística”, cit., pág. 1764.

restringe únicamente a aquellos supuestos en los que la actividad urbanística ilegal del art. 319 CP no se llegue a ejecutar⁴⁵⁵.

Por lo que respecta la conducta del funcionario público que silencia las infracciones detectadas durante la inspección urbanística, habría que distinguir, según ACALE SÁNCHEZ, los supuestos en los que la infracción silenciada sea constitutiva de un delito del art. 319, de los que no lo sea.

Cuando la infracción silenciada constituya un delito del art. 319, según este planteamiento doctrinal, habría que sancionar al funcionario público como autor en comisión por omisión por un delito urbanístico del art. 319 CP, pero, dado que se trata de una conducta de mera inactividad, la única posibilidad de sancionar al funcionario público sería como partícipe en el art. 319 CP -si hubiera habido connivencia entre este y el particular- o como autor del 320.1 CP, si no la hubo.

Cuando la infracción silenciada por el funcionario público que realiza la inspección no sea constitutiva de delito urbanístico del art. 319 CP, parece, que sería de aplicación el art. 320.1 CP. La no realización de la inspección urbanística de carácter obligatorio parece que, también, cae bajo el ámbito de aplicación del art. 320.1 CP -con independencia de la existencia o no de la connivencia con el particular, en cuanto sujeto pasivo de la inspección y si su realización se omitiera,

⁴⁵⁵ En contra DE LA MATA BARRANCO, N., “El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, cit., pág. 157. Entiende el autor que el ámbito de aplicación del art. 320.1 CP se debe restringir únicamente a aquellos casos en los que se acaba afectando la ordenación del territorio. Así, para que pueda sancionarse a quien únicamente emite un informe se debe “exigir la construcción o la edificación a que se alude en el art. 320, que, obviamente, no será el funcionario quien realice, dependiendo en este sentido su sanción de la actuación de un tercero”.

precisamente, para encubrir la actividad urbanística ilegal ejecutada por el particular-.

En suma, para esta posición doctrinal, el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP es un tipo pluriofensivo, por cuanto la emisión de informes contrarios a la normativa urbanística y de ordenación del territorio, el silenciamiento de las infracciones y/o la omisión de la ejecución las inspecciones obligatorias afectan a una pluralidad de bienes jurídicos que se concretan en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, por un lado, y en la ordenación urbanística, el patrimonio histórico y/o el medio ambiente, por otro.

1.2.2. EL CARÁCTER ÚNICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 320.1 CP

Como ya advertíamos al inicio del presente capítulo, mientras que una parte significativa de la Doctrina considera que el art. 320.1 CP tutela un bien jurídico de carácter plural, otra parte -cuantitativamente, más modesta- considera que el referido precepto protege un único bien jurídico; variando su concreción de un autor a otro. En lo que sigue, se van a exponer los principales planteamientos doctrinales relativos al carácter único del bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP que, a pesar de divergir en cuanto a su concreción, coinciden en rechazar la tesis del carácter plural del bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP. También coinciden, aunque no todos ellos, en afirmar que lo jurídico-penalmente protegido por el referido tipo penal es un bien jurídico, rechazando así que se trate de un mero delito formal -huérfano de contenido material-.

En el marco de las *tesis del carácter único del bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP*, se pueden distinguir dos principales planteamientos doctrinales: uno

que considera que el art. 320. 1 CP protege lo mismo que el art. 319 CP y otro que considera que lo protegido por el referido precepto penal difiere de lo protegido por el art. 319 CP.

A. El objeto de tutela del art. 319 CP como bien jurídico protegido por al art. 320 CP

Los planteamientos doctrinales que vamos a abordar en el marco del presente epígrafe consideran –de forma expresa o implícita⁴⁵⁶- que lo protegido por el art. 320 CP coincide con lo protegido por el art. 319 CP.

Dentro de la doctrina que defiende la *comunicabilidad de lo protegido* en los referidos tipos penales se pueden distinguir, no obstante, dos corrientes doctrinales: la de los autores que conciben el objeto de tutela en términos puramente formales y la de quienes lo conciben en términos materiales.

I. En el primer bloque de autores podemos situar, entre otros, a MUÑOZ CONDE, quien considera que “en las distintas modalidades del delito urbanístico existe un específico bien jurídico representado por el cumplimiento

⁴⁵⁶ Algunos autores, como MARTÍN PARDO, A, “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 2, 2016, pág. 4. Disponible on-line en: <http://www.indret.com/pdf/1219.pdf>, [consultado el: 02/12/2019] afirman (expresamente) que lo protegido por al art. 320 CP coincide exactamente con lo protegido por el art. 319 CP, en tanto que otros, como MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2019, pág. 520, afirman tal comunicabilidad en términos genéricos.

de la ordenación territorial legal o reglamentariamente establecida... un bien jurídico puramente formal [que] no ofrece en sí mismo las razones materiales que justifican la intervención del Derecho penal en este sector"⁴⁵⁷. O a DOMÍNGUEZ LUIS/FARRÉ DÍAZ, para quienes "el bien jurídico protegido en el Capítulo I del Título XVI del Libro II Código Penal es la actividad urbanística"⁴⁵⁸.

Ciertamente, se trata de una posición doctrinal que a día de hoy cuenta con muy pocos adeptos. Pues aun cuando, todavía, se pueden encontrar -como a continuación se verá- autores que afirman que existe una correspondencia entre lo tutelado por el art. 319 CP y lo tutelado por el art. 320 CP, todos ellos coinciden en que dicho objeto posee - o debería poseer- carácter material.

II. En el segundo bloque de autores podemos situar a BLANCO LOZANO, para quién "el bien jurídico-penal urbanístico equivale a calidad de vida en relación con el hábitat territorial"⁴⁵⁹. Por su parte, MARTÍN PARDO -por contraposición a la Doctrina que considera que lo que legitima la intervención efectuada por el art. 320 CP es, precisamente, su carácter pluriofensivo- entiende que lo que realmente legitima y explica la tipificación de dichas conductas no es su capacidad para afectar a una pluralidad de bienes jurídicos, sino "una serie de

⁴⁵⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 520.

⁴⁵⁸ Vid. DOMÍNGUEZ LUIS, J. A./FARRÉ DÍAZ, E., *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1998, pág. 76.

⁴⁵⁹ BLANCO LOZANO, C., *El delito urbanístico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001, pág. 34.

razones materiales”⁴⁶⁰. Dichas razones materiales -aclara el autor- no equivalen, sin embargo, al bien jurídico protegido, sino a su sustrato, a las realidades que efectivamente resultan afectados por las conductas prevaricadoras. El bien jurídico protegido que debería fundamentar el referido precepto penal, afirma MARTÍN PARDO, es único y “se corresponde exactamente con el objeto de tutela al que agreden las conductas de construcción material recogidas en el precedente art. 319 CP⁴⁶¹”, esto es: “el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad”⁴⁶².

Cabe advertir que el planteamiento de MARTÍN PARDO se dirige no tanto a identificar lo que *de facto* protege el delito de prevaricación urbanísticas como a indicar lo que (*de lege ferenda*) debería proteger. Tal proceder trae causa, no obstante, del concepto de bien jurídico adoptado por el autor como punto de partida de su planteamiento.

A). El bien jurídico, según el autor, sería un instrumento técnico legal, eficaz para sintetizar -en un concepto- las realidades valiosas susceptibles de ser lesionadas o puestas en peligro por determinados comportamientos, más no para seleccionarlas. A tales efectos, propone MARTÍN PARDO recurrir “al modelo de racionalidad legislativa desarrollado por ATIENZA de modo general y aplicado

⁴⁶⁰ MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., pág. 4.

⁴⁶¹ MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., pág. 4.

⁴⁶² Según MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., pág. 22, “el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad será solo aquel que puede y de hecho se modula por la acción democrática de los ciudadanos. Consecuentemente, dicha realidad aparece como el objeto sobre el que recae toda la dañosidad de las conductas administrativas desviadas en materia urbanística”.

específicamente a la legislación penal por DIÉZ RIPOLLES”⁴⁶³. El referido modelo de racionalidad⁴⁶⁴, estructurado en cinco niveles⁴⁶⁵, permite seleccionar las conductas que deben interesar al Derecho penal por ser esencialmente lesivas para determinados objetos que se estiman esenciales para la convivencia. Una vez determinadas talas conductas (lesivas) “se estará en condiciones de observar cuáles son esos objetos y obtener un bien jurídico a partir de tal sustrato”⁴⁶⁶.

B). A renglón seguido, en virtud del razonamiento expuesto, constata el autor que las conductas típicas contenidas en el art. 320 CP “atacan a las funciones que presta la urbe en pos de, entre otras, la salud de las personas, la estabilidad económica, la diversidad, la cohesión social, la participación democrática, la satisfacción de la necesidad de alojamiento, el equilibrio ecológico, la riqueza paisajística, etc.”

Lo que justificaría la tipificación de las conductas prevaricadoras del art. 320 CP serían, según el planteamiento doctrinal que nos ocupa, esas “realidades materiales del ecosistema urbano que prestan las funciones sociales que se han enumerado”; realidades que, según afirma MARTIN PARDO, cabe condensar en

⁴⁶³ MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., págs. 7-8.

⁴⁶⁴ Configurado en base al sistema de creencias imperantes en una determinada sociedad y en las convicciones sociales mayoritarias.

⁴⁶⁵ Los niveles que integran el modelo de racionalidad legislativa son: el de la racionalidad ética, el de la racionalidad teleológica, el de la racionalidad pragmática, el de la racionalidad jurídico-formal y, finalmente, el de la racionalidad lingüística. Vid. MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., págs. 8-10.

⁴⁶⁶ MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., pág. 10.

un solo concepto, en un concepto unitario de bien jurídico: el de *capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad*.

B. El correcto funcionamiento de la Administración Pública como bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP

Una última corriente doctrinal estima que el bien jurídico protegido por el art 320.1 CP es único y, además, difiere del protegido por el art. 319 CP.

En este sentido se pronuncia RAMÓN GARCÍA, para quien el bien jurídico protegido en el art. 320 CP es el recto funcionamiento de la Administración Pública competente en materia de urbanismo; “funcionamiento que debe producirse con sujeción al sistema de valores instaurados en la Constitución Española y en consideración con los arts. 103 y 106 que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa”⁴⁶⁷.

Si bien de forma titubeante, también, DE LA MATA BARRANCO, afirma que, más que una pluralidad de bienes jurídicos, el art. 320.1 CP tutela el correcto funcionamiento de la Administración Pública, bien jurídico que “se concreta en el correcto desarrollo de la gestión urbanística”⁴⁶⁸. Ahora bien, en opinión de este autor, el ámbito de aplicación del art. 320.1 CP -en lo que respecta la emisión del

⁴⁶⁷ Vid. RAMÓN GARCÍA, F., “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Ed. Comares, Granada, 1997, pág. 12.

⁴⁶⁸ DE LA MATA BARRANCO, N., “El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, cit., pág. 157.

informe favorable- se debe restringir únicamente a aquellos supuestos en los que efectivamente se realice la construcción o edificación a la que se refiere el referido precepto, de manera que, cuando no se llegue a afectar a la ordenación del territorio, la emisión del informe favorable deberá constituir, a lo sumo, una tentativa de prevaricación genérica.

Por su parte DE LA CUESTA AGUADO rechaza el carácter pluriofensivo del delito de prevaricación urbanística, así como la idea de que los art. 319 y 320 CP compartan bien jurídico. En opinión de la autora, aun cuando ambos preceptos se enmarcan en la lucha contra la corrupción urbanística, lo hacen desde diversas perspectivas: el art. 319 CP dispensa protección a la ordenación del territorio, en tanto que el art. 320 CP protege “el correcto funcionamiento de la Administración en la distribución de los recursos urbanísticos y relacionados con la ordenación del territorio”⁴⁶⁹.

Una postura próxima a las anteriormente esbozadas es la de GÓMEZ TOMILLO. El autor, a pesar de que en un primer momento afirmara el carácter plural del bien jurídico tutelado en el art. 320.1 CP⁴⁷⁰, con posterioridad cambia de parecer y considera que el precepto en cuestión, en puridad, trata de garantizar la legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, esto es, la concreta correspondencia de la actividad funcionarial con el Derecho positivo urbanístico⁴⁷¹. En sentido próximo se postula, también, DE VICENTE

⁴⁶⁹ DE LA CUESTA AGUADO, P., M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanísimo”, cit., pág. 960.

⁴⁷⁰ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Función pública y Derecho penal*, cit., págs. 34-58. Los bienes jurídicos tutelados por el referido precepto penal se cifraban, según el autor, en la legalidad en el ejercicio de las funciones públicas y en la normativa en materia de ordenación del territorio.

⁴⁷¹ GÓMEZ TOMILLO, M., “Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): la construcción y edificación ilegal”, en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 223, 2006, pág. 47.

MARTÍNEZ, para quien lo que protege el art. 320 CP es el cumplimiento de la normativa administrativa relativa a “la utilización racional del suelo, como recurso natural limitado, y la adecuación de su uso al interés general, en la medida en que ese cumplimiento garantiza, e incluso mejora, la calidad de vida del ciudadano”⁴⁷².

Los planteamientos doctrinales que se han expuesto a lo largo del presente epígrafe circunscriben, pues, el bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP al recto funcionamiento de la Administración Pública o, lo que viene a ser lo mismo, en la legalidad en el ejercicio de la función pública; bien jurídico que -con mayor o menor éxito- pretenden dotar de contenido material, refiriéndole a ciertos valores materiales como son la calidad de vida, el uso racional de suelo, la distribución de los recursos urbanísticos, etc.

1.2.3. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CARÁCTER PLURAL DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ART. 320.1 CP

A. Aclaraciones previas

En las páginas anteriores se ha intentado esbozar el panorama doctrinal relativo a *lo protegido* por el art. 320.1 CP. Según se ha podido constatar, la

⁴⁷² DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La responsabilidad penal de la Administración Urbanística: el párrafo 2º del artículo 320 del Código Penal”, en *Delitos contra el urbanísimo y la ordenación del territorio*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, pág. 182.

Doctrina penal de signo inmensamente mayoritario considera que el referido precepto penal dispensa protección a una pluralidad de bienes jurídicos o, lo que es lo mismo, que el delito de prevaricación urbanística es un tipo pluriofensivo.

Expuestos los principales planteamientos doctrinales que postulan el carácter plural de *lo protegido* por el art. 320.1 CP, procede ahora emprender su revisión crítica. No obstante, con carácter previo y con el objetivo de acotar los aspectos concretos sobre la que la misma va a versar, conviene detenerse en una serie de cuestiones previas.

I. Los partidarios del carácter plural del bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP consideran que uno de los bienes jurídicos tutelados por el art. 320.1 es el protegido por el art. 319 CP. Hemos visto como algunos autores cifran el bien jurídico protegido por el art. 319 CP en “la ordenación del territorio” -en el sentido de distribución racional del suelo de acuerdo con el interés general-, en tanto que otros consideran que es “el medio ambiente”, “la función social del suelo” o en “la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente”.

Su identificación, es decir, la identificación de aquellos valores ideales protegidos por el delito urbanístico del art. 319 CP constituye, pues, un punto de desencuentro entre la Doctrina penal española. Por ello, en el marco de las correspondientes consideraciones críticas nuestra atención se va a centrar, no tanto en el bien jurídico que las diferentes posturas doctrinales estiman que se tutela a través del art. 319 CP, como en los argumentos que se esgrimen para explicar la supuesta pluriofensividad del art. 320.1 CP.

II. El segundo elemento de la “pluriofensividad”, según los planteamientos doctrinales que considera que el art. 320.1 CP contiene un delito pluriofensivo, es el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública” o “el correcto ejercicio de la función pública”.

En lo que respecta este segundo objeto de tutela se observa cierto consenso entre los partidarios del carácter plural de *lo protegido* por el art. 320.1 CP y algunos de los planteamientos que lo niegan y afirman su carácter único. En efectos, unos y otros coinciden en que “el correcto funcionamiento de la Administración Pública” es lo que legitima -junto al bien jurídico propiamente urbanístico, para los primeros- la tipificación de las conductas prevaricadoras contenidas en el art. 320.1 CP. Ahora bien, a pesar de este parcial consenso, el contenido que se le asigna a dicho bien jurídico varía de un autor a otro.

Por ello, en lo que sigue y en relación con bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, debemos someter a revisión su (supuesto) contenido material y sus características, con la finalidad de determinar si, efectivamente, el art. 320.1 CP brinda protección a una pluralidad de bienes jurídicos.

B. Pluriofensividad del art. 320.1 CP: “correcto ejercicio de la función pública” y “ordenación del territorio”. Consideraciones críticas.

Para esta corriente doctrinal el art. 320.1 CP contiene un delito de prevaricación especial que brinda protección, de manera simultánea, a dos diferentes bienes jurídicos: a un bien jurídico “categorial” y a un bien jurídico “específico”. Afirman, además, que lo que explica la agravación penológica del

art. 320.1 CP, respecto del delito de prevaricación genérica del art. 404 CP es, precisamente, su carácter pluriofensivo. Y ello porque las conductas típicas contenidas en el art. 320.1 CP, además de afectar al correcto funcionamiento de la Administración Pública -bien jurídico "categorial" - afectarían, también, al bien jurídico colectivo, "ordenación del territorio". Sería precisamente la ofensa al bien jurídico "ordenación del territorio" lo que comportaría que las conductas típicas a efectos del art. 320.1 CP merezcan mayor desvalor.

Antes de abordar el análisis del contenido material del bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública" que, según el planteamiento que nos ocupa, protege el art. 320.1 CP, consideramos necesario reparar en dos cuestiones fundamentales: por un lado, en el significado del adjetivo "categorial" -con el que GÓRRIZ ROYO designa a este bien jurídico- y, por otro, en su titularidad.

I. Además de inevitable, resulta, cuanto menos, necesario preguntarse por el significado del adjetivo "categorial", ya que, solo después de conocer qué es lo que designa podremos estar en condiciones de valorarlo. Sin embargo, pronto se constata que la configuración del bien jurídico tutelado por el art. 320.1 CP como "categorial", solo implica una mera identificación nominal, sin ulteriores aclaraciones acerca de su significado -contextual-. De modo que, para determinar a qué obedece y que significa el término "categorial" -con el que se designa al bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración Pública"- debemos remontarnos a sus orígenes.

El concepto de bien jurídico “categorial” es empleado por GONZÁLEZ CUSSAC⁴⁷³ para designar a “un bien jurídico común a todos los delitos de funcionarios”. Los delitos de funcionarios, afirma este autor, comparten una esencia común: el “auténtico bien jurídico protegido en todas estas infracciones «se halla representado por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad». Bien entendido que con ello nos referimos al bien jurídico categorial, puesto que también es posible concretar este en cada figura delictiva, pudiendo hablar entonces de un bien jurídico específico. En consecuencia, el bien jurídico categorial estaría constituido por la función pública ejercida correctamente, esto es, dentro de la legalidad”⁴⁷⁴.

La idea de bien jurídico común a todos los *delitos de funcionarios* implica la aceptación de un concepto unitario de función pública como objeto de protección –estrechamente vinculado a los llamados delitos de infracción del cargo o deber⁴⁷⁵ que ancla sus raíces, precisamente, en la concepción de la Administración en sentido *lato*, o lo que es lo mismo, como función-.

La concepción de la Administración como función supone considerar que “la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, [lo que] hace que éstos pierdan su sustantividad propia y [...] dejen de considerarse poderes y pasen a considerarse funciones del

⁴⁷³ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2 ed. Actualizada conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1997, pág. 22.

⁴⁷⁴ GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., pág. 22.

⁴⁷⁵ Tal concepción del bien jurídico o, mejor dicho, indeterminación, comporta, según OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 237, la configuración de los delitos contra la Administración Pública -entendida esta en sentido *lato*- como delitos de peligro y de infracción de deberes de los funcionarios públicos respecto del Estado.

Estado”⁴⁷⁶. Consecuentemente, el Estado-persona jurídica (que acoge, entre otras, la función de administrar) se constituye en objeto de protección penal y, en su caso, en *víctima* de la desobediencia de los funcionarios.

El concepto unitario de función pública supone, pues, una auténtica contradicción con la concepción de la Administración como persona y, consecuentemente, con el Estado democrático. Esta (la Administración como persona), por contraposición a la Administración-función, es concebida como una organización “que despliega su actividad en beneficio de los ciudadanos, de la sociedad, a la que no representa, sino que sirve⁴⁷⁷”. Ciertamente, GONZÁLEZ CUSSAC, también, afirma que la función pública ha de ser concebida como una actividad de prestación para con la sociedad⁴⁷⁸, sin embargo, el concepto unitario de función pública, del que parte, sugiere una concepción autoritaria del Estado⁴⁷⁹; concepción que, sin lugar a duda, debe ser rechazada.

Por lo expuesto, siguiendo a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, entendemos que frente a un concepto unitario de función pública “que difumina, en beneficio de la unicidad, las diferencias entre las actividades legislativa, judicial y administrativa, se impone un estudio que determine la distinción de cada una de ellas respecto a las otras, a través del señalamiento de los «valores

⁴⁷⁶ Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FÉRNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Ed., Civitas, Madrid, 1974, pág. 20.

⁴⁷⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 243.

⁴⁷⁸ “El Estado -afirma el autor- nace y se justifica para el servicio de los individuos. Fuera de esta consideración se transforma en un ente distinto, y desde luego muy peligroso”. Vid., GÓNZALEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., pág. 23.

⁴⁷⁹ Vid., en este sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 236.

cardinales» de cada una o específicas cualidades que deben acompañar su ejercicio”⁴⁸⁰.

Menos problemática, en este punto, nos parece la tesis de BOLDOVA PASAMAR. Creemos entender que cuando este autor afirma que a través del delito de prevaricación urbanística se tutela un bien jurídico “común”, se refiere a que dicho bien jurídico es común a los delitos de prevaricación administrativa del art. 404 y a los delitos de prevaricación de los arts. 320 CP, 322 CP y 329 CP, mas no a *todos los delitos de funcionarios* -lo que, por otro lado, le aleja de una concepción autoritaria del Estado⁴⁸¹-. Con ello no se afirma la existencia de un bien jurídico común a todas las prevaricaciones del Título XVI del CP sino, únicamente, que los objetos jurídicos protegidos en el citado Título presentan ciertas características comunes.

II. Por lo que respecta la titularidad de los bienes jurídicos protegidos por el art. 320.1 CP, resulta, cuanto menos, curioso el hecho de que cuando GÓRRIZ ROYO se refiere al correcto funcionamiento de la Administración Pública, lo hace catalogando tal bien jurídico como “categorial” y cuando se refiere a la ordenación del territorio, lo hace catalogándolo como “bien jurídico de corte colectivo”⁴⁸². Este planteamiento parece sugerir que los dos bienes jurídicos protegidos en el art. 320.1 CP poseen titularidad diversa o, lo que es lo mismo,

⁴⁸⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 236.

⁴⁸¹ En sentido próximo se pronuncia, también, BENAVIDES SCHILLER, A., *El delito de fraude del funcionario público*, Ed. Bosch, 2016, pág. 89, quién afirma que en el Título XIX del Código penal se protege un “bien jurídico categorial” que consiste en el “correcto funcionamiento de la Administración Pública” en la forma establecida en el artículo 103.1 CE.

⁴⁸² Vid., GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., págs. 123-124.

que esta no recae en idéntico *sujeto*: la colectividad; sino, en esta, respecto de la ordenación del territorio y, en otro distinto, respecto al correcto funcionamiento de la Administración Pública. Pero si el titular del bien jurídico “categorial” no es la colectividad ¿entonces quién es? ¿la Administración Pública, quizás? ¿el Estado?

Como se puede advertir, la cuestión de la titularidad del llamado bien jurídico “categorial” no es baladí: pues si se entendiera que su titularidad recae en la Administración Pública, implícitamente, se estaría acogiendo un concepto de Administración-función -unánimemente rechazado por la Doctrina penal española-. Si, por el contrario, se entendiera que su titularidad recae en la sociedad, en la colectividad, se estaría adoptando un concepto de Administración como persona, esto es, como organización al servicio de la colectividad; concepción con la que, sin embargo, no casa el concepto unitario de función pública o, lo que es lo mismo, el bien jurídico “categorial”. Desde esta perspectiva (es decir, de Administración-persona), los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos se justificarían, no por razón del cargo o deber para con la Administración, sino porque tal infracción comporta la alteración de la relación que une a la Administración Pública con la sociedad⁴⁸³.

Sin embargo, GÓRRIZ ROYO, parece entender que la titularidad del bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración” recae en otro ente o institución distinta a la *colectividad*.

⁴⁸³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág.

III. En cuanto al bien jurídico “correcto ejercicio de la función pública”, se concreta en “el interés público por el correcto funcionamiento de la Administración en el ámbito urbanístico”⁴⁸⁴ que, a su vez, “es concreción del correcto ejercicio de la potestad administrativa o función pública, conforme al interés general según la legalidad vigente”⁴⁸⁵, según la posición doctrinal que ahora nos ocupa.

En la primera parte del presente capítulo hemos convenido en que el bien jurídico es un interés o un valor con relevancia constitucional. Hemos convenido, asimismo, que ese valor representa idealmente una realidad -que constituye el sustrato del bien jurídico o, lo que es lo mismo, el objeto sobre el que recae el juicio de valor⁴⁸⁶ (en el momento valorativo de la norma primaria) que, finalmente, cristaliza en la norma de valoración-. Luego, “realidad” y “valor” no se identifican conceptualmente⁴⁸⁷.

GÓRRIZ ROYO no identifica la “realidad” con el valor, pero, para la autora, “el interés público por el correcto funcionamiento de la Administración” es una realidad o sustantividad. Sin embargo, un “interés”, por muy público que sea, no deja de ser un interés y no puede, conceptualmente, ser una realidad. Y el

⁴⁸⁴ GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pág. 124.

⁴⁸⁵ GÓRRIZ ROYO, E., *Los delitos de prevaricación urbanística*, cit., pág. 123.

⁴⁸⁶ Vid., en este sentido, PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale. Parte Generales*, 3ª ed., Ed. Giappichelli.G., Torino, 2008, pág. 63. “Il concetto di «bene» evoca l’idea dell’oggetto, sia materiale che immateriale, di una valutazione positiva, così da non potersi concettualmente identificare col valore che funge da criterio o parámetro di valutazione”.

⁴⁸⁶ Vid., en este sentido MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, Ed. Reppertor, 10ªed., Barcelona, 2016, pág. 173.

⁴⁸⁷ MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, cit., pág. 173.

Derecho penal, tal como afirma MIR PUIG, no tutela valores o intereses en sí mismos, sino realidades concretas que se estiman valiosas⁴⁸⁸.

A nuestro entender “el interés público por el correcto funcionamiento de la Administración en el ámbito urbanístico”, a lo sumo, podría constituir la *ratio legis* del art. 320.1 CP, más no la sustantividad de “el correcto ejercicio de la función pública”, como (supuesto) bien jurídico protegido por el referido precepto penal. Por ello, consideramos que la descripción del contenido material del “correcto ejercicio de la Administración” como “el interés público por...” es insatisfactoria, pues, confunde el “valor” con su supuesto contenido y con la *ratio legis* del precepto.

No podemos, pues, aceptar -tal y como ha sido enunciado- el concepto “categorial” de bien jurídico, lo que, sin embargo, no significa que estemos rechazando el que art. 320.1 CP pudiera estar protegiendo (*de facto*) el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

IV. Para este sector doctrinal, la pluriofensividad del art. 320.1 CP es lo que explica la elevada pena prevista en el precepto, si se compara con el delito de prevaricación genérica del art. 404 CP. La razón de ello estribaría en que las conductas prevaricadoras del art. 320.1 CP, además de poner en peligro concreto el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, generarían un peligro abstracto para el bien jurídico “ordenación del territorio”.

Aun cuando se acepte que el art. 320.1 CP -tal como sostiene este sector doctrinal- contiene una forma de prevaricación específica, no podemos compartir

esta postura. Por el contrario, en nuestra opinión, la agravación de la pena del art. 320 CP -en comparación con la prevista para el art. 404 CP- se explica por las funciones que este precepto cumple en la lucha contra la especulación y la corrupción urbanística. Ciertamente, no se puede negar la incidencia de la actuación de la Administración Pública en la ordenación del territorio, pero tampoco se puede obviar, tal como indica DE LA CUESTA AGUADO, que “ello nos remite, de nuevo, a un bien jurídico distinto: el correcto funcionamiento de la Administración competente en materia de ordenación del territorio y el urbanismo”⁴⁸⁹.

Por otro lado, la opinión según la cual el art. 320.1 CP protege de forma “simultánea” dos diferentes bienes jurídicos, genera numerosas cuestiones dogmáticas. Naturalmente, el correcto funcionamiento de la Administración Pública -encargada de velar por la legalidad urbanística- redundará en un *beneficio* para el bien jurídico “ordenación del territorio”, más ello no supone una protección simultánea, directa e inmediata de los dos referidos bienes jurídicos⁴⁹⁰ pues, únicamente aquellos intereses protegidos cuya afectación resulte imprescindible para considerar consumado el tipo⁴⁹¹ podrán *calificar* el delito como efectivamente pluriofensivo⁴⁹².

⁴⁸⁹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, cit., pág. 971.

⁴⁹⁰ Dato esencial para considerar que un determinado tipo es pluriofensivo. Véanse en este sentido, DURIGATO, L., *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Ed.CEDAM, Padova, 1972, págs. 17-18 y ZAZA, C., *L'oggetto giuridico del reato. Un'analisi giurisprudenziale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1999, pág. 170.

⁴⁹¹ Esto es, los intereses inmediatamente tutelados por la norma -diferentes, pues, de aquellos otros que resultan favorecidos con la tutela de los anteriores-.

⁴⁹² Así, DURIGATO, L., *Rilievi sul reato plurioffensivo*, cit., pág. 18.

El art. 320.1 CP, a efectos de consumación, únicamente, exige que se haya “informado”, “silenciado” u “omitido”, más no afectado -de ninguna manera- “la ordenación del territorio”. Luego, el interés que se toma como inmediatamente protegido, por ser el inmediatamente afectado por las conductas típicas, no es el “orden territorial”, sino otro distinto.

Por lo expuesto, consideramos que el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, no protege de manera simultánea dos diferentes bienes jurídicos o, lo que es lo mismo, que no es un delito pluriofensivo. Primero, porque “el correcto ejercicio de la función pública”, tal como es concebido por los partidarios de la postura doctrinal en estudio, no es un interés jurídico-penalmente *protegible*. Y, segundo, porque “el orden territorial”, aun cuando *de lege ferenda* pudiera considerarse *protegible*, *de lege lata* no se corresponde con lo que, de forma directa e inmediata, tutela el art. 320.1 CP.

C. Crítica a la postura según la cual lo protegido por el art. 320.1 CP es el correcto funcionamiento de la Administración pública, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente

I. En segundo lugar, procede someter a revisión la tesis según la cual los bienes jurídicos protegidos por el delito de prevaricación urbanística son la función pública, por un lado, y la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y el medio ambiente, por otro.

Los partidarios de esta postura consideran que en el art. 320.1 CP se han tipificado -de manera expresa- ciertas conductas de participación del funcionario público en el delito del art. 319 CP y que entre las conductas típicas contenidas

en el art. 320.1 CP y las conductas típicas del art. 319 CP existe una relación de subsidiariedad tácita. Desde esta perspectiva, por lo tanto, en aquellos supuestos en los que el particular realice el tipo del art. 319 CP en connivencia con el funcionario público, el peligro inicialmente creado con la emisión del informe favorable se actualizará y el art. 319 CP desplazará al art. 320.1CP.

Sin embargo, contra esta tesis cabe oponer los siguientes argumentos:

Por un lado, como ya hemos advertido, el delito de prevaricación urbanística del art. 320. 1 CP no es un tipo pluriofensivo, porque si lo fuera debería de brindar protección de manera directa e inmediata a diferentes bienes jurídicos. Con ello no estamos negando la existencia de tales delitos⁴⁹³, sino, únicamente, afirmamos que el de prevaricación urbanística no lo es.

Por otro lado, el hecho de sustituir la aplicación del art. 320.1 CP por el art. 319 CP -cuando el supuesto peligro generado con la emisión del informe favorable se materialice en un resultado-, además de cuestionable desde una perspectiva dogmática, resultaría inadmisibile desde una perspectiva político-criminal porque, como vamos a ver, distorsionaría el ámbito de aplicación del art. 320. 1 CP. Así, el funcionario público que informa o incumple sus deberes de inspección para con ello, favorecer, encubrir o revestir de legalidad la conducta del promotor, constructor o técnico directos que realiza el tipo del art. 319 CP, resultaría beneficiado (por cuanto se le aplicaría el art. 319 CP) respecto del funcionario público que simplemente incumple con sus deberes de inspección del art. 320.1 CP. Pues, a pesar de que, según este planteamiento, al funcionario público que, con su conducta -típica a efectos del art. 320.1 CP- encubre o favorece la comisión del delito urbanístico (del art.319 CP), se le podría aplicar el art. 319

⁴⁹³ Pues, como afirma PAPA, M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nell diritto penale*, Ed. Giappichelli, Torino, 1999, pág. 211, “nada impide que un determinado delito se manifieste en diferentes ofensas y que dichas ofensas encuentren su elemento de fusión en el hecho típico”.

CP en concurso con el del delito de prevaricación del art. 404 CP, a título de partícipe, ello no abarcaría todo el desvalor de su la conducta. Y abarcaría, porque este funcionario público (que realiza la conducta típica conforme al art. 320.1 CP para con ello favorecer, encubrir o revestir de legalidad la construcción o edificación constitutiva de un delito del art. 319 CP) en nuestra opinión, no es un mero partícipe sino, autor de su propio hecho (art. 320.1 CP) y partícipe en el hecho del particular (art. 319 CP).

No hay que olvidar que, generalmente, la autoridad o el funcionario público que vota o resuelve a favor de la concesión de la licencia o proyecto al que se refiere el art. 320.2 CP, lo hace apoyándose en el informe emitido por quién cuenta con la formación y conocimientos en la materia, esto es, el sujeto activo del apartado primero del art. 320.1 CP⁴⁹⁴. Entre los sujetos mencionados puede haber connivencia, pero, también, puede no haberla. Así, es imaginable que la autoridad o el funcionario público vote o resuelva a favor de la concesión de una determinada licencia o proyecto desconociendo que el informe emitido por el técnico de la Administración infringe las normas urbanísticas y de ordenación del territorio. En estos supuestos, la conducta del funcionario que vota o resuelve a favor de la concesión de los citados instrumentos urbanísticos sería atípica por ausencia de dolo.

En suma, según este planteamiento doctrinal, al funcionario público que realice el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, sin participar con su conducta en un hecho ajeno, se le debería aplicar una pena más grave que al funcionario que, además de ser autor de su propio hecho, participa en el hecho ajeno (319 CP), lo que no parece razonable.

⁴⁹⁴ Vid. GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 86.

II. En relación con la corriente doctrinal que sostiene que el art. 320 CP contiene un delito pluriofensivo que dispensa protección, de forma preponderante, al bien jurídico “medio ambiente” y, de forma subsidiaria, al bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública” ya nos hemos manifestando argumentando nuestra opinión contraria, pues, para que un delito pueda ser catalogado como pluriofensivo debe brindar protección de forma directa e inmediata a diferentes bienes jurídicos -no de manera *preponderante* y/o *subsidiaria*, como sucede en este caso, según este sector de la doctrinal-.

Más aun, a nuestro juicio, entre los ilícitos contenidos en el art. 320 CP y los ilícitos contenidos en el art. 319 CP, no puede existir una relación de “progresión criminal”, de menor a mayor grado de afección al objeto de tutela -como sostienen VILLACAMPA ESTIARTE y RODRÍGUEZ PUERTA-. No puede afirmarse progresión criminal, en primer lugar, porque, en nuestra opinión, los mencionados preceptos, no *comparten* objeto de tutela. Y, en segundo lugar, porque, tal como afirma QUINTERO OLIVARES, “la consunción de una norma puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, y si no es así habrá que declarar la existencia de un concurso de delitos”⁴⁹⁵.

Pues bien, la absorción del art. 320.1 CP por el art. 319 CP, en estos supuestos, dejaría sin respuesta penal parte del desvalor de la conducta del funcionario; en concreto se estaría renunciando a la sanción de las conductas descritas en el art. 320.1 CP y a la afectación que ellas implican al objeto jurídico que se tutela a través del referido precepto penal.

⁴⁹⁵ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 822.

Descartada la naturaleza pluriofensiva del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, en lo que sigue, vamos a tratar de determinar qué es lo que realmente se tutela a través del art. 320. 1 CP.

1.2.4. CONSIDERACIONES CRÍTICAS EN TORNO AL CARÁCTER ÚNICO DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL ART. 320.1 CP

A. Críticas a la tesis según la cual lo protegido por el art. 320. 1 CP se corresponde con lo protegido por el art. 319 CP

I. En primer lugar, procede analizar la opinión doctrinal de quienes consideran que los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 CP y 320 CP) brindan protección a un bien jurídico “puramente formal”⁴⁹⁶ al que identifican con “el cumplimiento de la ordenación del territorio legal o reglamentariamente establecida”⁴⁹⁷ o “la actividad urbanística”⁴⁹⁸.

Como hemos apuntado, se trata de un planteamiento doctrinal que cuenta con muy pocos adeptos pues, tal y como denuncia MUÑOZ CONDE, el bien jurídico protegido por los delitos contra el urbanismo y la ordenación del

⁴⁹⁶ Así, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 520.

⁴⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 520.

⁴⁹⁸ Así, DOMÍNGUEZ LUIS, J. A./FARRÉ DÍAZ, E., *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., pág. 76.

territorio, concebido en términos meramente formales, carece del contenido material necesario para legitimar y justificar la intervención del Derecho penal.

Si esto fuera así, si lo que se tutela en los arts. 319 y 320 CP carece de contenido material, entonces, ni siquiera se le debería de llamar “bien jurídico”, pues, tal concepto se debe de reservar para aquellos valores que, por tener relevancia constitucional y por ser imprescindibles para el mantenimiento de la convivencia social, necesitan de la tutela penal. Y, ciertamente, “la actividad urbanística” o “el cumplimiento de la ordenación...”, no constituyen objetos jurídico-penalmente *protegibles*⁴⁹⁹. Es más, estas concepciones de “lo protegido”, tal como afirma BOLDOVA PASAMAR, “evocan la idea de castigar como delito lo que aparecería como una pura desobediencia administrativa”⁵⁰⁰.

Pero es que, en cualquier caso, parece difícil sostener que el bien jurídico protegido en el art. 319 CP y el bien jurídico protegido en el art. 320 CP es el mismo -independientemente del contenido que se le asigne-.

II. Junto a la Doctrina que concibe “lo protegido” por los art. 319 y 320 CP en términos meramente formales, se sitúa otro sector que, desde una perspectiva de *lege ferenda*, concibe el objeto de tutela de los referidos preceptos penales en términos materiales. Según esta corriente doctrinal, el bien jurídico protegido por el art. 320 CP coincide exactamente con el bien jurídico protegido por el art. 319

⁴⁹⁹ Sobre la teoría del bien jurídico penalmente protegible, vid., SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 453-465.

⁵⁰⁰ Vid., BOLDOVA PASAMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, cit., pág. 85.

CP y se identifica con “el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad”⁵⁰¹.

Como ya hemos visto en su momento, esta concepción parte de un concepto sociológico de bien jurídico. Para los seguidores de esta tesis, “lo protegible” jurídico-penalmente se ha de determinar por referencia a criterios propios del ámbito de lo social; criterios que, en nuestra opinión, no sirven para erigirse en límite y razón legitimadora del *Ius Puniendi* del Estado. Por el contrario, como ya apuntábamos al inicio del presente capítulo, los criterios a los que ha de recurrir el Legislador en el momento valorativo de la norma primaria para seleccionar -de entre los valores en conflicto- el merecedor de tutela jurídico-penal, han de ser externos, normativos y formales y su fuente no puede ser otra que la Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico. Pues, tal como afirma ÁLVAREZ GARCÍA, en un Estado en el que rige un concepto formal de Ley, solo el Poder Constituyente puede imponer límites a la actividad del Poder Constituido, como es el Legislativo⁵⁰² y, al poder punitivo del Estado solo otros “poderes” pueden ponerle límites, lo que lo hace depender, por tanto, de los límites externos propios de un Estado democrático basado en la división de poderes.

⁵⁰¹ Así, MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., pág. 22.

⁵⁰² Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, cit., págs. 18-19.

Por otro lado, se observa que “lo protegido” por el art. 320.1 CP, no se corresponde con lo que, según MARTÍN PARDO, *debería* de proteger dicho precepto (esto es: el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad⁵⁰³).

Así, las conductas prevaricadoras del art. 320.1 CP, a nuestro entender, no atacan a “las funciones que presta la urbe en pos de la salud de las personas, la estabilidad económica, la diversidad, la cohesión social, la participación democrática, la satisfacción de la necesidad de alojamiento, el equilibrio ecológico, la riqueza paisajística” - como afirma MARTÍN PARDO- sino, todo lo más, impiden que el funcionamiento que la Administración Pública debe de observar en su relación con los administrados, se realice de conformidad con la legalidad vigente.

B. Críticas a la tesis según la cual el bien jurídico protegido por el art. 320.1 CP es el correcto funcionamiento de la Administración Pública

Finalmente, procede analizar la opinión doctrinal de quienes identifican el bien jurídico protegido en el art. 320.1 CP con “el correcto funcionamiento de la Administración Pública”.

Aun cuando, como “formula explicativa”, el “correcto funcionamiento de la Administración Pública” suene muy convincente, lo cierto es que como concepto destinado a ejercer de límite al *Ius puniendi*, su contenido resulta

⁵⁰³ MARTÍN PARDO, A., “¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal”, cit., pág. 22.

tremendamente impreciso. Y es que, los valores (calidad de vida, uso racional del suelo, distribución de los recursos urbanísticos y ordenación del territorio) a los que ciertos autores⁵⁰⁴ apelan para dotar de contenido a este (supuesto) bien jurídico, como mucho podrían integrar la *ratio legis* del referido precepto penal, más no el contenido material del bien jurídico⁵⁰⁵.

Así pues, tomando como punto de referencia un concepto material de bien jurídico, consideramos que el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, en cuanto objeto jurídico protegido por el art. 320.1 CP, no reúne las cualidades (materiales) necesarias para constituirse en bien jurídico penalmente protegible (*de lege ferenda*).

Pero, si “lo protegido” por el art. 320.1 CP no es un bien jurídico-penalmente protegible, entonces ¿qué es lo que fundamenta la incriminación de las conductas prevaricadoras típicas a efectos del art. 320.1 CP consistentes en omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio y en silenciar infracciones que con motivo de tales inspecciones se constaten?; y, sobre todo ¿es legítima su incriminación?

⁵⁰⁴ Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La responsabilidad penal de la Administración Urbanística: el párrafo 2º del artículo 320 del Código Penal”, cit., pág. 182, apela a la “calidad de vida” y DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, cit., pág. 960, apela a “los recursos urbanísticos relacionados con la ordenación del territorio”.

⁵⁰⁵ Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., “Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): la construcción y edificación ilegal”, cit., págs. 41-42.

2. TOMA DE POSTURA LO QUE DE FACTO PROTEGE EL ART. 320.1 CP

I. En la primera parte del presente capítulo hemos convenido en que la lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico se erige en la razón que legitima la imposición de pautas de conducta a través de la norma primaria; imposición que comporta, siempre y en todo caso, un límite para uno de los valores superiores del Ordenamiento jurídico: la libertad. *Ergo*, el sacrificio de la libertad, en un Estado social y democrático de Derecho -como es el dibujado por el art. 1 de la Constitución Española- debe responder, indefectiblemente, a la necesidad de proteger otro valor que -al igual que la libertad- tenga relevancia constitucional⁵⁰⁶.

Sin embargo, tal como denuncia CARBONELL MATEU, la protección de valores con relevancia constitucional “no se produce de manera absoluta en el vigente Código penal”⁵⁰⁷. Cuando ello ocurre, esto es, cuando la razón que abona la incriminación de una determinada conducta no es un valor con relevancia constitucional -necesitado y merecedor de tal protección⁵⁰⁸- el Derecho penal habrá abandonado su misión⁵⁰⁹: la de mantener del orden social (dictado por la

⁵⁰⁶ Ello, no significa que el Derecho penal proteja valores en sí mismos, sino realidades concretas que, de acuerdo con el sistema de valores diseñado por la Constitución, se estiman esenciales para el mantenimiento del orden social, siendo, por ello, estimables.

⁵⁰⁷ Vid. CARBOLELL MATEU, J.C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, cit., pág. 37.

⁵⁰⁸ Sobre la necesidad y el merecimiento de protección penal, vid., MUÑOZ CONDE, F. *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 72-75. También, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, cit., págs. 453-459.

⁵⁰⁹ Vid. QUINTERO OLOVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 289.

Constitución) a través de la protección de bienes jurídicos protegidos. Esto sucede cuando se interviene jurídico-penalmente frente a conductas que afectan a lo que AMELUNG denomina “bienes jurídicos aparentes”⁵¹⁰, es decir, detrás de los cuales “no hay otra cosa que la propia norma de conducta, o incluso solo algún aspecto relacionado con su vigencia”⁵¹¹ o ante conductas que consisten en meras infracciones de deberes, es decir, conductas meramente antinormativas, que no son lesivas o peligrosas para ningún valor jurídico-penalmente “protegible”. Y es, precisamente, lo que, a nuestro juicio, cabe denunciar respecto de las conductas omisivas constitutivas de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP.

II. El concepto de bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública” no permite dotar de un contenido de injusto -en sentido material- a las conductas prevaricadoras omisivas del art. 320.1 CP. Pues, la verificación de dichas conductas se agota en -y con- la mera infracción de los deberes extrapenales que obligan a los funcionarios públicos competentes en materia de inspección urbanística⁵¹². Sin embargo, según la Doctrina más

⁵¹⁰ AMELUNG, K., “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pág. 242. Véase, también, HEFENDEHL, R., “Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pág. 400.

⁵¹¹ Vid. AMELUNG, K., “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, cit., pág. 242.

⁵¹² Estamos, a nuestro juicio, ante lo que MANTOVANI, F., *Dirito Penale. Parte Generale*, Ed. CEDAM, Padova, 2015, pág. 195, denomina “*reati-funzione*, che caratterizzano il moderno «diritto penale accessorio» e sono posti a tutela di una funzione, cioè del modo, affidato dalla legge allà pubblica amministrazioni, di risolvere un conflitto di interessi. E consistono,

autorizada, “el deber” tiene que estar siempre en función de la tutela de un interés⁵¹³; interés que, para OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO (en los delitos contra la Administración Pública) se concretaría en el servicio que la Administración presta a la sociedad “y la organización de la Administración finalísimamente dirigida a ese servicio”⁵¹⁴.

En nuestra opinión, “el servicio que presta la Administración a la sociedad”, a pesar de su innegable importancia, carece de la entidad material necesaria para constituirse en bien jurídico-penalmente protegible -y ello, sin entrar en la vaguedad de tal concepto-. Dicho “servicio”, a nuestro juicio, expresa la relación que debe existir entre la Administración Pública y la sociedad, esto es, una relación de prestación (y no de representación), única relación posible en un Estado democrático y de Derecho. Desde esta perspectiva, lo que OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO considera interés protegible, no dejaría de ser un objeto jurídico formal huérfano del contenido material necesario para erigirse en límite al *Ius Puniendi* del Estado⁵¹⁵.

III. Por otro lado, no se puede negar que “el correcto funcionamiento de la Administración Pública” es fundamental para el mantenimiento del orden político, social y económico dictado por la Constitución. Más aún, la actuación de

almeno via immediata, nella mera inosservanza delle norme amministrative con cui la pubblica amministrazione tale conflitto”.

⁵¹³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 240.

⁵¹⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 244.

⁵¹⁵ Ello, no significa que, a nuestro juicio, todos los delitos contra la Administración Pública sean delitos sin bien jurídico.

la Administración Pública con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho⁵¹⁶ -en cuanto expresión del imperio de la Ley- se erige en pilar fundamental del Estado de Derecho. Luego, a pesar de carecer de la entidad material, en el sentido de bien jurídico protegible, su tutela -incluso, la penal- es incuestionable⁵¹⁷. Ahora bien ¿bajo qué argumentos legitimaremos la tutela penal de un “objeto jurídico formal”?

Negar el contenido material de “el correcto funcionamiento de la Administración Pública”, no implica negar ni su relevancia constitucional, ni su trascendencia para el Estado de Derecho. Es precisamente desde esta perspectiva desde la que, tal vez, se pueda fundamentar -legitimar- la incriminación de la infracción de aquellos deberes que impiden su correcto funcionamiento, siempre que su cumplimiento no pueda garantizarse por otras vías menos coercitivas que la vía penal. Esta posibilidad de intervención penal en base a “deberes” tiene un primer límite -de forma similar a lo que sucede con los propios bienes jurídicos- y es que, tales deberes, cuyo cumplimiento se garantice penalmente, deben de derivarse directamente de la Constitución, pues, de otro modo, no se podría limitar la intervención punitiva del Estado⁵¹⁸. Con esto, no obstante, no estamos

⁵¹⁶ Que es lo que, en el fondo, evoca la idea de “correcto funcionamiento de la Administración Pública”.

⁵¹⁷ En la Doctrina italiana, al “correcto funcionamiento de la Administración Pública” se le concibe como un “bien jurídico institucional”. Así, PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale. Parte Generales*, cit., págs. 64-65. Dentro de los “bienes jurídicos institucionales” se encuentran los denominados “bienes-funciones”; categoría en la que, a nuestro juicio, podría pertenecer el objeto jurídico protegido por el art. 320.1 CP. Los “bienes-funciones, no obstante, según afirma PALAZZO, no serían bienes jurídicos propiamente dichos, sino instrumentos destinados a la tutela de otros bienes *finales*.

⁵¹⁸ Niega esta posibilidad QUINTERO OLOVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, cit., pág. 74. Según el autor, las leyes penales que “solamente establecen deberes, serán formalmente «leyes penales», pero no serán «derecho penal» propio de un Estado de Derecho.

proponiendo una teoría alternativa a la del bien jurídico protegido, sino, todo lo más, una propuesta integradora.

IV. Finalmente, hemos de pronunciarnos sobre una última cuestión, de forma expresa, y es que tal y como afirma DE LA CUESTA AGUADO, a pesar de que ambos preceptos penales, esto es, el art. 319 CP y el art. 320 CP, se enmarcan en la lucha contra la corrupción, ciertamente, lo hacen desde distintas perspectivas: así, “lo protegido” en el art 319 CP es “la «Ordenación del Territorio» [...] y en el art. 320 CP, al tratarse de una prevaricación específica, el correcto funcionamiento de la Administración en la distribución de recursos urbanísticos y relacionados con la ordenación del territorio”⁵¹⁹.

⁵¹⁹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, cit., pág. 970.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

Siguiendo a una posición doctrinal con fuerte representación entre la doctrina española partimos de una concepción garantista del Derecho penal que buscaría su legitimación en la protección de bienes jurídicos.

Junto a ello, y por ello, la exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos permite y obliga a analizar con rigor en cada delito el bien jurídico protegido.

II

El concepto de bien jurídico protegido tiene un significado bivalente.

El bien jurídico protegido, en sentido político criminal puede ser definido como un valor o interés, esencial para la convivencia social, que son las razones que, precisamente lo hacen merecedor de tutela penal y sirven para justificar la intervención penal.

En sentido material, el bien jurídico es una realidad valorada positivamente. El bien consistirá, entonces, en la representación ideal de dicha realidad, cuya titularidad puede ser individual o colectiva. La importancia de la selección de dicha realidad valorada radica en que de ella depende la capacidad

del bien jurídico protegido para legitimar la intervención penal, por un lado, y como consecuencia de ello, para limitar el *Ius puniendi*, por otro.

III

Hemos tenido ocasión de revisar críticamente las distintas posturas acerca del contenido y, sobre todo, fuentes del bien jurídico protegido. Frente a la incertidumbre del criterio seleccionador por las teorías sociológico-funcionalistas (condiciones necesarias para el correcto funcionamiento de los sistemas), hemos adoptado una teoría constitucionalista del bien jurídico protegido que lo vincula a los valores con relevancia constitucional. Desde nuestra perspectiva, solo este criterio normativo, formal, racional y externo al *Ius puniendi*, permite al bien jurídico protegido desarrollar con plenitud las funciones que tiene encomendadas.

La relevancia constitucional es una condición necesaria pero no suficiente, pues, además, se requiere que la intervención penal sea necesaria. Si no concurre tal necesidad; si el valor puede ser preservado correctamente por otra rama del Ordenamiento Jurídico, entonces, la intervención penal no será legítima. No lo será cuando lo que aparezca como objeto a proteger sea el funcionamiento de determinadas instituciones o su vigencia.

IV

La determinación del bien jurídico protegido en el artículo 320.1 CP ha dado lugar a planteamientos doctrinales sumamente heterogéneos que, a pesar de divergir en cuanto a su contenido, parten de un presupuesto común, que es considerar que lo protegido por el referido precepto penal es “un bien jurídico”. Los planteamientos doctrinales en torno a lo protegido por el art. 320 CP se agrupan en dos posiciones fundamentales: una tesis mayoritaria que considera que el bien jurídico protegido por el referido precepto penal tiene carácter plural -delito pluriofensivo- y otra tesis minoritaria que considera que el bien jurídico tutelado por este precepto es de carácter “único”.

V

Según la tesis que defiende que el delito de prevaricación urbanística es un delito pluriofensivo, el art. 320 CP brinda protección a dos bienes jurídicos diversos: uno que vendría a coincidir con el tutelado por el art. 404 CP y otro que, según un sector doctrinal representado por, entre otros, GÓRRIZ ROYO, vendría a coincidir con el tutelado por el art. 319 CP y, según otro sector doctrinal (minoritario), liderado por ALCALÉ SÁNCHEZ, vendría a coincidir con los bienes jurídicos protegidos en el Capítulo I del Título XVI del Código penal, es decir: la ordenación del territorio y el urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente.

Así, según esta tesis, lo que explicaría el incremento de pena que sufre el art. 320 CP frente al art. 404 CP sería, precisamente, el carácter pluriofensivo de las conductas prevaricadoras del art. 320.1 CP; conductas que, además de poner en peligro concreto el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, crearían un peligro abstracto para el bien jurídico “ordenación del territorio”. Ahora bien, esta concurrencia simultánea de bienes jurídicos en un único precepto, más allá de las dificultades doctrinales para identificarlos, plantea problemas dogmáticos importantes.

Algunos de ellos son conceptuales, como le sucede a la tesis mantenida por GORRIZ ROYO, cuando distingue entre un bien jurídico “categorial” -idea que, a partir de la concepción de GONZALEZ CUSSAC remite a un autoritario concepto de Administración-función y abre paso a los denominados delitos de infracción del deber o cargo- y el *otro bien jurídico*, al que define como “ordenación del territorio”, en este caso, de carácter colectivo -como si el anteriormente denominado como categorial no lo fuera-.

Otros problemas derivan de la confusión entre bien jurídico protegido y *ratio legis* del art. 320.1 CP, y, finalmente, nuevas cuestiones derivarán de la determinación del momento consumativo.

Esta configuración de *lo protegido* por el artículo 320 CP tiene, evidentemente, consecuencias -en materia de concursos, por ejemplo-, pero también, el mérito de haber intentado legitimar materialmente la intervención penal.

VI

Frente a las posiciones doctrinales que defienden que el artículo 320 CP protege bienes jurídicos diversos -y que han sido objeto de análisis detallado-, se posicionan quienes afirman el carácter único del bien jurídico protegido en el citado precepto. También en este sector doctrinal, las propuestas son variadas y van desde considerar que *lo protegido* es la actividad urbanística (DOMÍNGUEZ LUÍS / FARRÉ DÍAZ), hasta afirmar que es “la calidad de vida en relación con el hábitat territorial” (BLANCO LOZANO) o “el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad” (MARTÍN PARDO). DE LA CUESTA AGUADO, por su parte, destaca como tanto el artículo 319 CP como el 320 CP, se enmarcan en la lucha contra la corrupción urbanística, aunque lo hacen desde perspectivas distintas, en tanto que otros autores optan por centrarse en el recto funcionamiento de la Administración Pública (RAMÓN GARCÍA o DE LA MATA BARRANCO, entre otros), si bien con matices.

A excepción del planteamiento propuesto por MARTÍN PARDO, el resto de planteamientos doctrinales que defienden el carácter único del bien jurídico protegido circunscriben el bien jurídico protegido en el art. 320 CP al correcto funcionamiento de la Administración Pública o, lo que viene a ser lo mismo, a la legalidad en el ejercicio de dicha función; bien jurídico al que, con mayor o menor éxito, pretenden dotar de un contenido material, referido a valores como la calidad de vida, el uso racional del suelo o la distribución de los recursos urbanísticos, entre otros.

VII

En nuestra opinión, el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, no protege de manera simultánea dos diferentes bienes jurídicos por lo que no es un delito pluriofensivo. Primero, porque “el correcto ejercicio de la función pública” no es un interés jurídico-penalmente protegible; segundo, porque para que un delito pueda ser catalogado como pluriofensivo debe brindar protección de forma directa e inmediata a diferentes bienes jurídicos -no de manera preponderante y/o subsidiaria- y, tercero, porque “el orden territorial”, aun cuando *de lege ferenda* pudiera considerarse protegible, *de lege lata* no se corresponde con lo que, de forma directa e inmediata, tutela el art. 320.1 CP. Así, a nuestro entender, la agravación de la pena del art. 320 CP -en comparación con la prevista para el art. 404 CP- se explica por las funciones que este precepto cumple en la lucha contra la especulación y la corrupción urbanística.

VIII

Desde alguna doctrina partidaria de la pluriofensividad del art. 320.1 CP, se ha planteado la existencia de una subsidiariedad tácita de este precepto respecto del delito contenido en el art. 319 CP. En nuestra opinión, esta postura, consistente en sustituir la aplicación del art. 320.1 CP por el art. 319 CP cuando el supuesto peligro generado con la emisión del informe favorable se materialice en un resultado, no solo es cuestionable desde una perspectiva dogmática, sino también inadmisibles desde una perspectiva político criminal, principalmente,

porque conduce a soluciones que distorsionan la aplicación de aquel precepto (320 CP) y renuncia, en ocasiones, a la sanción de las conductas típicas a efectos del art. 320.1 CP. Así, el funcionario público que informa o incumple sus deberes de inspección para con ello, favorecer, encubrir o revestir de legalidad la conducta del promotor, constructor o técnico directos que realiza el tipo del art. 319 CP, resultaría beneficiado (por cuanto se le aplicaría el art. 319 CP) respecto del funcionario público que simplemente incumple con sus deberes de inspección del art. 320.1 CP. Y ello, porque este funcionario público (que realiza la conducta típica conforme al art. 320.1 CP para con ello favorecer, encubrir o revestir de legalidad la construcción o edificación constitutiva de un delito del art. 319 CP) en nuestra opinión, no es un mero partícipe sino, autor de su propio hecho (art. 320.1 CP) y partícipe en el hecho del particular (art. 319 CP).

IX

Tampoco se puede afirmar que entre los ilícitos contenidos en el art. 320 CP y los ilícitos contenidos en el art. 319 CP, exista una relación de “progresión criminal” -como sostienen VILLACAMPA ESTIARTE y RODRÍGUEZ PUERTA-, primero, porque, en nuestra opinión, no comparten objeto de tutela y, segundo, porque, la consunción solo es admisible cuando efectivamente con ello se dé respuesta a la totalidad del injusto. En caso contrario, habrá que acudir al concurso de delitos.

X

Hemos defendido que los arts. 319 CP y 320 CP se enmarcan en la lucha contra la corrupción, pero las finalidades de protección en ambos delitos son distintas. El artículo 320 CP, al contener un delito de prevaricación específica, tiene como objeto la protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública en la distribución de recursos urbanísticos y relacionados con la Ordenación del Territorio. Ahora bien, aunque esta figura es una fórmula explicativa convincente, difícilmente servirá para limitar al *Ius puniendi* pues su contenido valorativo es altamente impreciso y los valores *calidad de vida, uso racional del suelo, distribución de los recursos urbanísticos y ordenación del territorio* difícilmente pueden constituir bienes jurídicos, sino que funcionarán como la *ratio legis* del precepto. Ello aboca a buscar argumentos que legitimen la tutela penal del objeto jurídico formal. Para determinar qué es lo protegido en el artículo 320.1 CP es preciso partir de una consideración previa: la limitación a la libertad que comporta el Derecho penal en un Estado Democrático y de Derecho debe responder a la necesidad de proteger otro valor de similar relevancia constitucional. Como consecuencia, es preciso rechazar, ya en el plano teórico, aquellos bienes jurídicos que AMELUNG calificaba como “aparentes”, es decir, aquellos en los que lo protegido sería la propia norma de conducta o su vigencia, o el deber normativamente impuesto.

Negar el contenido material de “el correcto funcionamiento de la Administración Pública”, no implica negar ni su relevancia constitucional, ni su trascendencia para el Estado de Derecho. Es precisamente desde esta perspectiva desde la que, tal vez, se pueda fundamentar -legitimar- la incriminación de la infracción de aquellos deberes que impiden su correcto funcionamiento, siempre que su cumplimiento no pueda garantizarse por otras vías menos coercitivas que

la vía penal. Esta posibilidad de intervención penal en base a “deberes” tiene un primer límite -de forma similar a lo que sucede con los propios bienes jurídicos- y es que, tales deberes, cuyo cumplimiento se garantice penalmente, deben derivarse directamente de la Constitución, pues, de otro modo, no se podría limitar la intervención punitiva del Estado.

Desde luego, esta propuesta no pretende ser una alternativa a la Teoría del bien jurídico, sino tan solo complementarla desde una perspectiva crítica, aunque no es abiertamente admitida por la Doctrina que, en numerosas ocasiones, recurre a bienes jurídicos aparentes, altamente imprecisos, cuando no francamente vacíos de contenido y niega la posibilidad de admitir la infracción de un deber para legitimar la intervención penal.

**CAPÍTULO V: ESTRUCTURA
TÍPICA DE LAS CONDUCTAS
OMISIVAS DEL ART. 320.1 CP**

1. SUJETOS ACTIVOS

1.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

I. Antes de iniciar el estudio relativo a los requisitos típicos que determinan la condición de sujeto activo en los delitos omisivos de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, conviene efectuar una serie de precisiones en torno al concepto de “sujeto activo”.

Así, en primer lugar, cabe advertir que “sujeto activo” y “autor” son categorías dogmáticas distintas⁵²⁰. Sujeto activo será, desde una perspectiva *ex ante*, “la persona (física o jurídica) destinataria de la norma penal (primaria) y que, en su caso, reúna los requisitos típicos para realizar la acción”⁵²¹, en tanto que, autor será -desde una perspectiva *ex post*- el sujeto activo que ha realizado el hecho típico que se le imputa.

En segundo lugar, cabe advertir que, desde la perspectiva del sujeto activo, los delitos se clasifican en delitos comunes y en delitos especiales⁵²². Son

⁵²⁰ Véanse, en este sentido, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 95; GÓRRIZ ROYO, E. M., *El concepto de autor en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 73-82; QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 333.

⁵²¹ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Publica y de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 92.

⁵²² Véase, por todos, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pág. 70.

delitos comunes los que, desde una perspectiva *ex ante*, puedan ser realizados por cualquier persona, en tanto que, los delitos especiales⁵²³ sólo pueden ser cometidos por un determinado círculo de personas; personas que cumplen con los requisitos exigidos por el tipo. Los delitos especiales, a su vez, se pueden dividir en delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Los primeros “describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que, los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ello la misma conducta”⁵²⁴. Ello significa que, en estos delitos, la condición, por ejemplo, de autoridad o funcionario público que ha de poseer el sujeto activo es un elemento típico que fundamenta el tipo de injusto⁵²⁵. Por el contrario, los delitos especiales impropios cuentan con un (supuesto) correspondiente delito común destinado a ofrecer protección al mismo bien jurídico⁵²⁶ que el delito especial, pero sin exigir que el sujeto activo tenga que cumplir especiales requisitos o estar en una determinada posición respecto del bien jurídico protegido para poder ser considerado como tal. En estos delitos, la condición de autoridad o funcionario

⁵²³ Ha tratado ampliamente el tema de los delitos especiales GÓMEZ MARTÍN, V., *Los delitos especiales*, Buenos Aires, 2006, *passim*.

⁵²⁴ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 6ª ed., Barcelona, 2002, pág. 225.

⁵²⁵ En este sentido DE LA CUESTA AGUADO P. M., “Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”, en Fernández Teruelo (dir.), *Estudios penales en homenaje al Profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Ed. Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, pág. 185.

⁵²⁶ La supuesta correspondencia entre el bien jurídico protegido por el delito especial y el bien jurídico protegido por el delito común, como con razón afirma De La Cuesta Aguado, tiene que ser sometida a revisión. PUE, no parece del todo correcto afirmar que, entre el bien jurídico protegido, por ejemplo, a través del delito de malversación de caudales públicos y el bien jurídico protegido a través del delito de hurto o apropiación indebida exista tal correspondencia. Véase, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública”, *cit.*, págs. 98-99.

público del sujeto activo podrá fundamentar una agravación del injusto, pero no el injusto mismo.

II. A diferencia de la gran mayoría de los delitos contenidos en la Parte Especial del CP cuyas normas primarias van dirigidas genéricamente a “el que”, el art. 320.1 CP va dirigido a *la autoridad o funcionario público*, restringiendo de esta manera el círculo de posibles autores a aquellas personas que tengan la condición de funcionarios públicos o autoridades. Ahora bien, ello no significa que cualquier sujeto que tenga la condición de autoridad o funcionario público puede realizar los referidos tipos penales en concepto de autor, sino, solo aquel que (además) tenga competencias para realizar inspecciones urbanísticas - considerándose, por consiguiente, *extraneus* a cualquier otro funcionario o autoridad que carezca de tal competencia-. Así pues, además, de la condición de autoridad o funcionario público -requisito común a todas las conductas típicas del art. 320 CP- los delitos omisivos de prevaricación urbanística del art. 320.1 exigen la concurrencia de un requisito ulterior específico en la persona del sujeto activo: la competencia para inspeccionar.

De lo apuntado en líneas precedentes se desprende que los delitos omisivos de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP son delitos especiales (propios)⁵²⁷ que solamente pueden ser cometidos, en concepto de autor, por aquellos sujetos en los que concurren, de manera cumulativa, los referidos requisitos típicos -a cuyo estudio se dedican las siguientes páginas-.

⁵²⁷ Es decir, que no cuentan con un -supuesto- correspondiente delito común que dispense protección al mismo bien jurídico.

1.2. CARACTERÍSTICAS GENERALES: FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y AUTORIDADES

El Legislador de 1995, continuando con la tradición iniciada por el Código penal de 1848⁵²⁸, define los conceptos de “autoridad” y de “funcionario público” en el artículo 24 CP. Ahora bien, a pesar de la sistemática que el Legislador penal ha empleado en la redacción del art. 24 CP, esto es, definiendo primero el concepto de autoridad y posteriormente el de funcionario, entendemos con ROCA AGAPITO que “no cabe concebir una autoridad que no sea funcionario”⁵²⁹, lo que significa que se ha de adelantar el análisis del concepto “funcionario” al de “autoridad”⁵³⁰, por cuanto este no deja de ser un género de aquel.

1.2.1. EL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Se considerará funcionario público, según lo dispuesto en el art. 24.2 CP, a “todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por

⁵²⁸ Sobre los aspectos históricos del actual art. 24 CP, véase JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 23, Enero, 2011, págs. 150-152.

⁵²⁹ ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Pública y de Justicia*, Valencia, 2013, pág. 59.

⁵³⁰ En el mismo sentido, JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, cit., pág. 149.

nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Como se puede observar, el art. 24 CP, no establece quien “es” funcionario público -de ello se encarga el Derecho administrativo-, sino a quien se le “considera” funcionario público a efectos penales. Se trata, pues, de un concepto privativo del Orden penal⁵³¹ que no se corresponde con el concepto de “empleado público” del art. 8 del *Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*⁵³², propio del Derecho administrativo. Según el citado precepto “[s]on empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales”; teniéndose por tales, además de a los funcionarios de carrera, a los funcionarios interinos, al personal laboral ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y, también, al personal eventual.

Así pues, a efectos administrativos, se considera empleado público a la persona que desempeña su función, es decir, que ejerce su cargo, de manera retribuida en el seno de una Administración Pública -que se encuentra al servicio de los intereses generales-. Queda excluido, por tanto, de este concepto, el personal que desempeña sus funciones en el seno de una entidad empresarial pública de régimen jurídico privado, así como el personal que desempeña sus funciones en el seno de las fundaciones del sector público⁵³³.

⁵³¹ Vid. en este sentido, DELGADO GIL, A., *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 105.

⁵³² Aprobado por RDLeg. 5/2015, de 30 de octubre de 2015.

⁵³³ BENAVIDES SCHILLER, A., *El delito de fraude del funcionario público*, Ed. Bosch, Barcelona, 2016, pág. 106.

Cabe preguntarse, no obstante, si los “empleados públicos” tienen la consideración de funcionarios públicos a efectos penales. No parece haber dudas al respecto, pues quien, por nombramiento o en virtud de contrato laboral, *desempeña*⁵³⁴ su función en el seno de la Administración Pública, (sea, pues, un funcionario de carrera, interino, personal laboral o eventual), además de ser “empleado público” a efectos administrativos es, también, “funcionario público”, a efectos del art. 24 CP⁵³⁵. Lo que no significa, como con razón advierte DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, que también suceda al revés, es decir, que quien tenga la consideración de “funcionario público” a efectos penales, efectivamente lo sea para el Derecho administrativo⁵³⁶.

Ello pone de manifiesto que el concepto penal de funcionario público es sensiblemente más amplio que el concepto de empleado público⁵³⁷ del art. 8 del *Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, pues, a efectos penales, la mera participación en el ejercicio de la función pública confiere al

⁵³⁴ Nótese que “desempeñar” supone ejercer el cargo y, por lo tanto, indica una adscripción a la organización de la Administración Pública, lo que, a priori, parece que no se corresponde con la “participación” en el ejercicio de la función pública del art. 24 CP.

⁵³⁵ En igual sentido se pronuncia, GÓRRIZ ROYO, E. M., “Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas, en la práctica reciente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Núm. Extra 38, 2018, pág. 128-130.

⁵³⁶ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoridad y funcionario a efectos penales”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, 1995, pág. 710.

⁵³⁷ En este sentido, se pronunció el Tribunal Supremo en la Sentencia 1030/2007, de 4 de diciembre, al afirmar que “se trata de un concepto más amplio que el regulado por el derecho administrativo, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen de su nombramiento que ha de ser por una de las vías que el art. 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo(...). Se trata de un concepto nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un pensamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo”.

sujeto la categoría de funcionario público, siempre, claro está, que esté habilitado por uno de los títulos previstos en el art. 24 CP.

Los criterios determinantes para considerar que una determinada persona es funcionario público a efectos penales son, según el art. 24. 2 CP: la participación en el ejercicio de la función pública y el título habilitante. Pero ¿qué se ha de entender por “función pública” y por “participación” a efectos de este precepto?

A. El concepto de “función pública”

La determinación del significado del concepto de “función pública” según afirma la Doctrina, quizás sea la cuestión más compleja y difícil que atañe al concepto penal de funcionario público⁵³⁸. La dificultad de determinar cuándo se están realizando funciones pública y cuándo no, deriva, principalmente, de la expansión que la Administración Pública ha experimentado en los últimos años; expansión que se manifiesta tanto en la aparición de diferentes órganos encargados de desarrollar actividades administrativas bajo régimen de Derecho Público- como, por ejemplo, los Organismos Autónomos-, como en la aparición de órganos instrumentales ajenos al Derecho Público- como son las sociedades mercantiles de capital público y régimen jurídico Privado. Otro de los factores que, indudablemente, agudiza la dificultad de distinguir entre la función pública y la privada es, la cada vez más frecuente, presencia de entidades privadas

⁵³⁸ Así, ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, cit., pág. 64.

colaboradoras en la gestión de servicios públicos⁵³⁹ o, lo que es lo mismo, la gestión de los servicios públicos de forma indirecta por la Administración Pública⁵⁴⁰.

La Doctrina penal, de forma mayoritaria⁵⁴¹, así como la Jurisprudencia⁵⁴², siguiendo un criterio mixto subjetivo-material, entienden que se estará ante una verdadera “función pública” cuando la Administración Pública -a cuyo servicio se encuentre la persona en cuestión- venga desarrollando una función orientada a los intereses generales propios de la Administración. Para esta tesis resulta irrelevante el régimen jurídico que rige la creación y desarrollo de la actividad que el respectivo ente desempeña. Así, tan pública será la función desarrollada por una sociedad mercantil que despliega su actividad conforme al Derecho Privado (empresas privadas que, en virtud de concesión, gestionan un servicio público), como la que puede desarrollar un Organismo Autónomo creado conforme al Derecho Administrativo y sometido al mismo.

⁵³⁹ Fenómeno íntimamente relacionado con la sustitución de la previa autorización por la comunicación previa o la declaración responsable y que, en palabras de Nogueira López, comporta “la transformación de una Administración autorizadora a una Administración comprobadora. Véase, NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: defensa de los intereses generales y garantías de los ciudadanos”, en Nogueira López (dir.), *La termita Bolkestein: mercado único vs. derechos ciudadanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, pág. 99.

⁵⁴⁰ Sobre la concesión administrativa de determinadas facultades inspectoras a los particulares, véase, AMENÓS ALAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Ed. Cedes, Barcelona, 1999, pág. 124-128.

⁵⁴¹ Por todos, ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, cit., pág. 74.

⁵⁴² En este sentido se pronunció el TS en la Sentencia 68/2003 afirmando que la condición de funcionario vendrá conferida por la “participación en el ejercicio de funciones públicas, tanto las del Estado, Entidades Locales y Comunidades Autónomas, como las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, a veces la de una sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento. Cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública”.

Frente a la tesis subjetivo-material que concibe la “función pública” en sentido lato, un sector doctrinal, así como alguna jurisprudencia⁵⁴³ alegando razones de política criminal, propone recurrir a un criterio mixto restrictivo para delimitar la función pública *strictu sensu* exigiendo la concurrencia simultánea de tres elementos: subjetivo, objetivo y teleológico⁵⁴⁴. Así, desde la perspectiva de la tesis restrictiva, se estará ante una verdadera función pública cuando el ente que la esté desarrollando sea un ente público (elemento subjetivo) sometido al Derecho Público (elemento objetivo) y se trate de una actividad teleológicamente orientada a la consecución de fines generales (elemento teleológico)⁵⁴⁵.

Según el criterio mixto restrictivo, en el momento en el que falte alguno de tres requisitos –objetivo, subjetivo o teleológico–, la función ya no será pública y el sujeto que participa en ella no podrá ser considerado funcionario público a efectos del art. 24 CP. De este modo, la actividad desarrollada por una entidad pública empresarial creada por un ente administrativo u organismo autónomo, de capital entera o mayoritariamente público, pero sometida a las reglas del Derecho Privado, no tendrá la consideración de función pública, aunque su actividad se oriente a la consecución de fines generales. Consecuentemente, el

⁵⁴³ Por todas la STSJ de Cantabria 1/2014, de 8 de abril de 2014, confirmada en casación por la STS 796/2014, de 19 de noviembre de 2014.

⁵⁴⁴ En este sentido, véanse, DELGADO GIL, A., *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Valencia, 2008, pág. 107; VIVES ANTÓN, T.S., *Detenciones ilegales*, Barcelona, 1977, págs. 51 y 52.

⁵⁴⁵ Comparte esta concepción QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículos 1 a 233)*, cit., pág.321. Afirma el autor que, a efectos de delimitar el alcance del concepto de funcionario, se ha de acudir a la combinación “o suma de criterios, visibles en el Código Penal y que la doctrina y la jurisprudencia resumen en las ideas de servicio de los entes y organismos públicos, sometimiento de la actividad al control del derecho administrativo y orientación a las finalidades constitucionalmente propias de la Administración Pública”.

personal que se encuentre a su servicio, tampoco, tendrá la consideración de funcionario público a efectos del art. 24 CP⁵⁴⁶.

Ciertamente, la concepción de la “función pública” de la teoría mixta restrictiva crea un espacio de impunidad a favor de todos aquellos sujetos que se encuentran al servicio de cualquier ente público de capital entera o mayoritariamente público que, desarrollando actividades de interés general, someten su actividad a las normas de Derecho Privado⁵⁴⁷. Es más, delimitar la función pública de la función privada sobre la base en este criterio, podría “favorecer” la huida del Derecho Administrativo, por cuanto ello comportaría, también, una huida del Derecho Penal⁵⁴⁸.

Por ello, a efectos de la presente investigación, nos posicionamos con la tesis subjetivo-material, y entendemos que habrá función pública en todos aquellos casos en los cuales la Administración Pública –en sentido amplio- venga desarrollando de forma directa o indirecta actividades públicas orientadas a los intereses generales. Pues, tal como se puso de manifiesto en la STS 166/2014, de

⁵⁴⁶ En la práctica judicial se ha recurrido al criterio mixto restrictivo, entre otros, en denominado caso “CANTUR” del que conoció el TSJ de Cantabria. El Órgano Judicial afirmó, en la STSJC 1/2014, de 8 de abril que, a pesar de que “CANTUR es una empresa sometida al Derecho Privado. La presencia de capital cien por cien públicos no altera la naturaleza de su actuación en el ámbito mercantil. Una cosa es que tales sociedades estén sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación y otra que eso mute la naturaleza jurídica de su actuación”. Así, el Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Regional Cántabra de Promoción Turística S.A.-CANTUR- y el Director Gerente de la misma, a pesar de haber suscrito una serie de contratos al margen de la Ley, quedaron absueltos (se les imputaba un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP), pues el Tribunal estimó que la naturaleza jurídica de la actuación empresarial que CANTUR venía desarrollando era privada, por lo que, los mencionados sujetos no actuaban en asunto administrativo.

⁵⁴⁷ Este sería el caso de las Entidades Públicas Empresariales, pues según MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes Administrativas*, 19ª ed., Navarra, 2013, pág. 873, estos entes públicos “que someten su actividad externa al régimen jurídico-privado (...) según el art. 2.2 de la Ley 30/1992 son Administraciones Publicas”.

⁵⁴⁸ Vid. ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, cit., pág. 71.

28 de febrero, “[s]e impone en este punto, más que en otros, un ponderado «levantamiento del velo»: estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una «huida del Derecho Penal», sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material.”

B. La “participación” (en la función pública)

Sobre el significado de la “participación” en la función pública tampoco hay unanimidad en la Doctrina penal. Así, un sector doctrinal entiende que la participación en la función pública supone ejercer el cargo⁵⁴⁹, en tanto que, otro sector considera que la participación a la que se refiere el art 24 CP no requiere un ejercicio efectivo del cargo⁵⁵⁰. A nuestro juicio, tiene razón ROCA AGAPITO cuando afirma que el Código penal exige únicamente la participación en el ejercicio de funciones públicas y no la incorporación o adscripción a la

⁵⁴⁹ Así, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., “El concepto penal de funcionario público”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 27, 1985, pág. 484.

⁵⁵⁰ En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 139; JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, cit., pág. 163; ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, cit., pág. 75.

organización de la Administración Pública, que es lo que viene a significar el ejercicio del cargo⁵⁵¹.

C. El título habilitante

Para que la persona que participa en el ejercicio de las funciones públicas tenga la consideración de funcionario público a efectos del art. 24 CP, tiene que estar habilitada por alguno de los títulos a los que se refiere el precepto. De manera que, el título que habilita el acceso a la función pública es, junto a la participación en el ejercicio de esta, un elemento nuclear del concepto de funcionario público del art. 24 CP⁵⁵².

Según el tenor literal del art. 24 CP la participación en la función pública puede traer causa, en primer lugar, de las disposiciones inmediatas de la Ley, en segundo lugar, del resultado de las elecciones y, finalmente, del nombramiento realizado por autoridad competente.

⁵⁵¹ ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, cit., pág. 75.

⁵⁵² En este sentido se pronuncia, también, el Tribunal Supremo en la Sentencia 876/2006, de 6 de noviembre al establecer que “ambos elementos conforman el concepto de funcionario público a los efectos del Código Penal, de manera que es la concurrencia de ambos la que determina el exacto contenido, sin que pueda extenderse tal condición a toda persona que participa en el ejercicio de funciones públicas, pues el concepto penal requiere la concurrencia de ambos. Para situar el concepto es preciso atender no solo la participación en el ejercicio de funciones públicas, pues en muchas ocasiones es la Ley la que transfiere al ciudadano la realización de funciones públicas, sino también, como elemento esencial, a la posesión del título habilitador de la condición de funcionario público”.

Se ha discutido en la Doctrina si estamos ante tres títulos distintos o si, por el contrario, estamos ante uno solo al que se pueden reconducir los otros dos⁵⁵³. De esta segunda opinión es, entre otros, MUÑOZ CONDE⁵⁵⁴, quien considera que “estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una: la disposición por Ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que las determine”. Sin embargo, tanto la Jurisprudencia como la Doctrina, de forma inmensamente mayoritaria, entienden que el art. 24 CP contiene tres formas distintas de habilitación a la función pública, ya que del tenor literal del precepto no cabe inferir otra cosa⁵⁵⁵-tesis a la que nos adherimos.

Por disposición inmediata de la ley podrán participar en el ejercicio de la función pública, además de los funcionarios de carrera -quienes, conforme a la ley, hayan sido designados a través de un proceso de selección-, el personal laboral o eventual que, de conformidad con las disposiciones de la Ley, estén habilitados para participar en el ejercicio de la función pública⁵⁵⁶. El concepto de “ley” del art. 24.2 CP, a pesar de haber suscitado controversias en un primer momento, hoy día está ampliamente aceptado en su sentido restrictivo. Así, se entiende por ley “la disposición general que formalmente pueda encuadrarse en

⁵⁵³ JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, cit., pág. 163.

⁵⁵⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 19^a ed., Valencia, 2013, pág. 898.

⁵⁵⁵ JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, cit. pág. 164.

⁵⁵⁶ BENAVIDES SCHILLER, A., *El delito de fraude del funcionario público*, cit., págs. 120-121.

dicha categoría normativa, quedando al margen de este concepto los actos normativos jerárquicamente inferiores a la ley”⁵⁵⁷.

Por otro lado, y en relación con el segundo título habilitante, participan en el ejercicio de la función pública, a efectos penales, además de las personas que hayan sido elegidas por sufragio universal, libre, directo y secreto, las que hayan sido elegidas por un determinado sector social o, incluso, de forma indirecta por los ciudadanos⁵⁵⁸ -como, por ejemplo, los alcaldes⁵⁵⁹.

Finalmente, participan en el ejercicio de la función pública y son funcionarios públicos, a efectos penales, los sujetos que hayan sido nombrados por autoridad competente en virtud de la libre designación.

Lo determinante, pues, para que a un sujeto se le considere funcionario público a efectos penales no es que ejerza el cargo, ni que lo haga con carácter retribuido y, ni siquiera, que desempeñe sus funciones en el seno de una Administración Pública que se encuentra al servicio de los intereses generales; lo que determina que el sujeto sea tenido por funcionario público a efectos penales es exclusivamente su participación en el ejercicio de la función pública, siempre que tal participación traiga causa de las disposiciones inmediatas de la Ley, del

⁵⁵⁷ Véase, ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, cit., pág. 76.

⁵⁵⁸ En este sentido se pronuncia, entre otros, ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, cit., pág. 77; JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, cit. pág. 166 y BENAVIDES SCHILLER, A., *El delito de fraude del funcionario público*, cit., págs. 121-122

⁵⁵⁹ En contra, ROJAS BENÍTEZ, O., *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2009, pág.229. Según la autora, las elecciones a las que se refiere del art. 24 CP son de carácter universal, libre directo y secreto.

resultado de un proceso de elecciones o de un nombramiento realizado por autoridad competente.

Analizado someramente el concepto de funcionario público, en lo que sigue, nos ocuparnos del segundo sujeto definido por el art. 24 CP y que, junto al funcionario público puede ser sujeto activo del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, la autoridad.

1.2.2. EL CONCEPTO PENAL DE AUTORIDAD

I. El concepto penal de autoridad se encuentra definido en el art 24.1 CP. Según el referido precepto penal, se reputará autoridad, a efectos penales “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, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal”.

La autoridad, según Doctrina penal mayoritaria, es una especie de funcionario que se caracteriza, y diferencia de los demás funcionarios, por tener mando o ejercer jurisdicción propia⁵⁶⁰. La expresión “tener jurisdicción propia” se ha de entender en sentido amplio, evitando restringir su operatividad, únicamente, a juzgar y ejecutar lo juzgado según lo dispuesto en el art. 117 CE, pues también tienen jurisdicción propia los sujetos competentes en resolver

⁵⁶⁰ Por todos, JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, cit. pág. 167.

asuntos administrativos⁵⁶¹. Tendrá mando y jurisdicción propia aquel sujeto que posea la suficiente capacidad como para reclamar obediencia, para tomar decisiones y para determinar conductas ajenas⁵⁶². Lo que significa que “el poder, la capacidad de decidir y resolver y de obligar a cumplir lo mandado”⁵⁶³ son las características esenciales del concepto de autoridad.

La condición de autoridad, según lo preceptuado en el art. 24 CP, la tendrá todo aquel sujeto que tenga mando o ejerza jurisdicción propia, ya sea por sí mismo, ya como miembro de alguna de corporación, tribunal u órgano colegiado. También, se les considera autoridades, a efectos penales, aunque ni ejercen jurisdicción propia, ni tienen mando, a los parlamentarios nacionales, autonómicos y europeos⁵⁶⁴.

II. Por otro lado, la diferenciación que el art. 24 CP efectúa entre funcionario público y autoridad, a efectos de delimitar los posibles sujetos activos y, consiguientemente, la autoría en el art. 320.1 CP, carece de cualquier virtualidad, pues las consecuencias jurídicas son idénticas para ambas clases de sujetos. En este sentido, quizás tenga razón DE LA CUESTA AGUADO cuando afirma que “la definición de los conceptos de autoridad y funcionario público

⁵⁶¹ Por ejemplo, en vía administrativa quien resuelve un recurso de alzada es el superior jerárquico del órgano que ha emitido el acto recurrido, éste ejerce jurisdicción propia.

⁵⁶² Vid. ROJAS BENÍTEZ, O., *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, cit., pág. 223-224.

⁵⁶³ ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la administración pública (I). Prevaricación. Abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos. Desobediencia y denegación de auxilio. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos”, en *Derecho Penal Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 2010, pág. 700.

⁵⁶⁴ Opción legislativa criticada por ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, cit., pág. 87.

contenidos en el art. 24 CP deben ser sometidos a seria revisión de la que, probablemente, proceda la desaparición del concepto jurídico penal de autoridad por autoritario e inútil y la profunda revisión del concepto jurídico penal de función pública”⁵⁶⁵.

Por último, resta por añadir que “autoridad” y “agente de la autoridad” no son conceptos sinónimos. Pues, mientras que a través del primero se designa al sujeto que ejerce mando y/o jurisdicción propia, a través del segundo se designa a quién ejecuta las decisiones de la autoridad⁵⁶⁶. El agente de la autoridad, como tal, no está contemplado entre los posibles sujetos activos del delito de prevaricación, lo que no significa que, alguno de los posibles sujetos activos del delito de prevaricación urbanística -esto es, los inspectores urbanísticos, por ejemplo- puedan tener, desde el punto de vista del Derecho administrativo, la condición de agente de la autoridad⁵⁶⁷.

Pero, además de poseer la cualidad de autoridad o funcionario público, el sujeto activo, a efectos del art. 320.1 CP en relación con las modalidades omisivas, tiene que ser competente para realizar inspecciones urbanísticas.

⁵⁶⁵ DE LA CUESTA AGUADO P. M., “Sujetos y autores en los delitos de funcionarios: dos reflexiones teóricas con incidencia práctica”, cit., pág. 182.

⁵⁶⁶ JAVATO MARTÍN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, cit. pág. 167.

⁵⁶⁷ Sobre esta cuestión volveremos al abordar las características específicas de los sujetos activos de las conductas omisivas del art. 320.1 CP.

1.3. CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS: AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMPETENTES PARA REALIZAR INSPECCIONES URBANÍSTICAS

I. Sujeto activo a efectos de las conductas típicas omisivas del art. 320.1 CP, como ya se apuntó, no puede ser cualquier autoridad o funcionario público, sino, únicamente aquel que, en virtud de su cargo, resulte competente para realizar inspecciones de carácter urbanístico.

Como ya se puso de manifiesto en el Capítulo III de la presente investigación, tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, el sistema de fuentes del Derecho Urbanístico español está compuesto por las diecisiete Leyes autonómicas de ordenación del territorio y urbanísimo⁵⁶⁸, que, a su vez, están delimitadas por las normas estatales no urbanísticas pero con incidencia en la materia⁵⁶⁹ y, de manera supletoria, por la legislación estatal preconstitucional, esto es, el TRLS/1976, aprobado por RD 1346/1976, de 9 de abril⁵⁷⁰, más las normas de naturaleza reglamentaria pre y post constitucionales.

Por lo que respecta la inspección urbanística, en cuanto actividad administrativa dirigida “a comprobar que los actos con relevancia urbanística se

⁵⁶⁸ En Ceuta y Melilla, el Derecho urbanístico vigente es de origen estatal, pues, como es sabido, dichas Ciudades Autónomas carecen de capacidad legislativa.

⁵⁶⁹ Especial mención merece el *Texto Refundido de la Ley de Suelo*, aprobado por RDLeg. 2/2008, de 20 de junio.

⁵⁷⁰ Vid. MARTÍN REBOLLO, L. *Leyes Administrativas*, cit., págs. 2127-2128.

ajustan al ordenamiento jurídico”⁵⁷¹, cabe destacar que, en la actualidad (la inspección urbanística), se encuentra regulada en las diversas Leyes autonómicas de ordenación del territorio y el urbanismo que integran el Derecho urbanístico español *strictu sensu*. Todas ellas, aunque con diferente “alcance y amplitud”⁵⁷², como indica TEJEDOR BIELSA, regulan la inspección urbanística atribuyendo las competencias sobre la misma a las Administraciones autonómicas y locales, respectivamente. Así, la Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria*, en el art. 203 establece que “[l]as Administraciones Públicas competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo y, en particular, los municipios y la Administración autonómica en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a los principios de colaboración y coordinación, ejercerán funciones inspectoras con el fin de comprobar e investigar el cumplimiento de la normativa urbanística y de ordenación territorial”. Así, pues, en una primera aproximación, se puede constatar que, al menos en Cantabria, los sujetos competentes para realizar inspecciones urbanísticas son las autoridades y funcionarios públicos que se integran en la Administración Pública autonómica y local. Ahora bien, como se puede observar, la Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria* no deslinda los respectivos ámbitos competenciales, lo que, por otro lado, no es ninguna “especialidad” de la Ley cántabra, sino una constante dentro de la mayoría de las normas autonómicas relativas a la ordenación del territorio y el urbanismo⁵⁷³, como, por ejemplo, la

⁵⁷¹ BARCELONA LLOP, J., “Inspección urbanística”, en Martín Rebollo/ Bustillo Bolado (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo II*, Navarra, 2009, pág.1192.

⁵⁷² TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, en Díez Sánchez (coord.), *Función Inspectora*, Ed. INAP, Madrid, 2013, pág. 125.

⁵⁷³ Vid. TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 136.

Ley asturiana⁵⁷⁴ (art. 256), la Ley canaria⁵⁷⁵ o, la vasca⁵⁷⁶. Otras Comunidades Autónomas, como Aragón⁵⁷⁷ o Castilla-La Mancha⁵⁷⁸, por el contrario, han optado por atribuir las competencias para realizar inspecciones urbanísticas, principalmente, a los municipios y, subsidiariamente, a la Administración autonómica. Especial mención merecen, en este sentido, la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, de *Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura*, cuyo art. 18.2 prevé que la inspección urbanística “se ejercerá por: a) Los Ayuntamientos; b) Las Mancomunidades de municipios y demás entidades con competencias urbanísticas de ámbito supramunicipal” y el *Texto Refundido de la Ley foral de ordenación del territorio y urbanismo*⁵⁷⁹ que, en términos similares a la Ley extremeña, atribuye -art. 200.1- la competencia a los ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias que correspondan a la Administración autonómica.

Fuera cual fuere, no obstante, el concreto ámbito competencial en el que las diferentes Administraciones Públicas desempeñan sus funciones de vigilancia y control de la legalidad urbanística, lo determinante a efectos de la presente investigación (y por lo que respecta los posibles sujetos activos del art. 320.1 CP) es que, de conformidad con las diversas normas autonómicas, las funciones de

⁵⁷⁴ *Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo*, aprobado por Decreto-Legislativo 1/2004, de 22 de abril.

⁵⁷⁵ Art. 229 de las *Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias*, aprobada por Decreto-Legislativo 1/2000, de 8 de mayo.

⁵⁷⁶ Ley 2/2006, de 30 de junio, de *Suelo y Urbanismo*.

⁵⁷⁷ Art. 261, del *Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón*, aprobado por, Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón.

⁵⁷⁸ Art.174 del *Texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha*, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo.

⁵⁷⁹ Aprobado por Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio.

inspección urbanística son desempeñadas por “inspectores urbanísticos”⁵⁸⁰ a los que, por norma general, se les confiere la condición de agentes de la autoridad⁵⁸¹.

II. El ejercicio de estas funciones, en el ámbito municipal, y en contra de lo que afirma GÓRRIZ ROYO⁵⁸², lo normal es que no recaigan en los alcaldes, sino en los empleados públicos adscritos a las unidades administrativas que detentan tales funciones⁵⁸³, así como, en la Policía Local⁵⁸⁴ quienes, como indica BARCELONA LLOP, “están legalmente compelidos a velar por el cumplimiento de las ordenanzas y demás disposiciones municipales”⁵⁸⁵. Respecto de estos últimos, cabe preguntarse, no obstante, si también tienen la capacidad de levantar actas de inspección, sobre todo, teniendo en cuenta que, generalmente, se trata de personal no especializado. La Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria*, parece limitar tal capacidad a los inspectores urbanísticos propiamente dichos, pues, después de referirse en el art. 202.1 a los inspectores urbanísticos y a los policías locales como sujetos

⁵⁸⁰ Vid. art. 206 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria* o el art. 18. 3 de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, *de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura*

⁵⁸¹ Vid., AMENÓS ALAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, cit., pág. 120; FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 230-232.

⁵⁸² GÓRRIZ ROYO, E. M., “Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas, en la práctica reciente”, cit., pág. 136.

⁵⁸³ Vid. TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 138.

⁵⁸⁴ Según lo dispuesto en art. 206 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria*, el ejercicio de las funciones de inspección en Cantabria recae en “los inspectores urbanísticos y los policías locales”.

⁵⁸⁵ BARCELONA LLOP, J., “Inspección urbanística”, cit., pág. 1201.

competentes para realizar inspecciones urbanísticas, en el apartado tercero del mismo precepto establece que las actas y diligencias expandidas por los inspectores urbanísticos tendrán naturaleza de documento público y valor probatorio de los hechos que motiven su formulación. De manera que, sin una previsión expresa en ese sentido, la Ley cántabra, implícitamente, está excluyendo a los policías locales de la posibilidad de levantar actas de inspección⁵⁸⁶. Ahora bien, la falta de capacidad para levantar actas de inspección urbanísticas no implica, a nuestro juicio, que los policías locales no puedan ser sujetos activos del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP en sus modalidades omisivas. Pues, como hemos visto, lo determinante a tales efectos es que se trate de sujetos que ostenten el carácter de autoridades o funcionarios públicos -a efectos del art. 24 CP- y que tengan competencias para realizar inspecciones urbanísticas, requisitos que indudablemente se cumplen.

III. La inspección urbanística, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, con la excepción de alguna⁵⁸⁷ en la que sí existen cuerpos específicos de inspección urbanísticos, se lleva a cabo por personal adscrito a las unidades administrativas autonómicas que detentan tales funciones; personal que, desde el punto de vista del Derecho penal, tiene la consideración de funcionario

⁵⁸⁶ Tejedor Bielsa, por su parte, entiende que la capacidad de levantar actas de inspección es privativa del personal inspector propiamente dicho. Véase, TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 141.

⁵⁸⁷ Como Andalucía -donde existe el *Cuerpo de Inspectores de Ordenación del Territorio Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía*, que fue creado por la Disposición Adicional cuarta 1. de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, *de medidas para la vivienda protegida y el suelo*- o Galicia -donde, por art. 10 de la Ley 2/2016, de 10 de febrero, *del Suelo* de Galicia se creó la *Agencia de Protección de la Legalidad Urbanística*.

público, por cuanto, se trata de sujetos adscritos a la Administración Pública que ejercen funciones, asimismo, públicas.

Ciertamente, tiene razón BARCELONA LLOP cuando afirma que lo deseable sería que los funcionarios que ejercen las funciones de inspección urbanística cuenten con la debida especialización, pues, sus carencias en este sentido, amén de otras implicaciones, pueden repercutir en la capacidad de actuar de tales sujetos; capacidad que, como, se verá, y por lo que respecta a los delitos de omisión pura, se erige en “límite exegético de la conducta típica omisiva”⁵⁸⁸. En igual medida, sería deseable, que los inspectores urbanísticos gozaran de autonomía en el ejercicio de sus funciones, para, de ese modo, ejercer sus funciones sin injerencias externas⁵⁸⁹, lo que, desde luego, no parece perseguir el art. 18 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía⁵⁹⁰. El referido precepto reglamentario prevé la posibilidad de que el titular del Centro Directivo de Inspección, en caso de “discrepancia técnico jurídica” con los criterios mantenidos por el inspector encargado de algún asunto, asigne dicho asunto a otro inspector, lo que, en opinión de JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, no es sino una habilitación a una injerencia indebida en la independencia del personal integrante del Cuerpo de Inspectores de Ordenación del Territorio Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, II: Profili Dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, cit., págs. 824-825.

⁵⁸⁹ Vid. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, F. J., “La inspección urbanística”, en Torres López/ Arana García (coord.), *La disciplina urbanística en Andalucía*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 271.

⁵⁹⁰ Aprobado por Decreto 225/2006, de 26 de diciembre.

⁵⁹¹ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, F. J., “La inspección urbanística”, cit., pág. 276.

Por otro lado, y en relación con el titular del Centro Directivo de Inspección al que nos acabamos de referir o, al Director General de la unidad administrativa que detenta las funciones de inspección urbanística, solamente podrá realizar el delito de prevaricación urbanística en concepto de autor (en sus modalidades omisivas) cuando sea, también, inspector urbanístico, en caso contrario, tendrá la consideración de *extraneus*⁵⁹².

Por último, y aunque sea de forma necesariamente sucinta, debemos referirnos a lo que en la Doctrina administrativa se conoce como “liberalización de servicios”⁵⁹³ o “privatización de funciones”⁵⁹⁴. Se trata de un fenómeno por el que -generalmente, en virtud de autorizaciones o contratos administrativos de concesión- “se traslada el ejercicio de la función pública a entidades privadas”⁵⁹⁵. Las formas más frecuentes bajo las que se presenta la “privatización de funciones” son: la colaboración y la gestión de servicios públicos. Así, la Administración Pública puede suscribir un contrato de servicio de colaboración y asistencia para la inspección urbanística con una entidad privada⁵⁹⁶ o puede,

⁵⁹² Sobre la posibilidad de sancionar al titular de la unidad administrativa en concepto de autor por un delito de prevaricación urbanística en sus modalidades omisivas volveremos en las siguientes páginas.

⁵⁹³ Así, TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., págs. 156-157.

⁵⁹⁴ Así, JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, F. J., “La inspección urbanística”, cit., pág. 292.

⁵⁹⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J., “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, en Ortega Álvarez (dir.), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Ed. INAP, Madrid, 2011, pág. 85.

⁵⁹⁶ Fenómeno bastante frecuente en el ámbito de la inspección tributaria y que ha generado, incluso, algún pronunciamiento judicial. Así la Sentencia 4/2016 del Tribunal Superior del País Vasco (Sala de lo contencioso administrativo), de 19 de enero de 2016, declara la nulidad del Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Legutio, de 28 de octubre de 2013 de adjudicación d contrato de servicio de colaboración y asistencia para la inspección de tributos por considerar que, en realidad, otorgaba al contratista funciones que implican ejercicio de autoridad y no meras tareas de apoyo y auxilio.

directamente, gestionar dicho servicio de forma indirecta. Fuera cual fuere la fórmula empleada, lo cierto es que bajo las mismas se permite la participación, - cuando no el ejercicio propiamente dicho- de las entidades privadas en la función pública. Así las cosas, cabe preguntarse hasta qué punto la realización de inspecciones, la recogida de datos y demás actividades que pueden desempeñar las entidades colaboradoras -en virtud de autorización o concesión y que, desde luego, supone una participación en el ejercicio de la potestad pública- no vulnera el art. 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público⁵⁹⁷; cuestión que, no obstante, por exceder de los límites y objetivos que se derivan de la presente investigación, nos limitamos a dejar planteada.

Legal o no, lo cierto es el desempeño de actividades de inspección por parte de colaboradores privados es una realidad a la que, como afirma, TEJEDOR BIELSA, el urbanismo y la edificación no están ajenos⁵⁹⁸. Por ello, y al objeto de la presente investigación, lo que nos interesa saber es si estos sujetos privados pueden integrar el círculo de sujetos activos del delito de prevaricación urbanística omisiva del art. 320.1 CP. A nuestro entender, desde el momento en el que dichos sujetos participan en la función pública en virtud de “nombramiento” -autorización o concesión- han de ser considerados funcionarios públicos a efectos penales y, por lo tanto, posibles sujetos activos del delito de prevaricación urbanística omisiva del art. 320.1 CP.

⁵⁹⁷ Según dicho precepto “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

⁵⁹⁸ TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 158.

2. SILENCIAR LA INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE ORDENACIÓN O URBANÍSTICAS VIGENTES

La primera de las conductas omisivas típicas del art. 320.1 CP consiste en silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes con motivo de inspecciones⁵⁹⁹. Esta modalidad omisiva, como ya hemos tenido oportunidad de apuntar, ha sido introducida por LO5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó el Código penal y hasta día de hoy no ha generado pronunciamiento judicial alguno. Como veíamos en el Capítulo III de la presente investigación, puede que su nula aplicación judicial sea el resultado de la confluencia de múltiples factores extrínsecos al Derecho penal⁶⁰⁰ pero, quizás, también, intrínsecos al mismo y que se derivan de a técnica penal seguida en la configuración del tipo -a cuyo estudio dedicaremos las siguientes páginas-.

2.1. SITUACIÓN TÍPICA

La situación típica tiene la virtualidad de describir las circunstancias en las que los sujetos que la perciban deben actuar en el sentido exigido por la norma

⁵⁹⁹ Art. 320.1 “La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia (...) o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas (...) será castigado con la pena establecida en el art. 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”.

⁶⁰⁰ Como los que se derivan de la propia estructura del Derecho urbanístico español, o los inherentes a la crisis económica que generó el estallido de la “burbuja inmobiliaria”.

jurídico-penal. Ahora bien, antes de determinar cuáles son los elementos o circunstancias que conforman la situación típica y que, por tanto, activan el deber de actuar en el delito que nos ocupa, debemos determinar cuál es el significado del verbo típico “silenciar” del art. 320.1 CP.

2.1.1. “SILENCIAR”

Silenciar, según el Diccionario de la RAE⁶⁰¹, significa “callar u omitir algo sobre algo o alguien”. Así, a efectos del delito que nos ocupa, silenciar significa callar u omitir la infracción de las normas de ordenación o urbanísticas vigentes que, con motivo de inspecciones, se hubiera constatado. Ahora bien, en función del sujeto concreto que realice la inspección el “silencio” se puede realizar de una forma u otra. En este sentido, se pueden distinguir tres posibles escenarios: a) inspección realizada por inspector urbanístico (propiamente dicho); b) inspección realizada por agente de la Policía Local; c) inspección realizada por particular en virtud de contrato suscrito entre Administración Pública y empresa colaboradora o en virtud de autorización.

a) Los inspectores urbanísticos, como agentes de la autoridad, documentan las actuaciones de inspección en actas de inspección que deben levantar al efecto⁶⁰². El acta de inspección es el “documento en el que se recoge el resultado de las actuaciones de comprobación o investigación, y, en consecuencia, se declara bien la conformidad de la actividad inspeccionada a la

⁶⁰¹ Diccionario de la RAE, aceptación 1ª del verbo «silenciar», 23ª edición.

⁶⁰² Vid., TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 154.

legalidad o, por el contrario, se propone o acuerda lo necesario para corregir las posibles irregularidades observadas”⁶⁰³. De modo que, las actas de inspección pueden ser: de conformidad o de infracción⁶⁰⁴. En vista de lo apuntado, el inspector urbanístico podrá “silenciar” las infracciones constatadas durante la inspección levantando acta de conformidad, en detrimento del acta de infracción. También inhibiéndose de levantar el debido acta⁶⁰⁵ y, finalmente, podrá “silenciar” la infracción no dando trámite al acta de infracción.

b) Los agentes de policía que efectúan inspecciones urbanísticas, hemos convenido que carecen de capacidad para levantar actas de inspección, lo que no significa que no puedan realizar el tipo. La forma más común de “silenciar” las infracciones constatadas por los agentes quizás sea no denunciándolas ante el superior jerárquico.

c) El colaborador privado, generalmente, documenta las actividades de inspección en informes que, posteriormente, la Administración Pública suscribe⁶⁰⁶. Así, la forma más común de ocultar las irregularidades que el

⁶⁰³ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, cit., pág. 442.

⁶⁰⁴ También pueden ser de obstrucción, cuando, el inspeccionado, su representante o empleados obstruyan la realización de la inspección. Véase el art. 34.3 del *Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo.

⁶⁰⁵ Esta posibilidad de “silenciar” las infracciones presenta dificultades añadidas, pues, cada vez viene siendo más frecuente que las normas autonómicas exijan la llevanza de libros de visitas efectuadas y un registro de las actas.

⁶⁰⁶ Para más detalles, véase la *Ordenanza por la que se establece el Régimen de Gestión de Control de las Licencias Urbanísticas de Actividades (OGLUA)*, del Ayuntamiento de Madrid, del 29 de junio, de 2009, publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del 6 de julio de 2009, núm. 158 pág. 37.

colaborador constate con motivo de inspecciones será omitiendo reflejarlas en el informe.

Pero ¿qué pasa cuando los anteriores sujetos cumplen con sus deberes, pero es el superior jerárquico, el titular de la unidad administrativa o de la Administración con la que se ha suscrito el contrato de gestión del servicio la que “silencia” la infracción? ¿pueden ser considerados sujetos activos del delito de prevaricación urbanística en la modalidad de “silenciar” y, consecuentemente, autores? Para responder a estas interrogantes debemos determinar, no obstante, si a estos sujetos les vincula el deber que nace de la situación típica.

2.1.2. LOS ELEMENTOS QUE CONFORMAN LA SITUACIÓN TÍPICA

A. “Con motivo de inspección”

El deber de levantar acta de infracción, denunciar o informar surge cuando el funcionario público competente para realizar una determinada inspección constata, en el desarrollo de esta, (o, lo que viene a ser lo mismo, “con motivo de inspección”) la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes. Para que surja, pues, el deber de actuar tiene que concurrir la siguiente situación típica: una infracción de las normas sobre ordenación del territorio o urbanísticas vigentes verificada por un funcionario público durante la realización de una inspección urbanística.

Así pues, el sujeto al que vincula el deber de actuar, según la redacción típica, será, exclusivamente, a quien esté realizando la inspección urbanística - "motivo" que le permite conocer de la existencia de la infracción-. El tipo no extiende ese deber, por ejemplo, a las autoridades o funcionarios públicos que hubieran tenido noticia de la infracción, sino que lo circunscribe únicamente a los sujetos que *de facto* la perciben al realizar la inspección. Ello significa, pues, que la autoridad o funcionario público que tenga conocimiento de la existencia de tal infracción por medio de un tercero -inspector urbanístico que levanta acta de infracción, agente de la Policía Local o colaborador privado- y decida "silenciarla" (no incoando el debido expediente, por ejemplo) no realizará el tipo del art. 320.1 CP. Su "silencio", tampoco, será constitutivo de un delito de prevaricación administrativa del 404 CP, pues para que lo fuese la autoridad o funcionario público tendría que dictar una resolución. Podrá, no obstante, realizar el tipo del art. 408 CP, pero, siempre que la infracción silenciada sea constitutiva de delito y por razón de su cargo tenga la específica obligación de perseguirla. En caso contrario, su conducta será atípica.

De lo anterior se desprende que el tipo omisivo de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, consistente en silenciar las infracciones urbanísticas, crea un espacio de impunidad en favor de los titulares de las unidades administrativas que tienen encomendada la potestad inspectora y que, en contra de sus deberes, ocultan las infracciones de las que tienen noticia, lo que, desde una perspectiva político criminal, resulta inadmisibile.

B. Objeto de las inspecciones urbanísticas

Como ya hemos tenido oportunidad de advertir, la inspección urbanística no goza de una regulación general a nivel estatal, sino que se encuentra regulada en las diversas leyes autonómicas de ordenación del territorio. Ello, como, por otro lado, viene siendo ya habitual en esta materia, implica una regulación diversa de “aquello” que es susceptible de inspección urbanística. Así, algunas Leyes autonómicas como la extremeña⁶⁰⁷, circunscriben el ámbito material de las inspecciones urbanísticas a “la actividad de ejecución del planeamiento y uso del suelo”, en tanto que otras, como la andaluza⁶⁰⁸, fijan como objetos de inspección “los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y de uso del suelo y del subsuelo”. La circunscripción del ámbito material de la inspección urbanísticas a la “actividad de ejecución del planeamiento y uso del suelo”, empero, no ha de ser entendida, según afirma TEJEDOR BIELSA, como un deseo de los legisladores autonómicos por restringir el ámbito material de la inspección urbanística, sino más bien como una imprecisión terminológica⁶⁰⁹. “La tradicional conexión de la inspección con la protección de la legalidad o con el régimen sancionador ponen de manifiesto que términos como «edificación» o «uso del suelo», deben interpretarse de forma coherente, en el marco del Principio de Legalidad aplicable a la potestad de inspección”⁶¹⁰, afirma el autor.

⁶⁰⁷ Art. 181.3.b) de la Ley 11/2018, de 21 de diciembre, *de Ordenación Territorial y Urbanística Sostenible de Extremadura*.

⁶⁰⁸ Art. 179.1 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, *de Ordenación Urbanística de Andalucía*.

⁶⁰⁹ TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 130.

⁶¹⁰ TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 130.

Así, por lo que respecta el ámbito material de las inspecciones urbanísticas -a las que se refiere el delito omisivo de prevaricación urbanística-, en coherencia con la normativa extrapenal relativa a la disciplina urbanística y, sobre todo, con el apartado segundo del art. 320 CP, entendemos que este (el ámbito material de las inspecciones urbanísticas) se circunscribe a los instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, así como a las licencias urbanísticas que se hubieren concedido por la Administración Pública.

C. La infracción de las normas de ordenación del territorio y urbanísticas vigentes

Para que la conducta omisiva del funcionario público tenga relevancia penal, a efectos de la modalidad omisiva que nos ocupa, debe tener por objeto un instrumento de planeamiento, proyecto de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o una licencia urbanística que, comporte la infracción de las normas sobre ordenación del territorio y urbanísticas vigentes.

Pero ¿a qué infracciones se refiere el tipo? El supuesto de hecho no contempla cuales son las infracciones a las que se refiere el delito omisivo de prevaricación urbanística. De modo que, para integrar el supuesto de hecho o, mejor dicho, la situación típica deberemos acudir a la normativa extrapenal relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo -cuya infracción constituye, pues, el objeto del “silencio” del art. 320.1 CP-.

De lo apuntado se desprende que el Legislador penal ha recurrido a la técnica de la ley penal en blanco para la descripción de la situación típica del delito omisivo de prevaricación urbanística consistente en silenciar la infracción de las normas sobre la ordenación del territorio y el urbanismo; extremo que nos obliga a examinar su adecuación a los requisitos de constitucionalidad a cuyo cumplimiento está subordinada la admisibilidad de la ley penal en blanco, como técnica legislativa.

Como veíamos en el Capítulo III, los requisitos materiales a los que el Tribunal Constitucional condiciona la admisibilidad de la ley penal en blanco, en cuanto técnica de tipificación son: a) que el reenvío normativo sea expreso; b) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y c) que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza⁶¹¹.

a) Según hemos convenido, consideramos que se da cumplimiento al requisito del reenvío expreso cuando la remisión se materializa legalmente mediante expresiones como “con infracción de las normas”; “contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”, “contrarias a las normas de ordenación del territorio y urbanísticas vigentes”, etc.: es decir, fórmulas que aluden de manera expresa a la normativa extrapenal - *primera ratio*-, llamada a colmar el tipo en concreto. Lo que, evidentemente, se da en el supuesto que nos ocupa.

b) En el Capítulo IV, dedicado al estudio de *lo protegido* por el art. 320.1 CP, llegamos a la conclusión de que el referido precepto penal

⁶¹¹ Sentencia 127/1990 de 5 de julio, dictada en amparo contra la SAP de Zamora, de 8 de febrero de 1988 (FJ 3).

dispensa protección a “el correcto funcionamiento de la Administración Pública en la distribución de recursos urbanísticos y relacionados con la ordenación del territorio”; objeto jurídico formal, huérfano del contenido material necesario para constituirse en bien jurídico-penalmente protegible, capaz de limitar al *Ius Puniendi* del Estado.

Así las cosas, el segundo requisito que condiciona la admisibilidad de la ley penal en blanco parece estar comprometido -bien es verdad que el Tribunal Constitucional suele presumir la concurrencia de este requisito en todas aquellas materias técnicamente complejas que se hayan reguladas por otras ramas del Ordenamiento Jurídico⁶¹²-. Ahora bien, ya hemos puesto de manifiesto la ausencia de objeto jurídico protegido por el art. 320.1 CP desvirtúa tal presunción. Luego, si no hay bien jurídico protegido, tampoco hay “razón” que permita justificar el recurso a la técnica de la ley penal en blanco, de modo que, el segundo requisito que condiciona la admisibilidad de la ley penal en blanco decae.

Para que la norma penal configurada con base en la técnica de la ley penal en blanco sea constitucionalmente admisible es necesario que cumpla, de forma cumulativa, con los tres requisitos materiales fijados por el Tribunal Constitucional; en caso contrario su adecuación a los cánones de constitucionalidad se ve comprometida por conculcar las exigencias que se derivan del Principio de Legalidad. Y es, precisamente, lo que cabe predicar respecto del art. 320.1 CP en relación con el delito omisivo consistente en silenciar la infracción de las normas de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes. Así, al decaer el segundo canon de constitucionalidad, no podemos más que

⁶¹² Ejemplo de ello encontramos entre otras en la STC 23/2004, de 24 de febrero (FJ 4) o la STC 101/2012, de 8 de mayo (ambas dictadas por el Pleno del Tribunal).

afirmar la inconstitucionalidad de la norma penal que nos ocupa (y que contiene la primera modalidad omisiva del art. 320.1 CP).

c) Conscientes de que resulta innecesario el análisis del tercer criterio material que condiciona la constitucionalidad de la norma penal configurada con base en la técnica de la ley penal en blanco queremos, no obstante, reparar en la imprecisión del “núcleo de la prohibición”.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 320.1 CP, constituye delito de prevaricación omisiva la ocultación de la infracción de las normas de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes. “La infracción” de las normas de ordenación se erige así en elemento típico esencial para la concurrencia de la situación típica. Pero ¿a qué infracción se refiere el tipo? Ciertamente, la norma penal no lo precisa, sino que remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las infracciones -cuya ocultación constituye delito de prevaricación del art. 320.1 CP- a las normas autonómicas específicas en la materia. Para determinar a qué infracción se refiere el tipo debemos, pues, acudir a la normativa extrapenal. Las diferentes leyes autonómicas de ordenación del territorio clasifican las infracciones en muy graves, graves y leves. Luego, resulta obligado preguntarse a cuáles de esas infracciones se refiere el tipo penal - ¿a todas, a las muy graves, a las graves o, a las que, además, sean constitutivas de un delito urbanístico del art. 319 CP?

Apelando a los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* que deben informar el Derecho penal garantista propio de un Estado Democrático, consideramos que las infracciones que deben integrar el supuesto de hecho del tipo penal que nos ocupa (art. 320.1 CP) deberían de ser, al menos, muy graves, cuando no, incluso, constitutivas de un delito urbanístico del art. 319 CP. Pero, incluso cuando se entienda que las infracciones a las que se refiere el delito de prevaricación urbanística omisiva del art. 320.1 CP sean las que puedan constituir

delito urbanístico del art. 319 CP, la constitucionalidad del precepto resulta más que dudosa ya que, “la norma cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido [...] que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal”⁶¹³ y, en definitiva, para cualificar de entre las posibles omisiones, la que por ese motivo merezca reproche penal.

2.2. ACCIÓN ESPERADA

Más que de acción esperada -en singular- cabe hablar de acciones esperadas, pues, en función del sujeto que realice la inspección urbanística se esperara una acción u otras.

Así, cuando el que realice la inspección sea un inspector urbanístico la acción espera consiste en levantar acta de infracción. Para ser más precisos, respecto del inspector urbanístico se espera una acción principal y otra subsiguiente: la principal consistiría en levantar acta de infracción y la subsiguiente en darle trámite.

Cuando el que realice la inspección sea un agente de la Policía Local se espera que, mediante oficio o denuncia, ponga en conocimiento del titular de la unidad administrativa la infracción constatada y, finalmente, la acción que se espera del colaborador privado es que ponga en conocimiento de la Administración Pública, mediante informe, la infracción que hubiere constatado con motivo de inspección urbanística.

⁶¹³ STS 101/2012, de 8 de mayo (dictada por el Pleno del Tribunal en la cuestión de inconstitucionalidad 4246/2001, FJ 5).

2.3. CAPACIDAD GENERAL Y ESPECIAL DE ACCIÓN

Para que el “silencio” respecto de las infracciones que se hubieran constatado con motivo de inspecciones urbanísticas sea objetivamente típico a efectos del delito de prevaricación urbanística omisiva del art. 320.1 CP, el sujeto que percibe la situación típica y queda, por tanto, vinculado por el deber de actuar, tiene que estar capacitado para cumplir con la acción esperada, tiene, pues, que poseer capacidad general y capacidad personal o individual de acción.

La capacidad general de acción se determina en función del criterio de la “persona media”⁶¹⁴ *-ex ante*⁶¹⁵-. Ahora bien, “cuando exista capacidad general de acción todavía habrá que comprobar la existencia de capacidad individual de acción”⁶¹⁶. A tales efectos se debe atender a las capacidades físicas del sujeto concreto, a la posibilidad que este tiene de advertir la concurrencia de la situación típica -para lo cual, en ocasiones, necesitará de conocimientos específicos-. El delito omisivo de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP es un ejemplo paradigmático de que para advertir la situación típica y quedar, por tanto, vinculado por el deber de actuar, se requieren de conocimientos técnicos específicos. Ello, se puede plantear, sobre todo, respecto de los agentes de la Policía Local que realizan inspecciones urbanísticas sin recibir formación específica previa y que, sin embargo, resulta necesaria ante la complejidad técnico-jurídica de una disciplina como la urbanística. Así, el sujeto que realiza la inspección urbanística y no advierte la concurrencia de la situación típica, por carecer de los conocimientos técnicos necesario, no estará vinculado por el deber

⁶¹⁴ En otra terminología, “hombre medio”.

⁶¹⁵ GÓMEZ BENITEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, cit., pág. 580.

⁶¹⁶ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., pág. 192.

de actuar y su conducta será atípica a efectos del delito omisivo de prevaricación urbanística del art 320.1 CP.

Resta por añadir que, al ser la capacidad de actuar un elemento del tipo, el error sobre su concurrencia excluirá la tipicidad.

3. OMITIR LA REALIZACIÓN DE INSPECCIONES OBLIGATORIAS

En la segunda modalidad omisiva del art. 320.1 CP, introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, se tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que omita realizar las inspecciones urbanísticas de carácter obligatorio.

La Doctrina se ha mostrado crítica con la decisión del Legislador de introducir este tipo omisivo, pues considera que se están sancionando penalmente lo que no dejarían de ser “meros incumplimientos formales de la normativa administrativa”⁶¹⁷. Sorprende esta opción legislativa, afirma RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “sobre todo en la medida en que la práctica de los

⁶¹⁷ Así, GÓRRIZ ROYO, E., “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP”, en Álvarez García/González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 381.

tribunales ya había evidenciado la falta de operatividad de este tipo de prevaricación por omisión”⁶¹⁸.

Y, como era previsible, al igual que la primera conducta omisiva típica del art. 320.1 CP -a cuyo estudio hemos dedicado las anteriores páginas- la que ahora nos ocupa, tampoco, ha generado pronunciamiento judicial alguno; lo que, por otro lado, tampoco, es de extrañar, teniendo en cuenta que los problemas que hemos advertido respecto de la primera omisión típica se reproducen, también, en esta. Ahora bien, en lo que respecta la omisión típica consistente en omitir la realización de inspecciones obligatorias, nuestra atención se va a centrar, fundamentalmente, en el elemento determinante de la situación típica, esto es, en el carácter obligatorio de la inspección, pues, como en seguida veremos, la operatividad del tipo depende en gran medida de él.

3.1. SITUACIÓN TÍPICA

La infracción del deber de “verificar que se cumplen en la realidad las disposiciones urbanísticas, tanto en lo que concierne a la edificación y uso del suelo como en lo referente a ejecución del planeamiento”⁶¹⁹ y que competen a determinados sujetos, únicamente será constitutivo de un delito omisivo de prevaricación urbanística cuando de la misma se pueda predicar su carácter obligatorio. El art. 320.1 CP, no obstante, no establece cuales son las inspecciones obligatorias, sino que remite a la normativa extrapenal a efectos de integrar su

⁶¹⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El delito del art. 320 del Código penal como prevaricación especial y su incidencia en la lucha contra la corrupción urbanística”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 29, 2018, pág. 37.

⁶¹⁹ BARCELONA LLOP, J., “Inspección urbanística”, cit., pág. 1192.

contenido significativo. Se trata, no obstante, de una remisión implícita, lo que, sumado al carácter normativo de la “obligación”, sugiere que nos encontramos ante un elemento normativo del tipo.

3.1.1. EL CARÁCTER OBLIGATORIO DE LAS INSPECCIONES

La inspección urbanística, uno de los pilares fundamentales de la disciplina urbanística⁶²⁰, se encuentra regulada, con mayor o menor alcance, como ya hemos apuntado, en las diversas Leyes autonómicas. No obstante, las Leyes autonómicas no contienen ninguna determinación, siquiera genérica, de las inspecciones urbanísticas obligatorias, lo cual es lógico, si se tiene en cuenta que se trata de una actividad discrecional.

Por otro lado, con el objetivo de potenciar la eficacia de la actividad inspectora⁶²¹ y reducir, al mismo tiempo, la discrecionalidad que la caracteriza⁶²², algunas Comunidades Autónomas están diseñando actuaciones inspectoras mediante planes generales de inspección urbanística. El Plan General de Inspección “es el documento que establece para un período concreto las líneas

⁶²⁰ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, F. J., “La inspección urbanística”, cit., págs. 269-270.

⁶²¹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, cit., pág. 333.

⁶²² Una de las funciones que se les atribuye a los planes de inspección, afirma Rivero Ortega, es la de reducir *ex ante* la discrecionalidad administrativa. Véase, RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, 1999, pág. 196.

genéricas de la actividad inspectora”⁶²³. Ello significa, pues, que el Plan -ya sea autonómico, ya sea municipal- no establece obligaciones concretas, sino líneas estratégicas generales. No obstante, en desarrollo del Plan General de Inspección, el Centro Directivo de Inspección que tenga atribuidas las funciones de inspección programara su aplicación mediante ordenes de servicio⁶²⁴. Las ordenes de servicios son documentos que se formulan por escrito “e identifican las actuaciones asignadas al personal inspector”⁶²⁵. Son, pues, las ordenes de servicio - adoptadas por el titular de la unidad administrativa que tiene atribuida las funciones de inspección urbanística- las que fijan el carácter obligatorio respecto de una determinada inspección.

Así pues, quien concreta la conducta delictiva no es el Legislador penal - único legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas- sino los titulares de las unidades administrativas que tienen atribuidas las funciones de inspección, lo que, en definitiva, choca frontalmente con el fundamento político del Principio de Legalidad⁶²⁶.

En el Capítulo III, hemos llegado a la conclusión de que los requisitos de constitucionalidad -a los que se subordina la admisibilidad de la técnica de la ley penal en blanco en la confección de la norma penal- se deben extender, *mutatis mutandis*, también, a los elementos normativos. De modo que, en lo que sigue, se

⁶²³ JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, F. J., “La inspección urbanística”, cit., págs. 280.

⁶²⁴ Art. 17.1 del *Reglamento de Organización y Funciones de la Inspección de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda de la Junta de Andalucía*, aprobado por Decreto 225/2006, de 26 de diciembre.

⁶²⁵ TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, cit., pág. 133.

⁶²⁶ Vid. ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley penal en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, Núm. 8, mayo-agosto, 1983, págs. 9-12.

va a examinar la adecuación del reenvío a través del elemento normativo (inspecciones de carácter) “obligatorio”.

Para que el recurso a los elementos normativos del tipo sea constitucionalmente admisible y se adecue a las exigencias que se derivan del Principio de Legalidad, según la doctrina constitucional fijada en la STC 24/2004, de 24 de febrero, la norma extrapenal a la que remite el elemento normativo debe resultar fácilmente identificable de acuerdo con los criterios de integración del propio Ordenamiento Jurídico; el recurso a la misma debe justificarse en atención al bien jurídico protegido por la norma penal y, finalmente, la norma penal debe definir el núcleo esencial de la prohibición.

En vista de lo expuesto en líneas precedentes no podemos afirmar que las normas extrapenales a las que remiten los elementos normativos “inspecciones de carácter obligatorio” sean fácilmente identificables de acuerdo con criterios de integración del propio Ordenamiento, sino todo lo contrario. El recurso a los elementos normativos, en el supuesto que nos ocupa, tampoco, se justifica en atención al bien jurídico protegido, pues el objeto protegido por el tipo no puede calificarse como un bien jurídico penalmente protegible.

Por lo que respecta al último requisito, tampoco podemos afirmar su concurrencia. El art. 320.1 CP, en lo que respecta la modalidad omisiva que nos ocupa, no contiene el del núcleo esencial del mandato, pues la norma remitida no se limita a completar con carácter instrumental y de forma subsidiaria a la Ley, sino que integra un elemento esencial del tipo.

En definitiva, tiene razón RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ cuando afirma que la única posibilidad de dar operatividad a la omisión de las inspecciones de

carácter obligatorio es entender que la inspección obligatoria es aquella que debe realizar la autoridad o el funcionario público en virtud de denuncia⁶²⁷.

3.2. ACCIÓN ESPERADA

Lo que la norma espera del funcionario público competente para efectuar inspecciones urbanísticas es que, al tener noticia -vía denuncia- de la posible vulneración del orden territorial o urbanístico realice una inspección urbanística.

3.3. CAPACIDAD GENERAL Y ESPECIAL DE ACCIÓN

Para que la infracción del deber de realizar una inspección urbanística de carácter obligatorio sea típica, a efectos del delito omisivo de prevaricación del art. 320.1 CP, es preciso que el sujeto obligado a actuar hubiera podido hacerlo (capacidad general y capacidad personal).

⁶²⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El delito del art. 320 del Código penal como prevaricación especial y su incidencia en la lucha contra la corrupción urbanística”, cit., pág. 38.

4. ESTRUCTURA TÍPICA

Desde el punto de vista de su estructura típica, los delitos que han sido sometidos a revisión en el presente capítulo son delitos de omisión pura y de infracción de un deber. Son delitos de omisión pura en tanto en cuanto para su consumación no requieren de la producción de un resultado estructural típico - en sentido naturalístico-, siendo suficiente, para su consumación, que el sujeto obligado haya infringido el deber de actuar, a pesar de haber podido cumplirlo.

Por otro lado, los delitos omisivos de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP, como ya lo apuntábamos en el Capítulo IV, no dispensan protección a un bien jurídico *protegible*; lo que realmente protegen estos delitos son deberes. A *contrario sensu*, lo que el art. 320.1 CP sanciona con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años, pena de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses, no es la lesión o puesta en peligro de un valor con relevancia constitucional merecedor de protección jurídico-penal (desvalor de resultado), sino el mero incumplimiento de los deberes de vigilancia y control que incumben a los sujetos competentes para realizar inspecciones urbanísticas. Por ello, y por resultar técnicamente incompatibles con las exigencias que se derivan del Principio de Legalidad, consideramos que el Legislador penal debería derogar los tipos de omisión pura del art. 320.1 CP.

5. ELEMENTO SUBJETIVO

El art 320.1 CP conmina con una pena al sujeto que “a sabiendas de su injusticia” silencia las infracciones urbanísticas que, con motivo de inspecciones, hubiera detectado y al sujeto que no realiza las inspecciones urbanísticas de carácter obligatorio. “A sabiendas de su injusticia” ha sido interpretado por la Jurisprudencia -en el marco del delito de prevaricación administrativa genérica del art. 404 CP- como conciencia y voluntad del acto; esto es, “con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo”⁶²⁸.

No se prevé expresamente la realización imprudente de los delitos omisivos de prevaricación urbanística, de modo que, en atención a lo dispuesto en el art. 12 CP, su posible realización imprudente será atípica.

El dolo ha de abarcar todos los elementos objetivos del tipo. Lo que significa que el funcionario público, al tiempo de omitir la acción esperada -inspeccionar-, debe conocer que se encuentra ante una inspección de carácter obligatorio y debe ser consciente de que no está llevando a cabo la actividad inspectora que le es exigible, sabiendo que tiene competencia y capacidad para realizarla.

El error sobre alguno de los elementos objetivos del tipo -situación típica, acción esperada y capacidad de acción- tendría la consideración de error de tipo.

⁶²⁸ STS 443/2008, de 1 de julio de 2008, Sala Segunda, (FJ 4).

Independientemente del grado del error, su concurrencia, excluye la tipicidad de la omisión, pues, el art. 320.1 CP no admite la modalidad imprudente.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

A diferencia de la gran mayoría de los delitos contenidos en la Parte Especial del Código penal, cuyas normas primarias van dirigidas genéricamente a “el que”, el art. 320.1 CP va dirigido a *la autoridad o funcionario público* competente para realizar inspecciones urbanísticas -considerándose, por consiguiente, *extraneus* a cualquier otro funcionario o autoridad que carezca de tal competencia-. Ello significa que los delitos omisivos de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP son delitos especiales propios que solamente pueden ser cometidos, en concepto de autor, por aquellos sujetos en los que concurren, de manera cumulativa los dos requisitos típicos: la condición autoridad o funcionario público y la competencia para realizar inspecciones urbanísticas.

II

Tendrá la consideración de funcionario público a efectos penales, según dispone el art. 24 CP, el sujeto que, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento, participe en el ejercicio de la función pública. De entre los elementos definitorios del concepto penal de funcionario público, el que mayores problemas interpretativos plantea es la “función pública”. Así, para determinar qué es lo que se ha de entender por función pública se manejan en la

doctrina dos principales tesis: una restrictiva que circunscribe la función pública a la concurrencia cumulativa de tres elementos -que se trate de un ente público (elemento subjetivo) sometido al Derecho Público (elemento objetivo) que desarrolle una actividad teleológicamente orientada a la consecución de fines generales (elemento teleológico)-; y otra subjetivo-material o extensiva que propugna considerar que habrá función pública en todos aquellos supuestos en los cuales la Administración -en sentido amplio- venga desarrollando de forma directa o indirecta actividades públicas orientadas a los intereses generales.

A nuestro juicio, la concepción de la “función pública” de la teoría restrictiva crea un espacio de impunidad a favor de todos aquellos sujetos que se encuentran al servicio de un ente público de capital entera o mayoritariamente público que, desarrollando actividades de interés general, somete su actividad a las normas de Derecho Privado. Por ello, a efectos de la presente investigación, nos posicionamos con a la tesis subjetivo-material, y entendemos que habrá función pública en todos aquellos casos en los cuales la Administración -en sentido amplio- venga desarrollando de forma directa o indirecta actividades públicas orientadas a los intereses generales.

III

La autoridad es una especie de funcionario que se caracteriza y diferencia de los demás funcionarios, por tener mando o ejercer jurisdicción propia. No obstante, la diferenciación que el art. 24 CP efectúa entre funcionario público y autoridad, a efectos de delimitar los posibles sujetos activos y,

consiguientemente, la autoría en el art. 320.1 CP carece de cualquier virtualidad, pues las consecuencias jurídicas son idénticas para ambas clases de sujetos.

IV

La inspección urbanística, en cuanto actividad administrativa dirigida a comprobar que los actos con relevancia urbanística se ajustan al ordenamiento jurídico, se encuentra regulada en las diversas Leyes autonómicas de ordenación del territorio y el urbanismo que integran el Derecho urbanístico español *strictu sensu*. Todas ellas, aunque con diferente alcance y amplitud, regulan la inspección urbanística y atribuyen las competencias sobre la misma a las Administraciones autonómicas y locales. De conformidad con las diversas normas autonómicas, las funciones de inspección urbanística son desempeñadas por “inspectores urbanísticos” a los que, por norma general, se les confiere la condición de agentes de la autoridad.

El ejercicio de estas funciones, en el ámbito municipal, corresponde a los empleados públicos adscritos a las unidades administrativas que detentan tales funciones, así como, a los cuerpos de la Policía Local. Respecto de estos últimos, cabe preguntarse, no obstante, si también tienen la capacidad de levantar actas de inspección, sobre todo, teniendo en cuenta que, generalmente, se trata de personal no especializado. La Ley 2/2001, de 25 de junio, *de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo en Cantabria*, parece limitar tal capacidad a los inspectores urbanísticos propiamente dichos. Ahora bien, la falta de capacidad para levantar actas de inspección urbanísticas no implica que los policías locales no puedan ser sujetos activos del delito de prevaricación urbanística del art. 320.1

CP en sus modalidades omisivas, pues lo determinante a tales efectos es que se trate de sujetos que ostenten el carácter de autoridades o funcionarios públicos - a efectos del art. 24 CP- y que tengan competencia para realizar inspecciones urbanísticas.

En el ámbito autonómico, a excepción de aquellas Comunidades Autónomas en las que existen cuerpos específicos de inspección urbanísticos, las inspecciones urbanísticas se llevan a cabo, generalmente, por personal adscrito a las unidades administrativas autonómicas que detentan tales funciones; personal que, desde el punto de vista del Derecho penal, tiene la consideración de funcionario público, por cuanto, se trata de sujetos adscritos a la Administración Pública que ejercen funciones, asimismo, públicas.

V

Mención aparte merece lo que en doctrina se conoce como “liberalización de servicios” o “privatización de funciones”. Se trata de un fenómeno por el que -generalmente, en virtud de autorizaciones o contratos administrativos de concesión- se traslada el ejercicio de la función pública a entidades privadas, permitiéndose así la participación de las entidades privadas en la función pública. Legal o no, lo cierto es que el desempeño de actividades de inspección por parte de colaboradores privados es una realidad a la que, como afirma, TEJEDOR BIELSA, el urbanismo y la edificación no están ajenos. Por ello, tiene sentido que nos preguntemos si estos sujetos privados pueden integrar el círculo de sujetos activos del delito de prevaricación urbanística omisiva del art. 320.1 CP. A nuestro entender, desde el momento en el que dichos sujetos participan en

la función pública en virtud de “nombramiento”-autorización o concesión- han de ser considerados funcionarios públicos a efectos penales y, por lo tanto, posibles sujetos activos del delito de prevaricación urbanística omisiva del art. 320.1 CP.

VI

La primera de las conductas omisivas típicas del art. 320.1 CP consiste en silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes con motivo de inspecciones. Silenciar, a efectos del art. 320.1 CP, significa callar u omitir la infracción de las normas de ordenación o urbanísticas vigentes que, con motivo de inspecciones, se hubiera constatado.

VII

Para que surja el deber de actuar tiene que concurrir la siguiente situación típica: una infracción de las normas sobre ordenación del territorio o urbanísticas vigentes verificada por un funcionario público durante la realización de una inspección urbanística.

El sujeto que, según la redacción típica, quedará vinculado por el deber de actuar, será, exclusivamente, aquel que esté realizando la inspección urbanística - “motivo” que le permite conocer de la existencia de la infracción-. El tipo no

extiende ese deber, por ejemplo, a las autoridades o funcionarios públicos que hubieran tenido noticia de la infracción, sino que lo circunscribe únicamente a los sujetos que *de facto* la perciben al realizar la inspección. Ello significa, pues, que la autoridad o funcionario público que tenga conocimiento de la existencia de tal infracción por medio de un tercero -inspector urbanístico que levanta acta de infracción, agente de la Policía Local o colaborador privado- y decida “silenciarla” (no incoando el debido expediente, por ejemplo) no realizará el tipo del art. 320.1 CP.

El tipo omisivo de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP consistente en silenciar las infracciones urbanísticas crea un espacio de impunidad en favor de los titulares de las unidades administrativas que tienen encomendada la potestad inspectora y que, en contra de sus deberes, ocultan las infracciones de las que tienen noticia, lo que, desde una perspectiva político criminal, resulta inadmisibile.

VIII

Para que la conducta omisiva del funcionario público tenga relevancia penal a efectos de la primera modalidad omisiva del art. 320.1 CP, esta (la conducta omisiva) debe tener por objeto un instrumento de planeamiento, proyecto de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación, o una licencia urbanística que, comporte la infracción de las normas sobre ordenación del territorio y urbanísticas vigentes.

El supuesto de hecho no especifica cuáles son las infracciones a las que se refiere el art. 320.1 CP; de modo que, para integrar la situación típica deberemos

acudir a la normativa extrapenal relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo.

El Legislador ha recurrido, pues, a la técnica de la ley penal en blanco; técnica cuya admisibilidad en la configuración de las normas penales está supeditada al cumplimiento de una serie de requisitos materiales, a saber: a) que el reenvío normativo sea expreso; b) que esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y c) que la ley penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza.

IX

En el Capítulo IV, dedicado al estudio de *lo protegido* por el art. 320.1 CP, constatamos que lo que protege el referido precepto penal es “el correcto funcionamiento de la Administración Pública en la distribución de recursos urbanísticos y relacionados con la ordenación del territorio”; objeto jurídico formal, huérfano del contenido material necesario para constituirse en bien jurídico-penalmente protegible, capaz de limitar al *Ius Puniendi* del Estado. consecuentemente, si no hay bien jurídico protegido, tampoco hay “razón” que permita justificar el recurso a la técnica de la ley penal en blanco, de modo que, el segundo requisito que condiciona la admisibilidad de la ley penal en blanco decae.

Para que la norma penal que contiene una ley penal en blanco sea constitucionalmente admisible es necesario que cumpla, de forma cumulativa, con los tres requisitos materiales fijados por el Tribunal Constitucional; en caso

contrario su adecuación a los cánones de constitucionalidad se verá comprometida por conculcar las exigencias que se derivan del Principio de Legalidad. Y es, precisamente, lo que cabe predicar respecto del art. 320.1 CP en relación con el delito omisivo consistente en silenciar la infracción de las normas de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes.

X

En la segunda modalidad omisiva del art. 320.1 CP, introducida por LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, se tipifica la conducta de la autoridad o funcionario público que omite realizar las inspecciones urbanísticas de carácter obligatorio. Al igual que la primera modalidad omisiva, esta tampoco ha generado pronunciamiento judicial alguno; lo que, por otro lado, no es de extrañar, teniendo en cuenta que los problemas que hemos advertido respecto de la primera omisión típica se reproducen, también, aquí.

XI

El deber de inspeccionar surge la de situación típica, que concurrirá cuando se trate una inspección obligatoria. El elemento “obligatoria” nos remite a la normativa extrapenal a efectos de interpretarlo, pero no se trata de una mera interpretación aclaratoria de su significado, sino de una interpretación integradora. Para ello tenemos que acudir a las diversas leyes autonómicas, a sus

normas de desarrollo -en caso de haberlas- a los planes de inspección, allí donde los haya y, por último, a las órdenes de servicio dictadas por en base a los Planes de Inspección.

Lo expuesto pone de manifiesto que, en realidad, quien concreta la conducta delictiva no es el Legislador penal -único legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas- sino las diferentes instancias territoriales y en ultimo termino el titular de la unidad administrativa; lo que, en definitiva, choca frontalmente con el fundamento político del Principio de Legalidad.

El art. 320.1 CP, en lo que respecta la modalidad omisiva que nos ocupa, no contiene el del núcleo esencial del mandato, pues la norma remitida no se limita a completar con carácter instrumental y de forma subsidiaria a la Ley, sino que integra un elemento esencial del tipo. Por ello y por tratarse de un delito sin bien jurídico, el segundo tipo omisivo del art. 320.1 CP es inconstitucional.

**CAPÍTULO VI: LA
RESPONSABILIDAD PENAL
DEL FUNCIONARIO PÚBLICO
EN MATERIA DE
ORDENACIÓN DEL
TERRITORIO Y URBANISMO
EN RUMANÍA**

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El objetivo del presente Capítulo es investigar acerca de la posibilidad de exigir responsabilidad penal al funcionario público por conductas contrarias a las normas de ordenación del territorio y urbanísticas en Rumanía.

A tales efectos se va a realizar un estudio de Derecho Comparado funcional, ya que en el Derecho penal rumano no existe una figura delictiva similar al delito de prevaricación urbanística del art. 320 del Código penal español⁶²⁹. Así pues, al no existir la figura del delito de prevaricación urbanística en la legislación penal rumana, el objetivo final del presente estudio de Derecho Comparado será encontrar otro tipo penal que cumpla la misma función que el art. 320 desempeña en el Derecho penal español. Con ello se trata de confrontar dos Ordenamientos Jurídicos –español y rumano- que afrontan desde distintos presupuestos de política criminal problemas comunes a ambos.

Ahora bien, con carácter previo a dicho estudio, resulta necesario, no obstante, acercarnos siquiera al marco normativo del Derecho urbanístico rumano.

⁶²⁹ Ciertamente, el delito cometido por autoridad o funcionario público del art. 320 CP se podría calificar de “especialidad” del Orden penal español, pues los códigos penales europeos no suelen contener tipos penales dedicados a la protección del territorio y el urbanismo o al correcto desempeño de la función pública en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Véase, ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011, págs. 46-66.

2. MARCO NORMATIVO DEL DERECHO URBANÍSTICO RUMANO

Según lo dispuesto en el art. 3.3. de la Constitución Rumana de 1991 (CRO), desde el punto de vista administrativo, el territorio de Rumanía se organiza en comunas⁶³⁰, ciudades y regiones⁶³¹. Ninguna de estas unidades territoriales posee facultades legislativas, de modo que, a diferencia de España, todo el Derecho Urbanístico rumano es de origen estatal.

Por otro lado, la falta de competencias legislativas de las comunas, ciudades y regiones no supone, como pudiera parecer, que el Derecho Urbanístico rumano está conformado por un número reducido y sistematizado de normas. Nada más lejos de la realidad. El Derecho Urbanístico rumano está conformado por un conglomerado de normas cuya clasificación y sistematización resulta imprescindible para la realización de este trabajo. Así, se debe distinguir entre legislación específica en materia de ordenación del territorio y el urbanismo y legislación relativa a las obras de construcción. A la primera categoría pertenece la Ley 350, de 6 de Julio de 2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo* y a la segunda Ley 50, de 29 de julio de 1991,

⁶³⁰ Las comunas son unidades administrativas formadas por uno o más pueblos. En frente de las mismas se encuentra un ayuntamiento formado por el consejo local y el alcalde. Para más detalles, véase, MUNTEANU, C.D., *Administrația publică teritorială*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2010, págs. 115-124.

⁶³¹ La región (*județul*) es la unidad administrativo-territorial integrada por municipios y ciudades cuya principal función es la de coordinar la actividad de los distintos ayuntamientos que la integran en lo referente a los servicios públicos de interés general. Al frente del consejo regional se encuentra un gobernador llamado prefecto quien es el delegado del Gobierno en el respectivo territorio. El prefecto es nombrado por el Gobierno y sus competencias se regulan por ley orgánica. Vid. MUNTEANU, C.D., *Administrația publică teritorială*, cit., págs. 120-121.

relativa a la autorización de la ejecución de las obras de construcción y la Ley 10, de 18 de enero de 1995, sobre la calidad de las construcciones.

Nuestra atención se va a centrar en la legislación específica en materia de ordenación del territorio y el urbanismo donde destaca la que sería el equivalente de la ya derogada Ley del Suelo de 1992, esto es, la Ley 350, de 6 de Julio de 2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo*⁶³². Esta Ley es la norma de cabecera del Derecho Urbanístico rumano, pues es la que define ambas actividades (la ordenación del territorio y el urbanismo) y fija los objetivos que se persiguen mediante las mismas; establece los principios que han de informar la actividad de ordenación del territorio y la actividad urbanística, así como las estrategias de desarrollo territorial. La Ley 350/2001 se encarga, además, de fijar las competencias que la Administración Pública ostenta en materia de urbanismo y ordenación del territorio distinguiendo, a su vez, entre competencias propias de la Administración Central, competencias propias de la Administración Regional y competencias propias de la Administración Local. Así, según lo dispuesto en el art. 25.1 de la Ley 350/2001, la Administración Local es la que coordina y responde de toda la actividad urbanística y de ordenación del territorio que se desarrolle en su ámbito territorial, garantizando que las mismas se lleven a cabo respetando los instrumentos de planificación. La Administración Regional, por su parte, coordina la actividad urbanística y la ordenación del territorio a nivel regional (art. 17) y la Administración Central es la que establece las estrategias y las políticas de desarrollo a nivel estatal (art 21).

Por lo que respecta la vigilancia y el control de la actividad urbanística y la ordenación del territorio, según el art. 62 de la Ley 350/2001, estas recaen en los órganos especializados de los Consejos Regionales -respecto de los

⁶³² Publicada en el Monitorio Oficial, núm. 373, de 10 de julio, de 2001. Se puede consultar on-line en: <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/216298>, [consultado: 04/01/2020].

instrumentos y actos aprobados por los Consejos Regionales-, en los Consejos Comunales- respecto de los instrumentos y actos aprobados por los Consejos Comunales- y en la Inspección Estatal en Construcciones quien desarrolla su actividad a nivel estatal.

La infracción de las disposiciones de la Ley 350/2001, relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo puede comportar, según el art. 63.1, responsabilidad civil, contravencional, disciplinaria, administrativa o penal, en su caso. Ahora bien, la referida norma se limita a tipificar aquellos hechos que constituyen ilícitos contravencionales, guardando silencio respecto a las infracciones constitutivas de delito.

Así las cosas, cabe preguntarse cuándo la infracción de la legalidad urbanística y de ordenación puede generar responsabilidad penal; ¿en base a qué criterios se valora la conducta infractora para atribuirle la categoría de delito? ¿cuál es el tipo en el que se podría subsumir la conducta del funcionario público que incumple con sus deberes de vigilancia y control en el marco de las actuaciones urbanísticas?

Estas son algunas de las cuestiones que en el presente Capítulo se pretenden abordar.

No obstante, la realización del estudio de Derecho Comparado funcional (encontrar en el Ordenamiento penal rumano un tipo penal que cumpla la misma función que el art. 320 desempeña en el Derecho penal español) requiere, como paso previo e imprescindible, determinar qué es lo que se entiende por delito en el Derecho penal rumano.

3. EL CONCEPTO DE DELITO EN EL SISTEMA PENAL RUMANO

3.1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL RUMANO

El éxito de la investigación comparatista depende, no sólo del manejo por parte del investigador de los idiomas propios de los ordenamientos objeto de estudio⁶³³, sino, también, de la comprensión del “espíritu” de tales ordenamientos. De modo que, a efectos de lograr esa comprensión, en el caso que nos ocupa, se considera preciso el recurso a los elementos históricos que han marcado la evolución del Derecho penal rumano y, por ende, de la Ciencia del Derecho penal.

El punto de partida de este estudio relativo a la evolución del Derecho penal rumano, lo constituye el Código penal de 1864⁶³⁴ -inspirado en el Código

⁶³³ No sólo a efectos de utilizar las fuentes bibliográficas originales, sino también porque, tal como manifiesta DE LA SIERRA, “el estudioso del Derecho ha de ejercer, además, las veces de traductor que importa términos extranjeros y los ha de adaptar al contexto de la lengua en que escribe”. DE LA SIERRA, S, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, pág. 104.

⁶³⁴ Edificado sobre los principios propios de la Ilustración –el principio de legalidad, el de humanidad de las penas, el de igualdad ante la ley, etc.– el Código penal de 1864 estuvo en vigor hasta el 1 de enero de 1937.

penal francés de 1810⁶³⁵- con el que se inicia la época del Derecho penal moderno y de la Ciencia del Derecho penal⁶³⁶ en Rumanía⁶³⁷.

La Ciencia del Derecho penal rumana conoció un intenso y profundo desarrollo en la primera mitad del siglo XX. El primer gran trabajo en materia penal, estructurado en tres volúmenes, fue publicado en el año 1912 por el Prof. TANOVICEANU. El *Tratado de derecho y de procedimiento penal* de TANOVICEANU “exponía de manera sistemática los principios del Derecho penal, las diferentes escuelas y corrientes doctrinales existentes en materia penal con expresas referencias de derecho comparado y un profundo análisis del derecho penal rumano vigente en esa época”⁶³⁸. Ahora bien, el verdadero auge de la dogmática penal rumana se produjo en el período interbélico con las grandes obras de VINTILĂ DONGOROZ, TRAIAN POP y NICOLAE BUZEA. Destaca, por sus grandes aportaciones y concepciones adelantadas a su época, el Profesor DONGOROZ cuyo *Tratado de Derecho Penal*⁶³⁹ es considerado por la Doctrina “verdadero monumento del pensamiento jurídico rumano”⁶⁴⁰.

⁶³⁵ RICEANU, J., “Analiza trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în legea penală română”, en *Revista de Drept Penal*, Núm. 1, Anul XVII, ianuarie-martie, 2010, Bucarest, pág. 15.

⁶³⁶ Según MITRACHE, C./MITRACHE, C., *Drept Penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 3ª ed., Bucarest, 2016, pág. 34, la Ciencia del Derecho penal explica y fundamenta la necesidad y los cometidos del Derecho Penal, así como los métodos y modos de prevención y represión del fenómeno delictual.

⁶³⁷ BULAI, C., *Manual de Drept Penal. Partea Generală*, Ed. All Educational, Timișoara, 1997, pág.43.

⁶³⁸ BULAI, C., *Manual de Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág.44.

⁶³⁹ Publicado en el año 1937 y reeditado en el año 2000 por la Asociación Rumana de Ciencias Penales.

⁶⁴⁰ PASCU, I., *Drept Penal. Partea Generală*, Ed. Hamargiu, 2ª ed., Bucarest, 2009, pág. 10.

El desarrollo doctrinal en Rumanía, sin embargo, pronto se vio frenado por la instauración, en el año 1938, del régimen dictatorial de Carol II, que puso punto final a la democracia parlamentaria y abrió un largo periodo⁶⁴¹ de represión del pensamiento científico penal y supresión de la libertad de expresión que, necesariamente, repercutió en el desarrollo normal de la Ciencia penal rumana. Posteriormente, finalizada la Segunda Guerra Mundial, en el año 1947, se instauró un régimen político comunista que, siguiendo el modelo soviético, transformó el Derecho Penal en un instrumento de represión política⁶⁴².

Si durante la dictadura de Carol II la Ciencia del Derecho penal se vio ralentizada, durante la época comunista padeció una auténtica persecución y “amputación”, ya que, al mismo tiempo que se perseguía a los grandes especialistas en materia penal, se promovía “la formación” de juristas afines al régimen comunista a los que no se exigía preparación jurídica alguna⁶⁴³. Además, la ideología marxista sobre la que se edificaba el comunismo influyó, no sólo en la producción científico-penal, sino, también, en la legislación positiva. Así, en el año 1968 se aprobó un nuevo Código penal, de inspiración soviética⁶⁴⁴, que prescindía de la tradición penal rumana de la que hacía gala el Código penal de 1936 –en el que se reflejaban las concepciones propias de las escuelas clásica, positivista y neoclásica⁶⁴⁵–, que, con numerosas modificaciones normativas,

⁶⁴¹ Los regímenes totalitarios se sucedieron sin interrupción desde el año 1938 hasta la Revolución de 1989.

⁶⁴² BULAI, C., *Manual de Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 45.

⁶⁴³ Según relata BULAI, se trataba de personas que carecían de toda formación, a las que “ni tan siquiera se les exigía tener estudios medios”. BULAI, C., *Manual de Drept. Penal Partea Generală*, cit., pág. 45.

⁶⁴⁴ Con influencias del Derecho penal francés e italiano.

⁶⁴⁵ MITRACHE, C./MITRACHE, C., *Drept Penal român. Partea generală*, cit., pág. 46.

mantuvo su vigencia hasta el 1 de febrero de 2014, cuando entró en vigor al vigente Código Penal rumano (CPRO)⁶⁴⁶.

A pesar de haber transcurrido treinta y un años desde la caída del comunismo, sus huellas todavía se mantienen en ciertos ámbitos y sectores de la sociedad rumana, entre los que destaca el de la política criminal y legislación penal positiva. Por lo que respecta la doctrina penal, las reminiscencias del pasado político de Rumanía, hoy en día, siguen marcando su actual desarrollo⁶⁴⁷. Ahora bien, desde la caída del comunismo, pero, sobre todo, desde la aprobación en el año 2009 del vigente Código Penal, la Doctrina penal rumana ha realizado grandes esfuerzos por desarrollar y actualizar la Dogmática penal, destacando en este sentido los substanciales progresos verificados en el ámbito de la Teoría General del Delito.

⁶⁴⁶ Aprobado por Ley 286/2009, de 17 de julio de 2009 y publicado en el Monitorio Oficial, Núm. 510, de 24 de julio, de 2009.

⁶⁴⁷ El desarrollo doctrinal, en la actualidad, está fuertemente marcado y limitado por las tensiones existentes entre las tradicionales concepciones marcadas por la ideología comunista y las nuevas tendencias doctrinales de influencia ítalo-germánicas. Véase, RICEANU, J., “Analiza trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în legea penală română”, en *Revista de Drept Penal*, cit. pág. 26.

3.2. EL CONCEPTO DE DELITO EN LA LEGISLACIÓN PENAL RUMANA

Siguiendo con la tradición instaurada por el CPRO de 1969, el vigente CPRO, aprobado por la Ley 286/2009, de 17 de julio⁶⁴⁸ y en vigor desde el 1 de febrero de 2014, ha optado por incluir una definición legal de delito en el art. 15 del Capítulo I del Título II.

Tal como se indica en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código penal⁶⁴⁹, la nueva definición de delito destaca como uno de los elementos más originales del Código. Esta originalidad se debe, no tanto al hecho de que el Legislador se aventure a fijar legislativamente el concepto material de delito - pues esto ya lo había hecho en el CPRO de 1969- cuanto al contenido material de dicha definición. Así el art. 17 del CPRO de 1969 definía el delito como “el hecho que presenta peligro social, cometido con *vinovăție*⁶⁵⁰ y previsto por la ley penal”⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ Publicada en el Monitorio Oficial, Núm. 510, de 24 de julio de 2009. <http://www.monitoruljuridic.ro/monitorul-oficial/510/2009-07-24/>, [consultado el: 04/05/2017].

⁶⁴⁹ Disponible en: http://www.just.ro/Portals/0/Coduri/coduri_60309/Expunere%20de%20motive%20Proiectul%20Legii%20privind%20Codul%20Penal-%20forma%20transmisa%20Parlamentului.doc., [consultado el: 27/02/2017].

⁶⁵⁰ El término “*vinovăție*” en el lenguaje común tiene el significado de culpabilidad en el sentido de responsabilidad, sin embargo, en el marco de la definición del concepto de delito, como se verá más adelante, su significado varía.

⁶⁵¹ Art. 17 CP 1969 (1) “*Infrațiunea este fapta care prezintă pericol social, săvârșită cu vinovăție și prevăzută de legea penală*”.

3.2.1. SOBRE LA DEFINICIÓN DE DELITO EN EL CPRO DE 1969

La definición comprendida en el art. 17 CPRO de 1969 era una definición material, de inspiración soviética cuyos elementos integrantes eran: el peligro social⁶⁵², *vinovăția*⁶⁵³ y la previsión del hecho en la ley penal.⁶⁵⁴ A pesar de su configuración, basada en la exigencia cumulativa de tres elementos, el concepto de delito contenido en el CPRO de 1969, nada tenía que ver con el clásico concepto tripartito de delito construido por VON LISZT⁶⁵⁵ y BELING. La teoría que se encontraba en la base del CPRO de 1969 -y que sigue marcando el desarrollo del sistema penal rumano aun en la actualidad- en cuanto variante del sistema de dos elementos *actus reus* y *mens rea*, configuraba el delito en torno

⁶⁵² El peligro social –elemento propio de las legislaciones de inspiración soviética– era el elemento que, desde un punto de vista material, diferenciaba el ilícito penal de otros ilícitos.

⁶⁵³ Bajo el imperio del ya derogado CPRO de 1969, la Doctrina penal rumana, de forma unánime, entendía que *Vinovăția*, en su vertiente de categoría dogmática, reflejaba la relación subjetiva existente entre el autor y el hecho socialmente peligroso que le es atribuido como propio. En palabras de BULAI “para que un hecho sea constitutivo de delito se debe constatar la existencia de una relación de causalidad psicológica entre el sujeto y el hecho socialmente peligroso. Es decir, se debe constatar que el hecho le es imputable, no solo físicamente, sino también psíquicamente”. BULAI, C., *Manual de Drept Penal Partea Generală*, cit., pág. 154.

⁶⁵⁴ La Doctrina penal tradicional entendía que esta categoría, en cuanto expresión del principio de legalidad, se traducía en una reserva de ley en materia penal. De modo que, desde este planteamiento doctrinal, *la previsión del hecho en la ley penal* no es lo mismo que la tipicidad -la cual recibe el nombre de *contenido de la infracción* y, como a continuación se verá, desde esta perspectiva, ocupa un lugar diferente en la Teoría general del delito-. Véase en este sentido, PASCU, I., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág.120. Otro sector doctrinal, que se podría llamar moderno, entiende que esta categoría es, en verdad, la tipicidad, de modo que, en su seno, además de los elementos objetivos típicos, se vuelve a analizar *Vinovăția*, pero, esta vez, en su vertiente de elemento subjetivo: intención o culpa. Por todos, STRETEANU, F., *Tratat de drept penal. Partea Generală, Vol. I.*, Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2008, pág. 343 y ss.

⁶⁵⁵ Es decir, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

al contenido de la infracción⁶⁵⁶, cuyos elementos integrantes -el objeto de protección penal, los sujetos de la infracción, *laturea obiectivă*⁶⁵⁷ o, lo que es lo mismo, la conducta típica y *laturea subiectivă*⁶⁵⁸ o elemento subjetivo- conforman lo que en la Doctrina española se conoce como Tipicidad. De modo que, la Doctrina penal rumana ha construido la Teoría General del Delito sobre dos pilares, que son: *las características esenciales del delito* -lo que para nosotros sería el concepto dogmático de delito- y *el contenido de la infracción* -o de la incriminación⁶⁵⁹, que es lo que para nosotros sería la Tipicidad-. La función que desempeña cada uno de estos elementos es distinta. Así, mientras que el análisis de *las características esenciales del concepto de delito* proporciona criterios generales que sirven para diferenciar el ilícito penal de otras formas de ilícito; el análisis del *contenido de la infracción* sirve para distinguir los ilícitos penales entre sí, ya que “reúne la totalidad de las

⁶⁵⁶ Véase, RICEANU, J. “Analiza trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în legea penală română”, en *Revista de Drept Penal*, cit., págs. 19-20.

⁶⁵⁷ *Laturea obiectivă* es, según DONGOROZ, V., *Drept Penal (Reeditarea ediției din 1939)*, Ed. Asociația Română de Științe Penale, Bucurest, 2000, pág. 177, “la actividad física (*actus reus*) a través de la que se realiza la infracción”.

⁶⁵⁸ El elemento subjetivo, es decir, *mens rea*, está conformado por la concurrencia de dos factores: el factor volitivo y el factor intelectual. Según la Doctrina penal rumana, el factor volitivo es la fuerza espiritual que propulsa la energía física, lo que significa que interviene antes que la actividad física, manteniéndose invariable durante todo ese proceso. A diferencia del factor volitivo, el factor intelectual o conciencia, conoce tres géneros: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad. Así, según DONGOROZ, V., *Drept Penal (Reeditarea ediției din 1939)*, cit., pág. 192, “la presencia del factor intelectual marca *Vinovăția* del sujeto que ha realizado la actividad física, porque mientras el factor volitivo nos enseña que la energía propulsiva de la voluntad del agente se encuentra en la base de su actividad física y, por consiguiente, el hecho pertenece a ese sujeto (*imputación de hecho*), el factor intelectual nos indica la actitud de la conciencia del agente, en relación con la actividad física por él realizada, actitud que nos permite ver si podemos afirmar la culpabilidad del agente (*imputación psíquica o culpabilidad*). El estudio del factor intelectual es, por consiguiente, el estudio de la culpabilidad (*vinovăției*) y los tres géneros de factores intelectivos: dolo, culpa y preterintencionalidad nos dan los tres géneros de culpabilidad: el dolo, la culpa y la preterintencionalidad”.

⁶⁵⁹ PASCU, I., *Drept Penal. Patrea Generală*, cit., pág.122 y ss.

condiciones legalmente exigidas para que un determinado hecho sea constitutivo de infracción”⁶⁶⁰.

Así planteado, se pone de manifiesto, en primer lugar, que para la Doctrina penal rumana *el contenido de la infracción* -la Tipicidad- era, junto a las *características esenciales* -el concepto dogmático de delito-, la base sobre la que se construyó la Teoría General del Delito en el sistema penal rumano. En segundo lugar, este planteamiento doctrinal explica el tratamiento paralelo que reciben ciertos conceptos -como, por ejemplo, el de *vinovăție*⁶⁶¹-. En tercer lugar, y como corolario de lo anterior, resulta que *la previsión del hecho en la ley penal*, en cuanto categoría integrante del concepto de delito, no podía significar más que una reserva de ley en materia penal, pues, según esta teoría, la Tipicidad o contenido de la infracción es un componente de la Teoría General del Delito, ubicado extramuros del concepto dogmático *strictu sensu*. En resumen, la Teoría del delito contiene, por un lado, el concepto dogmático de delito y, por otro, pero separado, el de la Tipicidad.

3.2.2. DEFINICIÓN DE DELITO EN EL CPRO DE 2009

La definición legal de delito prevista en el art. 15 del vigente CPRO, a la vez que renuncia al peligro social, introduce dos nuevas categorías dogmáticas: la antijuridicidad y la imputabilidad. Así, según lo dispuesto en el art. 15 (1)

⁶⁶⁰ BULAI, C., *Manual de Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 166.

⁶⁶¹ Cuestión que, en líneas posteriores, se retomará.

CPRO de 2009, “[e]l delito es el hecho previsto por la ley penal, cometido con *vinovăție*, no justificado e imputable a la persona que lo ha cometido”⁶⁶².

En la base de esta definición de delito, según la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, se encuentran tanto el Código penal de 1936⁶⁶³ como las legislaciones penales europeas que, como la rumana, han optado por definir el delito. De modo que, el nuevo Código penal combina la tradición legislativa rumana correspondiente al período interbélico con las actuales tendencias legislativas europeas, como, por ejemplo: la alemana, la italiana o la suiza, sin perder de vista los avances doctrinales en materia penal propios del Derecho comparado.

En cuanto a la definición del delito, la versión inicialmente propuesta por la Comisión redactora⁶⁶⁴ en el Anteproyecto de Código penal no incluía *vinovăția* entre sus características esenciales. Se trataba de una opción legislativa motivada en la necesidad de esclarecer las funciones que *vinovăția* debe cumplir en el marco del delito. Pues, según indica la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “actualmente, el concepto de *vinovăție*⁶⁶⁵ tiene dos aceptaciones, unánimemente admitidas; en primer lugar, *vinovăția* representa un subelemento subjetivo del tipo, contexto en el que aparece bajo la forma de intención, culpa o

⁶⁶² Art. 15 “*Trăsăturile esențiale ale infracțiunii. (1) Infracțiunea este fapta prevăzută de legea penală, săvârșită cu vinovăție, nejustificată și imputabilă persoanei care a săvârșit-o. (2) Infracțiunea este singurul temei al răspunderii penale.*”

⁶⁶³ De inspiración italo-francesa.

⁶⁶⁴ La Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de CP estuvo compuesta tanto por representantes del Ministerio de Justicia y Libertades Ciudadanas, como por prestigiosos penalistas, entre los que destacan: el Prof. Valerian Cioclei de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bucarest; el Prof. Ilie Pasca de la Facultad de Derecho y Ciencias Administrativas de la Universidad “Andrei Saguna” de Constanța y el Prof. Florin Streteanu de la Facultad de Derecho de la Universidad “Babes-Bolyai” de Cluj-Napoca.

⁶⁶⁵ *Vinovăție* es un sustantivo femenino singular que se acompaña del artículo determinado (a) que se añade al final del sustantivo y que sustituye a la letra (e).

preterintencionalidad; y, en segundo lugar, aparece como categoría o elemento integrante del concepto de delito. En esta nueva reglamentación, *vinovăția*, en su primera aceptación está llamada a cumplir la misma función, esto es, de elemento integrante de la estructura interna del hecho típico, a través del cual se analiza la concordancia entre el hecho humano concreto y el modelo penal abstracto descrito por el Legislador en la norma de incriminación. Por lo que respecta su segunda aceptación, la nueva redacción del concepto de delito ha optado por sustituir el término *vinovăție* por un término distinto -imputabilidad-. Este cambio terminológico se ha operado, en primer lugar, para evitar confusiones terminológicas que se podrían dar entre *vinovăție*, en cuanto subelemento subjetivo típico, y *vinovăție*, en cuanto categoría dogmática integrante del concepto del delito⁶⁶⁶.

Con todo, los cambios propuestos por la Comisión redactora del Anteproyecto, en el sentido de prescindir del concepto de *vinovăție* en la nueva definición del delito, no prosperaron y durante el proceso legislativo, a petición del Parlamento, se volvió a introducir *vinovăția* entre las características esenciales del delito. De modo que, lejos de aportar claridad, la nueva definición legal de delito se erige en una inacabable fuente de debate y controversias dentro de la Doctrina penal rumana, pues tal como afirma cierto sector doctrinal, el art. 15 CPRO contiene un concepto de delito de importación, ajeno a la tradición penal rumana⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Apartado 2.4 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal.

⁶⁶⁷ RICEANU, J., “Analiza trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în legea penală română”, en *Revista de Drept Penal*, cit., pág.27.

3.2.3. EL CONCEPTO DE DELITO EN LA DOCTRINA PENAL RUMANA

La elaboración y aprobación del vigente Código Penal rumano ha marcado el inicio de un ferviente, y, por lo demás, necesario desarrollo doctrinal dirigido, principalmente, a hacer concordar ciertas instituciones, conceptos y nociones del Derecho Penal rumano⁶⁶⁸ con las actuales corrientes doctrinales europeas⁶⁶⁹. Por lo que respecta la Parte General del Derecho Penal rumano, uno de los ámbitos que más ha ocupado a la Doctrina penal ha sido el de la Teoría General del Delito. De modo que, el nuevo concepto legal de delito⁶⁷⁰, las categorías que lo integran, así como el significado y alcance de esas categorías, ha generado un intenso debate doctrinal que se ha materializado en una notable heterogeneidad de opiniones – que, a continuación, *grosso modo*, se esbozarán -.

Con respecto a la nueva definición legal del delito, la Doctrina penal rumana únicamente coincide en que la tipicidad es la primera categoría integrante del concepto de delito, divergiendo sus opiniones en todo lo demás,

⁶⁶⁸ Ya en el año 2008, el Prof. Streteanu ponía de manifiesto la necesidad de actualizar la doctrina penal rumana en lo que respecta la Teoría General del Delito, en el sentido de asumir la concepción tripartita de delito (Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad), llegando a hacer una proposición de *lege lata* en este sentido. Véase STRETEANU, F., *Tratat de drept penal. Partea Generală*, cit., págs. 332-333.

⁶⁶⁹ Desarrollo no exento de obstáculos debido a las tradicionales concepciones dogmáticas.

⁶⁷⁰ Definido en el art. 15 CPRO como aquel “hecho previsto por la ley penal, cometido con *vinováŝie*, no justificado e imputable a la persona que lo ha cometido”.

esto es, tanto en cuanto a los elementos que componen la tipicidad, como al resto de categorías dogmáticas que configuran el concepto de delito⁶⁷¹.

A. La Tipicidad y su relación con *vinovăția*

a) *Vinovăția* como elemento subjetivo no típico ni culpable (Teoría cuatripartita del concepto de delito)

Partiendo de la idea de que en el marco de la Tipicidad se debe comprobar la concordancia entre un hecho concreto y el tipo penal abstracto⁶⁷², la Doctrina penal rumana, de forma inmensamente mayoritaria⁶⁷³, entiende que en la Tipicidad únicamente se ha de comprobar la concurrencia de los elementos objetivos del tipo⁶⁷⁴, relegándose, de ese modo, la comprobación de los elementos

⁶⁷¹ Esta heterogeneidad de opiniones doctrinales gira tanto en torno al número de categorías dogmáticas que conforman el concepto de delito, como al alcance y significado de algunas de ellas.

⁶⁷² Se trata del, así llamado, *proceso de subsunción*; proceso a través del cual, según QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 4ª ed., Navarra, 2010, pág. 308, se comprueba “que una conducta humana encaja en una descripción legal del delito”.

⁶⁷³ Por todos, PASCU, I., “Titlul I, Infrațiunea, Capitolul I, Dispoziții generale”, en Pascu Ilie (coord.), *Noul cod penal comentat. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2ª ed revăzută și adăugită, Bucarest, 2014, pág. 115; MITRACHE, C./MITRACHE, C, *Drept Penal român. Partea generală*, cit., pág.137. En el mismo sentido, GORUNESCU, M., “Capitolul II, Infrațiunea și trăsăturile ei esențiale”, en Mirela Gorunescu (coord.), *Noul Cod penal pe înțelesul tuturor*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2015, pág. 32.

⁶⁷⁴ En el mismo sentido se pronuncia también STRETEANU, F./NIȚU, D., *Drept Penal Partea Generală, Vol. I*, cit., pág. 255, a pesar de que en un primer momento -STRETEANU,

subjetivos a otra categoría dogmática, esto es, a la *vinovăție*⁶⁷⁵ -entendida por algunos autores como actitud psíquica peligrosa del sujeto activo⁶⁷⁶-. Así, según este sector doctrinal, en la Tipicidad se deben analizar los siguientes elementos: los sujetos, el objeto (material y jurídico), las condiciones de tiempo y lugar en las que se ha cometido el hecho, la acción u omisión, el resultado y la relación de causalidad⁶⁷⁷.

b) Vinovăția como elemento subjetivo del tipo (Teoría tripartita del concepto de delito)

Sin embargo, y manteniendo una posición diversa, otra corriente Doctrinal minoritaria, liderada por UDROIU, entiende que la Tipicidad, en cuanto primer

F./MOROȘANU, R., *Instituții și infracțiuni în noul cod penal, Manual pentru uzul formatorilor SNG*, Bucarest, 2010, págs. 38-39- afirman que en la Tipicidad se deben analizar tanto los elementos objetivos como los subjetivos, de modo que “el concepto de *vinovăție* que aparece en la definición de delito del art. 15 CPRO, se refiere a la *Vinovăția* que la norma de incriminación prevé para la existencia del delito, bajo la forma de intención, preterintención o culpa”.

⁶⁷⁵ Véanse, en este sentido, GHIGHECI, C., *Drept Penal. Partea Generală*, pág. 3, disponible en www.int-lex.ro/.../D REPT%20PENAL%20PARTEA%20GENE [consultado el: 16/02/2017]. Según este autor, dado que el art. 15 CPRO menciona a la Tipicidad entre las características generales del delito, diferenciándola de la *vinovăție*, esta (la Tipicidad) no puede referirse más que a la concordancia entre los elementos objetivos del hecho concreto con el tipo penal; AMZA T., “Trăsăturile esențiale ale infracțiunii”, en *Revista Doctrină și Jurisprudență*, Núm. 1-2, 2016, pág.7. Disponible en www.mpublic.ro/ro/content/revista-doctrina-si-jurisprudenta [consultado el: 27/02/2017]. Para este autor, la Tipicidad se revela como el resultado de la comparación realizada entre el contenido objetivo del hecho concreto y el tipo, relegándose, por lo tanto, el análisis del contenido subjetivo a otra categoría distinta a la tipicidad, concretamente, a la *vinovăție*.

⁶⁷⁶ AMZA T., “Trăsăturile esențiale ale infracțiunii”, en *Revista Doctrină și Jurisprudență*, cit., pág. 8.

⁶⁷⁷ En el mismo sentido, IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2016, pág. 16. Según estos autores, para que una conducta pueda ser calificada como típica, el contenido objetivo de la conducta ha de casar exactamente con el tipo.

elemento del delito, implica la correspondencia entre el hecho humano concreto (activo u omisivo) y “los elementos objetivos y subjetivos del tipo”⁶⁷⁸. Así, para este autor el análisis de la Tipicidad debe comprender: el objeto del delito (jurídico, es decir, el bien jurídico protegido y material o, lo que es lo mismo, el objeto de la acción), los sujetos (activo y pasivo), el aspecto objetivo (el *verbum regens*, el resultado, la relación de causalidad y el lugar y tiempo en que se ha cometido el hecho) y el aspecto subjetivo (dolo, culpa y preterintencionalidad).

Según UDROIU, la ubicación del proceso de análisis de los elementos subjetivos en la categoría de la Tipicidad se deduce claramente de lo dispuesto en el art. 16.1 CPRO que establece que “únicamente será constitutivo de delito el hecho cometido con la forma de *vinovăție* legalmente establecida”⁶⁷⁹. En el mismo sentido se pronuncia el Ministerio Fiscal esgrimiendo como argumento la *voluntas legislatoris*⁶⁸⁰ que, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal en la forma en la que se envió al Parlamento por el Ministerio de Justicia⁶⁸¹, era la de incluir los elementos subjetivos del tipo, es decir, *vinovăția* y sus formas, en la Tipicidad.

⁶⁷⁸ UDROIU, M., *Sinteze și Grile. Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod Penal*, Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2014, pág. 38.

⁶⁷⁹ Del mismo argumento se sirven STRETEANU y NIȚU para afirmar justamente lo contrario. Según los citados autores, de lo dispuesto en el art. 16.1 CPRO “resulta inequívocamente la intención de extraer *Vinovăția* de entre los elementos integrantes de la tipicidad para transformarla en una categoría autónoma de la que no se hace depender la existencia del hecho previsto por la ley penal, sino la calificación del hecho como delictivo”. STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., nota 5, pág. 254.

⁶⁸⁰ Ministerul Public. Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, “Material Noul Cod Penal”, págs. 15-17. Disponible en: www.mpublic.ro/ro/content7noile-coduri-note-de-studiu [consultado el:27/02/2017].

⁶⁸¹ Disponible en: http://www.just.ro/Portals/0/Coduri/coduri_60309/Expunere%20de%20motive%20Proiectul%20Legii%20privind%20Codul%20Penal-%20forma%20transmisa%20Parlamentului.doc [consultado el:3/03/2017].

La consecuencia inmediata que se deriva de la inclusión de los elementos subjetivos, esto es, *vinovăția* y sus formas -dolo, culpa y preterintencionalidad- en la Tipicidad, es la distinta configuración de la estructura de esta categoría y, sobre todo, de la estructura del concepto de delito, pues, desde esta perspectiva, el concepto dogmático de delito ya no estaría conformado por la concurrencia de cuatro categorías - Tipicidad, *Vinovăție*, Antijuridicidad e Imputabilidad-, sino, únicamente por tres, esto es, la Tipicidad- integrada por elementos objetivos y elementos subjetivos-, la Antijuridicidad y la Imputabilidad.

Hasta aquí hemos visto como el debate doctrinal en torno al concepto de delito versa sobre la *vinovăție* y su relación con la Tipicidad. La Doctrina penal rumana, de forma inmensamente mayoritaria, según hemos visto, propugna que *vinovăția* no integra la Tipicidad -que tan solo incluiría el tipo objetivo- extrayendo de esta primera categoría el tipo subjetivo, lo que a priori, al menos, acercaría a esta Tipicidad, así configurada, a la propia de la Teoría neoclásica del Concepto de Delito.

Por su parte, la segunda de las posiciones doctrinales analizadas, defendida por UDROIU, desde una concepción del delito cercana a las doctrinas finalistas, identifica *vinovăția* con tipo subjetivo, lo que facilita, sin duda, la comprensión del concepto de delito y lo acerca a la concepción imperante en España -salvando las distancias-. Si bien, como vamos a ver, el sustento legislativo de esta postura es francamente débil.

B. La Tipicidad: toma de postura

Esta segunda tesis -defendida por UDROIU- tiene a su favor, tal y como esgrime el Ministerio Fiscal, que es más acorde con la interpretación auténtica que hace la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal sobre el significado de los elementos integrantes del concepto de delito. Siendo cierto esto, sin embargo, no se puede pasar por alto que el Anteproyecto, tras su paso por el Parlamento, ha sufrido diversas modificaciones que, entre otras cuestiones, han afectado a la definición del delito. La Comisión Parlamentaria, como ya se ha advertido, reintrodujo⁶⁸² *vinovăția* entre las categorías integrantes del concepto legal de delito⁶⁸³ -junto a la Tipicidad, Antijuridicidad e Imputabilidad- lo que significa que el actual sistema penal rumano adopta un concepto cuadripartito de delito⁶⁸⁴.

Por ello, el argumento según el cual la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código penal refuerza la configuración de la *vinovăția* como un elemento subjetivo del tipo y no como una categoría dogmática independiente, pierde gran parte de su peso, ya que, durante el proceso legislativo la propuesta de definición del concepto legal de delito realizada por la Comisión redactora en el Anteproyecto de Código no se mantuvo.

⁶⁸² En contra de la propuesta del Anteproyecto de Código penal.

⁶⁸³ El proceso Legislativo del Proyecto de Código penal puede ser consultado en la web de la Cámara de los Diputados, en el enlace: http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck.proiect?idp=10255.

⁶⁸⁴ Apartándose así de los sistemas penales de referencia a nivel europeo que contienen un concepto de delito secuencial tripartito.

Fuera cual fuere la intención que latía en la génesis del concepto de delito propuesto por la Comisión redactora del Anteproyecto de Código penal, la labor interpretativa ha de ajustarse a lo que el Legislador penal, en cuanto representante de toda la sociedad, ha decidido plasmar en la Ley. Pues, tal como afirma ÁLVAREZ GARCÍA, la decisión de atribuir el poder normativo en materia penal al Legislador, y únicamente a él, “reside en la representatividad de aquél poder, en ser expresión no de una oligarquía sino de todo el pueblo”⁶⁸⁵. De modo que, apelando al significado político del principio de legalidad penal⁶⁸⁶ entendemos que el Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia no puede, en ningún caso, representar la *voluntas legislatoris*, pues esta únicamente se pone de manifiesto cuando, siguiendo los cauces del proceso legislativo, el Anteproyecto llega en sede parlamentaria donde es debatido y, finalmente, votado y aprobado. Son esos debates parlamentarios en los que se pone de manifiesto “la opinión del total cuerpo social”⁶⁸⁷, los que configuran la verdadera *voluntas legislatoris*, y no el acto normativo proveniente de un Departamento del Gobierno. Como consecuencia, la *voluntas legislatoris* que se desprende del texto legal que define el concepto de delito –art.15 CPRO- es que en la Tipicidad se deben integrar, únicamente, elementos de carácter objetivo⁶⁸⁸ ya que, de los subjetivos se ocupa otra categoría dogmática, *vinovăția*⁶⁸⁹. En este sentido se

⁶⁸⁵ ÁLVAREZ GARCÍA. F. J., *Sobre el Principio de Legalidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 10.

⁶⁸⁶ Sobre el fundamento político del principio de legalidad véase, ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, Núm. 8, mayo-agosto, 1983, págs. 12-14. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249711.pdf> [última consulta: 22/06/2017].

⁶⁸⁷ ÁLVAREZ GARCÍA. F. J., *Sobre el Principio de Legalidad*, cit., pág.11.

⁶⁸⁸ Así, STRETEANU, F/ NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I*, cit., pág. 255.

⁶⁸⁹ La exposición de motivos del Proyecto de Código en la forma en la que finalmente fue aprobado sigue afirmando, al igual que lo hacía la exposición de motivos del Anteproyecto, que en el marco de la Tipicidad se deben analizar tanto los elementos objetivos como los subjetivos. Ello, sin embargo, parece ser irrelevante, pues, según Streteanu –miembro integrante de la

pronuncian, también, STRETEANU/NIȚU, quienes, resignados afirman que “con pesar, debemos admitir que, en la actual reglamentación, la previsión del hecho en la ley penal se refiere solo a los elementos objetivos del tipo”⁶⁹⁰.

C. Vinovăția

Lo expuesto en líneas precedentes pone de manifiesto el gran debate doctrinal que gira en torno al segundo elemento del concepto de delito del art. 15.1 CPRO de 2009, *vinovăția*, tanto en lo que respecta su contenido y función, como en lo que respecta su ubicación en la estructura del delito.

a) Posición tradicional en torno al concepto de vinovăție

El tratamiento que tradicionalmente (esto es, antes de la promulgación del CPRO de 2009) venía recibiendo el concepto de *vinovăția*, tanto por parte de la Doctrina penal, como por parte de la Jurisprudencia rumana era el equivalente a la Culpabilidad *-culpabilitate-*, variando, sin embargo, su significado y alcance en

Comisión redactora del Anteproyecto- la exposición de motivos de proyecto “ha sido confeccionada en base al Anteproyecto, en la forma en la este fue presentado ante la Comisión parlamentaria (...).” STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 255.

⁶⁹⁰ STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 255.

función de la teoría desde la que se explicaba -psicológica o normativa⁶⁹¹. Así, para los seguidores de la Teoría psicológica, mediante la culpabilidad o *vinovăția*, se comprobaba la relación psicológica existente entre el autor y su hecho, mientras que, para los partidarios de la Teoría normativa, la culpabilidad tenía el significado de reprochabilidad⁶⁹².

b) Vinovăția en al CPRO de 2009

a. Vinovăția como elemento bifacético

En la actualidad, la Doctrina penal rumana, en su inmensa mayoría, entiende que *vinovăția*, en su vertiente de categoría dogmática integrante del concepto de delito⁶⁹³, hace referencia a “la posición psíquica”⁶⁹⁴ (Teoría psicológica de la culpabilidad) que adopta el infractor respecto de su hecho y de las consecuencias que de él se derivan⁶⁹⁵, mientras que en su vertiente de

⁶⁹¹ BULAI, C., *Manual de Drept Penal. Partea Generală*, cit., págs., 154-164.

⁶⁹² Vid. PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, 4^a ed., Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2015, págs. 156-158.

⁶⁹³ En contra UDROIU, M., *Sinteze și Grile. Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod Penal*, cit., pág. 51.

⁶⁹⁴ PASCU, I., “Titlul II. Infrațiunea. Capitolul I. Dispoziții generale.”, en Pascu Ilie (coord.) *Noul cod penal comentat, Partea generală*, cit., pág.116.

⁶⁹⁵ MITRACHE, C./ MITRACHE, C., *Drept Penal român. Partea generală*, cit., pág. 137; SIMIONESCU E.G./DUNGAN P., *Funcționarul public și răspunderea penală în noul Cod penal și în legile speciale*, Ed. Hamargiu, Bucarest, 2016, pág. 68.

subelemento subjetivo⁶⁹⁶ hace referencia a las formas de *vinovăție*: dolo, culpa y preterintencionalidad⁶⁹⁷.

Otro sector doctrinal, con fundamentos en la Teoría normativa de la culpabilidad⁶⁹⁸, entiende que en el marco de esta categoría (*vinovăție*) se lleva a cabo un doble proceso. Por un lado, se efectúa el análisis *in concreto*⁶⁹⁹ de la *culpabilitate*, esto es, verificándose la concordancia entre la forma de *vinovăție* con la que se ha cometido el hecho concreto y la forma de *vinovăție* típicamente prevista (dolo, culpa o preterintencionalidad). Y, por otro, se comprueba si el sujeto podía haber adecuado su comportamiento a la norma (esto es, que el sujeto no haya actuado a causa de una fuerza irresistible o caso fortuito) y si conocía la antijuridicidad de su hecho⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ En la base de este tratamiento paralelo que recibe el concepto de *vinovăție* late la tradicional Teoría general del delito compuesta por el *concepto de delito* y el *contenido de la infracción*. Así, desde la perspectiva del concepto de delito, *Vinovăția* es una categoría dogmática, mientras desde la perspectiva del contenido de la infracción, *Vinovăția* es un subelemento subjetivo.

⁶⁹⁷ PASCU, I., “Titlul I, Infracțiunea, Capitolul I, Dispoziții generale”, en Pascu Ilie (coord.) *Noul cod penal comentat. Partea generală*, cit., pág. 122.

⁶⁹⁸ Siguiendo la tradicional Teoría general del delito de dos elementos.

⁶⁹⁹ Según ROTARU, ya en el marco de la tipicidad se hace una evaluación *in abstracto* de los elementos subjetivos, esto es, una mera detección de las formas de “*vinovăție*”. ROTARU, C., “Cauzele justificative și cauzele de neimputabilitate”, en *Consiliul Superior al Magistraturii. Institutul Național al Magistraturii, Conferințele Noului Cod Penal*, cit., pág.14.

⁷⁰⁰ ROTARU C., “Cauzele justificative și cauzele de neimputabilitate”, en *Consiliul Superior al Magistraturii. Institutul Național al Magistraturii, Conferințele Noului Cod Penal*, cit., pág.14.

b. Vinovăția como elemento subjetivo del tipo

Una tercera postura doctrinal, liderada por UDROIU, -a la que hemos tenido oportunidad de referirnos al tratar la Tipicidad- entiende, apelando a lo establecido en el art. 16.1 CPRO⁷⁰¹, que *vinovăția* es un subelemento subjetivo del tipo, lo que significa que, para este autor, el concepto de *vinovăție* no tiene el significado de *culpabilitate*, sino de elemento subjetivo del tipo⁷⁰².

c. Vinovăția como categoría dogmática diferente a la Tipicidad y a la Culpabilidad

Como un híbrido entre unas tesis y otras destaca la sostenida por STRETEANU/NITU, según quienes, *vinovăția* -segunda categoría integrante del concepto de delito- tiene como contenido el elemento subjetivo del delito en cuyo contexto se ha de analizar la forma de *vinovăție* con la que el sujeto activo ha actuado, esto es: con dolo, culpa o preterintencionalidad.⁷⁰³ Así, desde la óptica de los citados autores, *vinovăția* no debe ser entendida en clave de culpabilidad -tal como lo hace la Doctrina de forma inmensamente mayoritaria⁷⁰⁴-, sino, como

⁷⁰¹ Establece el art. 16.1 CPRO: “únicamente será constitutivo de delito el hecho que se haya cometido con la forma de *vinovăție* legalmente establecida”.

⁷⁰² UDROIU, M., *Sinteze și Grile. Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod Penal*, cit., págs. 51-57.

⁷⁰³ STRETEANU, F./NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 255.

⁷⁰⁴ En contra, PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., págs. 157-158, quien afirma que, en vista de que el art. 16 CPRO, de 2009, define las formas de *vinovăție* en términos

una categoría dogmática propia -diferente tanto de la Tipicidad como de la Culpabilidad-.

ROTARU⁷⁰⁵ profundiza en la tesis que concibe la Tipicidad como “exclusivamente objetiva” y nos ofrece una nueva perspectiva cuando afirma que el Legislador penal, en el art. 15.1 CPRO de 2009, ha optado por descomponer una de las categorías del delito, *Culpabilitatea*⁷⁰⁶, en sus elementos integrantes. Así, el dolo y la culpa pasan a formar parte de una categoría independiente: *vinovăția*, mientras que la responsabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y la exigibilidad de otra conducta son, ahora, elementos integrantes de otra categoría, que se denomina *Imputabilitate*.

Como se puede observar, el segundo elemento del concepto de delito del art. 15.1 CPRO de 2009, *vinovăția*, mantiene a la Doctrina penal rumana más que dividida. Pues mientras que un sector de la Doctrina considera que *vinovăția* es un elemento bifacético relacionado con la Culpabilidad, otro considera que es un elemento subjetivo que se integra en la Tipicidad y otro que se trata de una categoría dogmática que contiene los elementos subjetivos del tipo, pero que no se identifica ni con la Tipicidad, ni con la Culpabilidad, sino que es una categoría dogmática independiente.

propios de la Teoría psicológica de la culpabilidad, no cabe más remedio que concebir esta en los mismos términos.

⁷⁰⁵ ROTARU C., “Cauzele justificative și cauzele de neimputabilitate”, en *Consiliul Superior al Magistraturii. Institutul Național al Magistraturii, Conferințele Noului Cod Penal*, pág. 13. Disponible en: http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_176/Rezumatel%20conferintelor%20NCP.pdf. (consultado el: 16/02/2017).

⁷⁰⁶ La autora utiliza el concepto de “culpabilitate” como sinónimo del concepto de “culpabilidad”.

D. *Vinovăția*: toma de postura

En nuestra opinión, el Legislador penal rumano, al configurar el concepto de delito en el art. 15 CPRO, ha optado, tal como sostiene ROTARU⁷⁰⁷, por descomponer una de sus categorías -la Culpabilidad⁷⁰⁸, cuyos elementos integrantes eran: el dolo, la culpa y la imputabilidad- para, posteriormente reubicar sus elementos integrantes en otras dos categorías independientes, a saber, en la *vinovăție* y en la Imputabilidad (*Imputabilitate*), respectivamente. Así, en un intento de abandonar la clásica Teoría psicológica, según la cual el dolo y la culpa aparecían como formas de culpabilidad⁷⁰⁹, el Legislador penal rumano, bajo la denominación de *vinovăție* ha introducido una nueva categoría en la estructura del delito -diferente de la Culpabilidad⁷¹⁰- que contiene los elementos

⁷⁰⁷ ROTARU C., “Cauzele justificative și cauzele de neimputabilitate”, en *Consiliul Superior al Magistraturii. Institutul Național al Magistraturii, Conferințele Noului Cod Penal*, pág. 13. Disponible en: http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_176/Rezumatel%20conferintelor%20NCP.pdf. [consultado el: 16/02/2017].

⁷⁰⁸ Sobre la Teoría psicológica de la culpabilidad véase, entre otros, ROXIN C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, págs.794 y ss.

⁷⁰⁹ Vid., por todos, DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Culpabilidad, Exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pág.30.

⁷¹⁰ ROTARU, por el contrario, sostiene que, *Vinovăția* es culpabilidad -en cuanto categoría dogmática-, habiéndose extraído de su estructura uno de sus elementos, esto es, la imputabilidad, que a su vez constituye una categoría configuradora del concepto de delito. ROTARU C., “Cauzele justificative și cauzele de neimputabilitate”, en *Consiliul Superior al Magistraturii. Institutul Național al Magistraturii, Conferințele Noului Cod Penal*, cit., pág.14.

subjetivos del delito: el dolo, la culpa o, mejor dicho, la imprudencia⁷¹¹ y la preterintencionalidad.

Así, en nuestra opinión, el dolo⁷¹², la imprudencia⁷¹³ y la preterintencionalidad⁷¹⁴ son *formas o títulos de imputación* y *vinovăția*, la categoría en cuyo seno se lleva a cabo el proceso de comprobación de la forma subjetiva con la que se ha cometido el hecho concreto y la forma legalmente prevista en el tipo penal abstracto. De este modo, para que un hecho sea delito, además de reunir todos los elementos objetivos típicos, el título con el que se haya cometido ha de coincidir exactamente con *el título de imputación subjetivo* legalmente establecido en el tipo penal abstracto. Ahora bien, en caso de incongruencia, la Tipicidad no se verá afectada -en el sentido de excluirse- pues la conducta, objetivamente típica, puede ser constitutiva de otro tipo de ilícito, distinto al penal⁷¹⁵. Ello significa que, a pesar de faltar los elementos subjetivos del delito (dolo, imprudencia o preterintencionalidad) el hecho seguirá siendo objetivamente típico y “el Legislador, si lo considera necesario, puede imponer

⁷¹¹ En vista de que “la culpa” no es una forma de culpabilidad, sino un elemento subjetivo que se ubica en una categoría dogmática distinta, en la *Vinovăție*, consideramos oportuno sustituir dicho concepto, a la hora de traducirlo, por el de “imprudencia”.

⁷¹² Dispone el art. 16.3 CPRO: “[e]l hecho habrá sido cometido con intención cuando el sujeto: a) previó el resultado de su actuar, queriendo y buscando su producción; b) previó el resultado de su actuar y, a pesar de no buscarlo, aceptó la posibilidad de su producción”.

⁷¹³ Según lo dispuesto en el art 16.4 CPRO: “[e]l hecho habrá sido cometido con imprudencia cuando el sujeto: a) previó el resultado de su hecho, no le aceptó, pero confió en su no producción; b) no previó el resultado que su hecho produjo, a pesar de que podía y debía haberlo previsto”. Como se puede observar, el concepto de culpa que se maneja es el propio de la Teoría psicológica de la culpabilidad.

⁷¹⁴ Habrá preterintencionalidad, según el art. 16.5 CPRO cuando, como consecuencia de la realización de una acción u omisión dolosa, se produzca un resultado más grave que el pretendido por el autor a causa de su actuar imprudente.

⁷¹⁵ IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, cit., pág. 17.

una medida de seguridad”⁷¹⁶ al autor de este. En este sentido se pronuncian, entre otros, STRETEANU/NIȚU, quienes entienden que, aun cuando se constate que el hecho (objetivamente típico) no ha sido cometido con *vinovăție*, se deberá seguir con el análisis de la Antijuridicidad, pues, según lo dispuesto en el art. 107.2 CPRO de 2009⁷¹⁷, “la imposición de medidas de seguridad depende únicamente de la tipicidad y del carácter antijurídico del hecho, siendo irrelevante, en este sentido, *vinovăția*”⁷¹⁸.

Si esto es así, cabe preguntarse hasta qué punto *vinovăția* es la segunda categoría del concepto de delito o hasta qué punto el concepto de delito del art. 15.1 CPRO de 2009 es un concepto secuencial. Si entendemos, pues, que el art. 15.1 CPRO de 2009 contiene un concepto secuencial de delito, *vinovăția* no puede ser la segunda categoría dogmática, sino, en todo caso, la tercera o la cuarta.

E. La Antijuridicidad en el CPRO de 2009. Especial referencia al estado de necesidad

I. Para que una conducta sea constitutiva de delito no basta con que sea típica, sino que, además, tiene que ser antijurídica e *imputabilă* -culpable-. Así, el tercer elemento del concepto de delito, según la definición contenida en el art. 15 CPRO, es la antijuridicidad. Ahora bien, que el Legislador penal rumano, haya

⁷¹⁶ IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, cit., pág. 17.

⁷¹⁷ Art. 107.2 CPRO de 2009: “Las medidas de seguridad se impondrán a la persona que haya cometido un hecho típico y antijurídico.”

⁷¹⁸ STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 349.

situado la Antijuridicidad, después de la Tipicidad y de *vinovăție* (en el art. 15.1 CPRO), no quiere decir que, efectivamente, esta sea la tercera categoría dogmática del concepto del delito⁷¹⁹, sino, más bien la segunda. Pues, como acabamos de advertir en líneas precedentes, tal consideración comportaría negar el carácter secuencial del concepto de delito.

La antijuridicidad representa la contrariedad de un hecho -objetivamente típico- con el Ordenamiento Jurídico⁷²⁰; contrariedad que se constata mediante un juicio negativo, es decir, comprobando que -el hecho típico- no está justificado por la concurrencia de alguna causa de justificación. Así, según el art. 18 CPRO de 2009, “no constituirá delito el hecho típico en el que concurra alguna de las causas de justificación previstas por la Ley”.

El Capítulo II, del Título II, del CPRO de 2009, bajo el rótulo *Cauzele justificative* (Las causas de justificación) establece cuales son las causas de justificación en el Derecho penal rumano, esto es: la legítima defensa (art. 19 CPRO⁷²¹), el estado de necesidad (art. 20 CPRO), el ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber (art. 21 CPRO) y el consentimiento (art. 22 CPRO).

Como se puede observar, a diferencia del Código penal español de 1995 (y del ya derogado CPRO de 1968⁷²²), el CPRO de 2009 establece expresamente

⁷¹⁹ En este sentido se pronuncia, también, STANILĂ, L., “Definiția infracțiunii în Noul Cod penal și implicațiile sale”, en *Analele Universității de Vest din Timișoara*, Núm. 1, 2012, págs. 42-44. Según la autora, la Antijuridicidad sería el segundo elemento del delito, en tanto que *Vinovăția* -en cuanto expresión de la culpabilidad- sería el cuarto.

⁷²⁰ STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 349.

⁷²¹ Según el art. 19. 2 CPRO “actuará en legítima defensa el que obre para repeler un ataque material, directo, inmediato e ilegítimo que suponga un peligro para sí mismo, para terceros o sus derechos o para un interés general, siempre que la defensa sea proporcional a la gravedad del ataque.”

⁷²² El CPRO de 1968 no distinguía entre causas de justificación y causas de inimputabilidad, contemplándolas de manera conjunta en los arts. 44-51, bajo el rótulo: “Las

cuales son las causas de justificación, separándolas así de las causas de inimputabilidad -que se encuentran contempladas en el Capítulo III, del Libro II CPRO-.

II. Entre las causas de justificación del Capítulo II se encuentra el estado de necesidad, lo que no deja de ser llamativo en vista de que su concurrencia no excluye la responsabilidad civil⁷²³ -asemejándose, desde este punto de vista, a las causas que excluyen la imputabilidad del Capítulo III, del Libro II-. No obstante, en vista de lo dispuesto en el art. 20.1 CPRO de 2009 - “[e]l hecho típico cometido en estado de necesidad estará justificado” - no cabe más afirmar su carácter de causa de justificación⁷²⁴.

Consecuencia inmediata de su inclusión entre las causas de justificación es que frente a un ataque en estado de necesidad no cabe actuar en legítima defensa⁷²⁵. Además, al ser el estado de necesidad una causa de justificación y no una causa de inimputabilidad, sus efectos se extienden, también, a los posibles partícipes⁷²⁶.

causas que excluyen el carácter penal del hecho”. Véase, IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, cit., págs. 36-39.

⁷²³ Vid., STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 391.

⁷²⁴ STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 375.

⁷²⁵ PASCU, I., “Titlul I, Infrațiunea, Capitolul I, Dispoziții generale”, en Pascu Ilie (coord.) *Noul cod penal comentat. Partea generală*, cit., pág. 144.

⁷²⁶ De conformidad con lo dispuesto en el art. 107.2 CPRO de 2009, a los sujetos que actúen en estado de necesidad no se les podrán aplicar medidas de seguridad, ya que el presupuesto necesario para ello es que hubieran cometido un hecho típico y antijurídico. Véase, GĂLĂȚEANU, E. O., *Teme de Drept Penal General*, Ed. Pro Universitaria, Bucarest, 2015, pág. 51.

Actúa en estado de necesidad, según el art. 20.2 CPRO de 2009, “la persona que realiza el hecho típico para salvar, de un peligro inmediato que no puede ser evitado de otra manera, su vida, integridad corporal o salud o la de un tercero, un bien importante para él o para un tercero o un interés general, siempre que las consecuencias de su actuar no sean más graves que las que se hubieran producido en caso no haber actuado”.

Varias son las cuestiones que plantea el estado de necesidad del art. 20 CPRO de 2009, sin embargo, su estudio excedería con mucho los límites y objetivos del presente trabajo de investigación. Así, de entre los diversos elementos del estado de necesidad, nuestra atención se va a centrar en el “interés general” en cuanto objeto susceptible de *salvar* en estado de necesidad.

a) El “interés general” como objeto de la acción salvadora

Antes de acercarnos al significado del concepto de “interés general” del art. 20 CPRO de 2009, cabe advertir, no obstante, que el mencionado “elemento” no es privativo del estado de necesidad, pues, según el art. 19.1 CPRO, la legítima defensa cabe, también, frente a un ataque que suponga un peligro para un “interés general”.

La opción del Legislador penal de 2009 de incluir entre los objetos defendibles en legítima defensa o susceptibles de salvar en estado de necesidad el “interés general” genera opiniones encontradas entre la doctrina penal rumana. Así, mientras que algunos autores consideran que se trata de un

concepto excesivamente vago⁷²⁷ necesitado de concreción, otros -sin negar su carácter unívoco- consideran que “desde el momento en el que se trata de algo que interesa a toda una colectividad o a toda la sociedad, el interés general es legítimo por su propia naturaleza”⁷²⁸.

Relacionando el concepto de “interés general” con el concepto “público”- definido en el art. 176 CPRO de 2009⁷²⁹- el “interés general”, en opinión de un sector de la Doctrina penal rumana, vendría a representar “el interés del Estado u otras personas jurídicas de derecho público”⁷³⁰, en tanto que, para otro, el “interés general” podría representar una situación, relación o actividad que atañe a una organización pública⁷³¹.

Otros autores, como, PAȘCA o STERTEANU/NIȚU, en cambio, consideran que junto a los intereses de las instituciones públicas o de las personas jurídicas que administran o explotan bienes de propiedad pública, integran el “interés general” -al que se refieren los arts. 19 y 20 CPRO de 2009- también, “los intereses propios de las autoridades pública, así como, los intereses privados de los ciudadanos o de la colectividad”⁷³². Así, según STRETEANU/NIȚU, el

⁷²⁷ STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 362.

⁷²⁸ PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 206.

⁷²⁹ Según el referido precepto penal “[e]l termino público hace referencia a todo lo relativo a autoridades públicas, instituciones públicas u otras personas jurídicas que administran o explotan bienes de propiedad pública”.

⁷³⁰ Así, PASCU, I., “Titlul I, Infrațiunea, Capitolul I, Dispoziții generale”, en Pascu Ilie (coord.) *Noul cod penal comentat. Partea generală*, cit., pág. 144; DIMA, T., *Drept Penal. Partea Generală*, 3^a ed., Ed. Hamargiu, Bucarest, 2014, pág. IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, cit., pág. 97.

⁷³¹ Así, MITRACHE, C./ MITRACHE, C., *Drept Penal român. Partea generală*, cit., pág. 181.

⁷³² PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., págs. 206-207.

concepto de “interés general” es más amplio que el concepto de “público” del art. 176 CPRO de 2009 con el que, además, no cabe relacionarlo, pues no ha sido esa la voluntad del Legislador⁷³³. El “interés general” hace referencia, afirman STRETEANU/NIȚU, a un número indeterminado de personas, a una colectividad que puede representar un determinado grupo social, étnico o religioso o al Estado mismo o a la sociedad en su conjunto⁷³⁴.

En vista de la amplitud del concepto de “interés general”, parte de la Doctrina penal rumana propugna por condicionar la admisibilidad del estado de necesidad a intereses generales determinados⁷³⁵. Así, según ANTONIU, no podrían constituir objeto de salvación o defensa el orden público *in abstracto*, el medio ambiente o el estado de derecho cuando el peligro o el ataque a los mismos no se concrete, además, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico individual⁷³⁶.

Por el contrario, otro sector de la Doctrina considera que pueden constituir objeto de la acción salvadora o defensora tanto la seguridad del estado, el orden público o la capacidad de defensa del estado⁷³⁷, so pretexto de que “el interés general es legítimo por su propia naturaleza”⁷³⁸.

⁷³³ STRETEANU, F./NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 362.

⁷³⁴ STRETEANU, F./ NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 362.

⁷³⁵ Así, IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, cit., pág. 97.

⁷³⁶ ANTONIU, G., *Vinovăția penală*, ed. Academiei Române, Bucarest, 1995, pág. 278.

⁷³⁷ Así, entre otros, LEFTERACHE, L. V., *Drept Penal. Partea Generală. Curs pentru studenții anului II*, Ed. Hamargiu, Bucarest, 2016, pág. 195.

⁷³⁸ PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 206.

En opinión de STRETEANU/NIȚU, el “interés general” general, a efectos del art. 19 Y 20 CPRO de 2009, efectivamente, debe de ser uno concreto, lo que no significa, sin embargo, que el ataque o peligro en el que este se encuentre se tenga que materializar en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico individual, bastando, pues, la afectación a un bien jurídico de corte colectivo como la salud pública o la seguridad viaria⁷³⁹.

b) “El interés general”: toma de postura

Fuera cual fuere el significado del concepto de “interés general” - es decir, el que se corresponde con el concepto “público” del art. 176 CPRO de 2009 o el extensivo que junto a “lo público” incluye, también, los intereses colectivos privados- e independientemente de su grado de concreción, lo cierto es que se trata de un concepto excesivamente amplio, ya que, prácticamente, cualquier interés supraindividual puede ser considerado “interés general” y puede, por tanto, ser objeto de defensa -en la legítima defensa- u objeto de la acción salvadora -en el estado de necesidad-.

De *lege ferenda* consideramos que, en vista de vaguedad y ambigüedad del concepto de “interés general” y dado el carácter autoritario que confiere al Derecho penal rumano -pues, como se ha visto, este concepto justifica o exculpa la lesión de bienes jurídicos en pos de la defensa del orden público- el Legislador penal rumano debería, quizás, reformar los arts. 19 y 20 del CPRO de 2009, en el

⁷³⁹ STRETEANU, F./NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 362.

sentido de suprimir el “interés público” como objeto defendible en legítima defensa o salvable en estado de necesidad.

F. Imputabilitatea

Según hemos visto, el art. 15 CPRO de 2009, dispone que constituirá delito el hecho previsto en la ley penal, cometido con *vinovăție*, no justificado e imputable a la persona que lo haya ejecutado. Así, la imputabilidad o *imputabilitatea* es, pues, el último elemento que integra el concepto de delito del art. 15 CPRO de 2009.

Debido a que, tradicionalmente⁷⁴⁰, en el Derecho penal rumano, el concepto de *imputabilitate* y el de *vinovăție* se utilizaban como sinónimos del de “culpabilidad” –en el sentido de la Teoría psicológica⁷⁴¹–, la actual Doctrina penal rumana tiene opiniones encontradas en torno a su significado actual. Así, en función de la Teoría General del Delito desde la que se aborda⁷⁴², la imputabilidad representa una cosa u otra. De manera que, para los seguidores de la tradicional Teoría General del Delito - construida sobre el concepto de delito y el contenido de la infracción- y, desde la perspectiva de la Teoría psicológica,

⁷⁴⁰ Es decir, antes de la promulgación del CPRO de 2009.

⁷⁴¹ STRETEANU, F./NIȚU, D., *Drept Penal Partea. Generală, Vol. I.*, cit., pág. 408.

⁷⁴² La tradicional, construida en base a los dos grandes elementos: el concepto de delito y el contenido de la infracción o la moderna –seguida por la mayoría de los sistemas europeos–.

la imputabilidad es la atribución física y psíquica –con *vinovăție*⁷⁴³- de un hecho a su autor⁷⁴⁴. Desde esta concepción doctrinal, *vinovăția* e imputabilidad son términos que hacen referencia a una misma realidad⁷⁴⁵.

Ello, ha llevado a un sector de la Doctrina a firmar que “la inclusión de la imputabilidad entre las categorías dogmáticas que integran el concepto de delito aparece como una tautología, pues *vinovăția* ya ha sido mencionada entre las características esenciales del delito, y la imputabilidad objetiva ya se encuentra definida a través del elemento material del hecho que incluye la relación de causalidad entre acción (omisión) y el resultado”⁷⁴⁶.

PASCU, por su parte, entiende que, de acuerdo con la concepción psicológica de *vinovăție* -acogida en el CPRO de 2009-, la imputabilidad, en cuanto categoría dogmática integrante del concepto de delito, no puede ser concebida como un elemento de la *vinovăție*, sino como una consecuencia de su efectiva concurrencia, pues, solo un hecho típico y antijurídico que, además, haya sido cometido con *vinovăție* se podrá imputar, en su caso, a su autor⁷⁴⁷. De modo que, para PASCU, *imputabilitatea* presupone *vinovăția* o, lo que es lo mismo, *vinovăția* condiciona la imputabilidad. El concepto de *imputabilitate*, según el autor, “no se debe confundir con el de responsabilidad, y, tampoco, con el de

⁷⁴³ ANTONIU, G., “Unele reflecții asupra conceptului de incriminare si conceptului de infracțiune”, en *Revista de Drept Penal*, Núm. 4, Año XVII, octubre-diciembre, 2010, Bucarest, pág. 25.

⁷⁴⁴ PASCU, I., “Titlul I, Infracțiunea, Capitolul I, Dispoziții generale”, en Pascu Ilie (coord.) *Noul cod penal comentat, Partea generală*, cit., pág. 118.

⁷⁴⁵ Véase en este sentido, PASCU, I., “Titlul I, Infracțiunea, Capitolul I, Dispoziții generale”, en Pascu Ilie (coord.) *Noul cod penal comentat, Partea generală*, cit., pág. 119.

⁷⁴⁶ ANTONIU, G., “Unele reflecții asupra conceptului de incriminare si conceptului de infracțiune”, en *Revista de Drept Penal*, cit., pág. 25.

⁷⁴⁷ PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 156.

vinovăție (culpabilitate), a pesar de que en ciertos contextos puedan aparecer como sinónimos”⁷⁴⁸.

Para STRETEANU/NIȚU⁷⁴⁹, *imputabilitatea*, sin embargo, es lo que, desde la perspectiva de la Teoría General del Delito de corte germana, es la culpabilidad -en el sentido de la Teoría normativa-. Así, para los citados autores -cuya opinión, por lo demás, compartimos- el concepto de *imputabilitate* y el de *vinovăție* del art. 15 CPRO, no son sinónimos y, por tanto, no hacen referencia a una misma realidad. Pues, mientras que *vinovăția* es aquella categoría dogmática integrada por el elemento subjetivo del delito -en cuyo seno se comprueba el título de imputación subjetiva-, *imputabilitatea* es la categoría dogmática a través de la cual se imputa -se reprocha- al agente la comisión del hecho típico y antijurídico.

Ahora bien, para que ese hecho le pueda ser imputado o reprochado al agente, este deberá cumplir una serie de requisitos. En primer lugar, deberá tener capacidad de culpabilidad -es decir, deberá ser responsable-, en segundo lugar, deberá conocer la antijuridicidad de su hecho y, finalmente, este debía haber podido adaptar su comportamiento a la norma -exigibilidad de otra conducta-.

Las causas que excluyen la imputabilidad están expresamente previstas en el Capítulo III, del Título II, del Código penal, bajo el rótulo *Cauzele de neimputabilitate* (Las causas de inimputabilidad). Así, en función del elemento sobre el que estas recaigan se distingue⁷⁵⁰ entre: causas que anulan la capacidad intelectual del autor, esto es, la irresponsabilidad, la intoxicación y la minoría de

⁷⁴⁸ PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 156.

⁷⁴⁹ STRETEANU, F./NIȚU, D., *Drept Penal Partea. Generală, Vol. I.*, cit., págs. 410-411.

⁷⁵⁰ Vid., en este sentido, STRETEANU, F./NIȚU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., págs. 408-413.

edad⁷⁵¹ y causas que anulan la capacidad volitiva, es decir, la fuerza irresistible, la coacción moral, el exceso no-imputable, el caso fortuito y el error⁷⁵². La concurrencia de cualquiera de las anteriores causas comporta la imputabilidad del hecho a su autor, manteniéndose, sin embargo, las otras características esenciales del delito. En opinión de PAȘCA, no obstante, la inimputabilidad excluye *vinovăția*⁷⁵³. Ello significa que, al sujeto que hubiere cometido un hecho típico y antijurídico, con *vinovăție* o sin *vinovăție*, pero en presencia de alguna de las causas de inimputabilidad, no se le podrá aplicar una pena, sino, todo lo más, una medida de seguridad⁷⁵⁴.

G. A modo de recapitulación

El art. 15 CPRO de 2009 define el delito como aquel hecho previsto por la ley, cometido con *vinovăție*, no justificado e imputable a la persona de su autor.

⁷⁵¹ En el Derecho penal rumano, según lo dispuesto en el art. 27 en relación con el art. 113 CPRO, los menores de entre 14 y 16 años serán penalmente responsable, a condición de probar que han actuado con discernimiento, de modo que, la edad que marca la posibilidad de exigir responsabilidad penal, sin condiciones, es de 16 años.

⁷⁵² El Legislador penal rumano ha decidido ubicar en el mismo precepto –art. 30 CPRO– tanto el error de tipo como el error de prohibición. En contra de lo que puede parecer, el error sobre los elementos constitutivos de la infracción (error de tipo) no es una causa de inimputabilidad, pues sus efectos se proyectan sobre el elemento subjetivo del injusto, *Vinovăția*. En contra, UDROIU, M., *Sinteze și Grile. Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod Penal*, cit., pág.91, quien entiende que tanto el error sobre la tipicidad como el error sobre la antijuridicidad operan como causas de inimputabilidad.

⁷⁵³ PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 223.

⁷⁵⁴ IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, cit., pág.18.

La Doctrina penal rumana, de forma inmensamente mayoritaria, considera que el art. 15 CPRO de 2009 contiene un concepto cuatripartito de delito. Las cuatro categorías que integran el delito, hemos visto, son la Tipicidad, *Vinovăția*, la Antijuridicidad y la Inimputabilidad. Hemos visto, también, que uno de los elementos del delito que más controversias genera entre la Doctrina penal rumana es *vinovăția*. Así, la Doctrina penal mayoritaria (con base en la tradicional Teoría General del Delito compuesta por *las características esenciales de la infracción* -lo que equivaldría al concepto de delito- y el *contenido de la infracción* -lo que equivaldría a la Tipicidad-) concibe *vinovăția* como un elemento bivalente. En consecuencia, desde la perspectiva del concepto de delito, *vinovăția* es concebida como una categoría dogmática y hace referencia a la culpabilidad, mientras, desde la perspectiva del contenido de la infracción, *vinovăția* es concebida como un subelemento subjetivo que se ubica en la Tipicidad, pero cuyo análisis, no obstante, se realiza, *in abstracto*.

Otro sector de la Doctrina penal rumana, abandonando la tradicional Teoría General del Delito -construida sobre el contenido de la infracción y las características esenciales del delito- concibe *vinovăția* como una categoría dogmática distinta tanto de la Tipicidad como de la Culpabilidad en cuyo seno se lleva a cabo la verificación del elemento subjetivo del delito.

Este debate doctrinal en torno al significado, alcance y ubicación sistemática de uno de los elementos del delito -*vinovăția*- pone de manifiesto las grandes dificultades ante las que se encuentra la Dogmática penal rumana y el gran esfuerzo que la Doctrina está haciendo para superarlas y armonizar el sistema penal rumano con las construcciones teóricas y los sistemas penales de los otros Estados Miembros de la UE.

En nuestra opinión, el actual concepto legal de delito no puede ser explicado desde la Teoría General del Delito de dos elementos, pues, como se ha

visto, conduce a resultados poco satisfactorios. Por ello, consideramos, acertada la postura de quienes, como STRETEANU/NIȚU, abordan el concepto de delito desde la Teoría General del Delito de corte germano. No obstante, a diferencia de los citados autores, a nuestro juicio, *vinovăția*, no puede ocupar la segunda posición dentro de la estructura del concepto de delito, pues, ello supondría negar el carácter secuencial del delito.

Expuesto el concepto de delito en el Derecho penal rumano y las controversias doctrinales que giran en torno al mismo, a continuación, mediante un análisis funcional procederemos a determinar qué tipo penal del CPRO de 2009 podría desempeñar funciones similares a las que el art. 320 CP desempeña en el Derecho penal español.

4. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO FUNCIONAL

4.1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

I. El art. 320 CP se enmarca en la lucha contra la corrupción generada por la tolerancia, cuando no participación de autoridades y/o funcionarios públicos en actuaciones urbanísticas ilegales. Se trata, como veíamos⁷⁵⁵, de un delito especial que solamente puede ser cometido por aquellas autoridades o funcionarios públicos competentes para informar, votar o resolver a favor de la concesión de ciertos instrumentos urbanísticos o para realizar inspecciones urbanísticas. El delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, contiene tanto modalidades activas -informar, votar y resolver- como modalidades omisivas -no realizar las inspecciones de carácter obligatorio y silenciar las infracciones constatadas con motivo de inspecciones- y, puede ser cometido tanto en autoría simple como en coautoría -siempre que los sujetos reúnan los requisitos típicos-.

Lo que diferencia a los delitos de prevaricación de otros delitos cometidos por autoridad o funcionario público como, por ejemplo, los delitos de cohecho, es que en los delitos de prevaricación urbanística el sujeto activo realiza la conducta prevaricadora sin solicitar o aceptar ningún tipo de dádiva a cambio, de modo que, cuando ello ocurre el delito de prevaricación, de acuerdo con el art. 8.1^a CP, se ve desplazado por el delito de cohecho -arts. 419 a 429 CP-.

⁷⁵⁵ Vid., Capítulo V.

II. En el Ordenamiento jurídico rumano, como ya se apuntó, a pesar de que la Ley 350, de 6 de Julio de 2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo* prevé la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los sujetos que gravemente infrinjan sus disposiciones, guarda silencio respecto de las conductas que efectivamente puedan acarrear responsabilidad penal. Así las cosas -y partiendo del concepto de delito contenido en el art. 15 CPRO de 2009, conforme al cual constituirá delito el hecho típico, antijurídico, cometido con *vinovăție* e imputable a la persona de su autor- debemos acudir al Código penal rumano de 2009 en busca de un tipo penal similar -tanto desde el punto de vista funcional como estructural- al art. 320 del Código penal español.

III. El CPRO, en el Título V, de la Parte Especial⁷⁵⁶ contiene los *Delitos de corrupción y relativos al ejercicio de la función pública (Infrațiuni de corupție și de serviciu)*. El Título V se divide, a su vez, en dos capítulos. En el Capítulo I están previstos *Los delitos de corrupción*, esto es: el cohecho activo (art 289), el cohecho pasivo (art. 290), el tráfico de influencias activo (art. 291), el tráfico de influencias pasivo (art. 292), el tráfico de influencias realizado por miembros de una comisión de arbitraje (art. 293) y un artículo de recogida (294) que incluye entre los posibles sujetos activos de los distintos tipos que integran este Capítulo a los funcionarios extranjeros.

Elemento común a todos los delitos de corrupción del Capítulo I del Título V CPRO de 2009, es la dádiva -que se solicita, ofrece o acepta para realizar un

⁷⁵⁶ A diferencia del CP de 1995, que, desde el punto de vista estructural, se divide en Libro I y Libro II, el CPRO de 2009 se divide en *Partea Generală* y *Partea Specială*.

acto contrario al cargo-. Se trata, además, de delitos plurisubjetivos⁷⁵⁷, pues para su ejecución se requiere de la concurrencia de dos distintos sujetos: un particular que ofrece la dádiva o acepta entregarla y un funcionario público que solicita o acepta la dádiva a cambio de favorecer injustamente al particular, infringiendo con ello los deberes propios del cargo. De esta manera, los delitos contenidos en el Capítulo I de la Parte Especial del CPRO de 2009 cumplen similares funciones a los delitos de cohecho contenidos en el Capítulo V del Libro II del Código penal español, lo que, por lo demás, comporta su excusión como posibles objetos de comparación.

Por otro lado, el Capítulo II del Título V, rubricado, *Infracțiuni în serviciu* (Delitos relativos al ejercicio de la función pública), contiene una serie de delitos cuya principal característica es que se realizan por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Estos delitos, a diferencia de los contenidos en el Capítulo I, no giran en torno a la dádiva o a la obtención de beneficios económicos u ofrecimiento de retribuciones, sino, en torno a la infracción por parte de los funcionarios públicos de los deberes que por razón del cargo les incumben -lo que les asemeja a los delitos de prevaricación del Ordenamiento penal español-. Así, entre los delitos contenido en Capítulo II -*Infracțiuni în serviciu*- se encuentra el delito de malversación de caudales públicos (art. 295), el delito de trato verbal abusivo (296), el delito de abuso en el servicio -es decir, en el ejercicio de la función pública- (297), el delito de negligencia en el servicio (298), el delito de abuso de la función con fines sexuales (299), etc.

Desde un punto de vista estructural y funcional, de entre los delitos contenidos en el Capítulo II del Título V del CPRO de 2009, el que mayores

⁷⁵⁷ Sobre la distinción entre delitos plurisubjetivos y participación necesaria, véase CARRASCO ANDRINO, M., *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 50-57.

similitudes guarda con el art. 320 CP es el delito de *abuz în serviciu* del art. 297.1 CPRO.

Según el referido precepto penal, “[e]l acto del funcionario público que, en el desempeño de sus funciones, no realiza un acto propio de su cargo o lo realiza de manera defectuosa y, como consecuencia, menoscaba los derechos o de los intereses legítimos de una persona física o jurídica o le causa pérdidas patrimoniales, se castiga con pena de prisión de 2 a 7 años e inhabilitación especial para ocupar una función pública”⁷⁵⁸.

III. Identificado el delito que en el Ordenamiento Jurídico penal rumano vendría a desempeñar funciones similares a las que desempeña el art. 320 CP en el Ordenamiento español, en lo que sigue, se va a realizar un somero análisis de su estructura típica, para, en última instancia, a modo de recapitulación, realizar un cuadro comparativo en el que se pongan de manifiesto las principales similitudes y diferencias entre las dos figuras en comparación, el art. 320 CP y el art. 297.1 CPRO.

⁷⁵⁸ Art. 297.1: “*Fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, nu îndeplinește un act sau îl îndeplinește în mod defectuos și prin aceasta cauzează o pagubă ori o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau ale unei persoane juridice se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică.*”

4.2. INFRAȚIUNEA DE ABUZ ÎN SERVICIU DEL ART. 297.1 CPRO DE 2009: ESTRUCTURA TÍPICA

4.2.1. TIPICITATEA

Con carácter previo al análisis de la estructura típica del delito que nos ocupa, cabe recordar que, en el Derecho penal rumano, la estructura del delito es sensiblemente distinta a la seguida en España. Así, en el Ordenamiento penal rumano la categoría de la Tipicidad contiene únicamente los elementos objetivos del delito, relegándose sus elementos subjetivos a otra categoría distinta, a la *vinovăție*. *Tipicitatea* hace referencia, pues, a los elementos objetivos del delito, esto es: sujetos (activo y pasivo); objeto de protección de la norma y objeto de la acción, en su caso; *verbum regens* o, lo que es lo mismo, conducta típica y resultado típico.

El art. 279.1 CPRO de 2009 contiene un delito genérico⁷⁵⁹ de *abuz în serviciu*, lo que significa que, únicamente, se aplicará cuando el “abuso” realizado por el funcionario público en el ejercicio de su cargo no pueda ser calificado en base a otro delito.

El delito del abuso en el ejercicio de la función pública del art. 297.1 CPRO de 2009 contiene dos modalidades típicas: una activa que consiste en la realización defectuosa por parte del funcionario público de un acto propio del

⁷⁵⁹ BOROI, A., *Drept Penal. Partea Specială*, 3ª ed., Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2016, pág. 494.

cargo y otra omisiva que consiste en la no realización de un acto que por razón del cargo le incumbe realizar (al funcionario público). Elementos comunes a ambas modalidades son los sujetos (activo y pasivo) y el bien jurídico protegido.

A. Bien jurídico protegido

El concepto que la Doctrina penal rumana emplea para referirse al “bien jurídico protegido” es el de “objeto jurídico”⁷⁶⁰ (*obiect juridic*). El objeto jurídico representa, afirma PAȘCA, “el valor social que resulta afectado por la realización de un hecho típico”⁷⁶¹.

El valor social que, según la Doctrina penal mayoritaria⁷⁶², resulta afectado por la realización de las conductas típicas a efectos del art. 297.1 CPRO de 2009 sería “el correcto funcionamiento de los órganos e instituciones públicas y de las instituciones u otras personas jurídicas de interés público”⁷⁶³. Se trata, en nuestra opinión, de un objeto jurídico que adolece de una excesiva indeterminación, lo

⁷⁶⁰ Por todos, UDROIU, M., *Sinteze și Grile. Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod*, cit. pág. 38; LEFTERACHE, L. V., *Drept Penal. Partea Generală. Curs pentru studenții anului II*, cit., pág. 152; PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 175; IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, cit., pág. y STRETEANU, F/NITU, D., *Drept Penal. Partea Generală, Vol. I.*, cit., pág. 275.

⁷⁶¹ PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, cit., pág. 175.

⁷⁶² Por todos, DUNGAN, P., “Abuzul în serviciu în noul Cod Penal”, en *Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept*, Núm. 2, 2013, pág. 15.

⁷⁶³ BOROI, A., *Drept Penal. Partea Specială*, cit., pág. 495.

que, por otro lado, nos hace cuestionarnos su capacidad para erigirse en “bien jurídico penalmente protegible”⁷⁶⁴ capaz de ejercer de límite al *ius puniendi*⁷⁶⁵.

B. Sujeto activo

El art. 297.1 CPRO de 2009 contiene un delito especial propio que únicamente puede ser cometido por funcionario público -en el ejercicio de su cargo-.

I. El concepto de funcionario público se encuentra definido en el art. 175 CPRO de 2009. El apartado primero del art. 175 establece quiénes son funcionarios públicos a efectos penales, en tanto que, el apartado segundo establece a quienes se les considera tales. Así, a efectos del art. 175.1 CPRO de 2009, se reputa funcionario público a efectos penales a la persona que, con título permanente o temporal, con o sin remuneración: a) ejercita deberes y prerrogativas propias del Poder ejecutivo, Legislativo o Judicial; b) ocupa un cargo de autoridad o una función pública de cualquier naturaleza; c) ejerce, por si solo o junto a otras personas, dentro de un Organismo autónomo de Derecho Público u otro operador económico o persona jurídica con capital total o mayoritariamente público, funciones relativas al objeto de actividad estas.

⁷⁶⁴ Sobre la “teoría de lo protegible”, vid., LASCURIAN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, en *Anuario de Derecho y Ciencias penales*, Tomo 60, Fasc./Mes 1, 2007, págs. 144-162.

⁷⁶⁵ Pronunciarnos, no obstante, sobre si el objeto jurídico que protege el art. 297.1 CPRO de 2009 es un bien jurídico penalmente protegible requeriría de un estudio exclusivo que, sin embargo, no puede realizarse en este momento.

También, recibe la consideración de funcionario público, según el apartado segundo del art. 175 CPRO, la persona que, por nombramiento de las autoridades públicas, presta un servicio de interés público, así como, a la persona que presta dicho servicio bajo la supervisión o control de las autoridades públicas.

Al igual que el art. 24 CP, el art. 175 CPRO de 2009 contiene un concepto de funcionario público sensiblemente más amplio que el contenido en el art 2. del Estatuto del Funcionario Público⁷⁶⁶. Se trata, no obstante, de una definición compleja que, según algunos autores⁷⁶⁷, carece del rigor y la certeza que debe caracterizar a toda norma penal. Ciertamente, se trata de un concepto excesivamente amplio, lo que, por otro lado, ha llevado a la Doctrina y la Jurisprudencia a cuestionar su constitucionalidad⁷⁶⁸.

En el año 2018, por Sentencia núm. 215, de 17 de abril, de 2018⁷⁶⁹, la Corte Constitucional ha confirmado, no obstante, la constitucionalidad del art 175 CPRO de 2009. Según la Corte, el concepto penal de funcionario, efectivamente, es más amplio que el concepto administrativo de funcionario público, pero, ello, no comporta su inconstitucionalidad, pues, se trata de un concepto autónomo con significado propio, diferente del que se maneja en el Derecho Administrativo.

⁷⁶⁶ Aprobado por Ley 188/1999, de 8 de diciembre de 1999, republicada en el Monitorio Oficial, Parte I, núm. 365 de 29 de mayo, de 2007. La Ley 188/1999, relativa al Estatuto del Funcionario Público ha sido derogada por *Ordonanța de urgență, núm. 57 de 3 de julio, de 2019* por la que se ha aprobado el *Código Administrativo* -en vigor desde el 4 de julio de 2019-.

⁷⁶⁷ SIMIONESCU, E. G./DUNGAN, P, *Funcționarul public și răspunderea penală*, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2016, pág. 24.

⁷⁶⁸ Así, SIMIONESCU, E. G./DUNGAN, P, *Funcționarul public și răspunderea penală*, cit., págs. 24-25.

⁷⁶⁹ Publicado en el Monitorio Oficial de Rumanía, Parte I, núm., 689, de 8 de agosto de 2018.

II. El funcionario público, en cuanto sujeto activo del delito de *abuz în serviciu*, puede actuar por sí solo o como miembro de un órgano colegiado⁷⁷⁰. Así, será sujeto activo del delito de *abuz în serviciu* -y ejecutará el hecho en concepto de autor- el funcionario público que, por razón de su cargo, tenga competencias para a realizar el acto al que se refiere el art. 297.1 CP. Ello, significa que no cualquier sujeto que ostente la condición de funcionario público puede ser sujeto activo del delito de *abuz în serviciu*, sino únicamente el que, además, de conformidad con la ley tenga atribuida la competencia para realizar el acto al que se refiere el referido precepto penal, es decir, el sujeto doblemente cualificado.

Por otro lado, según BOROI, la autoría o coautoría en el delito de *abuz în serviciu* se puede dar, también, de forma sucesiva⁷⁷¹. El ejemplo que utiliza el autor es el de un particular al que, a pesar de cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos, previa inspección realizada por los miembros que conforman la comisión inspectora del Ayuntamiento, se le deniega la licencia de obra nueva -competencia que recae en el alcalde⁷⁷²-. En este caso, según BOROI, habrían realizado el delito de *abuz în serviciu* tanto los miembros de la comisión inspectora -al levantar el acta de forma "defectuosa"- como el alcalde que, en base a ese acta -y conociendo su ilicitud- denegó la concesión de la licencia.

También pueden ser sujetos activos del delito de *abuz în serviciu* los funcionarios públicos competente para emitir el certificado de urbanismo -acto similar al informe técnico que acompaña a los diversos instrumentos urbanísticos, según la legislación española- siempre que se trate de un certificado

⁷⁷⁰ BOROI, A., *Drept Penal. Partea Specială*, cit., pág. 496.

⁷⁷¹ BOROI, A., *Drept Penal. Partea Specială*, cit., pág. 496.

⁷⁷² El procedimiento relativo a la emisión de las licencias de construcción y derribo se encuentra regulado en la Ley 50/1991, *relativa a la autorización de la ejecución de las obras de construcción, de 29 de julio, de 1991*.

incompleto o que contenga datos falsos o contrarios a los planes urbanísticos⁷⁷³ y que, además, según lo establecido en el art. 297. 1 CPRO de 2009, menoscabe los derechos o de los intereses legítimos de una persona física o jurídica o le causa pérdidas patrimoniales.

C. Sujeto pasivo

I. El sujeto pasivo en el delito de *abuz în serviciu* del art. 297.1 CPRO de 2009, es, según parte de la Doctrina⁷⁷⁴, la persona física que sufre el menoscabo de sus derechos o intereses legítimos o el perjuicio patrimonial o la persona jurídica que sufre el perjuicio patrimonial como consecuencia del “abuso” realizado por el funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Otros autores distinguen entre sujeto pasivo “principal” y sujeto pasivo “secundario”⁷⁷⁵. Así, será sujeto pasivo “principal”, según BOROI, el Estado, en cuanto titular del bien jurídico protegido en el art. 297.1 CPRO de 2009, esto es, “el correcto funcionamiento de los órganos e instituciones públicas y de las instituciones u otras personas jurídicas de interés público”⁷⁷⁶. En tanto que, sujeto pasivo “secundario” será la persona física o jurídica que hubiera visto menoscabados sus derechos o legítimas expectativas o que hubiera sufrido un

⁷⁷³ Según el art. 34 de la Ley 350, de 6 de Julio de 2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo*, la emisión de un certificado urbanístico incompleto o que contenga datos falsos o contrarios al planeamiento urbanístico, puede acarrear responsabilidad disciplinaria, administrativa, contravencional, civil o penal, según el caso.

⁷⁷⁴ Así, DUNGAN, P., “Abuzul în serviciu în noul Cod Penal”, cit., pág. 16.

⁷⁷⁵ Así, BOROI, A., *Drept Penal. Partea Specială*, cit., pág. 496.

⁷⁷⁶ BOROI, A., *Drept Penal. Partea Specială*, cit., pág. 496

perjuicio patrimonial como consecuencia del hecho “abusivo” realizado por el sujeto activo.

II. Por nuestra parte, consideramos que para individualizar correctamente al sujeto pasivo del delito de *abuz în serviciu* habría que distinguir, entre sujeto pasivo del delito, en cuanto titular del bien jurídico⁷⁷⁷ y víctima del delito, en cuanto persona que sufre los efectos perjudiciales del mismo⁷⁷⁸.

Así, si admitiéramos que el bien jurídico protegido en el delito de *abuz în serviciu* del art. 297.1 CPRO de 2009 es “el correcto funcionamiento de los organismos e instituciones públicas y de las instituciones u otras personas jurídicas de interés público”, resulta bastante evidente que su titular no puede ser una persona -individualmente considerado-. Ahora bien, ello no significa que su titular sea el Estado, pues, si ello fuera así estaríamos hablando de un Estado autoritario -propio de regímenes dictatoriales- y el Estado Rumano, conforme a lo establecido en el art. 1.3 de la CRO de 1991⁷⁷⁹, se define como un Estado Social y Democrático de Derecho. Luego, el bien jurídico que -presumiblemente- se protege en el art. 297.1 CPRO de 2009, no pertenece ni al Estado, ni a las personas -individualmente consideradas-, sino a la sociedad, en su conjunto, a la que, por

⁷⁷⁷ Vid., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pág. 48.

⁷⁷⁸ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 98.

⁷⁷⁹ Art.1.3 CRO: “România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate”.

lo demás, la Administración Pública sirve⁷⁸⁰. Ello significa, pues, que el sujeto pasivo del delito de *abuz în serviciu*, en cuanto titular del bien jurídico protegido, a nuestro juicio, es la colectividad.

Por otro lado, la persona física o jurídica que sufre el perjuicio causado por el acto “abusivo” -realizado por el funcionario público en el ejercicio de su cargo- no deja de ser una víctima del delito, más no su sujeto pasivo.

D. Conductas típicas

El párrafo 1º del art. 279 CPRO de 2009 tipifica, como ya hemos apuntado, dos modalidades distintas de conductas: una omisiva y otra activa. Tiene en común ambas modalidades que son cometidas por funcionario público en el ejercicio de su cargo, infringiendo los deberes a los que por razón de este (del cargo) vienen obligados a observar.

A) La primera conducta típica a efectos del delito de *abuz în serviciu* del art. 297.1 CPRO de 2009, correspondiente a la modalidad omisiva, consiste en no realizar un acto propio del cargo al que -por razón de este- el funcionario público viene obligado a observar menoscabando con ello los derechos o intereses legítimos de una persona física o jurídica o causándole un perjuicio patrimonial. Se trata, pues, de un delito de comisión por omisión, de modo que, la producción

⁷⁸⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., pág. 243.

del resultado estructural típico resulta imprescindible para que se pueda considerar realizado el tipo⁷⁸¹.

“Acto”, a efectos del art. 297.1 CPRO de 2009, significa “operación que debe ser realizada por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones”⁷⁸². Realizará el tipo en comisión por omisión el funcionario público que omita realizar la operación que por razón de su cargo venía obligado a realizar. Como consecuencia debe producir el resultado típico, esto es, el menoscabo de los derechos o intereses legítimos de una persona física o jurídica o un perjuicio patrimonial. El menoscabo supone una afectación física, psicológica o material, en lo que respecta persona física, y una afectación estrictamente material, en lo que respecta la persona jurídica⁷⁸³.

B) La segunda conducta típica a efectos del art. 297.1 CPRO de 2009, consiste en “realizar el acto de forma defectuosa”. Realiza el acto “de forma defectuosa”, según la Sentencia núm. 405, de 15 de junio, de 2016 de la Corte Constitucional⁷⁸⁴, el funcionario público que realiza el acto propio del cargo con infracción de la ley. Así, según la Corte Constitucional, la no realización del acto o su realización de forma defectuosa -por el funcionario público- se tiene que determinar con relación a los deberes propios del cargo; deberes que deben

⁷⁸¹ Al igual que el Código penal español de 1995 -art. 11-, el Código penal rumano de 2009 contiene una cláusula de conversión -art. 17-. Según el art. 17 CPRO de 2009 “[l]os delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión, cuando: a) exista una obligación legal o contractual de actuar; b) el omitente ha creado una ocasión de riesgo para el valor social protegido mediante una acción u omisión precedente”.

⁷⁸² DUNGAN, P., “Abuzul în serviciu în noul Cod Penal”, cit., pág. 16.

⁷⁸³ DUNGAN, P., “Abuzul în serviciu în noul Cod Penal”, cit., pág. 16.

⁷⁸⁴ Publicada en el Monitorio Oficial de Rumanía núm. 517, de 8 de julio, de 2016. Disponible on-line en: <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocumentAfis/179919> [consultado: 12/10/2017].

hallarse establecidos de forma expresa en la legislación primaria, esto es: Ley u Ordenanza del Gobierno.

Para la consumación del tipo se requiere que “la realización del acto de forma defectuosa” cause efectivamente un menoscabo o un perjuicio patrimonial a la persona física o jurídica -resultado típico-, ya que de no producirse este el funcionario público que realiza el acto de forma defectuosa no respondería ni siquiera por tentativa. Ello, porque en el Derecho penal rumano solo se puede exigir responsabilidad penal por la comisión de un delito en grado de tentativa cuando la ley expresamente prevea tal posibilidad⁷⁸⁵ -previsión con la que no cuenta el delito de *abuz în serviciu* del art. 297.1 CPRO de 2009-.

4.2.2. FORMA DE VINOVAȚIE

Vinovația, es la categoría dogmática que contiene el elemento subjetivo del delito o, como lo hemos denominado en la presente investigación, el título subjetivo de imputación. Las formas de *vinovație*, según el art. 16 CPRO de 2009, son el dolo, la imprudencia y la preterintencionalidad.

La forma de *vinovație* con la que se tiene que realizar el delito de *abuz în serviciu* del art. 297.1 CPRO de 2009, es el dolo. De modo que, únicamente el funcionario público que, con conocimiento y voluntad, en el desempeño de sus funciones, no realiza un acto propio de su cargo o lo realiza de manera defectuosa y, como consecuencia, menoscaba los derechos o de los intereses legítimos de una

⁷⁸⁵ Art. 33.1 CPRO de 2009: “[t]entativa se pedepsește numai dacă legea prevede în mod expres aceasta”.

persona física o jurídica o le causa pérdidas patrimoniales, habrá cometido el delito de *abuz în serviciu*.

4.2.3. CUADRO COMPARATIVO

El cuadro comparativo, como ya apuntábamos en páginas precedentes, tiene el propósito de poner de manifiesto, a modo de conclusión, las similitudes y diferencias que guardan las dos figuras en comparación, esto es, el art. 320 CP y art. 297.1 CPRO de 2009.

Antes de todo, hay que recordar que, mientras que el Código penal español contiene un artículo específico que tipifica la prevaricación urbanística, el Código penal rumano carece de tal previsión legal, toda vez que las normas que conforman el Derecho urbanístico prevén la posibilidad de sancionar penalmente a los sujetos que incumplan sus disposiciones. Ello, nos ha llevado a buscar en el Código penal rumano un delito que cumpla funciones similares a las que el art. 320 CP desempeña en el Ordenamiento Jurídico español; artículo que, según hemos convenido, sería el 297.1 CPRO de 2009 que tipifica el delito de *abuz în serviciu*.

Las similitudes que guaran los preceptos en comparación son, entre otras:

- que se trata de delitos especiales que solamente pueden ser cometidos por quienes ostentan la cualidad de funcionarios públicos;
- que pueden ser cometidos tanto por acción como por omisión;

- que el (supuesto) bien jurídico es el correcto funcionamiento de la Administración Pública -y de las instituciones o personas jurídico-públicas, respecto del delito de *abuz în serviciu*;
- y que el sujeto pasivo de ambos delitos es la colectividad.

Las principales diferencias estriban el carácter específico de la prevaricación urbanística del art. 320 CP y del carácter genérico del delito de *abuz în serviciu*.

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I

La Ley 350/2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo*, establece que la infracción a sus disposiciones podrá acarrear responsabilidad penal. Ahora bien, ni la Ley 350/2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo*, ni el CPRO de 2009 contiene un tipo que, como el de prevaricación urbanística del art. 320 CP, incrimine conductas irregulares llevadas a cabo desde el seno de las propias Administraciones Públicas competentes en materia de urbanismo.

II

Para determinar cuando el incumplimiento de la Ley 350/2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo* podría constituir delito debemos investigar qué es lo que se entiende por delito en el Derecho penal rumano.

III

Siguiendo con la tradición instaurada por el CPRO de 1969, el vigente CPRO, aprobado por la Ley 286/2009, de 17 de julio y en vigor desde el 1 de febrero de 2014, ha optado por incluir una definición legal de delito en el art. 15

del Capítulo I del Título II. La nueva definición de delito destaca como uno de los elementos más originales del Código. Esta originalidad se debe, no tanto al hecho de que el Legislador se aventure a fijar legislativamente el concepto material de delito -pues esto ya lo había hecho en el CPRO de 1969- cuanto al contenido material de dicha definición.

Según lo dispuesto en el art. 15.1 CPRO de 2009, “[e]l delito es el hecho previsto por la ley penal, cometido con *vinovăṭie*, no justificado e imputable a la persona que lo ha cometido”. El concepto legal de delito del art. 15 CPRO de 2009, las categorías que lo integran, así como el significado y alcance de esas categorías, han generado un intenso debate doctrinal que se ha materializado en una notable heterogeneidad de opiniones.

IV

La primera categoría que integra el concepto de delito del art. 15 CPRO de 2009 es la Tipicidad; categoría que, según la Doctrina penal mayoritaria, tan solo incluye el tipo objetivo, lo que, *a priori*, al menos, acercaría a esta Tipicidad, así configurada, a la propia de la Teoría neoclásica del Concepto de Delito. Un sector minoritario de la Doctrina, desde una concepción del delito cercana a las doctrinas finalistas, considera que en la estructura interna de la Tipicidad se puede diferenciar entre tipo objetivo y tipo subjetivo o *vinovăṭie*, lo que facilita, sin duda, la comprensión del concepto de delito y lo acerca a la concepción imperante en España -salvando las distancias-. Esta segunda tesis tiene a su favor, tal y como esgrime el Ministerio Fiscal, que es más acorde con la interpretación auténtica que hace la Exposición de Motivos del Anteproyecto de

Código Penal sobre el significado de los elementos integrantes del concepto de delito. Siendo cierto esto, sin embargo, no se puede pasar por alto que el Anteproyecto, tras su paso por el Parlamento, sufrió diversas modificaciones que, entre otras cuestiones, han afectado a la definición del delito.

V

El argumento según el cual la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código penal reforzó la configuración de la *vinovăția* como un elemento subjetivo del tipo y no como una categoría dogmática independiente, pierde gran parte de su peso, ya que, durante el proceso legislativo la propuesta de definición del concepto legal de delito realizada por la Comisión redactora en el Anteproyecto de Código no se mantuvo.

Fuera cual fuere la intención que latía en la génesis del concepto de delito propuesto por la Comisión redactora del Anteproyecto de Código penal, la labor interpretativa ha de ajustarse a lo que el Legislador penal, en cuanto representante de toda la sociedad, ha decidido plasmar en la Ley. La *voluntas legislatoris* que se desprende del texto legal que define el concepto de delito - art.15 CPRO- es que en la Tipicidad se deben integrar, únicamente, elementos de carácter objetivo ya que, de los subjetivos se ocupa otra categoría dogmática, *vinovăția*.

VI

De entre los elementos que integran el concepto de delito del art. 15 CPRO qué más debate doctrinal genera entre la Doctrina penal rumana es *vinovăția*. La determinación de su (actual) significado, contenido, función y ubicación en la estructura del delito ha dado lugar a planteamientos doctrinales sumamente heterogéneos que es posible agrupar en tres posiciones fundamentales: una tesis, a la que se acoge la Doctrina penal rumana de forma inmensamente mayoritaria, que considera que *vinovăția* es un elemento bifacético relacionado con la Culpabilidad; otra tesis minoritaria que considera que *vinovăția* es un elemento subjetivo que se integra en la Tipicidad; y finalmente la tesis que considera que *vinovăția* es una categoría dogmática que contiene los elementos subjetivos del tipo, pero que no se identifica ni con la Tipicidad, ni con la Culpabilidad, sino que es una categoría dogmática independiente.

VII

En nuestra opinión, el Legislador penal rumano, al configurar el concepto de delito en el art. 15 CPRO, ha optado, tal como sostienen algunos autores, por descomponer una de sus categorías -la Culpabilidad- cuyos elementos integrantes eran: el dolo, la culpa y la imputabilidad- para, posteriormente reubicar sus elementos integrantes en otras dos categorías independientes, a saber, en la *vinovăție* y en la Imputabilidad (*Imputabilitate*), respectivamente. Así, en un intento de abandonar la clásica Teoría psicológica, según la cual el dolo y

la culpa aparecían como formas de culpabilidad, el Legislador penal rumano, bajo la denominación de *vinovăție* ha introducido una nueva categoría en la estructura del delito -diferente de la Culpabilidad- que contiene los elementos subjetivos del delito: el dolo, la culpa o, mejor dicho, la imprudencia y la preterintencionalidad.

A nuestro juicio, el dolo, la imprudencia y la preterintencionalidad son *formas o títulos de imputación* y *vinovăția*, la categoría en cuyo seno se lleva a cabo el proceso de comprobación de la forma subjetiva con la que se ha cometido el hecho concreto y la forma legalmente prevista en el tipo penal abstracto. De este modo, para que un hecho sea delito, además de reunir todos los elementos objetivos típicos, el título con el que se haya cometido ha de coincidir exactamente con *el título de imputación subjetivo* legalmente establecido en el tipo penal abstracto.

VIII

Cuando se constate, no obstante, que el hecho (objetivamente típico) no ha sido cometido con *vinovăție*, se deberá seguir con el análisis de la Antijuridicidad, pues, según lo dispuesto en el art. 107.2 CPRO de 2009, la imposición de medidas de seguridad depende únicamente de la tipicidad y del carácter antijurídico del hecho, siendo irrelevante, en este sentido, *vinovăția*.

Si esto es así, cabe preguntarse hasta qué punto *vinovăția* es la segunda categoría del concepto de delito o hasta qué punto el concepto de delito del art. 15.1 CPRO de 2009 es un concepto secuencial. Si entendemos, pues, que el art.

15.1 CPRO de 2009 contiene un concepto secuencial de delito, *vinovăția* no puede ser la segunda categoría dogmática, sino, en todo caso, la tercera o la cuarta.

IX

Para que una conducta sea constitutiva de delito no basta con que sea típica, sino que, además, tiene que ser antijurídica e *imputabilă* -culpable-. A diferencia del Código penal español de 1995 (y del ya derogado CPRO de 1968), el CPRO de 2009 establece expresamente cuales son las causas de justificación, separándolas así de las causas de inimputabilidad -que se encuentran contempladas en el Capítulo III, del Libro II CPRO-.

El legislador penal rumano de 2009 ha incluido entre los objetos defendibles en legítima defensa o susceptibles de salvar en estado de necesidad el “interés general”. El “interés general”, en opinión de un sector de la Doctrina penal rumana, vendría a representar el interés del Estado u otras personas jurídicas de Derecho público, en tanto que, para otro, el “interés general” podría representar una situación, relación o actividad que atañe a una organización pública. En vista de la amplitud del concepto de “interés general”, parte de la Doctrina penal rumana propugna por condicionar la admisibilidad del estado de necesidad a intereses generales determinados.

De *lege ferenda* consideramos que, en vista de vaguedad y ambigüedad del concepto de “interés general” y dado el carácter autoritario que confiere al Derecho penal rumano, el Legislador penal rumano debería, quizás, reformar los arts. 19 y 20 del CPRO de 2009, en el sentido de suprimir el “interés público” como objeto defendible en legítima defensa o salvable en estado de necesidad.

X

Con base en el concepto de delito del art. 15 CPRO de 2009, consideramos que, la infracción de las disposiciones de la Ley 350/2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo* cometida por un funcionario público en el ejercicio de su cargo podrá acarrear responsabilidad penal cuando dicha infracción pueda ser subsumida en un tipo penal, haya sido realizada con *vinovăție*, sea antijurídica y se le pueda imputar, es decir, reprochar al sujeto que la ha realizado.

XI

Mediante un estudio de Derecho Comparado funcional hemos identificado al art. 297.1 CPRO de 2009 como precepto funcionalmente similar al art. 320 CP; precepto que, en el Ordenamiento Jurídico español incrimina las conductas prevaricadoras de los funcionarios públicos en materia urbanística. El art. 297.1 CPRO de 2009, en el que se tipifica el delito de *abuz în serviciu*, sin ser un delito específico desde el punto de la materia, permite exigir responsabilidad penal al funcionario público que, en el ejercicio de su cargo, no realice un acto al que por razón de este venía obligado a realizar o lo haga de forma defectuosa. Para que se pueda verificar la realización del delito de *abuz în serviciu*, según ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia, núm. 405, de 15 de junio, de 2016, los deberes que incumben al funcionario público deben hallarse establecidos de forma expresa en la legislación primaria, esto es: Ley u Ordenanza del Gobierno.

Así, el funcionario público que, de forma arbitraria, deniegue la concesión de una licencia urbanística o haga constar en el acta de inspección datos inciertos, menoscabando con ello los derechos o los intereses legítimos o causando un perjuicio patrimonial a una persona física o jurídica, además de infringir los deberes que, según la Ley 350/2001 le incumbían por razón de su cargo, habrá cometido un delito de *abuz în serviciu* del art. 297.1 CPRO de 2009.

CONCLUSIONES FINALES

I

El estudio y la reflexión sobre un concreto tipo penal y, específicamente, sobre tipos penales inéditos y novedosos en un Ordenamiento Jurídico y que, además, no cuentan con tipos de referencia en Derecho comparado, como sucede con las omisiones típicas previstas en el art. 320.1 del Código penal español, exige reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la omisión.

Este problema, la naturaleza jurídica y, en consecuencia, su incardinación en el concepto jurídico de delito ha ido evolucionando en la Doctrina de forma paralela al desarrollo de la Teoría General del Delito y del concepto dogmático de “acción”.

El concepto dogmático de omisión se ha enfrentado a su integración en un supraconcepto o “concepto general de acción” -que abarque todas las formas de comportamiento humano con relevancia penal- o a la necesidad de desvincular los conceptos dogmáticos de acción y omisión y construirlos de forma independiente.

II

El supraconcepto o concepto general de acción debe de integrar todas las formas de aparición del hecho delictivo –cumpliendo, en este sentido, una función de clasificación- y, además, debe reunir los siguientes requisitos: neutralidad, sustancialidad y exclusividad; pues, de lo contrario, perdería su vocación de elemento básico del sistema del delito. Además, debería hacer referencia exclusivamente a actos humanos que interesaren al Derecho penal, excluyendo, pues, de antemano aquellas formas de comportamiento que, en ningún caso, puedan poseer relevancia jurídico-penal.

III

La Teoría clásica construyó un concepto de omisión tomando como referencia al de acción, de forma que la acción consistía en un movimiento corporal causante de una modificación del mundo exterior y la omisión en la no evitación de una modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria. Este supraconcepto, sin embargo, no podía explicar la “causalidad omisiva” ni en términos naturalísticos ni de equivalencia; y, además, era un concepto “fragmentario” que no podía explicar ni las omisiones puras ni las omisiones producidas con culpa inconsciente.

Por ello, la Teoría de la expectativa, redefinió la omisión como “la no realización de la acción esperada” (VON LISZT) y renormativizó los conceptos de acción y de omisión, lo que supuso el abandono del concepto causal-

naturalístico de acción. Desde la perspectiva de la Teoría de la expectativa se entendía por “acción esperada” aquella que se deduciría del tipo penal (MEZGUER), pero, con ello, en realidad, se estaba formulando un concepto de “omisión típica”, lo que conllevaba la pérdida de neutralidad frente a la Tipicidad.

IV

En España, GIMBERNAT ORDEIG trató de construir un supraconcepto a partir de la idea de “comportamiento” -al que definía como “la relación del Yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales”- con la función de excluir *ab initio* de la esfera conceptual a todos aquellos “haceres” y “no haceres” que no sean producto de la conciencia o de la libertad física de la persona. El supraconcepto de comportamiento integraría, tanto comportamientos pasivos como activos, de modo que, la omisión sería una especie del género “comportamiento pasivo”. La omisión, entonces, estaría integrada por la posibilidad física de actuar, la conciencia y el manejo de los procesos causales -elementos que conforman el concepto de comportamiento pasivo- más la frustración de una expectativa normativa. Según el autor, en la omisión, el manejo de los procesos causales expresa la relación entre la conciencia del autor -que es físicamente libre- con el mundo exterior, dejando que los procesos causales sigan su curso o no se inicien. Pero, si se observa bien, en realidad, con este planteamiento se está negando la posibilidad de que la omisión sea causal, pues cuando se deja que los procesos sigan su curso, o no se hace nada para iniciarlos, no se está manejando nada.

En nuestra opinión, si lo que convierte un comportamiento pasivo en omisión típica es la frustración de una expectativa jurídico penal, únicamente cabría preguntarse por la capacidad de acción y la posibilidad de actuar del autor respecto de un sujeto determinado, en relación con un tipo concreto y dentro de la Tipicidad -pero no, como afirma el autor, de manera apriorística-.

V

La Teoría de la acción final de WELZEL y KAUFMANN no renuncia a la unidad conceptual, pues, la acción y la omisión serían estructuras lógico-objetivas y formas de manifestación de la conducta humana y, como tales, compartirían un elemento ontológico previo: la capacidad de acción. Las críticas al método finalista han puesto de manifiesto sus déficits lógicos y que, de hecho, propugna una falacia naturalista.

Para ARMIN KAUFMANN, el concepto de omisión se construye sobre deberes de actuar, que se materializan en mandatos jurídico-penales de acciones finales que solo pueden vincular a sujetos con “capacidad de acción”. La capacidad de acción, que se convierte así en el elemento central del concepto de omisión, es un dato ontológico integrado por la concurrencia de un elemento externo y objetivo, representado por la posibilidad física de actuar y, otro, subjetivo o intelectual, representado por la capacidad de dirigir finalmente la conducta. En la tesis de ARMIN KAUFMANN, las relaciones entre acción y omisión son de “inversión”, de forma que se pueden trasladar al delito omisivo las reglas del delito activo invirtiendo el signo (No-A).

A nuestro juicio, sin embargo, la capacidad de acción no es un dato ontológico, sino un elemento valorativo.

VI

El hecho de que el Derecho penal solamente ordene y prohíba actos humanos no es consecuencia de la naturaleza antropológica del “Ser Humano”, ni de los fines y función del Derecho penal, si no del hecho de que los destinatarios de los mandatos y de las prohibiciones jurídico-penales son las personas. Por tanto, lo que se debe legitimar no es la elección del destinatario de la norma penal -indudablemente “persona”-, sino la norma misma como expresión de la potestad punitiva del Estado. A tales efectos, en una sociedad plural, democrática y tecnológica, no cabe el recurso a fundamentos ideológicos de contenido material, a nuestro juicio, el *Ius puniendi* se debe fundamentar en argumentos procedimentales (formales) que, además, de respetar y garantizar el pluralismo y la democracia, lleven incorporada la perspectiva de género. Así, solo la Constitución como norma suprema del Ordenamiento Jurídico puede justificar la intervención penal.

VII

Rompiendo, al menos de forma aparente, la tendencia doctrinal preexistente, el funcionalismo construye los conceptos de acción y omisión como

elementos típicos, aunque, de hecho, acaba formulando un “concepto general de acción” -entendido como manifestación de la personalidad-; concepto que tampoco logra explicar la omisión típica. A partir de las propuestas de ROXIN, diversos autores postulan conceptos de omisión de forma independiente a la acción, renunciando a conceptos prejurídicos. Destacan, en esta línea, CADOPPI (con su Teoría del *non-evento*), HUERTA TOCILDO y, aunque con matices, SCHÜNEMANN.

CADOPPI y HUERTA TOCILDO parten de una concepción normativa, en la que la omisión típica consistirá en la frustración de una expectativa normativamente construida, aunque difieren acerca de la naturaleza de la norma que genera dicha expectativa, pues, mientras que para CADOPPI cualquier norma puede generar la expectativa, para HUERTA TOCILDO sólo puede hacerlo una norma jurídica.

VIII

SILVA SÁNCHEZ, por su parte, también, concibe la omisión en términos normativos. Ahora bien, a diferencia de los anteriores autores, SILVA SÁNCHEZ, defiende la necesidad de distinguir entre “acción” en cuanto “conducta” y “acción” y “omisión”, en cuanto sentido concreto de esa conducta o acción.

La “conducta” sería, según el autor un proceso interpretable. De modo que, desde la óptica del Derecho penal, tendrán el carácter de “conducta”, aquellos procesos humanos que contengan los elementos mínimos necesarios

para poder advertir en ellos tomas de postura frente a las normas. La “conducta”, tendría la virtualidad de excluir *ab initio* los comportamientos que no reúnan unos elementos mínimos necesarios para ser tenidos en cuenta por el Derecho penal. Con este planteamiento, no obstante, SILVA SÁNCHEZ está formulando un sumpraconcepto normativo de “acción”.

Tras la constatación del carácter de “conducta” del hecho humano sometido a juicio, se debe examinar, afirma SILVA SÁNCHEZ si tal hecho reúne el contenido de sentido necesario para poderle imputar una realización típica en concreto: comisiva u omisiva. De esta manera, la omisión, -al igual que la comisión- es concebida por el autor como el producto de una interpretación que se realiza en el marco de un tipo penal, sobre la base de la conducta efectivamente realizada por el sujeto. SILVA SÁNCHEZ, con su concepto de omisión vuelve, pues, a la Teoría del *aliunde agere*, desde una perspectiva normativa; vuelta que, no obstante, se le antoja necesaria en vista de la (supuesta) incompatibilidad entre la omisión -entendida como una *nihil*- y el principio *cogitationis nemo patitur*.

IX

A nuestro juicio, la cuestión de si un determinado hecho reúne las características de *conducta humana* no es un problema propio del *concepto de acción*, sino un problema propio de la *acción típica*. En puridad, “carácter de conducta” no es un problema pretípico o prejurídico; el “carácter de conducta” no es, siquiera, un problema dogmático. El intérprete no precisa averiguar la *cualidad de conducta humana*, sino si un proceso que lesiona o pone en peligro un valor penalmente protegido puede ser atribuido a un sujeto como producto de

su fisicidad –corporeidad- y su conciencia. En este sentido, el problema de la acción (en el sentido de acción típica) es, en realidad, un problema de *imputación típica*.

Pero la imputación no puede hacerse depender del concepto de “voluntariedad” (GÓMEZ BENÍTEZ), sino que se trata de un proceso de atribución lógico-secuencial de base constitucional. De ahí que, el ámbito funcional de la “acción” esté integrado por una doble dimensión: una político-legislativa- que cuestiona la “cualidad” de la conducta típica e incumbe exclusivamente al Legislador- y otra dogmática -que se realiza en la Tipicidad, de forma secuencial en dos niveles: Tipo objetivo (primer nivel) y Tipo subjetivo (segundo nivel)-. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntarse de modo apriorístico y separado –ni de ningún otro modo- por el *carácter de conducta* de la acción u omisión indiciariamente típica, sino por su tipicidad; y típicas solamente podrán ser las conductas que superen *los filtros de imputación*, esto es, conductas externas y finales imputables o atribuibles a un sujeto.

X

La Teoría del actuar diverso (*aliud agere*) no puede explicar un fenómeno eminentemente normativo, como es la omisión, desde postulados naturalísticos. En nuestra opinión, la omisión jurídico-penal ha de ser entendida como una forma de realización típica, cuya esencia radica en la frustración de una expectativa que nace de una norma jurídico-penal y que se constata mediante un juicio normativo sobre la objetiva concurrencia de la situación típica y la frustración de la ejecución de la “acción debida” por el agente, a pesar de contar

con la capacidad de realizarla. Por ello, la responsabilidad penal derivada de la omisión no se fundamenta en pensamientos, ideas o motivos, sino en hechos y, en tal sentido, la omisión es un hecho, una realización objetivamente constatable tras un juicio normativo.

Desde esta perspectiva, la incompatibilidad de la omisión con el principio *cogitationis poenam nemo patitur* es meramente aparente.

XI

Elemento necesario, pero no suficiente del ilícito penal, es el carácter externo y objetivo del hecho. Junto a ello debe concurrir un elemento subjetivo: la finalidad. *Ergo*, el Derecho penal vigente destierra la responsabilidad objetiva y, al colocar junto a la acción la omisión, como posibles formas de realizaciones típicas, instaura la “normalización” de la punibilidad de los delitos de omisión; normalización que, a su vez, es una consecuencia necesaria del actual modelo de estado, “*dello Stato sociale-solidaristico di diritto*” que se caracteriza por la aparición de nuevos riesgos y la globalización de ciertos fenómenos criminales, por un lado, y la creciente demanda social de seguridad frente a la, también, creciente sensación de inseguridad, por otro.

XII

Los delitos de omisión pueden ser de dos clases: delitos de omisión propios o puros y delitos de omisión impropio o de comisión por omisión, en función de si se encuentran expresamente tipificados en el Código penal (propios o puros) o no (impropios o en comisión por omisión). A efectos de distinguir entre las dos clases de delitos de omisión, el criterio de la tipificación, en ocasiones, se torna insuficiente, pues el Código penal, también, tipifica ciertos delitos cuya estructura típica responde a los delitos de comisión por omisión. Por ello, junto al criterio de la tipificación, se debe apelar al criterio del resultado para distinguir entre delitos de omisión pura -los que prescinden de la producción de un resultado como requisito estructural típico- y delitos de comisión por omisión -los que requieren de la producción de un resultado como requisito estructural típico-.

XIII

Definida la posibilidad de que en la estructura de los delitos de omisión -comisión por omisión- se pueda integrar un resultado típico, surge el problema de la delimitación y definición dogmática de este elemento, que no puede ser identificado con la afectación del bien jurídico protegido, cuya función es fundamentar un juicio de desvalor (desvalor de resultado). El resultado típico, elemento estructural del tipo, a nuestro entender, es un resultado naturalístico: modificación en el mundo exterior separable físico-temporalmente del hecho.

XIV

El tipo objetivo del delito de omisión pura consta de tres elementos: la situación típica, la ausencia de acción debida y la capacidad para actuar. La “situación típica”, cuya presencia activa el deber de actuar del sujeto agente, describe las circunstancias en las que los sujetos que las perciban deben actuar en el sentido exigido por la norma penal. La ausencia de la acción debida tiene como presupuesto en la infracción del deber de actuar dictado por la norma penal. La capacidad actual para realizar la acción exigida por la norma jurídico-penal se erige en el límite exegético de la conducta típica omisiva -según afirma CADOPPI-; capacidad que atenderá tanto a la general o media como a la propia capacidad individual del sujeto obligado. El error sobre este elemento habrá de ser considerado error de tipo.

XV

El delito de prevaricación urbanística, contenido en el art. 320 CP, fue introducido por primera vez en nuestro Derecho penal por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código penal*; la ley que aprobó un nuevo Código penal para nuestra democracia y no cuenta con antecedentes en Derecho comparado. El precepto fue reformado en 2010 (la LO 5/2010, de 22 de junio) que introdujo nuevas modalidades típicas.

XVI

El delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP, se enmarca en la lucha contra la corrupción generada por la tolerancia, cuando no participación, de autoridades y/o funcionarios públicos en actuaciones urbanísticas ilegales. Este precepto se caracteriza por incorporar unas novedosas previsiones de control penal de la actividad administrativa que excede los límites clásicos del delito de prevaricación, incorporando nuevas modalidades de conductas típicas, pero, sobre todo, de omisiones típicas. Estas novedosas previsiones de control penal de la (in)actividad de las instancias competentes en materia de disciplina urbanística fueron introducidas por la LO 5/2010, de 22 de junio, que elevó a la categoría de delito la ocultación de actos ilícitos observados en la inspección urbanística y la omisión de inspecciones que tuvieran carácter obligatorio.

Transcurridos ya diez años desde su entrada en vigor, se constata que las omisiones típicas del art. 320.1 CP no han generado pronunciamiento judicial alguno y quizás, tampoco, lo vayan a hacer en el futuro. Ello, probablemente, se deba, a la concurrencia de múltiples factores, algunos intrínsecos al Derecho penal y otros extrínsecos a este y que se derivan del primer orden de protección y lucha contra la corrupción en el sector -el Derecho Urbanístico-.

De forma similar a lo que sucede en el ámbito de la protección del medio ambiente, el urbanismo es un área primordialmente regulada por el Derecho administrativo, de modo que el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP se presenta como modelo paradigmático de la denominada “accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo”.

XVII

“La accesoriad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo” hace referencia una determinada fórmula legislativa de conexión entre la normativa sectorial propia de la materia y la intervención penal y puede ser absoluta o relativa. En un modelo de accesoriad absoluta, las conductas típicas guardan una absoluta dependencia de los actos o la normativa administrativa cuya infracción constituye condición necesaria y suficiente del injusto penal. Por el contrario, en un modelo de accesoriad limitada, el tipo describe la conducta típica, pero, bien sea a efectos de integración del injusto penal, bien sea a efectos de interpretación terminológica, remite a la normativa jurídica extrapenal o al acto administrativo. En este modelo relacional, la infracción de la normativa extrapenal es condición indispensable, pero no suficiente del injusto penal, pues además de la infracción de la normativa extrapenal se exige un desvalor de resultado -lesión o puesta en peligro del valor jurídico-penalmente protegido-. La remisión a normas jurídicas recibe el nombre de *accesoriad de Derecho*, mientras que la remisión a actos administrativos recibe el nombre de *accesoriad de acto*.

La accesoriad de Derecho se materializa legislativamente a través de elementos normativos del tipo y leyes penales en blanco. Son estas últimas las que más problemas plantean, pues, la normativa extrapenal a la que remiten se integra en el tipo convirtiéndose en auténtica ley penal. Así, a partir del momento en el que la norma extrapenal es llamada a colmar el supuesto de hecho de un concreto tipo, se le aplican los principios rectores del Derecho penal, tales como el de irretroactividad de las normas sancionadoras y su excepción: retroactividad de la *lex mitior*. Lo que significa que las posibles

variaciones de la norma extrapenal de complemento –dictada por una instancia diferente a la penal- podrán afectar al contenido del injusto.

El TC (Sentencia 127/1990 de 5 de julio, dictada en amparo contra la SAP de Zamora, de 8 de febrero de 1988) condiciona la admisibilidad de la ley penal en blanco, como técnica de tipificación, al cumplimiento de tres requisitos materiales, a saber: a) que el reenvío a la normativa de complemento se realice de forma expresa; b) que el reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal y c) que la ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y satisfaga la exigencia de certeza.

Dadas las similitudes que existen entre la “ley penal en blanco” y los “elementos normativos” y, dado que estos últimos, en ocasiones, requieren de una interpretación integradora a efectos de dotarles de contenido, a falta de posicionamiento expreso de la Doctrina y la Jurisprudencia, que no se ha planteado la cuestión, entendemos que los requisitos de constitucionalidad - propios de la ley penal en blanco- deben extenderse, también, a los tipos que emplean instrumentos lingüísticos normativos que contienen remisiones. Esta opinión encuentra apoyo en la Doctrina constitucional, quien no solo no excluye la posibilidad de extender los requisitos de constitucionalidad a los elementos normativos del tipo, sino que *de facto* así lo está haciendo.

XVIII

En la configuración típica del art. 320. 1 CP, se materializa una relación de accesoriidad entre el Derecho urbanístico y el Derecho penal. El precepto no solo no olvida la normativa sectorial específica, sino que su infracción -de

la normativa sectorial- constituye un requisito típico *sine qua non*-. Esta relación se efectúa mediante la inclusión como elementos típicos -en la descripción típica de las conductas- de términos lingüísticos propios de la disciplina urbanística. De esta manera, el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP presenta una relación de accesoriadad respecto del Orden urbanístico que se materializa bajo la forma de *accesoriadad de Derecho*.

Ahora bien, se trata de una “modelo de accesoriadad” muy complejo en la medida en que el Legislador ha construido el tipo recurriendo tanto a elementos normativos del tipo -tales como instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación-, como a una ley penales en blanco -las normas sobre la ordenación del territorio y urbanísticas-.

XIX

El sistema urbanístico español constituye uno de los principales caldos de cultivo para la corrupción en España frente al que tanto la Administración Pública como los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo se han mostrado poco operativos. La ayuntamientos -órgano administrativo sobre el que recaen la mayor parte de las competencias en materia de planeamiento urbanístico- están provistos de un amplio margen de discrecionalidad en lo que atañe el planeamiento y su novación. A esa discrecionalidad de la que gozan los municipios hay que añadir el hecho de que los municipios son los que poseen la potestad de conceder o denegar licencias y los que deciden si realizan -y en qué condiciones realizan- las inspecciones urbanísticas; son los

que tramitan las actas de inspección y los que, en su caso, sancionan las ilegalidades constatadas.

En consecuencia, se puede afirmar que el urbanismo español muestra lo que KLITGAARD denomina los “ingredientes fundamentales de la corrupción”, es decir: poder monopólico –en materia de gestión, aplicación y disciplina urbanística- amplios márgenes de discrecionalidad y escaso control; “ingredientes” que, a efectos del art. 320.1 CP, encarnan los factores extrínsecos al Derecho que interfieren en su capacidad preventiva en la lucha contra la corrupción urbanística.

XX

La legitimidad y la estructura típica del art. 320.1 CP dependen del bien jurídico protegido, según el sentido bivalente que la Doctrina mayoritaria y garantista le atribuye. Desde nuestra perspectiva, la vinculación del bien jurídico protegido con los valores con relevancia constitucional –criterio normativo, formal, racional y externo al *Ius puniendi*- es lo que le permite cumplir las funciones críticas que tiene encomendadas. Su legitimidad, además, depende de que la intervención penal sea necesaria.

Desde estos postulados, cobra especial relevancia la reflexión sobre el bien jurídico protegido en el artículo 320.1 CP, cuestión nada pacífica en una doctrina que parte de un presupuesto común y que ha sido sometido a revisión crítica en estas páginas. Tal presupuesto es que, efectivamente, el art. 320.1 CP protege un bien jurídico.

XXI

A partir de aquí, cabe distinguir dos grandes corrientes doctrinales: la de quienes consideran -tesis mayoritaria- que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, donde concurren al menos dos bienes jurídicos protegidos, y la de quienes, por rechazar esa posibilidad con carácter general, consideran que el bien jurídico tutelado por el art. 320 CP es de carácter “único”.

XXII

Según la tesis que defiende que el delito de prevaricación urbanística es un delito pluriofensivo, el art. 320 CP brinda protección a dos bienes jurídicos: uno que vendría a coincidir con el tutelado por el genérico delito de prevaricación administrativa contenido en el art. 404 CP -“correcto funcionamiento de la Administración Pública”- y un segundo bien jurídico cuyo contenido varía de un autor a otro, pero que, en la extendida versión de GÓRRIZ ROYO vendría a coincidir con el bien jurídico tutelado por el delito (de construcción no autorizable) del art. 319 CP. ACALE SÁNCHEZ, lo enuncia como “ordenación del territorio y el urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente”, en expresión idéntica a la de la rúbrica del Título XVI del Código penal.

Para la Teoría de la pluriofensividad, es precisamente esta concurrencia de valores protegidos en el tipo penal del art. 320.1 CP lo que explica -y también justifica- la pena mayor que merecen las conductas típicas de este precepto, que contienen ciertas modalidades de conductas prevaricadoras, frente al delito de

prevaricación genérica del art. 404 CP. Este argumento, sin embargo, no es suficiente para obviar las cuestiones que plantea.

Conceptualmente, la delimitación de ambos bienes jurídicos y su catalogación o clasificación es más que compleja. GORRIZ ROYO trata de ofrecer una explicación aceptable distinguiendo entre un bien jurídico “categorial” -idea que, a partir de la concepción de GONZALEZ CUSSAC remite a un autoritario concepto de Administración-función y abre paso a los denominados delitos de infracción del deber o cargo- y el *otro bien jurídico*, al que define como “ordenación del territorio”, en este caso, de carácter colectivo -como si el anteriormente denominado como categorial no lo fuera-.

No obstante, a nuestro entender, la Teoría de la pluriofensividad parte de la confusión entre bien jurídico protegido y *ratio legis*, lo que la invalida ya en el plano conceptual. En el plano dogmático, plantean, además, dificultades añadidas para determinar el momento consumativo, problemas concursales, etc.

XXIII

También entre el sector doctrinal que defiende la tesis de un único bien jurídico protegido en el art. 320.1 CP, las propuestas son variadas y van desde considerar que *lo protegido* es la actividad urbanística (DOMÍNGUEZ LUÍS / FARRÉ DÍAZ), hasta afirmar que es “la calidad de vida en relación con el hábitat territorial” (BLANCO LOZANO), el recto funcionamiento de la Administración Pública (RAMÓN GARCÍA o DE LA MATA BARRANCO) o “el capital urbano acordé al derecho humano a la ciudad” (MARTÍN PARDO).

A excepción del planteamiento propuesto por MARTÍN PARDO, el resto de los planteamientos doctrinales que defienden el carácter “único” del bien jurídico protegido en el art. 320.1 CP circunscriben este al correcto funcionamiento de la Administración Pública o, lo que viene a ser lo mismo, a la legalidad en el ejercicio de dicha función.

XXIV

En nuestra opinión, el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP ha de ser entendido en clave de lucha contra la corrupción urbanística, fenómeno complejo que explica la mayor gravedad de la pena contenida en el art. 320. 1 CP. A nuestro entender, el delito de prevaricación urbanística del art. 320.1 CP no es un delito pluriofensivo. Primero, porque el supuesto bien jurídico “correcto ejercicio de la función pública” no es un interés jurídico-penalmente protegible; segundo, porque la aparente protección a dos o más bienes jurídicos no se realiza de forma directa e inmediata, sino, todo lo más en una relación de subsidiariedad entre ellos y, finalmente, porque el segundo de los supuestos bienes jurídicos protegidos, “el orden territorial”, de hecho, no parece tener incidencia alguna en el tipo que estamos analizando.

XXV

Hay que rechazar, por tanto, que entre el art. 319 CP y este art. 320.1 CP exista una relación de subsidiariedad tácita -como plantea ACALE SÁNCHEZ desde su teoría pluriofensiva-. En primer lugar, porque hemos rechazado la identidad de finalidades de protección entre ambos preceptos; en segundo lugar, porque acaba renunciando a la sanción de las conductas típicas del art. 320.1 CP cuando, el funcionario público informa o incumple sus deberes de inspección para favorecer, encubrir o revestir de legalidad la conducta del autor del delito contenido en el art. 319 CP -lo que genera una discriminación en el trato, más favorable, respecto del funcionario público que simplemente incumple con sus deberes de inspección del art. 320.1 CP-.

Entre ambos preceptos, en contra de lo que opinan VILLACAMPA ESTIARTE y RODRÍGUEZ PUERTA, tampoco existe una relación de progresión porque, en nuestra opinión, no comparten objeto de tutela y porque, la consunción solo es admisible cuando efectivamente con ello se dé respuesta a la totalidad del injusto, lo que no sucede en este supuesto.

XXVI

En nuestra opinión, el funcionario público que realiza la conducta típica del art. 320.1 CP para con ello favorecer, encubrir o revestir de legalidad la construcción o edificación constitutiva de un delito del art. 319 CP sería autor de

un delito contenido en el art. 320.1 CP y partícipe en el hecho del particular (art. 319 CP).

XXVII

Aunque tanto el art. 319 CP como el art. 320 CP se enmarcan en la lucha contra la corrupción, este último contiene un delito de prevaricación específica, tiene como finalidad garantizar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en la distribución de recursos urbanísticos y relacionados con la Ordenación del Territorio, lo que aún no puede considerarse bien jurídico protegido porque no sirve para limitar al *Ius puniendi* ni cumple funciones dogmáticas en el tipo.

En un Estado Democrático y de Derecho, solo la necesidad de proteger otro valor de similar relevancia constitucional a la libertad puede legitimar su limitación, de modo que es preciso negar la condición de bien jurídico protegido a los que AMELUNG calificaba como “aparentes”: aquellos en los que lo protegido sería la propia norma de conducta o su vigencia, o el deber normativamente impuesto.

Negar el contenido material de “el correcto funcionamiento de la Administración Pública”, no implica negar su relevancia constitucional, ni su trascendencia para el Estado de Derecho. De ahí que, tal vez, se pueda fundamentar -legitimar- la incriminación de la infracción de ciertos deberes esenciales para su correcto funcionamiento, siempre que se trate de deberes que se deriven directamente de la Constitución y su cumplimiento no pueda

garantizarse por otras vías menos coercitivas pues, de otro modo, no se podría limitar la intervención punitiva del Estado.

XXVIII

Las novedosas modalidades omisivas típicas del art. 320.1 CP, introducidas por LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal, nacieron con una clara vocación de combatir la inactividad de autoridades y funcionarios públicos encargados de velar por la legalidad urbanística y que, por falta de interés o/y medios permitieron la generalizada indisciplina urbanística que ha traído nefastas consecuencias para el orden económico, ambiental, fiscal y político, menoscabando, incluso, la credibilidad del Estado español frente a la comunidad internacional. Después de veinte años de vigencia, la virtualidad de aquellas novedosas modalidades omisivas de prevaricación urbanística se ha mostrado más bien simbólica que real, y ello no es de extrañar en vista de la problemática que plantea la estructura típica de las conductas prevaricadoras omisivas del art. 320.1 CP.

Las modalidades omisivas de prevaricación urbanísticas del art. 320.1 CP, tampoco han generado estudios doctrinales específicos. La doctrina que, con mayor o menor alcance, las aborda lo hace de forma tangencial, de modo que, no existe un estudio doctrinal de referencia.

En vista de la nula aplicabilidad judicial y el escaso interés doctrinal que han despertado las conductas típicas omisivas del art. 320.1 CP y de los efectos criminógenos que genera la ley promulgada y no aplicada, la presente

investigación pretende identificar los problemas dogmáticos y político-criminales que anulan su virtualidad práctica.

XXIX

Los delitos omisivos de prevaricación del art. 320.1 CP se configuran como delitos especiales, pues el círculo de autores se restringe a aquellas personas que posean la cualidad de autoridad o funcionario público y que, además, son competentes para realizar inspecciones urbanísticas. El art. 24 CP establece qué es lo que se ha de entender por autoridad y funcionario público a efectos penales. El funcionario público, según el referido precepto penal será la persona que, por disposición inmediata de la Ley, por elecciones o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. La determinación del significado del concepto de “función pública” quizás sea la cuestión más compleja y difícil en relación con el concepto penal de funcionario público. Al respecto existen dos fundamentales teorías: una restrictiva que entiende que se estará ante una verdadera función pública cuando el ente que la esté desarrollando sea un ente público (elemento subjetivo) sometido al Derecho Público (elemento objetivo) y se trate de una actividad teleológicamente orientada a la consecución de fines generales (elemento teleológico). La concepción de la “función pública” de la teoría restrictiva crea un espacio de impunidad a favor de todos aquellos sujetos que se encuentran al servicio de cualquier ente público de capital entera o mayoritariamente público que, desarrollando actividades de interés general, someten su actividad a las normas de Derecho Privado, lo que favorece la huida del Derecho Administrativo, y, consecuentemente, también, la huida del Derecho Penal.

Por ello, a efectos de la presente investigación, nos posicionamos con a la tesis subjetivo-material y entendemos que habrá función pública en todos aquellos casos en los cuales la Administración Pública –en sentido amplio- venga desarrollando de forma directa o indirecta actividades orientadas a la satisfacción de intereses generales.

XXX

La diferenciación que el art. 24 CP efectúa entre funcionario público y autoridad, a efectos de delimitar los posibles sujetos activos y, consiguientemente, la autoría en el art. 320.1 CP, carece de cualquier virtualidad, pues las consecuencias jurídicas son idénticas para ambas clases de sujetos.

XXXI

De conformidad con las diversas normas autonómicas, las funciones de inspección urbanística son desempeñadas por “inspectores urbanísticos” a los que, por norma general, se les confiere la condición de agentes de la autoridad.

En el ámbito municipal, las competencias en materia de inspección urbanística suelen corresponder o bien a empleados públicos adscritos a las unidades administrativas que detentan tales funciones o a la Policía Local. En lo que respecta a las Comunidades Autónomas, con la excepción de alguna, como

Andalucía -en la que sí existen cuerpos específicos de inspección urbanísticos- la inspección urbanística se realiza por personal adscrito a las unidades administrativas autonómicas que detentan tales funciones; personal que, desde el punto de vista del Derecho penal, tiene la consideración de funcionario público, por cuanto, se trata de sujetos adscritos a la Administración Pública que ejercen funciones, asimismo, públicas.

Los colaboradores privados que virtud de autorizaciones o contratos administrativos de concesión que realizan inspecciones urbanísticas también han de ser incluidos en el círculo de posibles sujetos activos de las modalidades omisivas del art. 320.1 CP.

XXXII

La primera de las conductas omisivas típicas del art. 320.1 CP consiste en silenciar la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes con motivo de inspecciones. “Silenciar”, a efectos del delito que nos ocupa, significa callar u omitir la infracción de las normas de ordenación o urbanísticas vigentes que, con motivo de inspecciones, se hubiera constatado. El deber de levantar acta de infracción, denunciar o informar surge cuando el funcionario público competente para realizar una determinada inspección constata, en el desarrollo de esta (o, lo que viene a ser lo mismo, “con motivo de inspección”), la infracción de las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes. Ello significa, pues, que la autoridad o funcionario público que tenga conocimiento de la existencia de tal infracción por medio de un tercero -inspector urbanístico que levanta acta de infracción, agente de la policía local o colaborador

privado- y decida “silenciarla” (no incoando el debido expediente, por ejemplo) no realizará el tipo del art. 320.1 CP. Su “silencio” tampoco será constitutivo de un delito de prevaricación administrativa del 404 CP, pues para que lo fuere la autoridad o funcionario público tendría que dictar una resolución. Podrá, no obstante, realizar el tipo del art. 408 CP, pero, siempre que la infracción silenciada sea constitutiva de delito y la autoridad o funcionario público tenga la obligación por razón de las obligaciones derivadas de su cargo, de perseguirla. En caso contrario, su conducta sería atípica. Como consecuencia, se mantiene un espacio de impunidad en favor de los titulares de las unidades administrativas que tienen encomendada la potestad inspectora y que, en contra de sus deberes, ocultan las infracciones de las que tienen noticia, lo que, desde una perspectiva político criminal, resulta inadmisibile.

XXXIII

El supuesto de hecho del art. 320.1 CP no define cuales son las infracciones a las que se refiere el delito omisivo de prevaricación urbanística, de modo que, para integrar la situación típica deberemos acudir a la normativa extrapenal relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo. El Legislador penal ha recurrido a la técnica de la ley penal en blanco para la descripción de la situación típica del delito omisivo de prevaricación urbanística consistente en silenciar la infracción de las normas sobre la ordenación del territorio y el urbanismo; extremo que nos obliga a examinar su adecuación a los requisitos de constitucionalidad a cuyo cumplimiento está subordinada la admisibilidad de la ley penal en blanco, como técnica legislativa.

Uno de los requisitos cuya concurrencia es imprescindible para la admisibilidad de la técnica de la ley penal en blanco en la confección del tipo penal es que el recurso a la misma se explique “por razón del bien jurídico protegido”. El art. 320.1CP, como hemos tenido oportunidad de advertir, protege “el correcto funcionamiento de la Administración Pública en la distribución de los recursos urbanísticos y relacionados con la ordenación del territorio”; objeto jurídico formal, huérfano del contenido material necesario para constituirse en bien jurídico-penalmente protegible. Luego, si no hay bien jurídico protegido, tampoco hay “razón” que permita justificar el recurso a la técnica de la ley penal.

Para que la norma penal que recurre a la técnica de la ley penal en blanco sea constitucionalmente admisible es necesario que cumpla, de forma cumulativa, con los tres requisitos materiales fijados por el Tribunal Constitucional; en caso contrario, su adecuación a los cánones de constitucionalidad se ve comprometida por conculcar las exigencias que se derivan del Principio de Legalidad. Y es, precisamente, lo que cabe predicar respecto del art. 320.1 CP en relación con el delito omisivo consistente en silenciar la infracción de las normas de ordenación del territorio o urbanísticas vigentes. Así, al decaer el segundo canon de constitucionalidad, no podemos más que afirmar la inconstitucionalidad de la norma penal que nos ocupa (y que contiene la primera modalidad omisiva del art. 320.1 CP).

XXXIV

Similares problemas plantean la segunda modalidad omisiva típica del art. 320.1 CP que consiste en omitir la realización de inspecciones urbanísticas

obligatorias. Además de la ausencia de bien jurídico protegido que alcanza, también, a esta modalidad omisiva y que, como hemos visto, compromete su constitucionalidad, el delito consistente en omitir la realización de inspecciones obligatorias choca frontalmente con las exigencias de taxatividad y certeza que se derivan del Principio de Legalidad.

El deber de inspeccionar surge la de situación típica, que concurrirá cuando se trate una inspección obligatoria. El elemento “obligatoria” nos remite a la normativa extrapenal a efectos de interpretarlo, pero no se trata de una mera interpretación aclaratoria de su significado, sino de una interpretación integradora. Para integrar el elemento tenemos que acudir a las diversas leyes autonómicas, a sus normas de desarrollo -en caso de haberlas- a los planes de inspección, allí donde los haya, y, por último, a las órdenes de servicio dictadas en base a los planes de inspección. Lo expuesto pone de manifiesto que, en realidad, quien concreta la conducta delictiva no es el Legislador penal -único legitimado para definir los delitos y sus consecuencias jurídicas- sino las diferentes instancias territoriales que dictan los actos normativos a los que nos acabamos de referir y lo que, en definitiva, contravienen el fundamento político del Principio de Legalidad.

Por tanto, y en resumen, también el segundo tipo omisivo del art. 320.1 CP es inconstitucional: en primer lugar, por no tener por objeto la tutela de un bien jurídico penalmente protegible y, en segundo lugar, porque quien define el núcleo esencial de la omisión no es el Legislador penal, sino las diversas instancias territoriales, lo que, en definitiva, vulnera las garantías esenciales que se derivan del Principio de Legalidad consagrado en el art. 25.1 CE en relación con el art. 81.1 CE.

Por todo ello, consideramos que el Legislador penal debería derogar las dos conductas omisivas del art. 320.1 CP.

XXXV

Hemos advertido la singularidad del Ordenamiento Jurídico español en la tipificación de los delitos urbanísticos y, específicamente, de las omisiones típicas contenidas en el art. 320.1 CP; singularidad que, entre otras, pone de manifiesto la preferencia de otros Estados por vías menos gravosas de intervención.

Por las similitudes sociales y económicas que guarda con lo que fue el Ordenamiento Jurídico español en los primeros años de la democracia, momento en que se inicia la carrera descontrolada por la urbanización salvaje y, a su vez, por su muy diferente concepto de delito, hemos seleccionado el Ordenamiento Jurídico rumano para realizar un análisis de derecho comparado.

En el Ordenamiento jurídico de Rumanía, la Ley 350/2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo*, contempla la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal por infracciones urbanísticas, pero las normas de referencia en la materia - la Ley 350/2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo* y el CPRO de 2009- no contienen delito similar al de prevaricación urbanística del art. 320 CP.

XXXVI

Siguiendo con la tradición instaurada por el CPRO de 1969, el vigente CPRO, aprobado por la Ley 286/2009, de 17 de julio y en vigor desde el 1 de febrero de 2014, ha optado por incluir una definición legal de delito en el art. 15

del Capítulo I del Título II. La nueva definición de delito destaca como uno de los elementos más originales y difíciles de interpretar del Código penal.

Según lo dispuesto en el art. 15.1 CPRO de 2009, “[e]l delito es el hecho previsto por la ley penal, cometido con *vinovăṭie*, no justificado e imputable a la persona que lo ha cometido”. Este precepto ha generado un intenso debate doctrinal que se ha materializado en una notable heterogeneidad de opiniones.

XXXVII

La primera categoría que integra el concepto de delito del art. 15 CPRO de 2009 es la Tipicidad; que, según la Doctrina penal mayoritaria, tan solo incluye los elementos objetivos del tipo, lo que recuerda al concepto neoclásico de delito. En contra de esta opinión, un sector minoritario, cercano al finalismo, distingue en la Tipicidad entre tipo objetivo y tipo subjetivo o *vinovăṭie*. Esta segunda tesis se fundamenta, tal y como argumenta el Ministerio Fiscal de Rumanía, en la interpretación auténtica que hacía la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Penal sobre el significado de los elementos integrantes del concepto de delito; Anteproyecto que, sin embargo, tras su paso por el Parlamento, sufrió diversas modificaciones que han afectado al concepto de delito.

En la actualidad, el art.15 CPRO establece que en la Tipicidad se deben integrar, únicamente, elementos de carácter objetivo ya que, de los subjetivos se ocupa otra categoría dogmática denominada *vinovăṭia*.

XXXVIII

Es precisamente este concepto – *vinovăția*- el que más debate doctrinal ha suscitado, dando lugar a planteamientos doctrinales sumamente heterogéneos. Por un lado, de forma inmensamente mayoritaria se considera que *vinovăția* es un elemento bifacético relacionado con la Culpabilidad; otra tesis minoritaria considera que *vinovăția* es un elemento subjetivo que se integra en la Tipicidad; y finalmente, un tercer sector doctrinal considera que *vinovăția* es una categoría dogmática independiente.

XXXIX

En nuestra opinión, el Legislador penal rumano, en el art. 15 CPRO, ha optado por descomponer la Culpabilidad *originaria* en el Código penal de 1969 (integrada por el dolo, la culpa y la imputabilidad)- en dos categorías independientes: la *vinovăție* y en la Imputabilidad (*Imputabilitate*). Así, en un intento de abandonar la clásica Teoría psicológica, según la cual el dolo y la culpa aparecían como formas de culpabilidad, el Legislador penal rumano, bajo la denominación de *vinovăție* ha introducido una nueva categoría en la estructura del delito -diferente de la Culpabilidad que contiene los elementos subjetivos del delito: el dolo, la imprudencia y la preterintencionalidad.

A nuestro juicio, el dolo, la imprudencia y la preterintencionalidad son *formas o títulos de imputación y vinovăția*, la categoría en cuyo seno se lleva a cabo el proceso de comprobación de la forma subjetiva con la que se ha cometido el

hecho concreto y la forma legalmente prevista en el tipo penal abstracto. De este modo, para que un hecho sea delito, además de reunir todos los elementos objetivos típicos, el título con el que se haya cometido ha de coincidir exactamente con *el título de imputación subjetivo* legalmente establecido en el tipo penal abstracto.

XL

Cuando se constate, no obstante, que el hecho (objetivamente típico) no ha sido cometido con *vinovăție*, se deberá seguir con el análisis de la Antijuridicidad, pues, según lo dispuesto en el art. 107.2 CPRO de 2009, la imposición de medidas de seguridad depende únicamente de la Tipicidad y del carácter antijurídico del hecho, siendo irrelevante, en este sentido, *vinovăția*. Esta construcción cuestiona el carácter secuencial del concepto de delito.

XLI

Para que una conducta sea constitutiva de delito no basta con que sea típica, sino que, además, tiene que ser antijurídica e *imputabilã* -culpable-. A diferencia del Código penal español de 1995 (y del ya derogado CPRO de 1968), el CPRO de 2009 establece expresamente cuales son las causas de justificación, separándolas así de las causas de inimputabilidad -que se encuentran contempladas en el Capítulo III, del Libro II CPRO-.

El legislador penal rumano de 2009 ha incluido entre los objetos defendibles en legítima defensa o susceptibles de salvar en estado de necesidad el “interés general”. El “interés general”, en opinión de un sector de la Doctrina penal rumana, vendría a representar el interés del Estado u otras personas jurídicas de Derecho público, en tanto que, para otro, el “interés general” podría representar una situación, relación o actividad que atañe a una organización pública. En cualquier caso, esta posibilidad no parece aceptable desde una perspectiva garantista del Derecho penal.

XLII

Pues bien, a partir de este concepto de delito, la infracción de las disposiciones de la Ley 350/2001, *relativa a la ordenación del territorio y el urbanismo* cometida por un funcionario público en el ejercicio de su cargo podrá acarrear responsabilidad penal cuando dicha infracción pueda ser subsumida en un tipo penal, haya sido realizada con *vinovăție*, sea antijurídica y se le pueda imputar, es decir, reprochar al sujeto que la ha realizado.

XLIII

Mediante un estudio de Derecho Comparado funcional hemos identificado al art. 297.1 CPRO de 2009 como precepto funcionalmente similar al art. 320 CP.

El art. 297.1 CPRO de 2009 tipifica el delito de *abuz în serviciu*, que, sin ser un delito específico, permite exigir responsabilidad penal al funcionario público que, en el ejercicio de su cargo, no realice un acto que estaba obligado a realizar o lo haga de forma defectuosa. Es requisito imprescindible de la tipicidad, como ha establecido la Corte Constitucional en la sentencia, núm. 405, de 15 de junio, de 2016, que los deberes que incumben al funcionario público se hallen previstos de forma expresa en la legislación primaria, esto es: Ley u Ordenanza del Gobierno.

Así, el funcionario público que, de forma arbitraria, deniegue la concesión de una licencia urbanística o haga constar en el acta de inspección datos inciertos, menoscabando con ello los derechos o los intereses legítimos o causando un perjuicio patrimonial a una persona física o jurídica, además de infringir los deberes que, según la Ley 350/2001 le incumbían por razón de su cargo, habrá cometido un delito de *abuz in serviciu* del art. 297.1 CPRO de 2009.

CONCLUSIONI FINALI

I

Lo studio e la riflessione su delle concrete fattispecie criminose, come i reati omissivi propri di cui all'art. 320.1 del codice penale spagnolo, le quali siano indubbiamente inedite nell'ordinamento giuridico spagnolo e che, in aggiunta, non possano avvalersi della comparazione con reati analoghi contemplati in altri sistemi giuridici stranieri, comportano la necessità di un approfondimento dogmatico sulla natura giuridica dell'omissione.

La problematica della natura giuridica e, di conseguenza, il suo armonizzarsi con il concetto giuridico di reato ha vissuto un rilevante processo di evoluzione teorica nella dottrina, in parallelo con lo sviluppo della teoria generale del reato, e del concetto dogmatico di "azione".

Il concetto dogmatico di omissione ha dovuto affrontare le criticità della sua integrazione in un "sovra-concetto" o "concetto generale di azione" - che abbracci in sé tutte le forme di comportamento umano penalmente rilevanti - oppure quelle relative alla necessità di scindere i concetti dogmatici di "azione" ed "omissione", elaborandoli dunque teoricamente in modo indipendente.

II

Il sovra-concetto o concetto generale di azione deve includere tutte le possibili forme di manifestazione del fatto illecito – rivestendo, sotto questo profilo, una funzione classificatoria – e altresì deve caratterizzarsi per i seguenti requisiti: neutralità, carattere sostanziale ed esclusività. In assenza di tali connotati, invece, perderebbe la sua vocazione di elemento fondamentale di una teoria sistematica del reato.

In aggiunta, dovrebbe fare riferimento unicamente ad atti umani che assumano rilevanza in ottica penalistica, escludendo pertanto a priori quelle tipologie di comportamento che, in nessun caso, assurgano a condotte rilevanti sotto il profilo giuridico-penale.

III

La teoria classica elaborò un concetto di omissione prendendo a riferimento il concetto di azione, configurandolo di modo tale che l'azione consistesse in un movimento corporale causante una modificazione del mondo esteriore, e l'omissione in una mancata modificazione del mondo esteriore riconducibile ad una condotta volontaria. Questo sovra-concetto, ad ogni modo, non poteva spiegare la “causalità omissiva” né sotto il profilo naturalistico, né in termini di equivalenza. In aggiunta, era un concetto “frammentario” che non poteva spiegare né i reati omissivi puri (cioè propri), né i reati omissivi realizzati con colpa cosciente.

Per tali ragioni, la teoria dell'aspettativa ridefinì l'omissione come “la non realizzazione dell'azione attesa” (VON LISZT), conferendo nuovamente carattere normativo ai concetti di azione e di omissione, il che implicò l'abbandono del paradigma causal-naturalistico di azione. Secondo i fautori della teoria dell'aspettativa, per “azione attesa” si sarebbe dovuta intendere quella deducibile dalla formulazione della fattispecie penale (MEZGUER): di tal guisa, però, si giungeva a configurare un concetto di “omissione tipica” il quale comportava una perdita di neutralità a vantaggio del principio di tipicità.

IV

In Spagna GIMBERNAT ORDEIG tentò di elaborare un sovra-concetto a partire dalla idea di “comportamento” - che definiva come “la relazione dell'Io cosciente e fisicamente libero con il mondo esteriore gestendo processi causali” - con la funzione di escludere *ab initio* dall'ambito concettuale rilevante tutti quei “*facere*” e “*non facere*” che non fossero determinati dalla coscienza o dalla libertà fisica della persona. Il sovra-concetto di comportamento comprenderebbe sia comportamenti passivi che attivi, di modo tale che l'omissione sarebbe una specie del genere “comportamento passivo”. L'omissione, pertanto, sarebbe configurabile in presenza della possibilità fisica di agire, della coscienza e gestione dei processi causali - elementi che sostanziano il concetto di comportamento passivo - cui si affiancherebbe la frustrazione di un'aspettativa normativa. Secondo l'autore, nell'omissione la gestione dei processi causali esprime la relazione tra la coscienza dell'autore - che è fisicamente libero - ed il mondo interiore, lasciando che i processi causali seguano il proprio corso, o non abbiano inizio. Però, se si osserva bene, in realtà con questa costruzione teorica si

sta negando la possibilità che l'omissione sia causale, poiché quando si lascia che i processi causali seguano il proprio corso, o non si fa nulla per innescarli, non si sta gestendo nulla.

A nostro avviso, se ciò che trasforma un comportamento passivo in una omissione tipica è la frustrazione di una aspettativa giuridico-penale, occorrerebbe unicamente vagliare la capacità di azione e la possibilità di agire dell'autore rispetto ad un determinato assunto, in relazione ad una fattispecie concreta e dentro i confini della tipicità – però non in maniera aprioristica come afferma l'autore.

V

La teoria finalistica dell'azione di WELZEL e KAUFMANN non rinuncia all'unità concettuale, atteso che l'azione e l'omissione sarebbero strutture logico-oggettive e forme di manifestazione della condotta umana e, come tali, condividerebbero un elemento ontologico presupposto: la capacità di azione. Le critiche al metodo finalista hanno portato alla luce le aporie logiche del suddetto, e hanno mostrato che lo stesso, *de facto*, veicola un inganno naturalistico.

Per ARMIN KAUFMANN, il concetto di omissione si incentra sui doveri di agire, i quali si materializzano in mandati giuridico-penali di azioni finalistiche che possono vincolare solo soggetti con “capacità di azione”. La capacità di azione, che si converte pertanto nel pilastro centrale del concetto di omissione, è un dato ontologico scaturente dalla convergenza di un elemento esterno e oggettivo, rappresentato dalla possibilità fisica di agire, e da un altro, soggettivo o intellettuale, rappresentato dalla capacità di orientare finalisticamente la

condotta. Nella tesi di ARMIN KAUFMANN, le relazioni tra azione ed omissione sono di “inversione”, per cui si possono trasporre al reato omissivo le regole del reato commissivo invertendo il segno (No-A).

A nostro avviso, tuttavia, la capacità di azione non è un dato ontologico, ma piuttosto un elemento valorativo.

VI

Il fatto che il diritto penale si limiti a ordinare e proibire atti umani non è conseguenza della natura antropologica dell'essere umano, e neanche delle finalità e funzioni del diritto penale stesso, bensì piuttosto del fatto che i destinatari degli obblighi e delle proibizioni giuridico-penali siano le persone. Pertanto, ciò che si deve legittimare non è la scelta del destinatario della norma penale – indubbiamente una “persona” - quanto piuttosto la norma stessa come espressione della potestà punitiva dello Stato. A tali effetti, in una società plurale, democratica e tecnologica, non occorre il ricorso a fondamenti ideologici di caratterizzazione materiale: a nostro avviso, lo *ius puniendi* si deve legittimare sulla base di argomenti procedurali (formali) che, oltre a rispettare e garantire il pluralismo e la democrazia, si connotino altresì per il veicolare la prospettiva di genere. Così, solo la Costituzione come norma suprema dell'ordinamento giuridico può giustificare l'intervento penale.

VII

In piena discontinuità, almeno in apparenza, con la preesistente tendenza dottrinale, il funzionalismo elabora i concetti di azione ed omissione come elementi tipici, sebbene - di fatto - finisca per formulare un "concetto generale di azione" inteso come manifestazione della personalità; concetto che, ad ogni modo, non riesce a spiegare la omissione tipica. A partire dalle proposte di ROXIN, diversi autori propongono concetti di omissione configurati diversamente rispetto all'azione rinunciando a concetti pregiuridici. Spiccano, in tale linea di pensiero, CADOPPI (con la sua teoria del non-evento), HUERTA TOCILDO e, pur con talune sfumature di differenziazione, SCHÜNEMANN.

CADOPPI e HUERTA TOCILDO partono da una concezione normativa, nella quale l'omissione tipica si sostanzierà nella frustrazione di un'aspettativa normativamente costruita, malgrado si differenzino relativamente alla natura della norma che preveda questa aspettativa poiché, mentre per CADOPPI qualunque norma può prevedere la suddetta aspettativa, per HUERTA TOCILDO solo può farlo una norma giuridica.

VIII

SILVA SÁNCHEZ, da parte sua, concepisce altresì l'omissione in termini normativi. Ad ogni modo, a differenza dei summenzionati studiosi, SILVA

SÁNCHEZ patrocina l'opinione per cui occorrerebbe distinguere tra "azione" in quanto "condotta", e "azione" e "omissione" quali estrinsecazioni concrete di suddetta condotta o azione.

La "condotta" sarebbe, secondo l'autore, un processo interpretabile. Di tal guisa, nell'ottica giuridico-penale assumeranno il carattere di "condotta" quei processi umani connotati da quegli elementi minimi necessari per constatare nei suddetti delle prese di posizioni nei confronti delle norme. La "condotta" sarebbe dunque contrassegnata dalla peculiarità di escludere *ab initio* i comportamenti non contrassegnati da taluni elementi minimi necessari per essere presi in considerazione dal diritto penale. Con siffatta costruzione dogmatica, peraltro, SILVA SÁNCHEZ sta formulando un sovra-concetto normativo di "azione".

In seguito al riscontro del carattere di "condotta" del fatto umano oggetto di valutazione giuridica occorre esaminare, secondo SILVA SÁNCHEZ, se tale fatto posseda quel contenuto sostanziale necessario per potere imputare al suddetto, in concreto, una realizzazione tipica: sia essa commissiva o omissiva. Così ragionando, l'omissione - allo stesso modo che la commissione - è concepita dall'autore come il prodotto finale di un processo interpretativo che si realizza nel contesto di una fattispecie penale, e avente ad oggetto la condotta effettivamente posta in essere dal soggetto. SILVA SÁNCHEZ, con il suo concetto di omissione, si richiama dunque alla teoria del *aliud agere*, rivisitata secondo una prospettiva normativa; richiamo che, peraltro, gli appare necessario in considerazione della (supposta) incompatibilità tra l'omissione - intesa come un *nihil* - e il principio "*cogitationis poenam nemo patitur*".

IX

A nostro avviso, la questione se un fatto determinato possieda le caratteristiche di una condotta umana non è un problema proprio del concetto di azione, bensì piuttosto un problema proprio dell'azione tipica. A dire il vero, il "carattere di condotta" non è un problema pretipico o pregiuridico; il "carattere di condotta" non è nemmeno un problema dogmatico. All'interprete non occorre accertare la qualità della condotta umana, ma piuttosto se un processo che leda o ponga in pericolo un valore penalmente tutelato possa essere attribuito ad un soggetto come prodotto della sua fisicità (in senso corporeo) e della sua coscienza. In tal senso, il problema dell'azione (nel senso di azione tipica) è, in realtà, un problema di imputazione tipica.

Si è però obiettato che non si può far dipendere l'imputazione dal concetto di "volontarietà" (GÓMEZ BENÍTEZ), in quanto ci si trova dinanzi ad un processo di attribuzione logico-sequenziale con fondamento costituzionale. Da ciò si ricava che l'ambito funzionale della "azione" è costituito da una doppia dimensione: una politico-legislativa - che vaglia la "qualità" della condotta tipica e pertiene esclusivamente al legislatore - ed un'altra - che si realizza nella tipicità, in due livelli sequenziali: fattispecie oggettiva (primo livello), e fattispecie soggettiva (secondo livello) - dogmatica. Adottando questa prospettiva, non ha alcun senso indagare in modo aprioristico e separato - e in nessun altro modo - la caratterizzazione della condotta di azione od omissione presuntivamente tipica, se non per la sua tipicità; e potranno essere qualificate come tipiche unicamente le condotte che superino i filtri di imputazione, vale a dire condotte esterne e finalistiche imputabili o attribuibili a un soggetto.

X

La teoria dell'agire diversamente (*aliud agere*) non può spiegare un fenomeno eminentemente normativo, come è l'omissione, sulla base di postulati naturalistici. A nostro avviso, l'omissione giuridico-penale deve essere intesa come una forma di realizzazione tipica, la cui essenza è rappresentata dalla frustrazione di una aspettativa che promana da una norma giuridico-penale, e che si riscontra attraverso un giudizio normativo sull'obiettiva concorrenza della situazione tipica, e sulla frustrazione dell'esecuzione della "azione dovuta" da parte dell'agente, malgrado sia sussistente la capacità di realizzare. In virtù di ciò, la responsabilità penale derivata dall'omissione non si fonda su pensieri, idee o motivi, bensì su dei fatti e, in tal senso, l'omissione è un fatto, una realizzazione oggettivamente constatabile a seguito di un giudizio normativo.

Adottando tale prospettiva, pertanto, l'incompatibilità dell'omissione con il principio "*cogitationis poenam nemo patitur*" è meramente apparente.

XI

Elemento necessario, ma non sufficiente, per l'integrazione di un illecito penale è il carattere esterno e oggettivo del fatto. Accanto ad esso, deve concorrere un elemento soggettivo: la finalità. Di tal guisa, il diritto penale vigente bandisce la responsabilità oggettiva e, collocando insieme all'azione l'omissione, come possibili forme di realizzazione tipica, crea le condizione per la "normalizzazione" della punibilità dei reati omissivi: normalizzazione che, a

sua volta, è una conseguenza necessaria dell'attuale modello di Stato, cioè lo “Stato sociale-solidaristico di diritto”, il quale si caratterizza per l'insorgere di nuovi rischi e per la globalizzazione di alcuni fenomeni criminali, da un lato, e per la crescente domanda sociale di sicurezza a fronte della – altresì crescente – sensazione di insicurezza.

XII

I reati di omissione possono suddividersi in due categorie: reati omissivi propri o puri, e reati di omissione impropri o di commissione per omissione, a seconda che siano espressamente tipizzati nel codice penale (propri o puri) oppure no (impropri o di commissione per omissione). Con riferimento alla finalità di distinguere le due categorie di reati omissivi, il criterio della tipizzazione, in talune occasioni, si rivela insufficiente in quanto lo stesso codice penale, talvolta, tipizza talune fattispecie criminose la cui struttura tipica corrisponda ai reati di commissione per omissione. Per tale ragione, insieme al criterio della tipizzazione, occorre impiegare il criterio dell'evento per differenziare i reati di omissione pura – i quali prescindono dalla produzione di un evento quale requisito strutturale tipico – dai reati di commissione per omissione – quelli che richiedono la produzione di un evento come requisito strutturale tipico.

XIII

Una volta ammessa la possibilità che nella struttura dei reati omissivi – nei casi di commissione per omissione – si possa inserire un evento tipico, occorre affrontare la criticità relativa alla delimitazione e definizione dogmatica di tale elemento, che non può essere identificato *tout court* con l'intaccamento del bene giuridico tutelato, la cui funzione è fondare un giudizio di disvalore (disvalore di risultato). L'evento tipico, elemento strutturale della fattispecie, a nostro avviso è un evento naturalistico, coincidente con una modificazione del mondo esteriore separabile fisicamente e temporalmente dal fatto.

XIV

La tipicità oggettiva del reato omissivo puro consta di tre elementi: la situazione tipica, l'assenza dell'azione dovuta, e la capacità di azione. La “situazione tipica”, al cui verificarsi scatta il dovere di agire del soggetto agente, va identificata con le circostanze nelle quali i soggetti che la percepiscono debbano agire nel modo imposto dalla norma penale. L'assenza di azione dovuta presuppone, invero, l'infrazione del dovere di agire prescritto dalla norma penale. L'effettiva capacità di realizzare l'azione imposta dalla norma giuridico-penale – secondo quanto sostenuto da CADOPPI – si riscontra nel limite esegetico della condotta tipica omissiva: capacità che si determinerà sia con riferimento a quella generale o media, sia in relazione alla capacità individuale

del soggetto obbligato. L'errore sul presente elemento dovrà essere qualificato come errore sul fatto.

XV

Il delitto di prevaricazione urbanistica, previsto e punito dall'art. 320 CP, fu introdotto per la prima volta nel diritto penale spagnolo dalla LO 10/1995, del 23 di novembre: ovvero dalla legge che introdusse un nuovo codice penale per la nostra democrazia, e va rilevato che nessun altro ordinamento giuridico contemplici reati analoghi. La fattispecie fu poi riformata nel 2010 dalla LO 5/2010, del 22 di giugno, che tipizzò nuove modalità di condotta.

XVI

Il delitto di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320 CP si incentra sulla lotta contro la corruzione generata dalla tolleranza, se non complicità, delle autorità e/o funzionari pubblici in attività urbanistiche illegali. Siffatta fattispecie si caratterizza per la presenza di talune previsioni innovative di controllo penale dell'attività amministrativa che ecceda i limiti classici del delitto di prevaricazione, contemplando nuove varianti di condotte attive tipiche, e - soprattutto - di condotte omissive tipiche. Queste innovative previsioni di controllo penale della (in)attività degli organi competenti in materia di disciplina urbanistica furono introdotte dalla LO 5/2010 del 22 di giugno, che elevò al rango

di delitto l'occultamento di di atti illeciti osservati nell'ispezione urbanistica, così come l'omissione di ispezioni che avessero carattere obbligatorio.

Trascorsi oramai dieci anni dalla sua entrata in vigore, si denota che le fattispecie omissive tipiche di cui all'art. 320.1 CP non siano state oggetto di alcuna pronuncia giudiziaria, e forse non lo saranno neanche in futuro. Ciò, verosimilmente, si deve alla convergenza di molteplici fattori, alcuni intrinseci al diritto penale, e altri estrinseci al suddetto, e che derivano dalla prima disciplina di protezione e lotta contro la corruzione nel settore del diritto urbanistico.

Con modalità analoghe a ciò che succede nell'ambito della tutela dell'ambiente, l'urbanistica è un'area originariamente disciplinata dal diritto amministrativo, per cui il delitto di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320.1 CP si configura come modello paradigmatico della ben nota "accessorietà del diritto penale rispetto al diritto amministrativo".

XVII

La "accessorietà del diritto penale rispetto al diritto amministrativo" fa riferimento ad una determinata previsione legislativa di connessione tra la normativa settoriale propria della materia e l'intervento penale, e può essere assoluta o relativa. In un modello di accessorietà assoluta, le condotte tipiche presentano un'assoluta dipendenza dagli atti o dalla disciplina amministrativa la cui infrazione costituisca condizione necessaria e sufficiente dell'illiceità penale. Di converso, in un modello di accessorietà limitata la fattispecie descrive la condotta tipica però al contempo rinvia, agli effetti dell'integrazione dell'illiceità penale oppure agli effetti dell'interpretazione dei termini, alla legislazione

giuridica extrapenale o all'atto amministrativo. In questo modello di interazione, l'infrazione della normativa extrapenale è condizione indispensabile, ma non sufficiente, dell'illiceità penale, in quanto oltre alla violazione della normativa extrapenale si richiede un disvalore di risultato, dato dalla lesione o messa in pericolo del valore penalmente tutelato. Il rinvio a norme giuridiche riceve il nome di "accessorietà al diritto", mentre il rinvio ad atti amministrativi riceve il nome di "accessorietà all'atto".

La accessorietà del diritto si materializza legislativamente per il tramite degli elementi normativi del tipo e delle leggi penali in bianco. Sono queste ultime, del resto, quelle che pongono le maggiori criticità, posto che la normativa extrapenale alla quale rinviano si integri nella fattispecie trasformandosi in una autentica legge penale. A partire dal momento in cui la norma extrapenale sia chiamata a completare i presupposti fattuali di una concreta fattispecie criminosa, del resto, le si applicano i principi basilari del diritto penale, come in particolare quello di irretroattività delle norme sanzionatorie e la sua eccezione: la retroattività della norma penale favorevole. Ciò significa che le possibili variazioni della norma extrapenale integrativa – sovente emanata con finalità diverse rispetto a quella penale – potranno avere un impatto diretto nella determinazione dei confini tra lecito ed illecito.

Il *Tribunal Constitucional* (TC - sentenza 127/1990 del 5 luglio, emessa su ricorso contro la SAP di Zamora, del 8 febbraio 1988) subordina l'ammissibilità della legge penale in bianco, come tecnica di tipizzazione, al rispetto di tre requisiti materiali, e cioè: 1) che il rinvio alla normativa integrativa si realizzi in modo espresso; b) che il rinvio sia giustificato in considerazione del bene giuridico tutelato dalla norma penale; e c) che la legge penale contenga il nucleo essenziale della proibizione e soddisfi le esigenze di certezza giuridica.

Viste le analogie sussistenti tra la “legge penale in bianco” e gli “elementi normativi” e, dato che questi ultimi talvolta necessitano di una interpretazione “integrativa” al fine di conferire agli stessi un pregnante contenuto, malgrado l'impostazione accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che non hanno affrontato la questione, si ritiene che i requisiti di costituzionalità – propri della legge penale in bianco – debbano estendersi altresì alle fattispecie che si avvalgano di componenti linguistiche normative che contengano un rinvio. Siffatta opinione trova supporto nella dottrina costituzionale, che non solo non esclude la possibilità di estendere i requisiti di costituzionalità agli elementi normativi della fattispecie, ma finanche, *de facto*, lo sta già facendo.

XVIII

Nelle scelte di tipizzazione trasfuse nell'art. 320.1 CP si è materializzata una relazione di accessorietà tra il diritto urbanistico e il diritto penale. La fattispecie non solo non dimentica la normativa settoriale specifica, ma finanche la violazione di quest'ultima costituisce un requisito tipico, una *condicio sine qua non*, dell'illiceità penale. Questa relazione si estrinseca mediante l'inclusione come elementi tipici – nella descrizione delle condotte tipizzate – di termini linguistici propri della disciplina urbanistica. In questo modo, il delitto di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320.1 CP si connota per una relazione di accessorietà rispetto alla disciplina urbanistica che si materializza attraverso la forma della “accessorietà di diritto”.

Ad ogni modo, ci si trova di fronte ad un “modello di accessorietà” molto complesso, posto che il legislatore abbia tipizzato la fattispecie ricorrendo sia ad

elementi normativi, quali gli strumenti di pianificazione, i progetti di urbanizzazione, la lottizzazione, la rilottizzazione, sia a una tecnica legislazione penale in bianco, con il riferimento alle norme sulla pianificazione del territorio e in materia urbanistica.

XIX

Il sistema urbanistico spagnolo costituisce uno dei principali ambienti dove prolifera la corruzione in Spagna, ed in relazione al quale sia la pubblica amministrazione che i tribunali del contenzioso amministrativo si sono mostrati “poco operativi”. Ai comuni (*ayuntamientos*), organi amministrativi cui sono attribuite la gran parte delle competenze in materia di pianificazione urbanistica, sono conferiti ampi margini di discrezionalità in materia di pianificazione, e modificazioni della stessa. A tale discrezionalità della quale godono i municipi, occorre aggiungere il fatto che gli stessi siano gli organi cui spetta la potestà di concedere o rifiutare le licenze, e che decidono se effettuare – e a quali condizioni – le ispezioni urbanistiche: sono quelli che implementano gli atti di ispezione e quelli che, se ritenuto opportuno, sanzionano le illegalità accertate.

Alla luce di ciò, si può affermare che l'urbanistica spagnola appare contrassegnata da quelli che KLITGAARD definisce come “ingredienti fondamentali della corruzione”, vale a dire: potere monopolista (in materia di gestione, applicazione e disciplina urbanistica), estesi margini di discrezionalità e scarso controllo. Ingredienti che, per quanto concerne la disciplina di cui all'art. 320.1 CP, incarnano i fattori estrinseci al diritto che ne condizionano la capacità preventiva nella lotta contro la corruzione urbanistica.

XX

La legittimità e la struttura tipica della fattispecie di cui all'art. 320.1 CP dipendono dal bene giuridico protetto, secondo l'accezione bivalente che la dottrina maggioritaria e garantisce attribuisce al suddetto. Dal nostro punto di vista, la necessaria corrispondenza del bene giuridico tutelato ai valori di rilevanza costituzionale - criterio normativo, formale, razionale ed esterno allo *ius puniendi* - è ciò che permette di svolgere le funzioni critiche che gli sono demandate. La sua legittimità, inoltre, dipende dall'attestazione che l'intervento penale in materia sia necessario.

In quest'ottica ideologica riveste sommo rilievo la riflessione relativa al bene giuridico tutelato nel delitto dell'art. 320.1 CP, questione per nulla pacifica in una dottrina che parte da un presupposto comune, e che è stata sottoposta a revisione critica in queste pagine. Tale presupposto unitario è dato dall'assunzione che, effettivamente, la fattispecie *de qua* tuteli un bene giuridico.

XXI

Dato per assodato l'assunto di cui sopra, occorre distinguere due grandi opinioni dottrinali: quella di coloro che considerano - tesi maggioritaria - che ci si trovi di fronte ad un delitto plurioffensivo, caratterizzato dalla tutela di almeno due beni giuridici; e quella di coloro che, rigettando in linea generale la tesi appena menzionata, ritengono per converso che il bene tutelato dal delitto di cui all'art. 320 CP sia uno solo.

XXII

Secondo l'orientamento per cui il delitto di prevaricazione urbanistica sarebbe un delitto pluriiffensivo, l'art. 320 CP appresta tutela penale a due beni giuridici: uno che coinciderebbe con il bene tutelato dalla fattispecie "generale" di prevaricazione amministrativa prevista e punita dall'art. 404 CP, e cioè "il corretto funzionamento della pubblica amministrazione", ed un secondo il cui contenuto varia a seconda dell'autore. Ad ogni modo, nella versione estesa della tesi di GÓRRIZ ROYO tale bene sarebbe lo stesso di quello tutelato dal delitto (di costruzione non autorizzabile) dell'art. 319 CP. ACALE SÁNCHEZ lo descrive come "pianificazione del territorio e urbanistica, patrimonio storico e ambiente", adottando quindi una formula identica a quella utilizzata nella rubrica del Titolo XVI del *Código penal*.

Per la teoria della plurioffensività è proprio questa concorrenza di valori tutelati nella fattispecie incriminatrice dell'art. 320.1 CP a rappresentare il fondamento della più elevata pena ricollegata alle condotte tipizzate da tale delitto, le quali rappresentano forme specifiche di condotta prevaricatoria, a differenza di quanto previsto dal delitto di prevaricazione "generale" di cui all'art. 404 CP. Questo argomento, tuttavia, non è sufficiente per dare una risposta soddisfacente alle questioni che la menzionata teoria fa sorgere.

Sotto il profilo concettuale, la delimitazione dei confini tra i due beni giuridici, e la sua catalogazione o classificazione, è particolarmente ardua. GORRIZ ROYO prova a fornire una spiegazione congrua distinguendo tra un bene giuridico funzione "di categoria" - idea che, a partire dalla concezione di GONZALEZ CUSSAC rinvia a un concetto autoritario di pubblica amministrazione - che rimanda ai così detti "reati di violazione di un dovere un

carica”, ed un altro bene giuridico, definito come “pianificazione del territorio”, e che in tal caso assume carattere collettivo: va però rilevato criticamente che anche quello anteriormente menzionato “di categoria” sia connotato in tal senso.

Ad ogni modo, a nostro avviso la teoria della plurioffensività è viziata in partenza, sotto il profilo concettuale, dalla confusione tra bene giuridico tutelato e *ratio legis*, Da un punto di vista dogmatico, inoltre, si configurano ulteriori criticità per la determinazione del momento consumativo, relative al concorso di reati ecc.

XXIII

Pure nel settore dottrinale che accoglie la tesi che il delitto in esame tuteli un unico bene giuridico gli orientamenti sono diversificati, e vanno dal considerare bene protetto l'attività urbanistica (DOMÍNGUEZ LUÍS / FARRÉ DÍAZ), fino a sostenere che è “la qualità della vita in relazione al contesto territoriale” (BLANCO LOZANO), oppure il corretto funzionamento della pubblica amministrazione (RAMÓN GARCÍA o DE LA MATA BARRANCO), o altresì “il capitale urbano in relazione al diritto umano alla città” (MARTÍN PARDO).

Ad eccezione dell'opinione propugnata da MARTIN PARDO, il resto delle posizioni dottrinali che affermano il carattere “unico” del bene giuridico tutelato dalla figura criminosa di cui all'art. 320.1 CP circoscrivono il suddetto al corretto funzionamento della pubblica amministrazione o, il che non comporta alcuna sostanziale differenza, alla legalità dell'esercizio di detta funzione.

XXIV

A nostro avviso, il delitto di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320.1 CP deve essere inteso con riferimento al contrasto alla corruzione urbanistica, fenomeno complesso che spiega la maggiore consistenza della pena stabilita nell'art. 320.1 CP. Il delitto di prevaricazione urbanistica ivi incriminato, difatti, non è a nostro parere un delitto plurioffensivo. In primo luogo, perché il supposto bene giuridico rappresentato dal “corretto esercizio della funzione pubblica” non è un interesse tutelabile dalla legislazione penale; in seconda battuta perché l'apparente tutela di due o più beni giuridici non si realizza in forma diretta immediata, ma piuttosto nel quadro di una relazione di sussidiarietà tra gli stessi; ed in conclusione perché il secondo dei supposti beni giuridici tutelati, e cioè “l'ordine territoriale”, di fatto non pare avere alcuna rilevanza nella fattispecie delittuosa che si sta analizzando.

XXV

Occorre rigettare, pertanto, la tesi per cui tra l'art. 319 CP e il commentando art. 320.1 CP sussista una relazione di sussidiarietà tacita, sostenuta da ACALE SÁNCHEZ in correlazione alla teoria plurioffensiva da costui accolta. Ciò anzitutto perché si è contestato l'assunto per cui vi sarebbe identità di finalità di tutela nelle due fattispecie; e secondariamente perché finisce per rendere inapplicabili le sanzioni per le condotte tipizzate dall'art. 320.1 CP quando il funzionario pubblico esercita o non ottempera ai suoi doveri di

ispezione per favorire, occultare o dare un'apparenza di legalità alla condotta dell'autore del delitto contemplato dall'art. 319 CP, il che genera una disparità di trattamento, più favorevole, per il funzionario pubblico che semplicemente non ottemperi ai suoi doveri di ispezione di cui all'art. 320.1 CP.

Tra le due fattispecie, contrariamente a ciò che affermano VILLACAMPA ESTIARTE y RODRÍGUEZ PUERTA, non è nemmeno sussistente una relazione di progressione, in quanto – a nostro avviso – non condividono l'oggetto di tutela, e altresì perché la consumazione è ammissibile solo quando con essa si riesca dare una risposta penale alla condotta illecita nella sua interezza, il che non succede in questa ipotesi.

XXVI

Secondo la nostra opinione, il funzionario pubblico che realizzi la condotta tipica sanzionata dall'art. 320.1 CP per favorire, occultare o rivestire di legalità la costruzione o edificazione che rientri nel paradigma d'incriminazione del delitto di cui all'art. 319 CP sarebbe da sanzionare come autore del delitto previsto e punito dall'art. 320.1 CP, e altresì come complice del fatto del privato qualificabile come delitto di cui all'art. 319 CP.

XXVII

Seppur sia il delitto di cui all'art. 319 CP che quello di cui all'art. 320 CP si inseriscono nel quadro del contrasto alla corruzione, quest'ultimo rappresenta una fattispecie criminosa di prevaricazione specifica, ed ha come finalità quella di garantire il corretto funzionamento della pubblica amministrazione nella distribuzione delle risorse urbanistiche e di quelle relazionate con la pianificazione del territorio, il che non può considerarsi bene giuridico tutelato perché non rappresenta una limitazione dello *ius puniendi*, né assolve funzioni dogmatiche di nessun tipo.

In uno Stato di diritto democratico solo la necessità di tutelare un diverso valore di rilevanza costituzionale comparabile alla libertà può legittimare la limitazione di quest'ultima, di modo che occorre negare il rango di bene giuridico tutelato a quelli che AMELUNG qualificava come beni "apparenti": nei quali, cioè, oggetto di tutela sia una regola di condotta o la sua vigenza in quanto tale, o il dovere normativamente imposto.

Negare il contenuto materiale del "corretto funzionamento della pubblica amministrazione" non si traduce, peraltro, né nella negazione della sua rilevanza costituzionale, né della sua importanza per lo Stato di diritto. Si potrebbe forse, pertanto, fondare - legittimare - l'incriminazione della violazione di certi doveri essenziali per il suo corretto funzionamento, sempre che si tratti di doveri che si ricavano direttamente dalla Costituzione, e che il loro adempimento non possa garantirsi con altri strumenti meno coercitivi: qualora ciò si verificasse, invero, non si potrebbe limitare l'intervento punitivo dello Stato.

XXVIII

Le innovative modalità di condotta omissiva tipizzate dal delitto di cui all'art. 320.1 CP, a seguito delle modifiche apportate dalla LO 5/2010, del 22 giugno, di riforma del codice penale, furono introdotte con la precipua finalità di combattere l'inattività delle autorità e dei funzionari pubblici incaricati di "vegliare" sulla legalità urbanistica e che, per mancanza di interesse e/o strumenti, consentissero la generalizzata indisciplina urbanistica causa di nefaste conseguenze per l'ordine economico, ambientale, fiscale e politico: fenomeno, il suddetto, tale da menomare sinanche la credibilità dello Stato spagnolo nei confronti della comunità internazionale. Dopo venti anni di vigenza, l'efficacia di quelle innovative modalità omissive di prevaricazione urbanistica si è mostrata ben più simbolica che non reale, e di ciò non c'è da sorprendersi, se si considerano le criticità scaturenti dalla struttura tipica delle condotte di prevaricazione omissive contemplate dall'art. 320.1 CP.

Le modalità omissive di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320.1 CP, peraltro, non sono neanche state oggetto di studi dottrinali specifici. Gli studiosi che – con maggiore o minore livello di approfondimento – si sono occupati del tema, del resto, lo hanno fatto in modo "incidentale", per cui non esiste uno scritto accademico di riferimento.

Vista la totale assenza di una prassi applicativa giurisprudenziale, e lo scarso interesse dottrinale che hanno suscitato le condotte omissive tipiche *de quibus*, e considerati altresì gli effetti criminogeni generati dalla legge promulgata ma non applicata, la presente ricerca mira ad identificare i problemi dogmatici e politico-criminali alla base della totale inefficacia pratica delle fattispecie delittuose omissive di cui all'art. 320.1.

XXIX

I delitti omissivi di prevaricazione di cui all'art. 320.1 SP si configurano come delitti propri, posto che la cerchia degli autori si restringe a quelle sole persone che posseggano la qualifica di autorità o funzionario pubblico e che, in aggiunta, siano competenti a realizzare ispezioni urbanistiche. L'art. 24 CP stabilisce cioè cosa si debba intendere per "autorità" e "funzionario pubblico" agli effetti penali. Il funzionario pubblico, secondo la norma penale in questione, sarà la persona che, per disposizione immediata della legge, per elezione o per nomina dell'autorità competente partecipi all'esercizio di una funzione pubblica. La determinazione dell'esatta portata del concetto di "funzione pubblica" è probabilmente la questione più complessa e difficile con riferimento alla nozione penale di "funzionario pubblico". A tal proposito si contrappongono due fondamentali teorie: una restrittiva secondo la quale si avrà un'effettiva funzione pubblica quando l'ente che la stia svolgendo sia un ente pubblico (componente soggettiva) soggetto al diritto pubblico (componente oggettiva), e si tratti di un'attività teleologicamente orientata al conseguimento di finalità d'interesse generale (elemento teleologico). La concezione di "funzione pubblica" sostenuta dai fautori di questa tesi restrittiva crea uno spazio di impunità a favore di tutti quei soggetti che svolgano il proprio servizio nell'ambito di un qualsiasi ente pubblico a capitale interamente o maggioritariamente pubblico che, pur svolgendo attività d'interesse generale, espletino attività soggette alle norme del diritto privato, il che incentiverebbe la "fuga" dal diritto amministrativo e, di conseguenza, altresì la "fuga" dal diritto penale.

In virtù di quanto appena detto, ai fini del presente studio si ritiene preferibile accogliere la tesi soggettivo-materiale, e ritenere che si avrà una funzione pubblica in tutti quei casi nei quali l'amministrazione pubblica - in

senso lato – espleti in forma diretta o indiretta attività orientate al perseguimento di un interesse generale.

XXX

La differenziazione che l'art. 24 CP sancisce tra funzionario pubblico e autorità, per quanto riguarda la delimitazione dei possibili soggetti attivi e – di conseguenza – dell'autoria nell'art. 320.1 CP non esplica alcun effetto sostanziale, posto che le conseguenze giuridiche siano identiche per entrambi le classi di soggetti.

XXXI

In conformità alle diverse normative delle comunità autonome, le funzioni di ispezione urbanistica sono espletate da “ispettori urbanistici” ai quali, in virtù di una norma generale, si attribuisce lo status di “agenti dell'autorità”.

Nell'ambito municipale, le competenze in materia di ispezione urbanistica sono solitamente conferite o a impiegati pubblici incorporati alle unità amministrative cui siano demandate tali funzioni, o in alternativa alla polizia locale. Per quanto riguarda le comunità autonome, con l'eccezione di alcune come l'Andalusia – nella quale sono stati istituiti corpi specifici di ispezione urbanistica, le ispezioni urbanistiche sono realizzate da personale incorporato

nelle unità amministrative autonome cui spettino tali funzioni; personale che, dal punto di vista giuridico-penale, assume la veste di funzionario pubblico, trovandoci di fronte a soggetti incorporati nell'amministrazione pubblica i quali esercitino funzioni a loro volta pubbliche.

I collaboratori privati che, sulla base di autorizzazioni o contratti amministrativi di concessione, pongano in essere ispezioni urbanistiche devono essere altresì inclusi nel novero dei possibili soggetti attivi delle condotte omissive incriminate dall'art. 320.1 CP.

XXXII

La prima condotta omissiva tipizzata dall'art. 320.1 CP è quella data dal silenziare la violazione delle vigenti norme in materia di pianificazione territoriale o urbanistica registrate a causa di un'ispezione. "Silenziare", ai sensi della fattispecie in commento, significa tacere o omettere la violazione delle norme sulla pianificazione o urbanistica vigenti che, a causa di un'ispezione, si sia ravvisata. Il dovere di redigere un atto di infrazione, di denunciare o informare sorge quando il funzionario pubblico competente a realizzare una determinata ispezione constati, nel corso dello svolgimento della suddetta (o, il che è equivalente, "a causa di un'ispezione"), la violazione di norme vigenti in materia di pianificazione territoriale o urbanistica. Ciò significa, pertanto, che l'autorità o funzionario pubblico che venga a conoscenza dell'esistenza di una tale violazione per il tramite di un terzo - sia costui un ispettore urbanistico che rediga un atto di infrazione, agente della polizia locale o collaboratore privato - e decida di "silenziarla" (non inoltrando il dovuto rapporto, ad esempio) non

cometterà la condotta tipica di cui all'art. 320.1 CP. Il suo “silenzio” non sarà nemmeno costitutivo di un delitto di prevaricazione amministrativa ai sensi dell'art. 404 CP, atteso che affinché ciò accada la autorità o funzionario pubblico dovrebbe emanare una risoluzione. Ad ogni modo, la sua condotta potrà essere incriminata ai sensi dell'art. 408 CP, a patto che la violazione silenziata sia costitutiva di delitto e l'autorità o funzionario pubblico abbia l'obbligo, in ragione dei doveri derivanti dalle sue funzioni, di denunciarla. In caso opposto, la sua condotta sarà atipica. In conseguenza di ciò, si mantiene un ambito di impunità a favore dei titolari delle unità amministrativa cui sia demandata la potestà ispettiva e che, infrangendo i propri doveri, occultino le violazioni delle quali ricevano notizia: il che, da una prospettiva politico-criminale, risulta inammissibile.

XXXIII

Nella descrizione dell'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 320.1 CP non compare alcuna menzione delle violazioni alle quali si riferisca il delitto omissivo di prevaricazione urbanistica, di modo che, per delineare i confini della situazione tipica, occorra ricorrere alla normativa extra-penale relativa alla pianificazione del territorio e all'urbanistica. Il legislatore penale ha adottato, pertanto, la tecnica della norma penale in bianco per descrivere la situazione tipica del delitto omissivo in esame, consistente nel silenziare la violazione di norme in materia di pianificazione del territorio e urbanistica; il che ci obbliga a esaminare la sua ottemperanza ai requisiti di costituzionalità al cui rispetto è subordinata l'ammissibilità della norma penale in bianco, come tecnica legislativa.

Uno dei requisiti la cui sussistenza è imprescindibile per l'ammissibilità della tecnica della norma penale in bianco in sede di formulazione di un illecito penale è che il ricorso alla stessa si giustifichi "in ragione del bene giuridico tutelato". L'art. 320.1 CP, come si è avuto modo di evidenziare, protegge il "corretto funzionamento dell'amministrazione pubblica nella distribuzione delle risorse urbanistiche e relazionate alla pianificazione del territorio"; oggetto giuridico formale, orfano del sostrato materiale necessario per assurgere al rango di bene giuridico-penalmente tutelabile. Se quindi non vi è un bene giuridico tutelato, non vi è nemmeno una ragione che permetta di giustificare l'utilizzo della tecnica della norma penale in bianco.

Affinché la norma penale che si avvalga della tecnica della legge penale in bianco sia costituzionalmente ammissibile è necessario che adempia, cumulativamente, ai tre requisiti materiali prescritti dal *Tribunal Constitucional*; in caso contrario la sua adeguatezza ai canoni di costituzionalità andrebbe negata a causa del *vulnus* alle esigenze scaturenti dal principio di legalità.

Ed è precisamente ciò che occorre affermare con riferimento alla norma incriminatrice *de qua*, in relazione al delitto omissivo consistente nel silenziare la violazione delle norme in materia di pianificazione del territorio o urbanistiche vigenti. Di tal guisa, al venir meno del secondo canone di costituzionalità, non si può fare altro che sostenere l'incostituzionalità della fattispecie penale in commento (e che incrimina la prima modalità omissiva di cui all'art. 320.1 CP).

XXXIV

Problematiche non dissimili si ravvisano relativamente alla seconda modalità omissiva prevista dall'art. 320.1 CP, che consiste nell'omettere la realizzazione di ispezioni urbanistiche obbligatorie. Oltre all'assenza di un bene giuridico tutelato, che concerne anche questa modalità omissiva e che, come già evidenziato, ne inficia la costituzionalità, il delitto consistente nell'omettere la realizzazione di ispezioni obbligatorie è totalmente incompatibile con le esigenze di tassatività e di certezza giuridica che derivano dal principio di legalità.

Il dovere di ispezionare deriva dalla situazione tipica, che concorrerà quando si tratti di una ispezione obbligatoria. La caratterizzazione come "obbligatoria" rinvia alla normativa extra-penale a fini interpretativi, però non si tratta di una mera interpretazione chiarificatrice del suo significato, ma piuttosto di un'interpretazione integratrice. Per riempire di contenuto suddetto elemento, pertanto, occorrerà avvalersi delle diverse normative delle comunità autonome, delle norme di sviluppo - qualora ci siano, dei piani di ispezione, ove siano contemplati, e da ultimo delle discipline di servizio elaborate in base ai piani di ispezione. Quando detto rende manifesto che, in realtà, chi determina il nucleo sostanziale dell'illecito, per quanto concerne la condotta incriminata, non è il legislatore penale - unico soggetto legittimato a definire i reati e le conseguenze giuridiche degli stessi, bensì le istanze territoriali che emanano gli atti normativi ai quali è d'obbligo riferirsi: il che, in definitiva, contravviene al fondamento politico del principio di legalità.

Per tanto, e in sintesi, anche la seconda fattispecie delittuosa omissiva di cui all'art. 320.1 CP è incostituzionale: in primo luogo, per non avere ad oggetto la protezione di un bene giuridico penalmente tutelabile e, in seconda battuta,

poiché chi definisce il nucleo essenziale della condotta omissiva non è il legislatore penale, ma al contrario le diverse istanze territoriali: il che, in definitiva, viola le garanzie essenziali connaturate al principio di legalità solennemente sancito nell'art. 25.1 CE in relazione all'art. 81.1 CE.

In virtù di tutto ciò, riteniamo che il legislatore penale dovrebbe abrogare le due fattispecie omissive previste e punite dall'art. 320.1 CP.

XXXV

Già si è evidenziata la singolarità dell'ordinamento giuridico spagnolo in relazione alle scelte di tipizzazione dei delitti urbanistici e, segnatamente, delle condotte omissive tipiche incriminate nell'art. 320.1 CP; singolarità che, tra l'altro, rende manifesta la preferenza di altri Stati per strumenti meno gravosi di intervento.

In ragione delle similitudini sociali ed economiche con quello che fu l'ordinamento giuridico spagnolo nei primi anni della democrazia, momento nel quale si iniziava la corsa incontrollata all'urbanizzazione selvaggia e, altresì, per il nettamente differenziato concetto di reato accolto, si è selezionato - per realizzare un'analisi giuridico-comparatistica - l'ordinamento rumeno.

Nell'ordinamento giuridico della Romania la legge 350/2001, relativa alla pianificazione del territorio e all'urbanistica, contempla la possibilità che venga sancita la responsabilità penale per violazioni urbanistiche, ma al contempo le norme di riferimento in materia - vale a dire la stessa legge 350/2001, relativa alla pianificazione del territorio e all'urbanistica, e il CPRO (= codice penale

rumeno) del 2009 – non incriminano alcuna fattispecie criminosa simile a quella di prevaricazione urbanistica di cui all'art. 320 CP.

XXXVI

Proseguendo la tradizione instaurata dal CPRO del 1969, il vigente CPRO, approvato per mezzo della legge 286/2009, del 17 luglio ed entrato in vigore dal 1 febbraio 2014, ha optato per l'inclusione di una definizione legale di reato nell'articolo 15 del Capitolo I del Titolo II. La nuova definizione di reato spicca come uno degli elementi più originali, e di difficile interpretazione, del codice penale.

In base a quanto previsto dall'art. 15.1 CPRO del 2009, “il reato è il fatto previsto dalla legge penale, commesso con *vinovăție*, non giustificato e imputabile alla persona che lo ha commesso”. Siffatto precetto ha innescato un intenso dibattito dottrinale che è sfociato nell'elaborazione di una rilevante eterogeneità di opinioni dogmatiche al riguardo.

XXXVII

La prima categoria integrante il concetto di reato di cui all'art. 15 del CPRO del 2009 è la tipicità che, secondo la dottrina penale maggioritaria, include in sé unicamente gli elementi oggettivi della fattispecie, il che rammenta il concetto

neoclassico di reato. Contro tale posizione ermeneutica un settore minoritario, attiguo al finalismo, distingue nella tipicità un tipo oggettivo ed un tipo soggettivo o *vinovăție*. Questa seconda tesi si fonda, come argomenta la Procura generale (*Ministerio Fiscal*) di Romania, sull'interpretazione autentica cui procedeva il preambolo dell'ante-progetto di codice penale relativamente al significato degli elementi integranti il concetto di reato; ante-progetto che, ad ogni modo, nel corso dell'iter di approvazione parlamentare fu oggetto di molteplici modifiche relativamente al concetto di reato.

Attualmente l'art. 15 CPRO stabilisce che nella tipicità vadano inclusi esclusivamente elementi di carattere oggettivi, posto che quelli soggettivi vadano inseriti nella diversa categoria dogmatica denominata *vinovăția*.

XVIII

È proprio questo concetto di *vinovăția* ad aver suscitato il più intenso dibattito dottrinale, caratterizzato dalla proposizione di posizioni teoriche ampiamente diversificate. Da un lato, un settore accademico ampiamente maggioritario considera la *vinovăția* un elemento dalla doppia faccia relazionato con la colpevolezza; dall'altro lato, una tesi minoritaria opina che la stessa sia un elemento soggettivo che andrebbe collocato nell'alveo della tipicità; mentre da ultimo vi è una terza corrente dottrina per cui la *vinovăția* rappresenterebbe una categoria dogmatica autonoma.

XXXIX

A nostro avviso, il legislatore penale rumeno, nell'art. 15 CPRO, ha optato per la scissione della colpevolezza originariamente contemplata dal codice penale del 1969 (incardinata sui tre pilastri del dolo, della colpa e dell'imputabilità) in due categorie dogmatiche indipendenti: la *vinovăție* e l'imputabilità (*Imputabilitate*). Di tal guisa, in un tentativo di abbandonare la classica teoria psicologica – secondo la quale il dolo e la colpa venivano qualificate come meri aspetti della colpevolezza – il legislatore penale rumeno, sotto la denominazione di “*vinovăție*”, ha inserito una nuova categoria nella struttura del reato – distinta rispetto alla colpevolezza – che contiene gli elementi soggettivi del reato: il dolo, la colpa e la preterintenzione.

Secondo l'orientamento in questa sede sostenuto, difatti, il dolo, la colpa e la preterintenzione sono *forme o titoli di imputazione*: la *vinovăția*, in tale ottica, è la categoria mediante la quale si completa il processo di verifica della coincidenza tra la forma soggettiva con la quale è stato commesso il fatto concreto, e la forma legalmente prevista dalla fattispecie penale astratta. In questo modo, affinché un fatto sia qualificato come reato (oltre a dovere lo stesso riunire in sé tutti gli elementi oggettivi tipizzati) il titolo soggettivo con il quale sia stato commesso deve coincidere esattamente con il *titolo di imputazione soggettiva* legalmente prescritto dalla fattispecie penale astratta.

XL

Qualora si constati, ad ogni modo, che il fatto (oggettivamente tipico) non sia stato commesso con *vinovăṭie*, si dovrà comunque procedere con l'analisi dell'antigiuridicità, posto che secondo quanto disposto dall'art. 107.2. CPRO del 2009, l'imposizione di misure di sicurezza presuppone unicamente l'accertamento del carattere tipico e antigiuridico del fatto, non rilevando - a tale riguardo - la *vinovăṭia*. Questa costruzione teorica pone in questione il carattere sequenziale del concetto di delitto.

XLI

Affinché una condotta sia costitutiva di reato non è sufficiente che sia tipica, dovendo altresì essere qualificata come antigiuridica ed *imputabilă* (colpevole). A differenza del codice penale spagnolo del 1995 (e del già derogato CPRO del 1969), il CPRO del 2009 stabilisce espressamente quali siano le cause di giustificazione, differenziandole altresì dalle cause di non imputabilità, le quali sono contemplate nel Capitolo III, del Libro II del CPRO.

Il legislatore penale rumeno del 2009 ha incluso tra gli oggetti difendibili in legittima difesa, o suscettibili di essere salvati beneficiando dello stato di necessità, il c.d. "interesse generale". Tale "interesse generale", ad avviso di una parte della dottrina penale rumena, rappresenterebbe l'interesse dello Stato o di altre persone giuridiche di diritto pubblico; mentre per altri studiosi questo

“interesse generale” potrebbe rappresentare una situazione, relazione o attività che pertenga ad una organizzazione pubblica. In ogni caso, questa possibilità non appare accettabile nel quadro di una visione garantista del diritto penale.

XLII

A partire dunque dal menzionato concetto di reato, la violazione delle disposizioni contenute nella legge 350/2001 relativa alla pianificazione del territorio e all'urbanistica, commessa da un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni, potrà far scattare una responsabilità penale quando la predetta violazione possa essere inquadrata nell'ambito di una fattispecie penale, in quanto realizzata con *vinovăție*, e altresì antiggiuridica e imputabile, nel senso di rimproverabile, al soggetto che l'abbia materialmente posta in essere.

XLIII

A seguito di un approfondimento comparatistico, siamo pervenuti alla conclusione che l'art. 297.1 CPRO de 2009 contempra una fattispecie delittuosa funzionalmente analoga a quella prevista e punta dall'art. 320 CP.

L'art. 297.1 CPRO del 2009 incrimina il delitto di *abuz în serviciu*, il quale, pur senza essere un reato proprio, permette di ascrivere una responsabilità penale al funzionario pubblico che, nell'esercizio delle sue funzioni, non realizzi

un atto che era obbligato a realizzare, o lo faccia in modo inadeguato. È requisito indefettibile della tipicità, come statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 405, del 15 giugno 2016, che i doveri da cui sia gravato il funzionario pubblico siano previsti espressamente dalla legislazione primaria, vale a dire da una legge o da una ordinanza del governo.

Così, il funzionario pubblico che arbitrariamente neghi la concessione di una licenza urbanistica, o inserisca nell'atto di ispezione dati incerti, ledendo in tal modo dei diritti o interessi legittimi o causando un pregiudizio patrimoniale a una persona fisica o giuridica, oltre a violare i doveri da cui – secondo la legge 350/2001 – sia gravato per l'espletamento della sua funzioni, avrà commesso un delitto di *abus in serviciu* ai sensi dell'art. 297.1 CPRO del 2009.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M., *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio*, Ed. Bosch, Barcelona, 2011.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 43, 1991, págs. 5-44.

- *Sobre el Principio de Legalidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

AMELUNG, K., “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 221-258.

AMENÓS ALAMO, J., *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Ed. Cedes, Barcelona, 1999.

AMZA T., “Trăsăturile esențiale ale infracțiunii”, en *Revista Doctrină și Jurisprudență*, Núm. 1-2, 2016, págs. 25-37.

CARRASCO ANDRINO, M., *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*, Ed. Comares, Granada, 2002.

ANTONIU, G., ANTONIU, G., *Vinovăția penală*, Ed. Academiei Romane, Bucarest, 1995.

- “Unele reflecții asupra conceptului de incriminare și conceptului de infracțiune”, en *Revista de Drept Penal*, Núm. 4, Año XVII, octubre-diciembre, Bucarest, 2010.

ARIAS EIBE, M.J., “Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 29, 2006, págs. 439-453.

- ARIAS EIBE, M.J., “Tránsito del teleologismo a la metodología ontologista: el sistema finalista del delito”, en *Universitas: Revista de Filosofía, derecho y política*, Núm. 5, 2007, págs. 23-45.

ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 3, Núm. 8, Mayo-Agosto 1983, págs. 9-46.

BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho Penal*. Parte General, Ed. Akal/Iure, 2ª ed., Madrid, 1990.

- “Sobre la teoría de la acción finalista y su significado en el derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 79, Enero 2003, págs. 5-27.

BĂLAN, C., *Drept Administrativ și Stiinta Administratiei. Suport curs anul II*, Universitatea “Alexandru Ioan Cuza”, Iași, 2009.

BARCELONA LLOP, J, “Inspección urbanística”, en Martín Rebollo/ Bustillo Bolado (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo II*, Navarra, 2009, págs. 1191-1204.

BECCARÍA, C., *De los delitos y de las penas. (Introducción, notas y traducción de Tomás y Valiente, F.)*, Ed. Aguilar, Madrid, 1969.

BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (traducido por Navarro, J./ Jiménez, D. y Barros M^a R.), Ed. Paidós, Barcelona, 2002.

BENAVIDES SCHILLER, A., *El delito de fraude del funcionario público*, Ed. Bosch, Barcelona, 2016.

BLANCO LOZANO, C., *El delito urbanístico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 2001.

BOBBIO, N., *Derecho y Lógica (traducción de Rossi Alejandro)* Ed. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de Méjico, Méjico, 1965.

BOLDOVA PASMAR, M.A., *Los delitos urbanísticos*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.

BONINI, G., *L'omissione nel reato*, Ed. Fratelli Bocca, Milano, 1947.

BOROI, A., *Drept Penal. Partea Specială*, 3^a ed., Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2016.

BRICOLA, F., *Teoría General del Delito*, (traducido por Restrepo Rodríguez, D.), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

BULAI, C., *Manual de Drept Penal Partea Generală*, Ed. All Educational, Timișoara, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, J., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. TEMIS, 2^a ed., Santa Fe de Bogotá, 1994.

BUSTOS RAMÍREZ, J.J./ HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Ed. Trotta, Madrid, 1999.

CADOPPI, A., *Il reato omissivo proprio, I: Profili introduttivi e politico-criminali*, Ed. CEDAM, Padova, 1989.

- *Il reato omissivo proprio, II: Profili Dogmatici , comparatistici e de lege ferenda*, Ed. CEDAM, Padova, 1989.

CANTERO MARTÍNEZ, J., “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”, en Ortega Álvarez (dir.), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Ed. INAP, Madrid, 2011, págs. 69-118.

CAPDEFERRO VILLAGRASA, O., *El Derecho administrativo y la prevención de la corrupción urbanística*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016.

CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 3ª, Valencia, 1999.

CARDONA BERBER, A., *Delitos urbanísticos y principios penales*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

CEREZO MIR, J., *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1982.

- “Ontologismo y Normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, Núm. 12, 2003, págs. 45-62.

CILIBIU, O., M., “Considerații generale privind contravenția”, en *Analele Universității “Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, Núm. 1, 2014., págs. 17-32.

CIOBANU, A.S., *Drept Administrativ II, învățământul la distanță*, Universitatea din București, Facultatea de Drept, Bucurest, 2012.

CUELLO CONTRERAS, J./ MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2015.

DE LA CUESTA AGUADO P.M., *Respuesta penal al peligro Nuclear*, Ed. PPU, Barcelona, 1994.

- *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 6, 1996, págs. 137-192.
- *Culpabilidad, Exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- "Urbanismo y corrupción", en Martin Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Tomo II, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, págs. 1380-1398.
- "Aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art. 319 CP", en *Revista de derecho penal y criminología*, Núm. 6, 2011 págs. 13-44.
- "Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública", en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Publica y de Justicia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 91-118.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J, L., "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995", en *Revista Semanal Técnico-jurídica de Derecho Penal*, Núm.15, 1988.

DE LA MATA BARRANCO, N., *Protección penal del ambiente y Accesoriedad Administrativa, Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Ed. Cedes, Barcelona, 1996.

- “Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el medio ambiente”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1997, págs. 569-597.
- “El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas”, en *Delitos contra el urbanísimo y la ordenación del territorio*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, págs. 129-176.

DE LA SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho Comparado europeo*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “La responsabilidad penal de la Administración Urbanística: el párrafo 2º del artículo 320 del Código Penal”, en *Delitos contra el urbanísimo y la ordenación del territorio*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, págs. 177- 196.

DELGADO GIL, A., *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

DELITALIA, G., *El hecho en la Teoría General del Delito* (traducción y estudio preliminar de Sferrazza Taibi, P.), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error”, en *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 1997, págs. 657-705.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, 2ª ed., Ed. Trotta, Madrid, 2013.

DOMINGO, R./RODRÍGUEZ-ANTOLÍN, B., *Reglas jurídicas y aforismos con jurisprudencia actualizada y remisiones a la legislación vigente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A./FARRÉ DÍAZ, E., *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ed. Revista General de Derecho, Valencia, 1998.

DONGOROZ, V., *Drept Penal (Reeditarea ediției din 1939)*, Ed. Asociația Română de Științe Penale, București, 2000.

DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Ed. Universitat de València, Valencia, 1999.

DURIGATO, L., *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Ed. CEDAM, Padova, 1972.

DUNGAN, P., “Abuzul în serviciu în noul Cod Penal”, en *Analele Universității de Vest din Timișoara. Seria Drept*, Núm. 2, 2013, págs. 11-21.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora*, Ed. Comares, Granada, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de Derecho Urbanístico*, Ed. Aranzadi, 24 ed., Navarra.

FERNÁNDEZ, G. D., *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed. Ed. Trotta, Madrid, 2014.

FIANDACA, G./MUSCO, E., *Diritto Penale, Parte Generale*, 7ªed., Ed. Zanichelli, Bologna, 2014.

FOCAULT, M., *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, 13ª ed. en castellano (5ª en España), Ed. Siglo veintiuno, Madrid, 1986.

FROMMEL, M., "Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel", (traducción de Muñoz Conde, F.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 42, Fasc./Mes 2, 1989, págs. 621-632.

GALAN VIOQUE, R., "Modificación y revisión", en Martín Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, Ed. Aranzadi, 2ªed., Navarra, 2009, págs.424-439.

GĂLĂȚEANU, E. O., *Teme de Drept Penal General*, Ed. Pro Universitaria, Bucarest, 2015.

GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*, (traducido por Córdoba Roda), Ed. Bosch, Barcelona, 1959.

GARCÍA ARÁN, "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 16, 1992-1993, págs. 63-104.

- “Limitaciones del Derecho penal en la prevención del delito y la corrupción urbanísticos”, en García Aran (dir.), *La delincuencia económica, Prevenir y sancionar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 81-123.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E./ FÉRNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, Ed., Civitas, Madrid, 1974.

GARCÍA MARTÍN, L., “Discrepancias en el seno de la propia doctrina finalista”, en *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Ed Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico. Delitos relativos a la ordenación del territorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA RUBIO, F., “El urbanismo como fuente de financiación municipal”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 12, págs.185-205.

GARCÍA Y CONLLEDO DÍAZ, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2008.

GHIGHECI, C., *Drept Penal Partea Generală*. Disponible en: www.int-lex.ro/.../DREPT%20PENAL%20PARTEA%20GENE [consultado el: 16/02/2017].

GIMBERNAT ORDEIG, E., “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión)”, en Díez Ripollés (coord.), *La*

Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 680-700.

- *Estudios sobre el delito de omisión*, 2ª ed., Ed. B de F, Buenos Aires, 2013.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1984.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. A., “Intervención y omisión”, en *Derecho Penal y Criminología*, Núm. 25, Vol. I, págs. 79-174.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Función pública y urbanísimo*, Ed. Comares, Granada, 2000.

- “Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): la construcción y edificación ilegal”, en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Núm. 223, 2006, págs. 35-84.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, en *Poder judicial*, 2ª época, Núm. 28, 1992, pág. 7-36.

- *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, 2 ed. Actualizada conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1997.

GONZÁLEZ GUITIÁN, L., “Sobre la accesoriadad del Derecho Penal en la protección del ambiente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XIV, 1991, págs. 109-136.

GONZÁLEZ, J., *Corrupción y Justicia Democrática*, Ed. Clamores, Madrid, 2000.

GÓRRIZ ROYO, E., *Protección Penal de la Ordenación del Territorio, Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- *El concepto de autor en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- “Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP”, en Álvarez García/González Cussac (dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 367-383.
- Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas, en la práctica reciente”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Núm. Extra 38, 2018, pág. 101-190.

GORUNESCU, M., “Capitolul II, Infrațiunea și trăsăturile ei esențiale”, en Mirela Gorunescu (coord.), *Noul Cod penal pe înțelesul tuturor*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2015.

HASSEMER, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en Hefendehl/ Hirsch y Wohlers (eds.), *La teoría del Bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, págs. 91-100.

HEINE G., “Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del Medio Ambiente”, (traducido por De La Cuesta Aguado, P. M.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo I, Enero-Abril, págs. 289-316.

HIRSCH, H. J., *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, (ed. a cargo de Sánchez-Ostiz, P.) Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.

- “Acerca de la crítica al «finalismo»”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Fasc./Mes 1, 2005, págs. 5-28.

HUERTA TOCILDO, S., “¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Núm. 17, 1982, págs. 231-256.

- *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ed. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

IVAN, M.C./IVAN, G., *Cauzele justificative*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2016.

JAKOBS, G., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, (traducido por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995.

JAVATO MARTIN, A. M^a., “El concepto de autoridad y funcionario a efectos penales”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Núm. 23, Enero, 2011, págs. 154-172.

JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Vol. I*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, F. J., “La inspección urbanística”, en Torres López/ Arana García (coord.), *La disciplina urbanística en Andalucía*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 269-385.

KAHLO, M., “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, 2016, págs. 49-64.

KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, (traducción de la 2ª ed. alemana, Gotinga, 1980), por Cuello Contreras, J./Serrano González de Murillo, J.L.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, (traducción de la 2ª ed. en alemán, por Vernengo, R., J.), Ed. Universidad Autónoma de Méjico, Méjico, 1983.

KLITGAARD, R. *Controlando la corrupción. Una indagación practica para el gran problema social de fin de siglo*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

LANDECHO VELASCO, C. M. /MOLINA BLÁSQUEZ, C., *Derecho penal español, Parte General*, Ed. Technos, 9ª ed., Madrid, 2015.

LASCURIAN SÁNCHEZ, J.A., “Bien jurídico y objeto protegible”, en *Anuario de Derecho y Ciencias penales*, Tomo 60, Fasc./Mes 1, 2007, págs. 119-163.

LEFTERACHE, L. V., *Drept Penal. Partea Generală. Curs pentru studenții anului II*, Ed. Hamargiu, Bucarest, 2016.

LÓPEZ BÉNITEZ, M., “El Plan General de Ordenación Urbana (o instrumentos equivalentes)” en Martín Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, págs. 363-373.

LÓPEZ RAMÓN F., “Ordenación del territorio”, en Martín Rebollo/Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, págs. 96-125.

– *Introducción al Derecho Urbanístico*, 4ª ed., Ed Marcial Pons, Madrid, 2013.

LOZANO CUTANDA, B., "Urbanismo y Corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 172, enero-abril, 2007, págs. 339-361.

LUHMANN, N., *Sociología del riesgo*, (traducido por Pappé S./Erker B. y Segura L.F.), Ed. Universidad Iberoamericana, A.C., Lomas de Santa Fe, 2006.

MANTOVANI, F., *Diritto Penale. Parte Generale*, Ed. CEDAM, Padova, 2015.

MARINUCCI, G./ DOLCINI, E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 5ª ed., Ed. Giuffré, Milano, 2015.

MARINUCCI, G./ DOLCINI, E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 5ª ed., Ed. Giuffré, Milano, 2015.

MARTÍN PARDO, A., "¿Es realmente el art. 320 del Código penal un delito pluriofensivo? Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal", en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 2, 2016, págs. 1-27. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1219.pdf>, [consultado el: 02/12/2019].

MARTIN REBOLLO, L., "Competencias de los Entes locales" en Martín Rebollo/ Bustillo Bolado, (dirs.), *Fundamentos de Derecho Urbanístico, Tomo I*, Ed. Aranzadi, 2ª ed., Navarra, 2009, págs. 209-222.

– *Leyes Administrativas*, Ed. Aranzadi, 25ªed., Navarra, 2019.

MARTÍNEZ RUIZ, J., "El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico", en Morillas Cuevas (Dir.)

Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa), Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 461-485.

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A., *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Ed. Colex, Madrid, 1992.

MATUS ACUNA, J.P., “Nacionalsocialismo y derecho penal. Apuntes sobre el caso de H. Welzel. Un homenaje tardío a Joachim Vogel”. Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2014_12_872.pdf [consultado el: 21/06/2018].

MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho penal de la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

MEZGUER, E., *Tratado de Derecho Penal, Tomo I* (traducción de la 2ª ed. alemana (1933) y notas de Derecho penal español por Rodríguez Muñoz, J.A.), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.

- *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed., Ed. Cardenas Editor y Distribuidor, México, 1990.

MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

- *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Reppertor, 10ª ed., Barcelona, 2016.
- *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 2ª ed. Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

MINISTERUL PUBLIC. PARCHETUL DE PE LÂNGĂ ÎNALTA CURTE DE CASAŢIE ŞI JUSTIŢIE, “Material Noul Cod Penal”, págs. 15-17. Disponible en: www.mpublic.ro/ro/content7noile-coduri-note-de-studiu (consultado el: 27/02/2017).

MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho penal*, Ed. Iustel, Madrid, 2011.

– *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Reppertor, 10ª ed., Barcelona, 2016.

MITRACHE, C./MITRACHE, C., *Drept Penal român. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 3ª ed., Bucarest, 2016.

MORALES PRATS, F., “La necesidad técnica de las leyes penales en blanco y sus condicionamientos constitucionales. Precisiones en torno a las técnicas de tipificación”, en Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, *Curso de Derecho penal, Parte General, (Acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, Ed. Cedes, Barcelona, 1996.

MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

MUNTEANU, C.D., *Administrația publică teritorială*, Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2010.

MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

– *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 9ª ed., Valencia, 2015.

– *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Ed. Tirant lo Blanch, 3ª ed., Valencia, 2003.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2019.

MUÑOZ MACHADO, S y LÓPEZ BÉNITEZ, S., “El planeamiento urbanístico”, en Muñoz Machado (dir.), *Tratado de Derecho Municipal, Tomo III*, Ed. Iustel, 3ª ed., págs. 3274-3391.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., “La administración comprobadora: defensa de los intereses generales y garantías de los ciudadanos”, en Nogueira López (dir.), *La termita Bolkestein: mercado único vs. derechos ciudadanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, págs. 99-128.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 43, Fasc./mes 1, 1990, págs. 5-28.

- *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Ed. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Selección de publicaciones, Madrid, 1981.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del Delito*, 2ª ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, 6ªed., Valencia, 2016.

PADOVANI, T., *Diritto Penale*, 10ªed., Ed. Giuffrè, Milano, 2012.

PALAZZO, F., *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Ed. Giappichelli, Torino, 2008.

PAPA, M., *Le qualificazioni giuridiche multiple nell diritto penale*, Ed. Giappichelli, Torino, 1999.

- *Un viaje fantástico*, trad. B. San Millán Fernández, *en prensa*.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., “La accesoriadad administrativa en la tipificación penal como técnica legislativa: efectos políticos y efectos materiales” en *Estudios de Derecho ambiental: Libro Homenaje al profesor Josep Miquel Prats Canut*, (coord.

Gonzalo Quintero Olivares/Fermín Morales), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 621-684.

PAȘCA, V., *Drept Penal. Partea Generală*, 4^a ed., Ed. Universul Juridic, Bucurest, 2015.

PASCU, I., "Titlul II. Infracțiunea. Capitolul I. Dispoziții generale.", en Pascu Ilie (coord.) *Noul cod penal comentat, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, 2^a ed revăzută și adăugită, Bucurest, 2014.

– *Drept Penal Partea Generală*, Ed. Hamargiu, 2^a ed., Bucurest, 2009.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRES, A., "La humanización del Derecho penal y Procesal. Razón y sensibilidad", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año IV, Núm. 7, 1999, págs. 253-280.

PODARU, O./CHIRITA, R./PASCULET, I., *Regimul Juridic al contravențiilor*, O.G. nr. 2/2001 comentată, Ed. Hamargiu, 3^aed, Bucurest, 2017.

POLAINO NAVARRETE, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Núm. 19, 1974.

PRATS CANUT, J. M., "Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública", en *Delitos contra el urbanísimo y la ordenación del territorio*, Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1998, págs. 101-127.

PULITANO, D., *Diritto Penale*, 5^a ed., Ed. Giappichelli, Torino, 2013.

QUINTERO OLIVARES, G. *Parte General del Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 4^aed., Navarra, 2010.

- “Urbanismo y Corrupción en la Administración Local”, en Morillas Cuevas (Dir.) *Urbanismo y corrupción política (Una visión penal, civil y administrativa)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, págs. 21-58.

RADBRUCH, G., *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal*, (traducción directa del alemán y notas por Guzmán Dálbora, J. L.), Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

RAMÓN GARCÍA, F., “Los delitos sobre la ordenación del territorio”, en *Derecho penal administrativo (Ordenación del Territorio, Patrimonio histórico y Medio Ambiente)*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 24-137.

RICEANU, J. “Analiza trăsăturilor esențiale ale infracțiunii în legea penală română”, en *Revista de Drept Penal*, N^o 1, Anul XVII, ianuarie-martie, 2010, Bucarest, págs. 14-27.

RIVERO ORTEGA, R., *El Estado vigilante: consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1999.

ROCA AGAPITO, L., “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en Álvarez García (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español, Parte Especial III. Delitos contra las Administraciones Publica y de Justicia*, Valencia, 2013, págs. 55-90.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., “El delito del art. 320 del Código penal como prevaricación especial y su incidencia en la lucha contra la corrupción urbanística”, en *Revista General de Derecho Penal*, Núm. 29, 2018.

RODRIGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ PUERTA, M. J./VILLACAMPA ESTIARTE, C., “La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística”, en Quintero Olivares /Fermín Morales, (coords.), *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 1737-1767.

ROJAS BENÍTEZ, O., *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación en España*, Ed., Ratio Legis, Salamanca, 2009.

ROTARU, C., “Cauzele justificative și cauzele de neimputabilitate”, en *Consiliul Superior al Magistraturii. Institutul Național al Magistraturii, Conferințele Noului Cod Penal*. Disponible en: http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_176/Rezumatele%20conferintelor%20NCP.pdf. (consultado el: 16/02/2017).

ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

- “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en Roland Hefendehl/ Andrew won Hirsch y Wolfgang Wohlers (eds.), *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, 2016, págs. 433-449.
- *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (traducción de la 2ª ed. alemana y notas por Luzón Peña/ Díaz y García Conlledo/Vicente Remesal,), Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- *Política Criminal y Sistema del Derecho penal* (traducción e introducción de Muñoz Conde, F.), Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2002.

- “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, en Roxin, *Problemas básicos del derecho penal*, (traducción y notas por Luzón Peña, D.M.), Ed. Reus, Madrid 1976.

SAN MILLÁN FERNÁNDEZ, B., *El delito de maltrato habitual*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SCHUNEMANN, B., *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, (traducido por Cuello Contreras, J. y Serrano González de Murillo, J. L.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

SERRANO-PIEDECASAS, J., R., “Crítica formal del concepto de omisión”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 46, Fasc./Mes 3, págs. 981-1008.

SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. B de F, 2ª ed. ampliada y actualizada, Montevideo, 2010.

- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., Ed. BdF, Montevideo, Uruguay, 2003.
- *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001.
- “Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las leyes penales en blanco”, en *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, págs. 423-461.

SIMIONESCU E.G./DUNGAN P., *Funcionarul public și răspunderea penală in noul Cod penal și in legile speciale*, Ed. Hamargiu, Bucarest, 2016.

SORIANO GARCÍA, J.E., “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Núm. 36, 2010, págs. 225-246.

SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Ed. Comares, Granada, 2003.

SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Ed. Dott.A. Giuffrè, Milano, 1957.

STANILĂ, L., “Definiția infracțiunii în Noul Cod penal și implicațiile sale”, en *Analele Universității de Vest din Timișoara*, Núm. 1, 2012, págs. 39-49.

STRETEANU, F., *Tratat de drept penal. Partea Generală*, Vol I., Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2008.

– *Drept Penal Partea Generală, Vol. I.* Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2014

STRETEANU, F./ MOROȘANU, R., *Instituții și infracțiuni în noul cod penal, Manual pentru uzul formatorilor*, ed. SNG, Bucarest, 2010.

STRETEANU, F/ NIȚU, D., *Drept Penal Partea Generală*, Vol. I. Ed. Universul Juridic, Bucarest, 2014.

SUAY HERNÁNDEZ, C., “Los elementos normativos y el error”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Fascículo I, 1991, págs. Art. 97-142.

TEJEDOR BIELSA, J., “La función inspectora en el ámbito urbanístico”, en Díez Sánchez (coord.), *Función Inspectora*, Ed. INAP, Madrid, 2013, págs. 117-168.

TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

TERRADILLOS BASOCO, J. M./ BOZA MARTÍNEZ, D., *El Derecho penal aplicable a las relaciones laborales. Lecciones*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2017.

TIEDEMANN, K., "La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas", en *Revista de ciencias penales: Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, Núm. 1, 1998, págs. 514-541.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII Y XVII)*, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

TUCCILLO, F., "Cogitationis poenam nemo patitur", en Reinoso-Barbero, F. (coord.), *Principios generales del Derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2014, págs. 517-527.

UDROIU, M., *Sinteze și Grile. Drept Penal. Parte Generală. Noul Cod Penal*, Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2014.

VERCHER NOGUERA, A., "Responsabilidad penal ambiental", en *Responsabilidad ambiental: Penal, Civil y Administrativa*, Ed. Ecoiuris, Madrid, 2003, págs. 11-87.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., "La accesoriadad del Derecho penal frente al Derecho administrativo: criterios de imputación penal en el delito urbanístico", en *Studia Jurídica*, Núm. 23, 2008, págs. 151-197.

VON LISZT, F., *Tratado de Derecho penal* (traducción de 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintiliano Saldaña), Ed. Reus, Madrid, 1999.

WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán* (traducción de la 11ª ed. alemana por Bustos Ramírez, J/Yáñez Pérez, S.), 4ª ed. castellana, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

ZAZA, C., *L'oggetto giuridico del reato. Un'analisi giurisprudenziale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1999.