

¿Es realmente el artículo 320 del Código penal un delito pluriofensivo?

Argumentos para una reflexión crítica desde un punto de vista político criminal

Antonio Martín Pardo

Instituto andaluz interuniversitario de Criminología (Sección Málaga)

Abstract

La doctrina que ha abordado el tema del bien jurídico protegido en el art. 320 del Código penal sostiene de forma prácticamente unánime que el delito contenido en dicho artículo tiene una naturaleza pluriofensiva. Junto a un bien específicamente urbanístico común con el contenido en el art. 319, se protegería el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Esta interpretación plantea ciertas cuestiones sistemáticas que no quedan resueltas de manera completamente satisfactoria. Ante tal situación el presente trabajo intenta proponer de lege ferenda un bien jurídico único para ambos delitos urbanísticos que eliminaría dichos interrogantes. Tal propuesta se justifica en un estudio de la dañosidad social real de los comportamientos implicados.

Die Lehre, die das Thema des v. Art. 320 spanischen StGB geschützten Rechtsgutes behandelt hat, ist der einheitlichen Meinung, dieses Straftat verletze mehrere Rechtsgüter. Neben einem spezifisch städtebaulichen Gut, das auch durch Art. 319 gesichert ist, werde ferner das richtige Funktionieren der Verwaltung geschützt. Dieser Ansatz wirft einige systematische Fragen auf, die nicht voll zufriedenstellend geantwortet worden sind. Vor diesem Hintergrund schlägt dieser Beitrag ein einziges Gut als von den beiden Straftaten geschütztes Rechtsgut vor, so dass die noch offenen Fragen gelöst werden können. Der vorliegende Vorschlag stützt auf eine Analyse der wirklichen Sozialschädlichkeit der betreffenden Verhaltensweisen.

Scholars who have addressed the issue of the legally protected interest in Article 320 of the Spanish Penal Code hold almost unanimously that it is of a multi-offensive nature. They argue that what is protected is the proper functioning of the public administration, together with a legally protected interest that is allegedly also present in Article 319 and which specifically concerns urban planning. This interpretation raises some systematic issues that cannot be solved in a completely satisfactory way. In light of the foregoing, this paper attempts to propose de lege ferenda a common protected interest for both urban crimes that would solve these problems. This proposal is justified by a study of the real social harmfulness of the behaviors involved.

Titel: Ist das Art. 320 StGB eine Straftat gegen mehrere Rechtsgüter? Argumente für eine kriminalpolitisch kritische Überlegung.

Title: Is really Article 320 of the Penal Code a multi-offensive felony? Arguments for a critical reflection in terms of criminal policy.

Palabras clave: Prevaricación urbanística, bien jurídico, delitos urbanísticos, política criminal, dañosidad social.

Stichwörter: Städtebaulicher Amtsmissbrauch, Rechtsgut, städtebauliche Straftaten, Kriminalpolitik, Sozialschädlichkeit.

Keywords: Urban prevarication, legally protected interest, urban crimes, criminal policy, social injuriousness.

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión
2. Punto de partida adoptado: el bien jurídico como instrumento técnico de concreción de la lesividad social
3. El modelo de la racionalidad legislativa como herramienta útil en la identificación del objeto de tutela
4. Breve aproximación a la lesividad social de la llamada prevaricación urbanística
5. El tamiz de la fragmentariedad o esencialidad
6. Propuesta *de lege ferenda* de un bien jurídico protegido para el art. 320 CP
7. Bibliografía

1. Planteamiento de la cuestión

El art. 320 de nuestro Código penal trata de dar cobertura a las actividades desviadas de los funcionarios públicos en el ámbito específico de la ordenación del territorio y del urbanismo. Dichos comportamientos se han afrontado tradicionalmente en el seno del Derecho administrativo sancionador¹ y sólo de manera relativamente reciente se han incorporado al ámbito del Derecho penal².

El núcleo central de las conductas recogidas en el precepto que tratamos está constituido por las actuaciones de informe en contra de la legalidad urbanística a sabiendas y las de resolución o votación a favor de actos manifiestamente ilegales (aprobaciones de instrumentos de planeamiento, licencias, aprobación de determinados proyectos, etc.). Junto a ellas se da cobertura además en el art. 320 CP a conductas desviadas referidas a la labor inspectora de la Administración (fundamentalmente el silenciamiento de infracciones o la omisión de las labores de inspección). Tal relación con la actividad administrativa le ha valido el sobrenombre genérico de “delito de prevaricación urbanística”³, a pesar de lo heterogéneo de los comportamientos en él recogidos.

¹ Véase de manera general el art. 57.2 del Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se establece el Reglamento de disciplina urbanística (BOE núm. 223, de 18.9.1978). En dicho precepto se afirma la responsabilidad de los funcionarios públicos que hubieran informado favorablemente un proyecto que incurra en infracción urbanística grave y la de los miembros de la corporación que hubieran votado a favor de la licencia, bien en ausencia de informe técnico, bien a pesar de un informe desfavorable o de la existencia de una advertencia de ilegalidad. En idéntico sentido, el art. 63.2 a) del actual Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de disciplina urbanística de la comunidad autónoma de Andalucía (BOJA núm. 66, de 7.4.2010).

² La introducción de estas conductas en el ordenamiento penal se produjo con la entrada en vigor de nuestro actual Código en 1995. Desde su aparición, este precepto se ha mantenido inalterado hasta la reforma de 2010. Con ella se amplía el elenco de conductas típicas recogidas y su ámbito de aplicación, y se eleva la pena a imponer por tales comportamientos.

³ La jurisprudencia también utiliza esta denominación, véanse STS 363/2006, 2ª, 28.3.2006 (TOL 1.022.896 MP: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre) y STS 1127/2009, 2ª, 27.11.2009 (TOL 1.762.127 MP: Siro Francisco García Pérez), entre otras.

Precisamente a la luz de las conductas abarcadas por el precepto, la cuestión del bien jurídico protegido ha sido plenamente pacífica durante estos últimos veinte años, al menos en lo que a su estructura se refiere. Así, la inmensa mayoría de la doctrina sostiene de forma incontestada que nos encontramos ante un delito pluriofensivo. En él, junto a un bien jurídico propiamente urbanístico, que sería idéntico al cobijado en el art. 319 CP⁴, se otorgaría tutela específica a un bien jurídico de diversa naturaleza que ya aparece protegido de forma general en otros preceptos del Código penal. Dicho bien jurídico complementario y pacíficamente aceptado estaría constituido, a decir de la mejor doctrina, por “el correcto funcionamiento de la Administración Pública” o, en otras palabras, por su “recta actuación”⁵. Tal objeto de protección entroncaría de este modo con el bien jurídico protegido en el título XIX del Código penal.

No obstante, a pesar de este férreo acuerdo doctrinal, tal forma de proceder deja sin resolver una serie de importantes cuestiones a mi modo de ver. En concreto, la de por qué era necesario este nuevo precepto en lugar de acudir a un concurso de delitos entre la prevaricación genérica y la participación del funcionario en el delito urbanístico⁶ o, más importante aún, la de por qué se

⁴ La cuestión de cuál sea este bien jurídico específicamente urbanístico común a ambos preceptos sí que ha permitido verter ríos de tinta. Una sistematización crítica de las diversas posturas en torno al tema puede consultarse en MARTÍN PARDO, *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos. Una propuesta de lege ferenda* (Tesis doctoral inédita dirigida por José Luis Díez Ripollés), Universidad de Málaga, 2015, pp. 591 ss.

⁵ Véase entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010*, 2010, p. 272; POZUELO PÉREZ, «La delincuencia urbanística», en LA MISMA (coord.), *Derecho penal de la construcción*, 2006, p. 71; ÚBEDA TARAJANO, *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, 2006, pp. 30 y 263; ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, 2011, p. 307; BOLDOVA PASAMAR, *Los delitos urbanísticos*, 2007, p. 95; PRATS CANUT, «Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la administración pública», en DE LA MATA BARRANCO (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, p. 123; GÓRRIZ ROYO, *Los delitos de prevaricación urbanística*, 2004, pp. 123-124; DE LA MATA BARRANCO, «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 EL MISMO (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, p. 142; MARTÍNEZ RUIZ, «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 CUEVA (dir.), *Urbanismo y corrupción política*, 2013, p. 463; ERICE MARTÍNEZ, «Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del derecho penal», *Cuadernos penales José María Lidón*, (5), 2008, p. 69; GARCÍA PÉREZ, «Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código penal», *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 1260; POMARES CINTAS/BERMEJO CHAMORRO, «¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos? Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial», *RDPC*, (6), 2011, p. 117; BERNAL DEL CASTILLO, «Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos», *RDPC*, (3), 1999, p. 30; SANZ MULAS, «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)», *La ley penal*, (45), 2008, p. 79; URRAZA ABAD, «Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales», *AP*, (2), 2001, p. 616; VERCHER NOGUERA, *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, 2002, p. 163; BARRIENTOS PACHO, «Delitos relativos a la ordenación del territorio», *La Ley*, (6), 1996, p. 1560. GÓMEZ TOMILLO, por su parte, experimenta una evolución en este tema. Así, si en su primera obra se alineaba con esta concepción pluriofensiva del art. 320 CP; posteriormente afirma que dicho artículo protege un bien jurídico único diverso al del art. 319 CP y que se corresponde con “la concreta concordancia con el derecho positivo urbanístico de la actuación administrativa”. Véase al respecto, GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y derecho penal*, 2000, pp. 34 ss.; así como, EL MISMO, «Estado actual de la discusión en torno a la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio (II): Los llamados delitos de prevaricación urbanística», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, (224), 2006, p. 71 ss. De esta misma opinión parece ser DE VICENTE MARTÍNEZ, la cual alude al cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional y la adecuación de su uso al interés general. Véase DE VICENTE MARTÍNEZ, «La responsabilidad penal de la administración urbanística: el párrafo 2º del artículo 320 del Código penal», en DE LA MATA BARRANCO, (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, 1998, p. 182.

⁶ En este aspecto concreto, la explicación habitual alude a la imposibilidad de reconducir al concepto tradicional de prevaricación las conductas de informe al no existir en ellas una resolución en sentido estricto. Dicha explicación sin

castiga la prevaricación u otras conductas administrativas desviadas específicamente en este ámbito y no en otros, en los cuales también existe un importante control administrativo, como son, por ejemplo, consumo, alimentación, sanidad, telecomunicaciones, etc.⁷.

Estas cuestiones irresueltas pueden dar lugar a dos juicios valorativos. De un lado, puede llegarse a la conclusión de que el art. 320 CP es simplemente Derecho penal simbólico y, por tanto, de dudosa legitimidad⁸. De ser así, el legislador simplemente habría pretendido a través de su intervención mostrar a la sociedad su preocupación y militancia ante la anarquía urbanística que asolaba el país, pero sin albergar realmente un gran interés respecto a la eficacia práctica de tal medida. Una señal que podría orientar hacia tal actitud sería el carácter secundario que presenta el castigo de estas conductas con respecto a los tipos de construcción contenidos en el art. 319 CP y su escaso contenido aflictivo, al menos con anterioridad a la reforma de 2010⁹. De otra parte, sin embargo, puede pensarse que la punición de la actividad desviada de la Administración en materia urbanística efectivamente responde a una serie de razones materiales que justifican y demandan su existencia, pero que las mismas no han sido explicitadas debidamente hasta la fecha. Precisamente en esta dirección se encaminarán nuestros esfuerzos en las líneas que siguen.

Consecuentemente, la hipótesis que se quiere sostener aquí –y de ahí precisamente el título del trabajo que presento– es que el castigo de las conductas recogidas en el art. 320 CP no obedece a ese carácter pluriofensivo que se le otorga unánimemente por parte de la doctrina. En sentido opuesto, estimo que el bien jurídico protegido que debería fundamentar dicho precepto es único y que se corresponde exactamente con el objeto de tutela al que agreden las conductas de construcción material recogidas en el precedente art. 319 CP. En concreto, como se especificará más adelante, la relevancia penal de ambos tipos de conductas urbanísticas desviadas respondería a la protección del *capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad*.

2. Punto de partida adoptado: el bien jurídico como instrumento técnico de concreción de la lesividad social

Si de lo que se trata aquí es de identificar cuál es el bien jurídico que se debe proteger a través del castigo de las conductas administrativas desviadas en materia territorial y urbanística –o cuál es su contenido material–, el primer paso irrenunciable será el de especificar adecuadamente cuál es el concepto de bien jurídico que servirá de base a mi argumentación.

embargo no soluciona el interrogante respecto a las conductas de votación o resolución en contra de la legalidad, las cuales se amoldan a la perfección al esquema clásico de la prevaricación genérica. En consecuencia, parece que, si la razón aludida fuera la determinante para la introducción del art. 320 CP, su contenido debería haberse limitado a las conductas de inspección e informe.

⁷ De esta opinión, TERRADILLOS BASOCO, «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», *EPC*, (20), 1997, p. 316; en un sentido parecido vid. ACALE SÁNCHEZ, *Delitos urbanísticos*, 1997, p. 342.

⁸ Así, ÚBEDA TARAJANO, *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, 2006, pp. 265 ss.

⁹ En lo que respecta a la pena de prisión, antes de 2010 sólo se contemplaba una pena de seis meses a dos años (susceptible de suspensión en todo caso) alternativa con una pena de multa. En la actualidad, dicha pena se ha elevado hasta un intervalo de entre un año y seis meses a cuatro años, y se impone de forma acumulativa con la pena de multa.

A este respecto, la primera idea que considero interesante destacar es que el bien jurídico en sí no es un dogma¹⁰ –al menos no en el sentido de una verdad irrefutable y originaria– o un axioma, sino que tal constructo es una consecuencia necesaria del Derecho penal material exigido por el modelo de Estado del que nos hemos dotado. En un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de la autonomía y libertad de sus ciudadanos, el objetivo de las normas punitivas únicamente puede ser evitar daños a la convivencia y nunca asegurar el cumplimiento de la ley *per se*. De esta manera, detrás de toda prohibición garantizada con una sanción, para ser legítima, deberá existir un presupuesto esencial de la convivencia a preservar, esto es, un bien jurídico. Dicho de otro modo: un Estado social y democrático de Derecho exige un Derecho penal material basado en la lesividad externa, lo cual exige a su vez un bien jurídico a proteger en el seno de cada una de sus normas de prohibición.

Tal bien jurídico, para poder referir a él esa necesaria lesividad, no puede ser una entelequia. Deben evitarse formulaciones vagas que conllevan la formalización de facto del Derecho penal¹¹ y que posibilitan la intervención punitiva en cualquier circunstancia o bajo cualquier pretexto¹². Condiciones de esta concreción van a ser su realidad y su no identificación con valores morales o con la vigencia de las normas.

El atributo de “real” supone que el bien jurídico no puede ser una idea (una valoración positiva abstraída de la realidad), ya que, si así fuera, no sería posible su lesión y, consecuentemente, tampoco sería necesaria protección jurídica alguna¹³, perdiendo el Derecho penal su legitimación material. Ahora bien, la necesaria realidad a la que se alude no llega a suponer una exigencia de materialidad física del bien jurídico. Será suficiente con su constatación en la realidad social, esto es, que el daño o la lesión puedan verificarse al menos socialmente. Asimismo, estos bienes reales no deben contemplarse como meros objetos aislados, colocados en la sociedad de modo estático, sino que deben captarse desde una *perspectiva dinámica*, esto es, desde el punto de vista de las funciones que desempeñan para las personas en sociedad. Por otra parte, la realidad social de los bienes a proteger conduce a negar la inmutabilidad de los mismos y a afirmar su *contingencia*

¹⁰ Según el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, un dogma sería: 1. *Proposición que se asienta por firme y cierta y como principio innegable de una ciencia*; 2. (...); 3. *Fundamento o puntos capitales de todo sistema, ciencia, doctrina o religión*.

¹¹ BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, pp. 195-196. Para una interesante crítica a estas formulaciones vagas del bien jurídico, véase ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 28.

¹² Como señala con acierto HASSEMER, un concepto muy general de bien jurídico es tan abstracto que apenas se dice nada sobre el objeto de protección. Véase HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, 1973, p. 64; en el mismo sentido, BUSTOS afirma que cuando no se alude a la configuración práctica o efectiva del bien jurídico y se suministra un mero concepto, se lo convierte “en una pura superchería y en un pretexto de intervención punitiva del estado”. Véase BUSTOS RAMÍREZ, «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *Pena y Estado*, (1), 1991, p. 106. El riesgo de proliferación de conceptos tan genéricos de bien jurídico, según LAURENZO COPELLO, trae causa de que la definición del bien jurídico se aborda como la obligada identificación de un elemento típico más del delito. En tales condiciones, se produce un esfuerzo enconado por encontrar a cualquier precio algún objeto de tutela, aun a costa de elevar a la categoría de bien jurídico cualquier objeto difuso carente de toda virtualidad limitadora e inútil desde el punto de vista de la interpretación teleológica. Véase LAURENZO COPELLO, «Recensión a SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Madrid, Civitas), 2001», *RDPC*, (12), 2003, p. 449

¹³ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 175; EL MISMO, «El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en HEFFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 251; en un sentido análogo, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, p. 34.

temporal. Los bienes jurídicos no son valores eternos válidos para cualquier entorno social, sino que están vinculados a la sociedad que los eleva a tal categoría y mutan históricamente según cambian las valoraciones compartidas de manera generalizada en dicha sociedad.

En segundo lugar, en cuanto a la exclusión de los dictados meramente ético-morales de los que no se pueda asegurar una lesividad social constatable, el Derecho penal únicamente puede exigir una actitud de conformidad externa con la norma, pero nunca una interiorización de los valores en sí porque ello atentaría contra la autonomía y dignidad humanas, así como contra el respeto al pluralismo ideológico obligado por nuestro sistema de gobierno.

Por último, la exclusión de la protección de la vigencia de las normas como el fin primordial del Derecho penal está justificada por el riesgo que conlleva de conducir a concepciones autoritarias y formales del Derecho penal que acaben aproximando a éste a la moral pura. Tal postura parte en nuestra opinión de una contemplación parcial del Derecho penal desde el punto de vista de la sanción que desconoce la propia esencia de la norma penal como protectora de las condiciones esenciales de convivencia¹⁴.

Como puede constatar, el concepto de bien jurídico así entendido presenta una limitada función político-criminal negativa que, sin embargo, no es posible exagerar demandando de él directrices positivas de protección. Es decir, si el Derecho penal protege algo que no sea concreto y real, valores cuya transgresión no genere lesividad externa, o protege solo la mera vigencia de las normas, podrá cuestionarse la legitimidad de tal actuación legislativa. Pero no puede llegarse, salvo que se quiera exigir del concepto de bien jurídico más de lo que está en condiciones de aportar¹⁵, a solicitarle que nos indique cuáles son las realidades que constituyen efectivamente los presupuestos esenciales de la convivencia susceptibles de ser protegidos penalmente. Para ello habrá que buscar en otro lugar criterios que permitan delimitar cuál debe ser efectivamente su contenido material en cada caso a fin de que pueda cumplir la función político criminal limitante del poder legislativo que se le exige. Será necesario, así, acudir a teorías externas a la del bien jurídico para dotarlo de contenido y embridar al legislador. Como ha señalado acertadamente TERRADILLOS BASOCO, la deseable función crítica del bien jurídico depende en esencia de que se le dé a éste un contenido cierto y de que, al mismo tiempo, no se remita la concreción de dicho contenido a la voluntad del poder legislativo en exclusiva, pues entonces la eficacia limitadora de este instrumento devendría completamente nula¹⁶.

¹⁴ De todo lo anterior, sin embargo, no se deduce el que la protección de la vigencia de la norma sea un fin ilegítimo o irrelevante que deba ser excluido del Derecho penal, sino únicamente que tal objetivo, a fin de mantener la materialidad del Derecho penal que defendemos, debe estar subordinado en todo caso a la previa protección de bienes jurídicos con las características que hemos esbozado.

¹⁵ AMELUNG achaca precisamente a estas expectativas demasiado elevadas respecto al bien jurídico la sensación actual de crisis del concepto. En su opinión, tales expectativas no estaban justificadas desde un principio. Véase AMELUNG, en HEFFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 264; en el mismo sentido FRISCH, «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, p. 310, para el cual, “el valor y capacidad de rendimiento del bien jurídico como criterio para lograr una delimitación adecuada del derecho penal han sido sobrevaloradas por algunos autores”.

¹⁶ TERRADILLOS BASOCO, «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense*, (63), 1981, p. 129. En igual sentido se manifiesta

Como consecuencia de todo lo dicho se extrae el carácter eminentemente instrumental del bien jurídico. No nos encontramos ante una realidad reconocible *a priori* por el legislador en el mundo real que suministra por sí solo los contenidos de tutela del Derecho penal, sino ante un instrumento técnico a través del cual se muestra la realidad sobre la que inciden los comportamientos dañosos socialmente, la cual debe ser protegida por el Derecho. Es decir, el bien jurídico es un instrumento legal que abstrae en un concepto las realidades valiosas sobre las que inciden determinados comportamientos lesivos y que permite construir en torno a sí mismo unos tipos que describan conductas capaces de lesionarlo o de ponerlo en peligro de una manera fehaciente y constatable. Por tanto, como ha señalado SOTO NAVARRO, lo fundamental del bien jurídico es su eficacia para *sintetizar*, no para seleccionar, los presupuestos esenciales de la convivencia y para configurar en su torno descripciones precisas de conductas lesivas. Tal eficacia únicamente podrá alcanzarse si se dota correctamente a ese instrumento de un contenido concreto y real que permita identificar claramente cuándo se ha producido su lesión¹⁷.

Un concepto de bien jurídico análogo al que aquí mantenemos es sostenido por DÍEZ RIPOLLÉS¹⁸. Al mismo se le ha criticado por ciertos autores su supuesto carácter ideal¹⁹. Entendemos que dicha objeción no está fundada. En efecto, el hecho de designar al bien jurídico como un “concepto”, resultado de un proceso lógico de abstracción, no supone asignar al bien un contenido ideal. Los objetos a partir de los cuales se ha formado y a los que representa (el llamado sustrato del bien jurídico) son plenamente reales y susceptibles de lesión y a ellos va referida la protección penal y no al concepto en sí²⁰. Sostener el carácter ideal de esta construcción sería tanto como mantener que, si afirmamos que con una norma se protege al “Sr. A”, lo protegido no es el componente físico-real de tal persona, sino únicamente su denominación. En este sentido, AMELUNG ha resaltado que hay que distinguir certeramente el concepto de bien jurídico –a nivel lingüístico– como parte del lenguaje jurídico que designa la materia objeto de protección, de la propia materia mencionada con él. Afirmar que la materia nombrada con el concepto “bien jurídico” sería de nuevo un concepto faltaría a la verdad²¹.

3. El modelo de la racionalidad legislativa como herramienta útil en la identificación del objeto de tutela

Como se acaba de ver, en la asignación de contenidos necesaria para identificar el objeto de tutela de un delito, el concepto de bien jurídico por sí solo poco puede aportar, siendo necesario acudir a otras teorías que desempeñen con más eficacia tal tarea. A mi modo de ver, una teoría que resulta especialmente útil para este cometido es el llamado modelo de la racionalidad legislativa

SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 267-268.

¹⁷ Véase SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, p. 82.

¹⁸ Véase DÍEZ RIPOLLÉS, «La contextualización del bien jurídico protegido», en EL MISMO, *Estudios penales y de política criminal*, 2007, p. 34 ss.

¹⁹ Véase PRIETO DEL PINO, *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, 2004, p. 242 (n. 108); LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho penal*, 1992, p. 70 (n. 36).

²⁰ Así, SOTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, p. 295; Véase también en el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, 1987, p. 167.

²¹ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 176.

desarrollado por ATIENZA²² de modo general y aplicado específicamente a la legislación penal por DÍEZ RIPOLLÉS²³. Dicho modelo, que se apoya en nuestro sistema de creencias y en las convicciones sociales mayoritarias, a través de una serie de niveles de análisis sucesivos basados en principios críticos irá decantando, en lo que a nosotros compete, las conductas que deben interesar al *ius puniendi* en nuestro ámbito de estudio particular²⁴. Posteriormente, a partir de esas conductas y a través de un proceso lógico de inducción, accederemos a cuál es el objeto que se debe tutelar mediante la punición de las conductas administrativas desviadas.

El modelo al que me refiero, a la búsqueda de introducir racionalidad²⁵ en la labor del legislador, erige un edificio conceptual que pretende desarrollar una argumentación político-criminal ordenada y atenta a las diferentes perspectivas valorativas e instrumentales a considerar. Dicho modelo está compuesto por cinco niveles de análisis referidos a ámbitos argumentativos distintos, cuyo seguimiento ha de dar lugar a una decisión legislativa penal racional, esto es, una decisión en el marco del control social penal que atienda debidamente a los datos de la realidad social y jurídica sobre la que va a incidir. Cada nivel de racionalidad superior delimita el campo de juego de los niveles inferiores, acotando un ámbito de reflexión progresivamente más reducido.

Los niveles de racionalidad que integran esta propuesta serían los siguientes:

a) **La racionalidad ética.** En este nivel de racionalidad se saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad, las cuales están tan interiorizadas que presentan un nivel de debate muy bajo o prácticamente nulo. En el ámbito jurídico penal²⁶ se ubican bajo esta rúbrica un grupo de principios, denominados “estructurales de primer nivel”, que establecen los contornos básicos de una intervención punitiva legítima. Dichos principios se dividen a su vez en tres grandes grupos, siendo los más

²² Véase ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997.

²³ Sobre todo, en DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013. Véase también DÍEZ RIPOLLÉS, «La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control», en EL MISMO, *Estudios penales y de política criminal*, 2007.

²⁴ Tal forma de proceder es consistente con lo afirmado por SEHER, el cual aboga por una legitimación de la norma basada en principios que suministren *buenas razones* para la incriminación de determinadas conductas en lugar de razones necesarias o suficientes. Con ello, según mantiene el autor, se rebaja el injustificado nivel de exigencia respecto al bien jurídico como criterio de legitimación y se gana en rigor discursivo. En tal construcción, al igual que planteamos nosotros, el bien jurídico aparece al final del proceso. Una vez que, a partir de esas buenas razones, se propone la incriminación de determinadas conductas y la protección penal de un determinado hecho, debe demostrarse a partir de principios éticos de carácter crítico que dicho hecho merece tal protección. Si ello se confirma, puede asegurarse que estamos ante un bien jurídico. Desde esta perspectiva, el bien jurídico no es un instrumento de legitimación de normas, sino que es precisamente producto de esos argumentos previos. De esta forma, el concepto de bien jurídico expresa un estatus jurídico cualificado y mantiene un contenido crítico en cuanto se conforma en torno a buenas razones y principios críticos socialmente aceptados. Véase SEHER, «La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico», en HEFFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, 2007, pp. 91-92.

²⁵ Entiende DÍEZ RIPOLLÉS por racionalidad “la capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen tal realidad y que conocemos”. Véase DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 86.

²⁶ El autor advierte que cada sector del ordenamiento jurídico dispone de sus criterios éticos específicos relacionados con las interacciones sociales propias de dicho sector. No obstante, puede haber coincidencias intersectoriales y necesariamente existe una coherencia general con los criterios éticos que presiden el ordenamiento jurídico en conjunto. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., 2013, p. 92.

interesantes para mi propósito los *principios de la protección*, los cuales atienden a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del Derecho penal. Tales principios son concretamente los de correspondencia con la realidad, interés público, lesividad y esencialidad (o fragmentariedad).

b) **La racionalidad teleológica.** En tal nivel de racionalidad se sientan las bases de un discurso ético-político libre y abierto en el que se ha de producir una confrontación racional entre contenidos éticos de segundo orden (ya no consensuados) e intereses particulares y sectoriales muy diversos, procedentes de agentes sociales y grupos de presión. De este debate surgirá una formulación de los objetivos perseguidos (las conductas que se desean impedir) que, en lo que aquí interesa, determinará el objeto de tutela y su grado de protección deseable.

c) **La racionalidad pragmática.** Este nivel tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad anterior a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa. De este modo, debe verificarse que es posible que la decisión penal sea cumplida o que se está en condiciones de aplicarla coactivamente en caso de incumplimiento, y que es esperable que tanto el cumplimiento de la norma como su aplicación contrafáctica produzcan los efectos de tutela perseguidos.

d) **La racionalidad jurídico-formal.** Trata de asegurar un sistema jurídico coherente, *sin lagunas, contradicciones ni redundancias que lo presente como un sistema de seguridad (en tanto previsibilidad*²⁷*).*

e) **La racionalidad lingüística.** Pretende garantizar las habilidades comunicacionales de las normas, es decir, trata de conseguir una efectiva transmisión del contenido de las normas o, dicho de otro modo, la comunicación fluida de mensajes normativos.

De todos los niveles de racionalidad, como se puede comprobar, el más interesante para los objetivos de mi trabajo es la racionalidad teleológica. En ella se discutirá abiertamente, en función de los principios suministrados por la racionalidad ética, cuál es el objeto del *ius puniendi* estatal, esto es, cuáles son las conductas que van a interesar tanto al Derecho penal como al Derecho administrativo sancionador²⁸. Una vez seleccionadas estas conductas por su especial lesividad,

²⁷Véase ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, 1997, p. 32.

²⁸ Como puede observarse, a diferencia de Díez Ripollés, entiendo que el modelo de la racionalidad legislativa, al menos en lo que a la averiguación del bien jurídico se refiere, es aplicable a todo el *ius puniendi* estatal y no sólo al Derecho penal en sentido estricto. Esto obedece a la constatación, a partir de la tesis de Rando Casermeiro, de que no es posible establecer una distinción tajante entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador en los niveles de la racionalidad ética ni teleológica. Todo lo más en la racionalidad pragmática, a partir de razones de eficiencia. Si –de acuerdo a nuestra manera de proceder– la decisión sobre cuál deba ser el bien jurídico debe tomarse en el seno de la racionalidad teleológica a partir del análisis del objeto de las conductas dañosas seleccionadas en dicho nivel y, en ese punto, aún no es posible una distinción tajante entre las dos ramas del *ius puniendi*, de ello se deduce que el objeto de protección será único y común a ambos sectores del ordenamiento jurídico. De ello también se deriva que el bien jurídico no supone un instrumento útil para la distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador (la cual debe abordarse, como ya se ha dicho, en un momento posterior), y que, consecuentemente, no resulta oportuno hablar de “bienes jurídicos penales” y bienes jurídicos “sin más”, so riesgo de caer en intentos de distinción cualitativa ya superados. Vid. sobre la difícil distinción entre las dos ramas del Derecho sancionador Rando Casermeiro, *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, 2010.

habrá que observar sobre qué realidades recaen, las cuales constituirán el sustrato del bien jurídico. A partir de dicho sustrato se abstraerá el bien jurídico de una forma segura. Esta forma de proceder de abajo hacia arriba en la indagación del bien jurídico –la cual no es habitual en la dogmática– me parece especialmente adecuada en el ámbito de la moderna delincuencia socioeconómica ya que, en tal ámbito, resultan más claramente perceptibles las conductas a evitar que la realidad genérica a proteger *a priori*. De este modo puede precisarse un bien jurídico sólidamente basado en la dañosidad social real de los comportamientos que posteriormente permitirá construir tipos penales efectivamente lesivos.

4. Breve aproximación a la lesividad social de la llamada prevaricación urbanística

En este apartado se trata de esbozar la discusión que tiene lugar en el seno de la racionalidad teleológica para determinar las conductas especialmente lesivas que interesan al Derecho penal en el ámbito de ordenación del territorio, a partir de cuyo análisis debe extraerse el bien jurídico a proteger. Dada la extensión limitada del trabajo, no es posible sin embargo analizar aquí todas las conductas administrativas desviadas en el ámbito territorial y urbanístico. Por ello se analizará exclusivamente, a modo de ejemplo, la dañosidad social de una de las más características: la resolución o votación a favor de modificaciones de planeamiento a sabiendas de su injusticia, en el entendido de que, si la misma resulta esencialmente lesiva, podrá utilizarse para comprobar cuáles son los objetos dañados –el sustrato del bien jurídico– y, a partir de ellos, abstraer el bien jurídico²⁹.

Lo primero que se analizará son los daños sociales que irrogan estas conductas en relación a cada una de las clases de suelo³⁰. Si resultan lesivas se comprobará a continuación si suponen un ataque de gravedad a objetos que pueden calificarse de especialmente importantes para la convivencia. Una vez superado este segundo análisis, se estará en condiciones de observar cuáles son esos objetos y obtener un bien jurídico a partir de tal sustrato.

En el **suelo urbano consolidado**, la ordenación suele venir establecida directamente por el planeamiento general. Sus modificaciones puntuales no gozarán automáticamente de legitimidad, sino que habrá que comprobar si existen razones materiales que las justifiquen. Cuando no puedan apreciarse dichas razones, cuando sean de una debilidad tal que equivalgan a su ausencia o cuando contradigan abiertamente los fines legales, nos encontraremos ante el supuesto que estamos comentando. Tal situación normalmente obedecerá a que el representante público decisor habrá priorizado determinados intereses particulares frente a los intereses públicos que debería proteger en virtud de su cargo.

²⁹ Obviamente, cuantas más conductas se analicen, más fiable y completa será la muestra del sustrato del bien jurídico a partir de la cual abstraerlo.

³⁰ Es preciso señalar que la dañosidad social de estas conductas podría estudiarse en abstracto, es decir, desligada de su relación concreta con cada uno de los tipos de suelo. No obstante, entiendo que tal forma de proceder –la habitual por otra parte– deja a un lado su componente netamente urbanístico. Si no se analizan estas conductas en relación a los efectos dañosos que producen o pueden producir materialmente en cada clase suelo, no se entendería el porqué de su castigo en este sector y no en el de otros ámbitos también sometidos al control administrativo.

En lo tocante a la lesividad de estas conductas, se pueden identificar dos categorías claramente individualizables. De un lado, una serie de daños efectivos que serán generales e idénticos con independencia de la clase de suelo sobre la que incidan, puesto que tienen que ver exclusivamente con el comportamiento administrativo desviado, el cual es exacto en todos los casos. De otro lado, pueden identificarse una serie de riesgos específicos para los valores materiales inherentes a cada tipo concreto de suelo.

En lo que se refiere a los daños comunes, el hecho de que un organismo que tiene que velar por el bien común y por una ordenación racional del crecimiento de la urbe que responda a una serie de valores materiales (ambientales, paisajísticos, económicos, sociales, sociológicos, preventivos, etc.) haga caso omiso de ellos produce una lesión directa a ciertos valores democráticos.

Se produce en primer término una violación de la igualdad y de la representación democrática. Los representantes de la soberanía popular no actúan de acuerdo a lo que ésta demanda, sino exclusivamente en función de los intereses de una minoría que monopoliza de hecho el poder. Con tal proceder la igualdad de los ciudadanos queda claramente en entredicho. Nos encontramos con dos grupos perfectamente identificables. Una minoría que ve satisfechos sus intereses particulares en materia territorial y una gran masa de ciudadanos cuyos intereses son ignorados.

Junto a ello, se produce con estas conductas un atentado a la igualdad material de los ciudadanos. Esa mínima parte de la ciudadanía que ve cómo sus pretensiones urbanísticas son aceptadas injustamente por el poder además obtiene con ello suculentos beneficios económicos a costa del bien común. Ello les permite distanciarse económicamente del resto de los ciudadanos, así como, en virtud de tal posición privilegiada, seguir presionando al poder en su propio beneficio.

Tal situación injusta redundará a su vez en una percepción negativa de las instituciones y en una seria deslegitimación de las mismas que acaba por instalar la anomia³¹ en la sociedad, la cultura de la desconfianza y el "sálvese quien pueda". Con ello se ataca directamente a la línea de flotación del Estado social: la solidaridad interpersonal e intergeneracional.

Todo lo anterior genera además un ambiente administrativo proclive a la corrupción, lo cual puede tener un claro efecto criminógeno, animando a la comisión de determinados delitos contra la Administración tales como cohechos, tráfico de influencias, negociaciones prohibidas, etc. Se produce así un efecto de retroalimentación que da lugar a un círculo vicioso de la corrupción.

Las actuaciones antidemocráticas reseñadas producen igualmente una lesión efectiva del mecanismo psicológico de actuación-transformación en materia territorial. Dicho mecanismo es un componente esencial de la apropiación del lugar y de la territorialidad humanas, cuya lesión va a afectar igualmente al importante proceso de identificación simbólica con el espacio. Si la creación y conformación de la ciudad no responden a parámetros democráticos, las personas no

³¹ La anomia alude a una situación psicológica de los ciudadanos en la que se produce la disolución del vínculo moral con la sociedad, la introducción de la duda, el desorden y la incertidumbre en todo.

sienten que actúan e influyen sobre el territorio y no lo experimentan como propio. Con ello su sentimiento de territorialidad se ve frustrado y, asimismo, se reduce su identificación simbólica con la ciudad. De este modo, se acaba por no sentir el lugar donde se vive como parte de uno mismo puesto que no se tiene ningún control sobre él. Tal sentimiento de extrañeza igualmente conduce a una menor eficacia colectiva y a un descenso en el control social informal que redundará en un mayor sentimiento de inseguridad e, incluso, puede dar lugar a un repunte de la criminalidad real³².

Desde el otro punto de vista anunciado –el de los riesgos específicos para cada clase de suelo–, la actuación desviada de los poderes públicos origina en el suelo urbano consolidado un riesgo inmediato³³ de producción de determinados daños materiales. Dichos daños dependerán del tipo de decisión injusta que se adopte. No obstante, en general, será probable que se den daños paisajísticos si en virtud de una modificación puntual de planeamiento se permiten nuevas determinaciones morfológicas en la zona que no sean compatibles con las previamente existentes; estrés ambiental si se autorizan nuevos usos no justificados; incrementos perjudiciales de la densidad; sensación de hacinamiento; aumento de la inseguridad por la menor vigilancia natural, etc.

En el **suelo urbano no consolidado** también se produce ese doble nivel de lesividad. Por una parte, se reproducen los efectos lesivos directos anteriormente comentados y, por otra, se repite también el riesgo inmediato de los daños específicos acabados de citar. Existe la posibilidad de daños paisajísticos y simbólicos (imaginemos que se quiere plantear la reforma *ex novo* de un área de la ciudad característica y con alto valor simbólico para sus habitantes), daños económicos (se aumenta la densidad de una zona de la ciudad para beneficiar a los promotores con la operación sin que ese aumento esté justificado, produciéndose un incremento artificial de la oferta de vivienda que desestabiliza el mercado inmobiliario y laboral), daños sociales (con la reforma injustificada de la zona se generan procesos de aburguesamiento³⁴ –*gentrification*– que excluyen a determinados colectivos de la zona, restando diversidad urbana a la misma; o se concentra toda la vivienda protegida en esa zona para cumplir la cuota legal, produciendo una concentración de desventaja social y un atentado a la cohesión social.), ambientales (se elimina una zona verde que hacía de pulmón del área), etc.

En el **suelo urbanizable** hay que distinguir entre aquel que cuenta con ordenación detallada y aquel que no. En ambas clases de suelo la actuación desviada de la Administración producirá, en primer lugar, los daños a la calidad democrática y psico-sociológicos que ya han sido detallados y que resulta ocioso reiterar. A su vez, de un modo específico, el comportamiento estudiado

³² Sobre estas cuestiones con mayor profundidad, véase MARTÍN PARDO, *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos*, 2015, pp. 48-58 y 253 ss.

³³ Hablamos de un riesgo inmediato en el sentido de que los valores del suelo que pueden verse dañados ya se encuentran presentes en ese suelo y, por lo tanto, dentro del radio de acción de la conducta administrativa. Tales daños se materializarían en el mismo momento en que se ejecutara la decisión administrativa desviada.

³⁴ Una interesante alusión a estos procesos como técnicas de exclusión social de naturaleza espacial puede contemplarse en DÍEZ RIPOLLÉS, «El control de espacios públicos como técnica de exclusión social. Algunos contrastes regionales», *REIC*, (12), 2014, pp. 9-10.

producirá en el **suelo urbanizable con ordenación detallada** un riesgo mediato³⁵ de producción de daños como los acabados de ver, dependiendo del tipo de actuación material que el acto injustamente acordado ampare (daños psicológicos como estrés ambiental, desorientación, insatisfacción residencial, etc.; daños paisajísticos, simbólicos, económicos, sociales, de seguridad, ambientales, etc.) y, en el **suelo urbanizable sin ordenación detallada**, un riesgo de creación de núcleos urbanos deficientemente conectados, los cuales, amén del impacto ecológico y paisajístico que conllevan (fragmentación de hábitats, efectos de pantalla visual, deforestación, mayor emisión de gases debido a la obligatoriedad del empleo del automóvil, etc.), suponen un duro golpe para la vida y la cohesión social de la ciudad³⁶. Junto a ello, si la aprobación injusta de un instrumento urbanístico autoriza el desarrollo de una zona que no es demandada por el crecimiento real de la ciudad, ello supondrá un repunte artificioso del empleo y la inversión que, al no poder mantenerse en el tiempo, inducirá falencias en el mercado, así como inestabilidad económica y social. Igualmente, esas construcciones no demandadas realmente quedarán a merced de capitales especulativos que las convertirán en objeto de intercambio y no de uso. Con ello se incrementará su precio en posteriores transmisiones, dificultando el futuro acceso a la vivienda.

Por último, en el **suelo no urbanizable**, junto a los daños político-democráticos genéricos, se reproducen los daños que se han señalado para el suelo urbanizable sin ordenación detallada, debido a que ambas clases de suelo alojan en general los mismos valores y responden a una misma *ratio* de protección. En este sentido, se generan riesgos inmediatos de daños ambientales, paisajísticos, sociales y económicos como los ya vistos *supra*. En esta clase de suelo es cierto que existe cierta diferencia en cuanto a la intensidad del daño entre **el suelo no urbanizable ordinario** y el de **especial protección**, en función de la singularidad de los valores alojados en dicho suelo en comparación con los que se ubican en el suelo no urbanizable ordinario, si bien el componente lesivo es prácticamente idéntico (la función o valor afectado).

Como se puede observar, las conductas analizadas superan cómodamente el filtro de la lesividad, dado que todas ellas producen importantes efectos lesivos de la más variada índole.

5. El tamiz de la fragmentariedad o esencialidad

A continuación, el siguiente paso será constatar si estas conductas superan igualmente el tamiz de la fragmentariedad o esencialidad, es decir, si su dañosidad social supera un nivel tal que justifica que el ordenamiento jurídico pueda llegar a imponer sanciones por ello. Tal nivel

³⁵ El riesgo se califica ahora de mediato porque los valores o características puestos en peligro no se encuentran de facto en el ámbito de la conducta desviada en el momento en que esta se lleva a cabo, pero existe una gran posibilidad de que lo estén en el momento en que se inician las obras de ejecución material que lo conviertan en urbano.

³⁶ El surgimiento de núcleos aislados da lugar a áreas poco diversas y bastante homogéneas socialmente que carecen de una vida social animada. Como consecuencia de tal hecho, en estas zonas el contacto social no suele ser muy intenso ni tampoco la vigilancia natural. Esto provoca un aumento del sentimiento de vulnerabilidad o inseguridad que acaba desembocando en procesos de blindaje del espacio que aumentan la sensación de inseguridad y que minan directamente a la cohesión social, puesto que se mira con recelo a todas aquellas personas que no pertenecen al estándar social de la zona.

cualificado de dañosidad provendrá de una doble condición³⁷. En primer lugar, de que se ataquen valores o presupuestos claramente esenciales para nuestro modelo de convivencia externa y, en segundo lugar, de que dichos ataques sean de una especial gravedad. La vara de medir ambos presupuestos la constituirá el modelo valorativo constitucional imperante, en tanto plasmación de las opiniones valorativas mayoritarias. No obstante, dicho modelo “cristalizado” deberá ser forzosamente complementado con las opiniones “vivas” provenientes de la realidad cotidiana.

De acuerdo a lo acabado de decir, no resulta aventurado afirmar que las conductas cuya lesividad se ha estudiado afectan a valores esenciales para la convivencia.

En primer lugar, en lo que respecta a los **valores democráticos** –genérica y directamente lesionados por las conductas analizadas en cualquier clase de suelo–, ya en el propio preámbulo de la Constitución y en su art. 1.1 se alude al principio democrático como rasgo configurador esencial y meta de nuestra organización política. De este modo, cuando se ataca a este valor con conductas que traicionan la representación política o que desoyen la voz ciudadana (como cuando se produce la modificación de un instrumento de planeamiento en contra de las alegaciones efectuadas por los ciudadanos, o ésta beneficia solapadamente a un promotor) se está atacando a uno de los pilares básicos de nuestro sistema y a uno de sus principales signos identificativos.

Del mismo modo, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos es un principio de primer nivel recogido en el art. 9.3 CE. Dicho valor –que se complementa con la sujeción al ordenamiento jurídico de los poderes públicos recogida en el art. 9.1 CE– obliga a que detrás de las medidas que toman los representantes pueda atisbarse una serie de razones materiales que las justifiquen y que alejen la sombra del puro decisionismo. Si las decisiones urbanísticas no se ajustan a rígidos criterios científico-técnicos y a las necesidades y valoraciones sociales, sino a otro tipo de intereses, se estaría atacando a un rasgo configurador básico de nuestro sistema democrático, pues éste exige que los representantes de los ciudadanos no ejerzan el poder como mejor les parezca, sino exclusivamente en función del bienestar de la población. Dicha orientación debe poder justificarse en cada una de sus decisiones para poder seguir calificando al sistema de democrático.

Estos valores democráticos a los que nos acabamos de referir mantienen una vigencia social indiscutible que refuerza su carácter esencial en nuestro sistema de convivencia. Para comprobar dicha afirmación sólo hay que observar las múltiples y multitudinarias manifestaciones populares en demanda de una democracia más perfecta, las asambleas de barrio que han surgido por doquier para debatir sobre democracia y política o, de otro lado, el profundo malestar social ante una clase política sospechosa de no representar adecuadamente a la ciudadanía y a sus intereses, y ante los recientes y sonados casos de corrupción política.

³⁷ En este sentido, véase Díez RIPOLLÉS, *Derecho penal español, Parte General en esquemas*, 3ª ed., 2011, p. 20.

Por lo que se refiere al resto de valores afectados específicamente en cada una de las distintas clases de suelo (salud personal, estabilidad económica, diversidad y cohesión social, seguridad, equilibrio ecológico, calidad de vida, calidad paisajística, etc.), también puede mantenerse su carácter esencial.

En lo que hace a la **salud** –en la cual se incluye de forma indubitada el desarrollo psicológico equilibrado–, la misma ostenta sin duda la categoría de bien esencial en nuestra sociedad, hasta tal punto que nuestra Constitución la recoge como un derecho fundamental en su art. 43. Con ello se obliga a los poderes públicos a abstenerse de conductas que pudieran ponerla en peligro y a llevar a cabo acciones encaminadas a salvaguardarla frente a los riesgos que la acechen. Su importancia se ve asimismo corroborada por las estrechas conexiones que presenta con otros bienes de categoría constitucional como el derecho al medio ambiente y a la calidad de vida (art. 45 CE), la integridad física (art. 15 CE), la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE) e, incluso, la libertad general de obrar y el desarrollo de la propia personalidad (art. 10 CE). Por otra parte, más allá de la propia Carta Magna, tampoco admite dudas el que la salud sea un valor asumido de forma unánime por nuestra sociedad actual. Un rápido vistazo a la publicidad, a la programación televisiva, a la promoción de los hábitos de vida saludables, al actual retroceso del consumo de tabaco o a la demanda de productos destinados a mejorar nuestro estado de salud físico o mental nos dará cuenta inmediatamente de la importancia social otorgada al valor que comentamos.

La **estabilidad económica y social** también puede fácilmente justificarse como un valor esencial en nuestra sociedad. El crecimiento económico no es un fin en sí mismo, sino que constituye un medio para el fin supraordenado del progreso social en virtud del art. 40 de la Constitución. El sistema económico constitucionalmente diseñado está orientado a conseguir que las personas vivan cada vez mejor y para ello somete a la economía a un mandato de estabilidad económica, a fin de que los logros que se consigan por dicho medio sean asegurables en el largo plazo. Sin la existencia de este valor fundamental, nada impediría que pudieran darse crecimientos económicos muy potentes y a la vez efímeros –los comúnmente llamados “pelotazos”, “burbujas”–, los cuales producen efectos desastrosos sobre la sociedad (fuerte creación de empleo súbita y sucesiva destrucción del mismo, endeudamiento de las familias en falso, etc.) y generalmente sólo benefician a sectores muy determinados. Por tanto, el principio de estabilidad económica es un imprescindible corrector de la economía capitalista que permite compatibilizar dicho sistema con el carácter social de nuestro Estado y caracterizar del mismo modo a nuestro modelo económico. Junto a la estabilidad económica, el progreso social exige paralelamente la estabilidad social. En este sentido, es necesario que las personas mantengan dentro de lo posible las mejoras obtenidas de forma que su situación favorable perdure en el tiempo. Difícilmente puede hablarse de verdadero progreso social si las condiciones de vida de las personas avanzan y retroceden constantemente al ritmo de los ciclos económicos del mercado dejado a su libre albedrío.

Dentro del ámbito económico, otro importante principio que es atacado por las acciones lesivas estudiadas es el del carácter de servicio público del urbanismo, el cual puede deducirse del art. 47 de nuestra Constitución, que caracteriza la vivienda no como un bien patrimonial, sino como una

necesidad social a ser satisfecha por los poderes públicos. Dicho principio es, del mismo modo que el anterior, un principio esencial de nuestro sistema social, puesto que también contribuye a embridar la economía capitalista en el concreto ámbito de la producción de vivienda para amoldarla a los parámetros sociales que exige la forma de Estado de la que nos hemos dotado. Sin dicho principio nada impediría que la vivienda fuera conceptuada simplemente como un bien de intercambio con el que obtener las máximas ganancias económicas, lo cual contradice abiertamente la percepción social mayoritaria sobre aquélla. Como puede observarse, este principio guarda una conexión directa con la prohibición de especulación en materia urbanística, alojada igualmente en el art. 47 CE y de una importancia central.

Los principios constitucionales económicos mencionados hallan un indiscutible respaldo social que justifica su carácter esencial. En este sentido, son incontables los movimientos ciudadanos que en la actualidad solicitan una reformulación del capitalismo y una economía puesta al servicio de todas las personas. La ciudadanía demanda cada vez más una economía basada en la solidaridad interpersonal y en el reparto justo de la riqueza, así como el abandono de la búsqueda del beneficio económico a cualquier precio mediante la utilización de prácticas especulativas. Este apoyo social deja fuera de toda duda el carácter fundamental y la vigencia social de los valores económicos antedichos.

En lo tocante a los **valores sociológicos de diversidad, cohesión social, vida urbana y seguridad**, también pueden considerarse como valores de primer orden de nuestra sociedad en virtud de una serie de razones.

En primer lugar, dichas condiciones de vida en sociedad se deducen del propio concepto de vivienda digna recogido en el art. 47 CE. Por vivienda no hay que entender meramente un receptáculo en el que la persona pueda guarecerse, sino que en el concepto de vivienda constitucionalmente garantizado se incluye un entorno de la vivienda de calidad que permita el desarrollo integral de la persona. Tal entorno adecuado en un ámbito urbano exige precisamente esas condiciones de contacto, diversidad, riqueza de la vida urbana, seguridad, etc. Por tanto, esas características forman parte del contenido de un derecho fundamental y adquieren consecuentemente su misma importancia central en el seno de nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, además de lo ya dicho, tales valores pueden relacionarse con otros valores constitucionales que justificarían sobradamente su importancia en tanto bienes fundamentales de nuestra estructura social. Así, la diversidad y la cohesión social están relacionadas con principios de primer nivel como la igualdad (arts. 1.1, 14 y 9.2 CE) o la solidaridad (art. 9.2 CE). Dichos principios son una pieza ineludible de nuestro modelo de Estado que garantizan la convivencia y la paz social, y a los cuales no se puede renunciar sin transmutar completamente la conformación de nuestro sistema social tal y como lo conocemos. Por su parte, la seguridad es también un bien acogido en nuestra Constitución, entre otros preceptos, en el art. 104 en su forma de seguridad ciudadana. Dicho valor es fundamental tanto de cara a asegurar la libertad de las personas en el ejercicio de sus derechos como en cuanto requisito esencial para el contacto y la riqueza de las relaciones sociales dentro de la ciudad. Una ciudad insegura es una ciudad sin vida en las calles, una ciudad con escasos contactos sociales y muy bajos o nulos intercambios de información que

reducen la diversidad exigida por el marco urbano y transforman a las ciudades en un lugar gris e inhabitable.

Aparte de su recepción constitucional, si acudimos a las creencias cotidianas, estos valores poseen una aceptación social unánime. Así, en lo que se refiere a la diversidad y a la cohesión social, nuestro país se ha transformado, como consecuencia del anterior periodo de auge económico, en un país con una notable población inmigrante, convirtiendo a la convivencia con nuevas culturas en un desafío constante y plenamente actual. En tal contexto, el respeto de la diversidad y su comprensión como una riqueza típicamente humana aparecen como requisitos esenciales de una cohabitación pacífica que redundará en una mayor vitalidad de nuestras urbes. Las innumerables muestras actuales de mestizaje y de fusión de culturas dan buena cuenta de la vigencia y de la potencia social de estos valores.

En lo que se refiere a la seguridad, de pocos valores puede afirmarse tanto la vigencia y el acogimiento social con que aquélla cuenta. Nos encontramos inmersos de lleno en una psicosis securitaria que genera altas cotas de intolerancia a la inseguridad y que hace de esta cuestión un tema omnipresente. Si bien este último hecho no puede considerarse algo positivo y hay que promover que el anhelo de seguridad esté bien balanceado con la cohesión social, lo cierto es que su visibilidad muestra de forma inmejorable la alta valoración social que posee dicho valor y permite afirmar sin lugar a dudas que es un vector esencial de nuestra sociedad actual.

En lo atinente a los **valores ambientales**, la vida sobre el planeta tal y como la conocemos requiere de unas determinadas condiciones físicas que se han gestado a lo largo de millones de años. Si no se respetan tales condiciones o si se las afecta de un modo que exceda la capacidad de auto-regeneración ecológica, se pone en peligro la existencia de los seres humanos, ya que éstos no pueden emanciparse respecto al entorno natural (los seres humanos no pueden sobrevivir sin agua pura, sin unos suelos carentes de concentraciones elevadas de mercurio o plomo, sin un determinado nivel de oxígeno, etc.). De este modo, el equilibrio ecológico y la conservación de los recursos naturales en condiciones óptimas aparecen como un presupuesto esencial del propio sistema social humano.

De lo acabado de decir se constata la estrecha conexión que existe entre los valores ambientales y la salud humana entendida en sentido amplio como un estado de completo bienestar físico, mental y social. El ser humano, como ser vivo que es, necesita una serie de aportes externos que sólo un medio apropiado puede proveerle. Si dichos aportes no se dan, la persona carecerá del margen de libertad preciso para el normal logro de sus metas, pues estará oprimido por la lucha constante por su supervivencia. Por tanto, sin unos parámetros ambientales adecuados no se puede aspirar a un determinado estándar de calidad de vida.

Este carácter imprescindible de los valores ambientales para la vida de las personas y para su desarrollo íntegro justifica sobradamente su recepción constitucional en el art. 45 como un derecho fundamental. En virtud de tal caracterización, se dota de carta de naturaleza a las demandas ciudadanas respecto al goce de un ambiente con unas determinadas propiedades que facilite su desarrollo personal íntegro y que les asegure una determinada calidad de vida. Asimismo -en virtud del art. 53 CE-, se erige la protección de este derecho en un vector

ordenador de toda la actuación pública. Tal hecho es otra relevante pieza de convicción a favor de su importancia social cualificada.

Pero no sólo eso. En nuestro modelo social los valores ambientales tienen una gran importancia como límite racionalizador de las tendencias capitalistas de crecimiento y consumo indefinidos, las cuales únicamente se guían por la búsqueda del máximo beneficio económico sin atender a cualesquiera otras circunstancias. Si bien es cierto que el hombre se encuentra ubicado en una posición evolutiva que le brinda la posibilidad legítima de actuar sobre su medio y utilizar sus recursos para su supervivencia de acuerdo a unos estándares de calidad de vida, no puede ir tan lejos como para comprometer la supervivencia de todo el sistema natural. Los valores ambientales son de este modo fundamentales como contrapeso perfecto para poder medir la viabilidad de nuestro sistema económico y productivo. Cuando aquellos valores sean puestos en peligro, será el momento decisivo para levantar el pie del acelerador, pues su lesión conlleva unas consecuencias negativas que ningún beneficio económico puede compensar.

Por último, abunda en la esencialidad de los valores ambientales el hecho de que los mismos están íntimamente conectados con la idea de solidaridad, la cual es el valor en el que se ancla el pilar social de nuestro modelo estatal. Dicha conexión se produce en un sentido intergeneracional. Los recursos y valores ambientales suponen un capital que hemos heredado de generaciones pasadas y que, a su vez, debemos traspasar a las generaciones venideras en las mismas o mejores condiciones de las recibidas. Sería atentatorio a la más elemental idea de justicia social utilizar hasta el agotamiento los recursos naturales que hemos recibido con total desentendimiento de las necesidades de las generaciones futuras, máxime cuando hemos visto la especial importancia que dichos recursos tienen para la supervivencia humana. En consecuencia, el atentado a los valores ambientales supone en el sentido apuntado el ataque a una característica constitutiva e irrenunciable de nuestro sistema de convivencia.

Además de lo dicho, no está de más recordar que los valores ambientales gozan de una pujanza social fuera de toda duda. En los últimos tiempos estos valores han ido adquiriendo un peso progresivamente mayor en nuestras sociedades. Una muestra clara de dicha vitalidad es la multiplicación de movimientos sociales que enarbolan demandas ecológicas, la ascensión de las políticas de reciclaje y eficiencia energética, el empuje que presenta la alimentación ecológica, las tasas por contaminación, etc. Hasta tal punto ha llegado el protagonismo social de estas ideas que hoy en día parecemos asistir a un punto de inflexión en el sistema económico. La sociedad comienza a poner en duda el dogma capitalista del crecimiento indefinido y empieza a demandar fórmulas económicas que tiendan a la sostenibilidad y a un concepto de bienestar menos centrado en lo material.

Para finalizar, en lo que se refiere a los **valores paisajísticos**, éstos suelen vincularse de ordinario exclusivamente a los valores ambientales. El ambiente natural, además de proveer los recursos a los que acabamos de referirnos, encerraría en su conjunto una perspectiva plástica o estética que satisfaría una necesidad humana de goce visual. Sin embargo, en contra de ese proceder habitual, debe aclararse aquí que tal perspectiva contemplativa no sólo está ínsita en los parajes naturales. También los núcleos urbanos alojan un fuerte componente paisajístico. Tal hecho no viene sino a

demostrar que, en realidad, el paisaje es un concepto ligado a la propia esencia del ser humano. A diferencia de otras especies, la humana es eminentemente visual y, como consecuencia de ello, nuestra relación con el medio circundante se basa fundamentalmente en esta forma de percibir. De ahí que la conformación armónica de los lugares que el hombre habita u observa tenga una gran importancia en su existencia cotidiana y en su bienestar más allá del puro gusto estético.

El espacio juega un importante papel en la propia autoconcepción humana, ya sea ésta social o personal. Las personas desarrollan una identificación simbólica con los lugares que va a estar mediada por su percepción y su conformación espacial. En dicho sentido, los lugares armónicos o característicos fomentan los procesos de identificación simbólica y de construcción del propio yo, y constituyen al mismo tiempo fuertes puntos de anclaje para dichos procesos. Asimismo, de forma paralela, también generan una sensación de bienestar psicológico en sus observadores. En tales circunstancias, si dichos valores son atacados, las personas experimentan ese ataque como propio, pues el mismo afecta a una parte esencial de su ser. Con ello se produce un serio malestar psicológico que, además de a la propia identidad, también afecta a otras conexiones psicológicas con el espacio como la satisfacción residencial, la territorialidad, el apego al lugar, etc.

Como puede observarse, los valores paisajísticos están directamente conectados con la salud psicológica de las personas, la cual, como se ha visto, constituye un derecho esencial en nuestro sistema constitucional. Igualmente, los valores paisajísticos presentan una estrecha conexión con la calidad de vida, también reconocida como un bien constitucional en el art. 45 del Texto Fundamental. Dichas interconexiones apoyan firmemente la hipótesis del carácter fundamental de los valores que estudiamos.

Además de ello, también aquí es posible conceptualizar los paisajes como un patrimonio que debe ser transmitido a las generaciones futuras. El concepto de paisaje en múltiples ocasiones es fruto de una interacción entre elementos naturales y humanos que da lugar a unos resultados únicos y en muchos casos irrepetibles. Tan singular riqueza atesorada a lo largo de generaciones debe poder ser transmitida a las cohortes venideras como fiel testigo de la historia común que nos dota de continuidad temporal como sociedad. En el sentido acabado de apuntar, los valores paisajísticos también entroncarían con la idea de solidaridad intergeneracional y, por tanto, con el esencial aspecto social de nuestro Estado.

A la luz de lo dicho hasta ahora, creemos que queda suficientemente acreditado el carácter primordial de los bienes o valores que son atacados por las conductas que previamente hemos justificado como lesivas. Todos los valores estudiados cumplen funciones de primer orden en nuestro sistema de convivencia que los hacen imprescindibles a la par que muestran una incuestionable aceptación social mayoritaria.

Junto a ello, como se ha visto, las conductas administrativas desviadas que se han considerado dañosas socialmente conllevan una lesión directa a los valores esenciales acabados de referir o, como poco, un riesgo más o menos próximo de dicha lesión. De este modo, no hay obstáculos teóricos tampoco desde esta perspectiva para calificar la entidad lesiva de tales ataques como grave y, por tanto, como aptos para superar la segunda condición que exige el principio de fragmentariedad.

En conclusión, en lo que se refiere al análisis sobre su esencialidad o fragmentariedad, se constata que las conductas analizadas atentan contra unos valores que pueden calificarse indiscutiblemente como esenciales socialmente. Estos valores, que poseen un claro anclaje constitucional, están fuertemente asentados en nuestro sistema social de creencias (v. g. salud personal, calidad de vida, estabilidad económica, diversidad y cohesión social, seguridad, participación igualitaria en la toma de decisiones públicas, equilibrio ecológico, calidad paisajística, etc.) y cuentan con una importante vigencia social, de forma que su quiebra o destrucción daría lugar a una sociedad con una estructura y características básicas diferentes de aquella de la que nos hemos dotado de forma consensuada. Igualmente se corrobora que las conductas analizadas suponen un ataque a valores esenciales que puede ser calificado como de una gravedad elevada. Todo ello hace que no existan obstáculos para que el Derecho punitivo estatal se ocupe de ellas de forma legítima según los requerimientos éticos de nuestra sociedad, y que tales conductas puedan utilizarse legítimamente como el sustrato a partir del cual obtener el bien jurídico en la materia objeto de estudio.

6. Propuesta de lege ferenda de un bien jurídico protegido para el art. 320 CP

Como se acaba de comprobar, las conductas de actuación administrativa desviada en materia urbanística superan los filtros suministrados por la racionalidad ética (lesividad y fragmentariedad, fundamentalmente) y, consecuentemente, pueden ser objeto del Derecho penal. El siguiente paso será analizar los elementos o valores sobre los que recae su dañosidad y, a partir de los mismos, obtener la realidad social que constituye el bien jurídico en la materia. En tal sentido, se observa que las conductas de resolución o votación injusta atacan a las funciones que presta la urbe en pos de, entre otros, la salud de las personas, la estabilidad económica, la diversidad y cohesión social, la participación democrática, la satisfacción de la necesidad de alojamiento, el equilibrio ecológico, la riqueza paisajística, etc.

Todas esas funciones, en tanto son suministradas por un tipo específico de ecosistema como es el urbano, se amoldan a la perfección al concepto ecológico de *servicio ecosistémico*³⁸. A su vez, si de lo que se trata es de condensar en un solo concepto los elementos que se encuentran en el origen de esas utilidades o servicios, el concepto de *capital urbano*³⁹ –abarcar del acervo de elementos físicos urbanos y de los procesos e interacciones entre ellos que permiten el suministro de los servicios ecosistémicos urbanos aludidos– aparece como un instrumento privilegiado a tal fin. Con dicho constructo es posible sintetizar adecuadamente en un único concepto todas las realidades materiales del ecosistema urbano que prestan las funciones esenciales que se han enumerado, todas las cuales son moduladas por la ordenación urbana y son a su vez el blanco de las conductas dañosas estudiadas. No obstante, no es cualquier capital urbano el tutelado, sino

³⁸ Los servicios ecosistémicos se definen como todos aquellos beneficios de los ecosistemas que tienen una incidencia directa o indirecta en el bienestar de la población humana, aunque los mismos sean difícilmente evaluables económicamente. Véase MONTES/SALA, «La evaluación de los ecosistemas del milenio. Las relaciones entre el funcionamiento de los ecosistemas y el bienestar humano», *Ecosistemas*, (16), 2007, p. 141.

³⁹ Este concepto es utilizado en este trabajo como una transposición al ámbito de la ciudad del concepto de capital natural según es entendido en la ecología. Sobre este último, vid. en general RODRÍGUEZ MARTÍNEZ *et al.*, *Ecología*, 3ª ed., 2013, p. 412.

sólo aquel que busca el máximo desarrollo de las personas en su entorno urbano, esto es, aquel que responda al emergente derecho humano a la ciudad, el cual se encuentra recogido a mi modo de ver de manera difusa en nuestra Constitución⁴⁰. De este modo, el bien jurídico que se debe proteger con la prohibición de las conductas administrativas irregulares en materia urbanística es el *capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad*.

Uno de los servicios ecosistémicos específicamente urbanos que suministra el capital urbano tal y como se ha definido consiste en facilitar el mecanismo psico-conductual de apropiación del espacio⁴¹, el cual es la base del sentimiento de territorialidad y tiene que ver también con otros servicios tales como los procesos de identificación simbólica personal y social⁴². Para que dicho servicio opere correctamente son fundamentales las conductas de acción-transformación. En tal sentido, los seres humanos, para percibir un espacio como propio y desarrollar un sentimiento de territorialidad que lleve a su control y defensa, necesitan actuar sobre él de manera individual o social, transformándolo. Con tal acción los sujetos dejan su impronta y dotan al lugar de un significado para sí y frente a los demás. Ello consigue además que las personas se reconozcan en el entorno y se auto-atribuyan sus cualidades como definitorias de su propia identidad, identificándose simbólicamente con el espacio. De otra parte, ese sentimiento comunitario de propiedad y de íntima conexión con el espacio fomenta un sano sentimiento de apego al lugar y de satisfacción residencial y, asimismo, supone una sólida base para una población activa y cohesionada que a su vez redundará en un mayor control sobre los lugares y, por tanto, en un mayor control social y en una eventual reducción de la delincuencia. Como puede constatarse, la acción-transformación sobre el espacio y la subsiguiente apropiación del mismo juegan un importante papel –directo o indirecto– en el desenvolvimiento de estos servicios psicológicos brindados por el capital urbano.

Pues bien, en las sociedades actuales y a la escala de la ciudad, tal acción-transformación no puede llevarse a cabo personalmente en muchos casos. Una persona o un grupo no pueden decidir unilateralmente poner un jardín en medio de una carretera o trazar un vial que atraviese un parque. No obstante, ello no significa que este mecanismo no se lleve a cabo, sino que el mismo se realiza por otras vías. Concretamente, dicha actuación sobre el medio se realiza de forma mediata a través de la representación política y de la participación democrática en el planeamiento urbanístico. Así, cuando una persona o un grupo perciben que sus representantes políticos claramente responden a sus demandas en cuanto a la conformación espacial de su entorno, que los operadores públicos gestionan el planeamiento de acuerdo al sentir mayoritario y al bienestar de las personas que habitan en cada zona de la ciudad, o que se articulan cauces democráticos para que los ciudadanos participen en la efectiva creación de la urbe, esas personas o grupos experimentan que de hecho actúan sobre su entorno. Por consiguiente, se llevan a cabo los procesos psicológicos de apropiación territorial que permiten el surgimiento del sentimiento de pertenencia y territorialidad y que se traducen en sinergias positivas sobre otros servicios y

⁴⁰ Sobre este tema vid. MARTÍN PARDO, *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos*, 2015, pp. 406 ss.

⁴¹ Este concepto se puede definir como todo tipo de prácticas a través de las cuales dejamos nuestra impronta en un determinado lugar, lo cual nos permite identificarnos con él.

⁴² La apropiación del espacio está también relacionada mediatamente con la satisfacción residencial y el apego al lugar o, incluso, con la eficacia colectiva y la prevención de la delincuencia mediante el control social.

procesos como los de identificación, control social, cohesión social, etc. En definitiva, ello redunda positivamente sobre la efectiva funcionalidad del capital urbano en una serie de aspectos.

Por el contrario, si nos encontramos ante unos gestores políticos y una Administración corruptos, que secuestran la potestad que los ciudadanos les han otorgado para que actúen en su nombre e interés, y en su lugar llevan a cabo actos que no responden a las demandas sociales o al interés general, todos estos mecanismos dejan de actuar. Si los encargados del urbanismo realizan actos que responden a espurios intereses privados, los ciudadanos se sienten traicionados y experimentan que no tienen ninguna capacidad de acción o control sobre los lugares en los que habitan; se sienten en definitiva desposeídos de sus entornos vitales. Ello ataca directamente al corazón del mecanismo de apropiación del lugar y a todos los procesos con los que está interconectado, pudiendo degenerar en un estado de anomia y desafección que inicie un círculo vicioso de individualismo y desintegración social, o bien dar lugar a los llamados espacios *contestados* o *ingobernables*, es decir, aquellas localizaciones espaciales en las que surgen conflictos en forma de oposición, confrontación, subversión y/o resistencia por parte de algunos actores sociales con respecto al control social del espacio⁴³. Como puede comprobarse, las actuaciones administrativas urbanísticas desviadas suponen una importante merma del capital urbano en cuanto conllevan un serio perjuicio a los servicios socio-ecosistémicos que presta.

Pero no queda ahí la cosa. De otro lado, uno de los aspectos fundamentales del derecho humano a la ciudad es precisamente la posibilidad de acceso a la transformación democrática de la ciudad. Es decir, una parte central del contenido del derecho humano a la ciudad consiste en convertir la ciudad en una obra de sus ciudadanos, en facilitar a éstos “la libertad de hacer y rehacer nuestras ciudades⁴⁴”. En tal sentido, *el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad* será sólo aquel que puede y de hecho se modula por la acción democrática de los ciudadanos. Consecuentemente, dicha realidad aparece claramente como el objeto sobre el que recae toda la dañosidad de las conductas administrativas desviadas en materia urbanística.

En definitiva, la conclusión a la que se llega es la que ya se sugirió páginas atrás: en el castigo de las conductas administrativas desviadas en materia territorial y urbanística no hay que acudir a la lesión de varios bienes distintos para captar toda la dañosidad social irrogada. El propio concepto de capital urbano acorde al derecho a la ciudad ya incluye dentro de sí perfectamente el ataque al correcto funcionamiento de la Administración Urbanística y puede ser considerado el bien jurídico único al que atacan las conductas que se contienen en el art. 320 CP.

⁴³ Véase BERRAQUERO DÍAZ, «Revisiones teóricas en torno a los conceptos de socioecosistema urbano y resiliencia socioecológica. Propuestas e implicaciones de la perspectiva ecofísica para el estudio de la metrópolis», Comunicación presentada en las Jornadas *Repensando la metrópolis. Prácticas experimentales en torno a la construcción de nuevos derechos humanos*. Un ejemplo mediático muy reciente de este tipo de espacio es el barrio de Gamonal en Burgos. En dicho barrio, a principios del año 2014, tuvieron lugar una serie de fuertes estallidos de tensión social a cuenta de una transformación urbana no querida por los vecinos. Véase entre otras muchas noticias sobre el suceso, «Tensión en el barrio Gamonal de Burgos, con unas 200 personas concentradas junto a las obras», en *20minutos.es*, 13 de enero de 2014 (<http://www.20minutos.es/noticia/2027171/0/calma-tensa-gamonal/burgos-obras/concentracion-manifestacion#xtor=AD-15&xts=467263>; última visita: 29 de octubre de 2015).

⁴⁴ HARVEY, «The Right to the City», *New Left Review*, (53), Edición castellana, 2008, p. 23.

Con la idea que se presenta, además, se consigue dar una respuesta coherente a las cuestiones problemáticas que se han planteado al principio de este trabajo. En primer lugar, la relación que existiría entre este bien jurídico así interpretado y el contenido en el art. 404 CP sería de consunción, lo cual excluiría la posibilidad de aplicación del concurso de delitos. En segundo lugar, estaría justificada la punición expresa de las “prevaricaciones” en esta materia y no en otras, puesto que aquí tales conductas constituyen una forma de ataque directo al bien jurídico que se trata de proteger.

7. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ (2011), *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*, Bosch, Barcelona.

——— (1997), *Delitos urbanísticos*, Cedecs, Barcelona.

AMELUNG (2007), «El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos», en HEFFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. española a cargo de ALCÁCER/MARTÍN/ORTIZ DE URBINA), Marcial Pons, Barcelona/Madrid.

——— (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Fráncfort del Meno.

ATIENZA (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid.

BARRIENTOS PACHO (1996), «Delitos relativos a la ordenación del territorio», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (6), pp. 1555 ss.

BERNAL DEL CASTILLO (1999), «Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (3), pp. 11 ss.

BERRAQUERO DÍAZ (2010), «Revisiones teóricas en torno a los conceptos de socioecosistema urbano y resiliencia socioecológica. Propuestas e implicaciones de la perspectiva ecofísica para el estudio de la metrópolis», Comunicación presentada en las Jornadas *Repensando la metrópolis. Prácticas experimentales en torno a la construcción de nuevos derechos humanos*, Centro de estudios andaluces (8 y 9 de julio, Málaga), p. 12. (http://centrodeestudiosandaluces.es/actividades/comunicaciones/12779793701361625878_L4_Luis%20Berraquero_def.pdf).

BOLDOVA PASAMAR (2007), *Los delitos urbanísticos*, Atelier, Barcelona.

BUSTOS RAMÍREZ (1991), «Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente», *Pena y Estado*, (1), pp. 101 ss.

——— (1987), *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona.

DE LA MATA BARRANCO (1998), «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 EL MISMO (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.

DE VICENTE MARTÍNEZ (1998), «La responsabilidad penal de la administración urbanística: el párrafo 2º del artículo 320 del Código penal», en DE LA MATA BARRANCO (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.

DÍEZ RIPOLLÉS (2014), «El control de espacios públicos como técnica de exclusión social. Algunos contrastes regionales», *Revista española de investigación criminológica*, (12), pp. 1 ss.

——— (2013), *La racionalidad de las leyes penales*, 2ª ed., Trotta, Madrid.

——— (2011), *Derecho penal, Parte General en esquemas*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

——— (2007), «La contextualización del bien jurídico protegido», en EL MISMO, *Estudios penales y de política criminal*, Idemsa, Lima.

——— (2007), «La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control», en EL MISMO, *Estudios penales y de política criminal*, Idemsa, Lima.

ERICE MARTÍNEZ (2008), «Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del derecho penal», *Cuadernos penales José María Lidón: Corrupción y urbanismo*, (5), Deusto, Bilbao.

FRISCH (2007), «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal», en HEFFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. española a cargo de ALCÁCER/MARTÍN/ORTIZ DE URBINA), Marcial Pons, Barcelona/Madrid.

GARCÍA PÉREZ (2002), «Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código penal», en DÍEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid.

GÓMEZ TOMILLO (2006), «Estado actual de la discusión en torno a la regulación de los delitos sobre la ordenación del territorio (II): Los llamados delitos de prevaricación urbanística», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, (224), pp. 69 ss.

——— (2000), *Urbanismo, función pública y derecho penal*, Comares, Granada.

GÓRRIZ ROYO (2004), *Los delitos de prevaricación urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia.

HARVEY (2008), «The Right to the City», *New Left Review*, Edición castellana, (53), pp. 23 ss.

HASSEMER (1973), *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Athenäum, Fráncfort del Meno.

LAURENZO COPELLO (2003), «Recensión a SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Civitas, Madrid), 2001», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), pp. 441 ss.

——— (1992), *El resultado en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MARTÍN PARDO (2015), *El bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos. Una propuesta de lege ferenda* (Tesis doctoral inédita dirigida por José Luis Díez Ripollés), Universidad de Málaga.

MARTÍNEZ RUIZ (2013), «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 CUEVA (dir.), *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)*, Dykinson, Madrid.

MONTES/SALA (2007), «La evaluación de los ecosistemas del milenio. Las relaciones entre el funcionamiento de los ecosistemas y el bienestar humano», *Ecosistemas*, (16), pp. 137 ss.

POMARES CINTAS/BERMEJO CHAMORRO (2011), «¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos? Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), pp. 109 ss.

POZUELO PÉREZ (2006), «La delincuencia urbanística», en LA MISMA (coord.), *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, Comares, Granada.

PRATS CANUT (1998), «Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la administración pública», en DE LA MATA BARRANCO (ed.), *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati.

PRIETO DEL PINO (2004), *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Aranzadi, Navarra.

RANDO CASERMEIRO (2010), *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ *et al.* (2013), *Ecología*, 3ª ed., Pirámide, Madrid.

ROXIN (2006), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, C. H. Beck, Múnich.

SANZ MULAS (2008), «Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales)», *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, (45), pp. 66 ss.

SEHER (2007), «La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico», en HEFFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Ed. española a cargo de ALCÁCER/MARTÍN/ORTIZ DE

URBINA), Marcial Pons, Barcelona/Madrid.

SILVA SÁNCHEZ (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona.

SOTO NAVARRO (2003), *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada.

TERRADILLOS BASOCO (1997), «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», *Estudios Penales y Criminológicos*, (20), pp. 289 ss.

——— (1981), «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense*, (63), pp. 123 ss.

ÚBEDA TARAJANO (2006), *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*, Iustel, Madrid.

URRAZA ABAD (2001), «Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales», *Actualidad Penal*, (2), pp. 595 ss.

VERCHER NOGUERA (2002), *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*, Colex, Madrid.

VILLACAMPA ESTIARTE (2010), «Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320)», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Navarra.