



Revista

ISSN 2007-4700

El
MÉXICO

Número 21
julio - diciembre 2022



Responsabilidades penales y administrativas en materia de medio ambiente y ordenación del territorio



Nicolás Morón Pendás
Iván Morón Pendás

*Abogados del Ilustre Colegio de Abogados
Huelva*

RESUMEN: *El artículo analiza la regulación española en materia de delitos contra el medio ambiente y la ordenación del territorio.*

PALABRAS CLAVE: *ordenación del territorio, medio ambiente, responsabilidad penal.*

ABSTRACT: *This paper discusses the Spanish regulation on crimes against the environment and the territorial planning.*

KEYWORDS: *territorial planning, environment, criminal liability.*

Ante una situación complicada... el derecho se presenta como instrumento fundamental para aunar voluntades y ofrecer los cauces adecuados para facilitar el entendimiento y alcanzar soluciones idóneas.
(A. GARRIGUES WALKER)¹

Las políticas de ordenación del territorio, reflejadas en las distintas disposiciones normativas del ramo, constituyen un instrumento decisivo para regular el impacto de las actividades humanas en su entorno más inmediato.²

La adecuada distribución de los usos asignados a los suelos disponibles es una pieza fundamental del complejo engranaje de la protección del medio ambiente recogido en el artículo 45 de la Constitución Española de 1978. La planificación territorial, así como sus criterios rectores tendrán sin duda alguna un efecto decisivo a la hora de determinar el grado y la forma de contribución del territorio al desarrollo social y económico del entorno sobre el que incidan.³

Toda regulación de la actividad humana, y particularmente de aquellas incluidas en la actividad mercantil, dibuja necesariamente una frontera de constante fricción entre la inexorable fuerza expansiva de la actividad productiva, regida por la lógica de la maximización del beneficio, y los bienes jurídicos cuya protección se establece por medio de una concreta intervención normativa. Este rozamiento se hace particularmente intenso en aquellas áreas en las que la alteración de modelos productivos tradicionales, han dado paso a formas intensivas de explotación de los recursos naturales que, de manera acelerada, han desplazado prácticas sostenibles largamente arraigadas.

No puede dudarse que estas áreas de fricción han venido haciéndose visibles de manera más intensa en las últimas décadas. Son múltiples los factores demográficos, sociales o económicos que han ampliado las

zonas de colisión entre producción y conservación. De manera simultánea, la sensibilidad *conservacionista* ha calado profundamente en amplios sectores de la población, que ha seguido de manera entusiasta cualquier iniciativa envuelta en el papel de la lucha contra la degradación del medio ambiente en su forma más inmediata, como reflejo de una voluntad de salvaguarda del conjunto del planeta. Esta toma de conciencia general, que no solo ha encontrado acogida en las capas más jóvenes de la población, sino que incluso ha sido adoptada por grandes multinacionales como bandera de una nueva *economía verde*,⁴ ha terminado orientando la posición de los poderes públicos en el diseño de la política territorial. Entendida esta como la ordenación y regulación de los usos del suelo más allá del reducido ámbito urbano, abrazando los principios emanados del concepto de *desarrollo sostenible o sustentable*,⁵ frente a un desarrollismo desordenado, propio de las décadas inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Sin duda alguna, nada que objetar a la elección favorable a la ordenación, frente al caos. No obstante, esta apuesta decisiva por la racionalidad en la asignación de los usos de los grandes espacios de territorio más allá de los límites de las ciudades se hace acreedora de una estructura normativa y un sistema jurídico propio que le sirva de cauce, anclado en los principios y valores del Estado de derecho.

Así la vertebración de los grandes espacios naturales, más allá de los núcleos urbanos y su zona de inmediata influencia, propició la aparición de una completa y compleja rama jurídica, con la denominación comúnmente aceptada de Ordenación del Territorio, que aglutina el conjunto sistemático y organizado de instrumentos a disposición de los poderes públicos que persiguen la finalidad de articular un territorio, con asiento en un interés superador del ámbito meramente local donde el urbanismo ha desenvuelto tradi-

¹ Cfr. Garrigues Walker, A. "Derecho y agua: un instrumento para garantizar nuestro futuro", Zaragoza, 2008.

² Cfr. Rivero Ysern, J. L. "La ordenación del territorio y el derecho urbanístico", en *AAVV, Lecciones de Derecho Administrativo*, Vol. 3., Regulación económica, urbanismo y medio ambiente, Madrid, 2015, p. 101 y sig.

³ Cfr. Ramallo López, F. "El principio de desarrollo urbano sostenible. Un nuevo paradigma en la planificación urbanística", *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 150, 2011, p. 391 y sig.

⁴ La Red "Red Mercado y medio ambiente. Propuestas jurídicas para una economía verde" (ECOVER) atiende fundamentalmente a esta problemática. Cfr. sobre ella AAVV (Sáenz Larruga, J. y otros), "Derecho ambiental para una economía verde". Informe Red ECOVER", Navarra, 2016.

⁵ Cfr. Sobre esta problemática *el Informe Brundtland* de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), creada en virtud de la Resolución 38/161 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, 1987. Sobre esta cuestión ver también Rivera-Hernández, J. E., y otros en "¿Desarrollo sostenible o sustentable? La controversia de un concepto", *Revista Posgrado y Sociedad*, Sistema de Estudios de Posgrado Universidad Estatal a Distancia, Vol. 15, Núm. 1, 2017, Costa Rica, p. 58 y sig.

cionalmente su intervención. De ahí que la clásica y básica definición del urbanismo de Ildefonso Cerdá Suñer,⁶ entendido como “la ciencia y el arte de la ordenación urbana”, ha ido ampliando progresivamente su contenido, desprendiéndose de su originaria vinculación con la exclusiva organización de las ciudades, del entorno urbano. Aún no siendo su finalidad ni cometido, el Tribunal Constitucional en del FJ 6 de su conocida Sentencia de 61/97 de 20 de marzo, fijó los anclajes de un concepto jurídico del urbanismo ligado a la ordenación urbanística, que constituye el objeto necesario de las leyes urbanísticas.

Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo, como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la «ordenación urbanística», como objeto normativo de las Leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas a/o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente, del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación.

Junto e íntimamente ligado a la disciplina urbanística, en cuanto ambas tratan de garantizar una adecuada respuesta frente a los problemas planteados por la interacción entre la actividad del hombre y el espacio físico en que esta se desenvuelve, surge el concepto de ordenación del territorio con perfiles propios y diferenciados que permiten su nítida distinción respecto de la disciplina urbanística. La ordenación del territorio aparece como una construcción moderna, ligada a la creciente capacidad del ser humano de incidir de manera directa sobre superficies mucho más amplias que los reducidos espacios densamente habitados, y la necesidad de articular respuestas coordinadas fren-

te a cuestiones que trascienden notablemente el ámbito urbano o metropolitano. Se acepta ampliamente la definición de ordenación del territorio a la vez como “una disciplina científica, una técnica administrativa y una política concebida como un enfoque interdisciplinario y global cuyo objetivo es un desarrollo equilibrado de las regiones y la organización física del espacio según un concepto rector”.⁷

Como señala José Manuel Jurado Almonte, la disciplina de ordenación del territorio se ha abierto paso con notable éxito en el derecho español, a partir de la Constitución de 1978 fundamentalmente a través de su desarrollo por las Comunidades Autónomas, que la han dotado de una función pública y una legislación propia.⁸

La atribución de la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio a las comunidades autónomas ex artículo 148.1.3 de la Constitución Española, ha contribuido a la fijación y consolidación de esta rama del derecho, dotando a aquellas de un valiosísimo instrumento para la implementación de políticas de organización territorial a nivel supramunicipal. La ordenación del territorio ha encontrado en la desaforada producción normativa del Estado de las autonomías, un campo abonado para su desarrollo, mediante la incesante producción de instrumentos normativos de planificación sobre amplios espacios territoriales, en una nunca acabada carrera por ampliar las zonas de protección con fundamento, de manera preferida, pero no única, en valores ecológicos, paisajísticos, ambientales, o *cualesquiera otros*.

El surgimiento de amplios espacios definidos como *especialmente* protegidos,⁹ han encontrado en

⁷ Carta Europea de Ordenación del Territorio. Reunión de Ministros de Ordenación del Territorio. Consejo de Europa, Torremolinos, 1983.

⁸ Cfr. Jurado Almonte, J. M. “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades”. UNIA, Sevilla, 2011, p. 53.

⁹ La Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad en función de los bienes y valores a proteger y de los objetivos de gestión a cumplir, clasifica los Espacios Naturales Protegidos, ya sean terrestres o marinos, en cinco categorías básicas de ámbito estatal, si bien dado que la mayoría de las Comunidades Autónomas han desarrollado legislación propia sobre espacios protegidos, existen en la actualidad en España más de 40 denominaciones distintas para designar a los Espacios Naturales Protegidos. En el ámbito internacional la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) a fin de ordenar la proliferación de denominaciones y figuras legales de protección y de armonizar las diferentes tipologías existentes de espacios protegidos, ha establecido a nivel mundial seis categorías de gestión de las áreas protegidas, basándose en los objetivos de gestión co-respondientes.

⁶ Cfr. Cerdá Suñer, I. “Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona”, Madrid, 1867. Reeditado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1968.

ocasiones una compleja realidad que en poco o nada, encarna los valores ecológicos, paisajísticos o ambientales que fundamentan la protección conferida, fraguada en años de ausencia de criterios rectores de una ordenación general. Estas situaciones de fricción a las que antes aludíamos alcanzan niveles de gran intensidad en ciertas áreas rurales en las que, de manera súbita, mediante la colocación de *puertas al campo* en forma de planes de ordenación del territorio, prácticas largamente toleradas o que a lo sumo hallaban su reproche en el derecho administrativo sancionador, se han colocado al pie del cadalso del Capítulo I del Título XVI del Libro II del Código Penal.

La casuística es interminable y de una amplitud digna de mención. Para muestra, un botón: el reciente anuncio, no publicado todavía a fecha de hoy en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* de la próxima aprobación de un Decreto Ley que permita la *regularización* de cerca de 350.000 construcciones ilegales existentes, solamente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En esta misma línea expresiva de la magnitud de la situación, algunas asociaciones conservacionistas sostienen la existencia de al menos 1.600 hectáreas de cultivo intensivo bajo plástico, solo en el entorno del Parque Nacional de Doñana, la existencia de más de 1.000 captaciones de agua carentes de cualquier autorización en este mismo ámbito territorial.¹⁰ Esta realidad nacida y consolidada en muchos puntos del territorio español, es reveladora de la extraordinaria complejidad que supone la implantación de criterios generales de ordenación en espacios largo tiempo dominados por normativas dispersas y asistemáticas, toleradas cuando no amparadas por las administraciones locales.

Estas actuaciones descritas pudieran, aisladamente consideradas, carecer de capacidad lesiva de los criterios y principios inspiradores de la protección del medio ambiente en lo que al uso racional del suelo se refiere. No obstante, su consideración conjunta, supone un extraordinario desafío, que bien pudiera hacerse acreedor de una respuesta más intensa por parte del Estado, para hacer posible el restablecimiento del orden violentado.

Resulta por tanto evidente la necesidad de buscar fórmulas, instrumentos y procedimientos que ha-

gan posible el reacomodo de una realidad fraguada durante años de permisividad administrativa, a una exigencia de aplicación rigurosa de las disposiciones normativas que responden a una adecuada ordenación del territorio, como exigencia impuesta por los arts. 45 a 47 de la Constitución Española y las políticas derivadas de la acción de la Unión Europea.

La inclusión de los delitos contra la ordenación del territorio en el Código Penal del año 1995 generó una importante polémica doctrinal tanto entre *penalistas*,¹¹ como entre *administrativistas*.¹² Ligar la tutela penal de la ordenación del territorio a un pretendido fracaso a la implementación y ejecución práctica del derecho administrativo, podría resultar admisible en aquellos supuestos en que la gravedad de las conductas justificara en sí misma, más allá de la existencia de una disciplina urbanística sancionadora propia, la necesidad de una respuesta proporcionada en el ejercicio de las facultades punitivas del Estado. Cuestión bien distinta, es instar la penalización de la respuesta del ordenamiento jurídico frente a la reiteración de conductas menores, independientes e individualizadas, que en sí mismas consideradas, nunca podrían merecer reproche penal, apareciendo como irrelevantes en su consideración unitaria respecto al bien jurídico protegido. Como señala acertadamente Silva Sánchez, supone ello una vulneración del principio de proporcionalidad del derecho penal, haciéndolo extensivo incluso con la imposición de penas privativas de libertad a conductas que ni siquiera pondrían en peligro abstracto el bien jurídico protegido.¹³

Motivaciones de política criminal no son suficientes para justificar el desbordamiento del derecho penal hacia conductas cuya respuesta disciplinaria debe encontrar acomodo holgado en el derecho administrativo sancionador. Son evidentes las tensiones a las que esta desmesura somete al derecho penal en su encaje dentro de la estructura constitucional. El principio de

¹¹ Cfr. *AAVV* (De la Mata Barranco, ed.), "Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio", Donostia, 1998; Vercher Noguera, A. "La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio", *La Ley* n° 1, 1997, p. 1914 y sig.; Górriz Royo, E., "Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 cp", Valencia, 2003.

¹² Cfr. Fernández Aparicio, J. M. "La prejudicialidad administrativa en los delitos contra la ordenación del territorio", *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, 2009, p. 129 y sig.

¹³ Cfr. Silva Sánchez, J. M. "La expansión del Derecho Penal: aspectos político-criminales en las sociedades post-industriales", Madrid, 1999, p. 18.

¹⁰ Ver Informe de Misión de fecha 21 de marzo de 2019 de la Comisión de Peticiones del Parlamento europeo 2014-2019 Informe de World Wild Fund (WWF), mayo 2017.

proporcionalidad, la seguridad jurídica y la condición de *ultima ratio* del derecho penal, son algunos de las notas caracterizadoras del ejercicio del poder punitivo del Estado dentro del marco constitucional, comprometidos por la extralimitación reseñada.

El principio de proporcionalidad sintetizado en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al señalar que “la Ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aparece concretado en el artículo 9.3 de la Constitución Española en la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, traducido en la necesidad de actuar de una forma razonable en el ejercicio de las facultades punitivas, esto es sintéticamente expuesto, evitando excesos. Parece razonable que esta necesidad de huir de cualquier exceso en la aplicación de las normas jurídicas alcance su grado más intenso cuando estas tienen finalidad sancionadora.

Como sostiene Berdugo Gómez de la Torre, la exigencia de proporcionalidad entendida en sentido amplio presenta una triple dimensión, que se identifica con tres subprincipios. Estos han de lograr que la incidencia restrictiva de los poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos sea, necesaria, adecuada y proporcionada en su respuesta.¹⁴

En este mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea identifica el principio de proporcionalidad, entendido en un sentido amplio, como la correspondencia equilibrada de la sanción impuesta a los límites de lo adecuado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa infringida, resaltando la idea de medida y equilibrio entre los medios empleados y los fines perseguidos, entendidos como bienes jurídicos protegidos.¹⁵

Esta idea de equilibrio y medida como manifestación de la proporcionalidad exigida a la respuesta punitiva del Estado, presenta una íntima conexión con el principio de intervención mínima del derecho penal, su condición de *ultima ratio*, que reserva el más contundente mecanismo de reacción del Estado, para

aquellos comportamientos reprochables cuya solución, por su entidad, no encuentren su adecuada contestación en otras ramas del ordenamiento jurídico. Todo ello coronado con una respuesta igualmente moderada, equilibrada y no excesiva en la fijación de las concretas respuestas punitivas, en relación con la entidad de la lesión, tanto en su determinación legislativa como en su aplicación al concreto supuesto de hecho, por jueces y tribunales.

El principio de proporcionalidad, entendido en un sentido amplio, rector de la correlación entre la entidad de la infracción y la respuesta sancionadora, puede verse comprometido en sus relaciones con el principio de seguridad jurídica, por el desborde de las fronteras naturales propias del derecho penal. La desnaturalización de su condición de *ultima ratio*, es fuente de importantes interrogantes de compleja solución práctica. La quiebra del principio de seguridad jurídica en el ejercicio de las facultades punitivas del Estado en cualquiera de las formas que constitucionalmente puede revestir, supondría abrir la puerta a la arbitrariedad en el ámbito sancionador.

La seguridad jurídica en el Estado de derecho aparece contemplada como una función y un presupuesto del derecho. Como presupuesto, requiere que aquel dimane del respeto a los derechos fundamentales reconocidos en que se asienta el orden constitucional. En cuanto función, responde a la necesidad de asegurar la realización de las libertades.¹⁶ Todo ello a través de las clásicas exigencias de *lex promulgata, certa, manifiesta, estricta, previa y perpetua*.

A partir de estos presupuestos, el principio de seguridad jurídica se configura como elemento consustancial a cualquier ordenamiento jurídico moderno. La Constitución Española lo consagra como principio fundamental en el apartado 3 del artículo 9, dentro de su Título Preliminar. Tal y como de manera reiterada ha señalado la Doctrina del Tribunal Constitucional el principio de seguridad jurídica ha de desplegar sus efectos en toda la extensión de la norma, desde su creación hasta su aplicación práctica. En este último aspecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/81 de 20 de julio, vino a señalar con precisión algunos de los aspectos que el principio contenido en el artículo 9.3 de la Carta Magna presenta, y su inne-

¹⁴ Cfr. *AAVV* (Berdugo Gómez de la Torre, I., Ferré Olivé, J. C. y otros), “Curso de Derecho Penal. Parte General”, 3ª ed. Barcelona, 2016, p. 143 y sig. Sobre este principio cfr. STC 136/1999 de 20 de julio (BOE núm. 197 de 18 de agosto de 1999) FFJJ 20 y ss.

¹⁵ Sentencia tjue de 1 /12/ 2011, Painer, C-145/10 (Núm. Cendoj:62010CJ0145), apartados 105 y 106, y Sentencia de 29 de julio de 2019 C-516/17 (Núm. Cendoj: 62017CJ0516), apartado 34.

¹⁶ Cfr. Pérez Luño, A. E. “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 15/2000, p. 28.

gable relevancia práctica a efectos de dotar al ciudadano de un entorno caracterizado por la certidumbre, reduciendo en la medida de lo posible los espacios de arbitrariedad inherentes a toda intervención humana. Así, el Tribunal Constitucional entiende que la finalidad del principio de seguridad jurídica debe guiar al legislador a la hora de perseguir claridad y evitar confusión; promover y buscar certeza y previsibilidad, evitando situaciones de perplejidad respecto a qué es derecho y qué resultados debe obtenerse de su aplicación. Es por tanto un instrumento al servicio de la previsibilidad, del conocimiento con dosis de certidumbre, de las consecuencias jurídicas anudadas a comportamientos definidos por la norma.

Esta exigencia de seguridad se ve seriamente comprometida en los difusos márgenes que presentan determinados tipos penales en su relación con el derecho administrativo sancionador. La inexistencia de parámetros fiables, objetivos y permanentes que hagan posible eliminar, o al menos reducir los márgenes de discrecionalidad, a la hora de orientar el reproche de un determinado comportamiento antijurídico hacia una u otra forma de ejercicio de las facultades punitivas del Estado, constituye una falla de enorme magnitud generadora de importantes márgenes de discrecionalidad, y por ello de injusticia y quebranto de los mimbres básicos del Estado de derecho.

La ausencia de criterios objetivos, previos, ciertos y comprensibles que permitan discernir anticipadamente si una concreta conducta antijurídica examinada bajo la óptica del ejercicio de las facultades punitivas del Estado representa una lesión al bien jurídico protegido de entidad suficiente para justificar su sujeción a la jurisdicción penal o quedar relegadas a la más liviana, en principio, facultad sancionadora de la Administración, supone una invitación a la arbitrariedad. La cuestión no resulta menor, al menos para el interesado, quien puede ver su libertad y su hacienda comprometida o únicamente esta última. Sin duda, el horizonte penal aligera notablemente los trámites y tiempos de la restauración de las consecuencias del delito, si bien esta agilización en la restauración del daño causado al bien jurídico protegido, constituye un peligroso motivador del abandono del carácter subsidiario del derecho penal frente a las facultades sancionadoras reconocidas a la Administración en la Constitución Española.

Existen en nuestro derecho supuestos de extraordinaria claridad, objetividad y previsibilidad en la determinación del umbral entre la infracción administrativa y la penal. El artículo 305 en su apartado primero del Código Penal fija la cuantificación de la defraudación en una cuantía concreta.¹⁷ La superación de esta cuantía lleva aparejada la penalización del procedimiento sancionador abierto al responsable tributario. Esto es, el inspector de Hacienda, o funcionario de rango inferior que pudiera detectar una infracción que supere la cuantía fijada en el referido artículo, trasladará automática el expediente a las autoridades judiciales o al Ministerio Fiscal. De no hacerlo así, incurriría en la responsabilidad aparejada al incumplimiento de su obligación.

No puede negarse que, tratándose de delitos relacionados con el dinero, la fijación de criterios objetivos de discriminación entre la conducta sancionable administrativamente y la reservada al derecho penal, resulta fácilmente cuantificable. Siempre quedará margen para la flexibilidad en cuanto a la aplicación de los concretos criterios de cálculo que en cada momento puedan ser empleados. No obstante, la fijación de una frontera conocida de antemano, cierta y estable, dota a esta distribución de competencias sancionadoras de una deseable certeza.

Frente a ello, en el ámbito de la Ordenación del Territorio, en supuestos en que las actuaciones desarrolladas sujetas a escrutinio, hubieran sido directamente puestas en conocimiento de las autoridades judiciales, por medio de la oportuna denuncia bien girada ante el propio juzgado competente o en su caso ante las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, no se plantea cuestión distinta de la que puede surgir ante cualquier otro hecho que presentara caracteres de apariencia delictiva comunicada a tales órganos por los medios admitidos en derecho. Bien diferente, sin embargo, es el caso en que tal conocimiento derive de la apertura de un previo expediente administrativo sancionador. Por ceñirnos a supuestos de hecho que encuentran acomodo en el apartado 1 del artículo 319 del Código Penal, resultan destacables las infracciones contempladas en la legislación forestal y urbanística.

¹⁷ Cfr. Al respecto Ferré Olivé, J. C. "Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social", Valencia, 2018, p. 283 y sig.

Así, tanto la Ley Estatal de Montes, 43/2003 de 21 de noviembre en su artículo 72, bajo la rúbrica de “responsabilidad penal” como en la legislación autonómica, Ley Forestal de Andalucía 2/92 de 15 de junio en su artículo 81, o el artículo 56 del TR de la ley del Suelo y Rehabilitación Urbana aprobada por RDL 7/2015 de 30 de octubre, establecen un filtro administrativo previo a la hora de fijar si un hecho concreto reviste o no los caracteres propios del delito. Únicamente, en el caso de que la autoridad administrativa instructora del correspondiente expediente administrativo sancionador en materia forestal o urbanística, previo examen de las circunstancias concretas del caso y valoración ponderada de sus elementos, considere que el hecho pudiera ser merecedor de reproche penal, se pondrán en conocimiento bien de la autoridad judicial competente bien, en su caso, del Ministerio Fiscal. Resulta cuando menos sorprendente la amplitud de la facultad atribuida a la Administración, a la hora de filtrar la inicial derivación hacia la jurisdicción penal. No aclaran las disposiciones normativas citadas, qué sujeto de entre los que intervienen en el procedimiento administrativo sancionador será responsable último de realizar este *previo juicio de penalidad* de cada conducta concreta sujeta a su conocimiento. Se perfila así un análisis ajeno a cualquier sistema predefinido, objetivo o cierto que, sin embargo, puede tener una extraordinaria importancia. El inicial confinamiento de la sanción que eventualmente podría imponerse, bien dentro de lo límites del derecho administrativo sancionador, o por el contrario, abrir la puerta a su valoración por el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción. Tampoco aparece definido siquiera de manera somera, el criterio que ha de llevar a poner unos hechos determinados en conocimiento de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal o por el contrario reservar su conocimiento en la esfera disciplinaria de la Administración. Es posible, y así tiene lugar frecuentemente en la práctica, que aún poniendo los hechos en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal, aprecien su irrelevancia penal y quede el reproche de la conducta limitada al ámbito administrativo; ninguna consideración especial plantea esta situación. Por el contrario, y a la inversa, la ausencia de comunicación podría cegar de manera irremediable, para alivio del justiciable, la vía para estudio de los hechos bajo la óptica propia del Derecho Penal.

Esta ausencia de certeza, de previo conocimiento y de anticipación de las consecuencias anudadas a un hecho, sin duda alguna será causante de situaciones de perplejidad. No existe, quizás por la propia tipología de las conductas en que se concretan los tipos del apartado 1 del artículo 319 del Código Penal y sus correlativas en la legislación administrativa forestal o urbanística, una fijación de un umbral concreto, objetivo y cierto que fije su sujeción a uno u otro sistema sancionador.

El principio de proporcionalidad predicable del ejercicio de las facultades sancionadoras administrativas, recogido en el artículo 29 de la Ley 40/2015 de 2 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, tiene su correlación en el establecimiento de un sistema de graduación de las sanciones administrativas. Esta exigible estratificación reflejada en las distintas disposiciones normativas que acompaña un régimen disciplinario propio, las gradúa con carácter general distinguiendo entre infracciones graves, muy graves o leves (la Ley Forestal de Andalucía en el apartado 1 de su artículo 80 introduce la categoría de *especialmente graves*). En cada caso particular esta clasificación de las infracciones responde a una serie de criterios propios que tratan de reflejar una correlación entre la gravedad de la lesión, efectiva o potencial, al bien jurídico protegido y la categoría reconocida a cada una de las infracciones tipificadas. A mayor intensidad en la lesión al bien jurídico, cuya protección se articula a través de la norma, mayor rango se atribuye a la infracción, y por ende, mayor intensidad en la respuesta punitiva. Todo ello dentro de la lógica imprescindible a la que el ejercicio de cualquier facultad punitiva estatal debe quedar sujeta, no únicamente en la esfera penal, sino igualmente en la de naturaleza administrativa. La doctrina reiteradamente sostenida por el Tribunal Constitucional, por todas STC 18/81 de 8 de junio, declara aplicables al derecho administrativo sancionador, *con ciertos matices*, los principios y garantías rectores del proceso penal, en cuanto ambos son manifestación del ejercicio de una misma facultad punitiva del estado. Tales principios son, en esencia, los contenidos en los artículos 24 y 25 de la Constitución Española. Corresponderá a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el examen detallado sobre si los principios y garantías constitucionalmente definidos para su aplicación al ejercicio del *ius punendi* del Estado en vía penal, son

adecuadamente trasladados e informan el proceder administrativo en el *iter* procedimental, incluso en la etapa inicial del procedimiento sancionador.

De igual manera el Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de 10 de febrero de 1986, señaló que:

El ejercicio de la potestad punitiva, en cualquiera de sus manifestaciones, debe acomodarse a los principios y preceptos constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico penal en su conjunto, y, sea cual sea, el ámbito en el que se mueva la potestad punitiva del Estado, la Jurisdicción, o el campo en que se produzca, viene sujeta a unos mismos principios cuyo respeto legitima la imposición de las penas y sanciones...

Son por tanto estas consideraciones base y fundamento del ejercicio de la potestad punitiva conferida por la Constitución Española a la Administración. Los principios, garantías y valores constitucionales deben operar como límite insalvable y fuente inspiradora del *ius punendi estatal* en todas sus formas y, su observancia estricta, dota a la actuación administrativa de legitimidad y eficacia en su invasión coercitiva del libre actuar de los ciudadanos mediante la definición de infracciones y la aplicación de las sanciones que llevan correlativamente aparejadas.

La lógica emanada del principio de proporcionalidad, entendido como acomodo de la respuesta punitiva a la intensidad del ataque al bien jurídico protegido, y el más elemental sentido común, llevaría a sostener que únicamente aquellas infracciones administrativas calificadas o que pudieran calificarse inicialmente, por los órganos administrativos competentes para ello, como *muy graves o especialmente graves* (Ley Forestal de Andalucía) pasarían el tamiz de *relevancia penal* justificativo de su traslación a las autoridades judiciales, y su paso a examen bajo el foco del derecho penal. No es esta, sin embargo, la realidad que revela una casuística bien distinta. Son frecuentes los supuestos en que una infracción grave, e incluso leve desde el punto de vista de su clasificación administrativa, es considerada *penalmente relevante*, y no solo causa la comunicación antes reseñada a las autoridades judiciales o al Ministerio Público, sino que finalmente los mismos hechos calificados como graves e incluso en ocasiones leves en el ámbito administrativo sancionador, resultan suficientes para justificar la imposición de condena en el ámbito

penal con su correspondiente pena privativa de libertad, en los términos contemplados en el artículo 319.1 del Código Penal.

No puede dejar de causar perplejidad, que hechos calificados desde una óptica administrativa sancionadora, como constitutivos de una infracción leve o grave, esto es sin alcanzar el techo del reproche en materia forestal, urbanística o medio ambiental, puedan finalmente ser considerados como definidores de una infracción penal. A la inversa, resultaría sorprendente que un hecho calificado como muy grave, o especialmente grave en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, concurriendo circunstancias legalmente previstas como agravatorias de la responsabilidad en el ámbito administrativo, no fuera comunicado a las autoridades judiciales o al Ministerio Fiscal y quedara limitado su tránsito por el sistema punitivo estatal únicamente en vía administrativa. Pero no existe, sin embargo, elemento alguno que imponga esta solución.

El sistema diseñado por la normativa administrativa descansa sobre el resultado del *juicio de relevancia penal*, llevado a cabo por el funcionario instructor del procedimiento sancionador en materia forestal, urbanística o medioambiental que, ni responde a unas reglas ciertas, previas, conocidas y objetivas, ni a un procedimiento reglado, conocido y objetivo. No parece acomodarse de manera precisa a las exigencias del principio de seguridad caracterizador de un sistema jurídico propio de un moderno Estado de derecho.

Sería deseable, en aras de limitar la discrecionalidad que bien pudiera deslizarse hacia la arbitrariedad, la fijación de criterios objetivos, en la medida de lo posible, que permitan dotar de la exigible certidumbre, que haga posible un conocimiento anticipado de la sujeción a uno u otro sistema sancionador.

La certeza del derecho, como manifestación subjetiva del principio de seguridad jurídica, exige igualmente un conocimiento de la norma por sus destinatarios.

En la descripción del tipo contemplado en el artículo 319, apartado 1, del Código Penal, tanto en su redacción original por el Código Penal de 1995 como en las sucesivas reformas del año 2010 y 2015, la conducta punible aparece vinculada a la realización por el sujeto activo del delito, de obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables, en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio

público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. La actuaciones constructivas o edificatorias eluden fácilmente la posibilidad del error de prohibición en todos aquellos supuestos en que tengan lugar dentro del espacio urbano. Lo mismo podría afirmarse de las actividades edificatorias cuya ejecución tuviera lugar en el ámbito rural, por cuanto difícilmente podría sostenerse el desconocimiento de un principio elemental, consistente en la necesidad de solicitar y obtener licencia de obra, por lo que difícilmente podrá alegarse error ni sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, ni sobre laguna de los elementos que lo cualifiquen. Ahora bien, la inclusión en el concepto de *construcción*, de actuaciones ligadas a la transformación de los usos del suelo, en áreas donde la actividad agrícola constituye desde hace siglos la principal actividad económica, plantea situaciones de perfiles más difusos. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, Sentencia 1182/2006 de 29 nov. 2006, Rec. 796/2006 y la Sentencia 54/2012 de 7 de febrero Rec. 2624/2010, han identificado como actuaciones constructivas a efectos de su inclusión en el artículo 319.1 del Código Penal actuaciones ligadas a la transformación de terrenos de naturaleza forestal para su destino a actividades agrícolas, cuando se realizan sobre terrenos *especialmente protegidos*. Así se han considerado como construcciones a efectos de la aplicación del tipo reflejado en el artículo 319.1 del Código Penal, la ejecución de caminos o viales, apertura de zanjas o levantamiento de taludes. La inclusión en la conducta típica del apartado 1 del artículo 319 del Código Penal de actuaciones tradicionalmente desarrolladas al margen de procedimientos reglados en el ámbito rural, condicionada por la consideración de los terrenos sobre los que se ejecuta como *especialmente protegidos*, plantea dudas respecto al conocimiento de su carácter prohibido por los destinatarios de la norma. Los planes de ordenación territorial, de ámbito supramunicipal, incorporan en ocasiones planimetrías detalladas sobre los usos asignados a cada uno de los espacios incluidos en su espacio de actuación que, sin embargo, no son objeto de publicación en el boletín oficial correspondiente, que dota de publicidad al plan. Resulta pues claro, que las exigencias mínimas derivadas del empleo de elementos

normativos en la descripción de las conductas típicas difícilmente pudieran cumplirse cuando su concreta caracterización no aparecen descritos norma complementaria, sino remitidos a soportes informáticos de almacenamiento de datos inaccesibles, salvo petición expresa y por medio de solicitud formal, a los ciudadanos sujetos a sus previsiones. El resquebrajamiento del valor de la seguridad jurídica descrito por Pérez Luño, motivado por la inoperancia de muchas de sus normas ante la incapacidad de abarcar el incesante flujo de leyes y decisiones jurisprudenciales por los operadores jurídicos,¹⁸ alcanza niveles inadmisibles cuando elementos normativos de los tipos penales son ajenos a la propia norma que los contiene.

No obstante, los ilícitos contemplados en el número primero del artículo 319 del Código Penal siempre tienen por objeto bienes raíces. En el mundo interconectado y permeable, al que alude el Alto Tribunal, existen instrumentos de publicidad cuyo empleo al servicio de un conocimiento pormenorizado de las notas definitorias de las prescripciones contenidas en los planes de ordenación del territorio sobre el contenido del derecho de propiedad de los predios rústicos, cumpliría un papel disuasorio de una eficacia muy considerable reduciendo la conflictividad en determinadas áreas territoriales protegidas, cuya progresiva ampliación es fuente de numerosas situaciones cuya solución no puede encontrar acomodo en el Código Penal.

El fracaso de la actuación administrativa, la dejación de sus atribuciones en materia de ordenación del territorio, en su implementación práctica y en el restablecimiento de un orden jurídico perturbado, no debe resolverse mediante la aplicación del derecho penal como instrumento de planificación territorial. La existencia de más de 350.000 viviendas irregulares en Andalucía, o la constatación de más de 1.600 hectáreas de cultivo bajo plástico no autorizado en el entorno de Doñana, no debe resolverse mediante la aplicación de penas privativas de libertad. La Administración cuenta con los medios e instrumentos necesarios para el restablecimiento del orden jurídico perturbado y la finalidad preventiva general no es exclusiva de la norma penal. Antes al contrario, la aplicación de penas desmesuradas a comportamientos

¹⁸ Cfr. Pérez Luño, A. E. “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº 15/2000, p. 35 y sig.

que considerados aisladamente carecerían de virtualidad lesiva para los bienes jurídicos protegidos, parece responder a una finalidad intimidatoria de carácter colectivo, que se ha revelado inidónea para lograr el objetivo preventivo perseguido.¹⁹

En definitiva, como señala Berdugo Gómez de la Torre, la subsidiariedad del derecho penal aparece ligada a la función que cumple la pena en el marco de la totalidad de la política social del Estado. La comúnmente admitida consideración del derecho penal como *ultima ratio*, presupone la insuficiencia de otros medios menos gravosos para el individuo de los que dispone el Estado para evitar conductas indeseables o socialmente insoportables.²⁰

La salvaguarda de esta condición de *ultima ratio* exigirá que esta insuficiencia de los medios menos gravosos para evitar conductas socialmente insoportables debe ser real y no meramente conveniente. Esta realidad debe responder a una necesidad cierta, no apoyada en una falta de actuación de las administraciones responsables en cada caso que, disponiendo de medios e instrumentos para lograr la protección del bien jurídico en cada caso, prefiere huir hacia el derecho penal como mecanismo más directo, rápido y efectivo para conseguir el restablecimiento del orden jurídico perturbado, con evidente lesión de los principios y libertades del justiciable.

Bibliografía

- AAVV (De la Mata Barranco, ed.), “Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio”, Donostia, 1998.
- AAVV (Sáenz Larruga, J. y otros), “Derecho ambiental para una economía verde. Informe Red ECOVER”, Navarra, 2016.
- AAVV (Berdugo Gómez de la Torre, I., Ferré Olivé, J. C. y otros), “Curso de Derecho Penal. Parte General”, 3ª ed., Barcelona 2016.
- Cerdá Suñer, I. “Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona”, Madrid, 1867. Reeditado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1968.
- Fernández Aparicio, J. M. “La prejudicialidad administrativa en los delitos contra la ordenación del territorio”, *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, 2009, p. 129 y sig.
- Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. A., Ramírez Barbosa, P. A. “Derecho Penal colombiano, Parte General”, Bogotá, 2011.
- Ferré Olivé, J. C. “Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social”, Valencia, 2018.
- Fuentes Bodelón, F. “El agua y la ordenación del territorio. Primer Congreso Nacional de aguas”, Murcia, 1984.
- Garrigues Walker, A. “Derecho y agua: un instrumento para garantizar nuestro futuro”. Exposición Internacional de Zaragoza, Zaragoza, 2008.
- Garrigues Walker, A. “Manual para vivir en la era de la incertidumbre”, Barcelona, 2018.
- Górriz Royo, E. “Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP”, Valencia, 2003.
- Górriz Royo, E. “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, Valencia, 2015.
- Jurado Almonte, J. M. “Ordenación del Territorio y Urbanismo: conflictos y oportunidades”. UNIA, Sevilla, 2011.
- Ramallo López, F. “El principio de desarrollo urbano sostenible. Un nuevo paradigma en la planificación urbanística”. *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 150, 2011.

¹⁹ Cfr. Ferré Olivé, J. C., Núñez Paz, M. A., Ramírez Barbosa, P. A. “Derecho Penal colombiano, Parte General”, Bogotá, 2011, p. 175 y sig.

²⁰ Cfr. Berdugo Gómez de la Torre, I. “Curso de Derecho Penal. Parte General...”, op. cit. p. 14.

- Rivera-Hernández, J. E, y otros “¿Desarrollo sostenible o sustentable? La controversia de un concepto”, *Revista Posgrado y Sociedad*, Sistema de Estudios de Posgrado Universidad Estatal a Distancia, Vol. 15, Número 1, 2017, Costa Rica.
- Rivero Ysern, J. L. “La ordenación del territorio y el derecho urbanístico, en AAVV, Lecciones de Derecho Administrativo, Vol. 3, Regulación económica, urbanismo y medio ambiente, Madrid, 2015.
- Silva Sánchez, J. M. “La expansión del Derecho Penal: aspectos político- criminales en las sociedades post- industriales”, Madrid, 1999.
- Vercher Noguera, A. “La especial forma de prevaricación de los delitos contra la ordenación del territorio”, *La Ley* nº 1, 1997, p. 1914 y sig.
- Vercher Noguera, A. “Derechos Humanos y medio ambiente en el Tribunal europeo de Derechos Humanos: Breves notas para el futuro contexto internacional”, *Revista Penal*, nº 30, 2012.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



· INACIPE ·
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES