|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 395/2004 |
| Fecha | 19 de octubre de 2004 |
| Sala | Pleno |
| Magistrados | Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps. |
| Núm. de registro | 3359-2004 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 3359-2004 |
| Fallo | Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de mayo de 2004, dirigido al Presidente del Tribunal Constitucional, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real expone que en el Rollo de apelación núm. 103-2003 se acuerda elevar al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 319.2 del Código penal.

2. Los datos relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

a) En el procedimiento abreviado 190-2002 tramitado en el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Ciudad Real se dictó Sentencia de 27 de febrero de 2003 por la que se condenó al acusado como autor de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP, al haberse acreditado que construyó una edificación no legalizable en suelo no urbanizable de protección agropecuaria, considerando que, a pesar de no ser un promotor o constructor profesional, está dentro del ámbito de sujetos activos de este delito, que no queda restringido a aquellos profesionales, sino que aparece referido a cualquier individuo que lleve a cabo la promoción o construcción. El Ministerio Fiscal y el condenado recurrieron dicha decisión en apelación. Este último alegó, entre otras cuestiones, vulneración del art. 25.1 CE, al haberse aplicado un tipo penal que podría ser inconstitucional, toda vez que ya la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real por Auto de 10 de diciembre de 2002 había planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicho precepto. En virtud de ello, además, por otrosí se solicitó que se planteara cuestión de inconstitucionalidad contra el mismo también en este procedimiento.

b) Una vez remitidas las actuaciones a la Sección Primera de la Audiencia Provincial, dando lugar al rollo de apelación 103-2003, y señalado para la votación y fallo del recurso de apelación el día 6 de octubre de 2003, por providencia de 7 de octubre de 2003 se acordó que “habiéndose planteado por la Sección cuestión de inconstitucionalidad, testimonio de cuyo auto se incorpora al presente rollo, dése traslado a las partes a fin de que informen sobre la posible suspensión del recurso hasta que se resuelva la cuestión por el Tribunal constitucional”. El Auto cuyo testimonio se incorporó a dichas actuaciones fue el de 10 de diciembre de 2002 , dictado en el rollo de apelación núm. 116-2002, por el que se planteó cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 319.2 CP. Por providencia de 10 de noviembre de 2003 se acordó que “dada la identidad de razón entre el presente caso y aquél en que se planteó la cuestión de inconstitucionalidad. Queda este rollo en suspenso a la espera de la resolución sobre dicha cuestión”. El Pleno del Tribunal Constitucional por ATC 103/2004, de 13 de abril, inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada en aquel procedimiento al concurrir la causa de inadmisión de no haber sido planteada una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar Sentencia (art. 37.1, en relación con el art. 35.2 LOTC).

c) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real dictó providencia de 27 de abril de 2004 acordando que a la vista de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y toda vez que dicho rollo se encontraba en trámite de dictar Sentencia de apelación, por remisión a los razonamientos del Auto de planteamiento de la cuestión realizada en su día, se diera traslado por término de diez días a las partes a fin de que alegaran sobre el planteamiento de aquélla. En dicho Auto se suscitó la cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 319.2 CP, en relación con los arts. 9.3, 17 y 25 CE, basándose en que, conforme al tenor literal de dicho precepto, interpretado de acuerdo con lo previsto en la Ley de Ordenación de la Edificación, cuando un particular realiza una edificación no autorizable en suelo no urbanizable, cometería un delito contra la ordenación del territorio. Ello implicaría la criminalización de todas las conductas administrativas irregulares de edificación en suelo no urbanizable con independencia de la gravedad del atentado o del carácter profesional o no del autor. De ese modo, la dicción del precepto, al no determinar que ha de entenderse por promotor, rompe con el principio de proporcionalidad tal como aparece en el resto de los delitos contemplados en el título XVI CP en los que se exige que la conducta típica esté presidida por el concepto de gravedad. E, igualmente, la política municipal de ordenación urbanística sobre calificación del suelo y la posibilidad de regularización de las edificaciones irregulares incidirían en el tipo más allá de los márgenes que el principio de seguridad jurídica implica.

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

e) El condenado, por escrito de 13 de mayo de 2004 consideró pertinente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, adhiriéndose a los argumentos expuestos por la Sala.

3. Por Auto de 17 de mayo de 2004, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real acordó plantear ante este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 319.2 CP, en relación con los arts. 9.3, 17 y 25 CE. En dicho Auto se advierte que la cuestión no se plantea por la interpretación o alcance del ámbito de los sujetos activos descritos en el tipo penal y, especialmente, en relación con el concepto de promotor, sino por las quiebras del principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica que provoca la redacción de dicho precepto. En concreto, se justifica la posible existencia de una quiebra del principio de proporcionalidad, en primer lugar, porque el art. 319.2 CP establece penas privativas de libertad para una conducta ilegal o irregular administrativamente que no consiste necesariamente en un atentado grave, frente al resto de conductas típicas del título XVI del CP, que están presididas por la exigencia de la gravedad. En segundo término, porque la criminalización prevista en el art. 319.2 CP sólo dejaría subsistentes en el ámbito administrativo conductas calificadas como infracción leve en supuestos de falta de licencia, proyecto o algún trámite. En tercer lugar, porque el art. 319.2 CP, al tratarse de un tipo penal en blanco, posibilita, merced a las competencias sobre calificación del suelo de la Administración, que dos conductas no sean igualmente sancionables. En último término, porque el art. 319.2 CP permite una reacción penal innecesaria ante infracciones de menor gravedad e, incluso, aunque se entendiera adecuada la reacción penal, la pena privativa de libertad es desproporcionada para dichas conductas. En relación con la quiebra de la seguridad jurídica se considera que la extensión del tipo puede llevar a situaciones de desigualdad y arbitrariedad, fuertemente condicionadas por la sucesión de planeamientos y recalificaciones que podrían provocar la sanción de una conducta por construcción en terreno rústico que con escaso margen temporal sea calificado como urbanizable. Igualmente, se destaca que el tipo penal carece de una necesaria definición del núcleo del delito con lo que no se establece una debida autonomía con las infracciones administrativas.

4. Por providencia de 29 de junio de 2004 de la Sección Primera de este Tribunal se acordó oír al Fiscal General del Estado para que, conforme a lo previsto en el art. 37.1 LOTC, expusiera lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si pudiera estar notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 14 de julio de 2004, interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por notoria falta de fundamento, argumentando que no cabe apreciar que el precepto cuestionado vulnere el principio de proporcionalidad o el de seguridad jurídica. En concreto, respecto del principio de proporcionalidad destaca, en primer lugar, que el bien jurídico protegido en el precepto cuestionado está reconocido expresamente en el art. 47 CE, en cuanto a la obligaciones de los poderes públicos de ordenación del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación, lo que debe ponerse en relación con el medio ambiente, bien especialmente protegido junto con los recursos naturales en el art. 45 CE, que alude al establecimiento de sanciones penales para su preservación y que, además, la pena señalada en el art. 319.2 CP no puede entenderse como excesiva, ya que permite al Juez su modulación atendiendo a las circunstancias del caso, así como su suspensión de acuerdo con los arts. 80 y siguientes del CP, lo que evitaría el ingreso en prisión en los supuestos en que concurran los requisitos legales para ello; y, en segundo lugar, que nada impide al legislador tipificar dichas conductas como delito y no como mera infracción administrativa en función de múltiples variables como el momento histórico, costumbres, reproche social, frecuencia de aparición, etc. Respecto del principio de seguridad jurídica destaca, en primer lugar, que no cabe establecer dudas sobre la legitimidad constitucional de los tipos penales en blanco, siempre que el núcleo esencial de la prohibición aparezca en la norma penal; y, en segundo lugar, que el tipo penal cuestionado no afectaría a la seguridad jurídica, entendida como certidumbre acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o la previsibilidad de sus efectos, en tanto que los conceptos utilizados en dicho precepto son aprehensibles por el ciudadano medio y vienen definidos no sólo en la legislación autonómica sino en la estatal.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 319.2 del Código penal (CP) por posible vulneración de los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

Dicho precepto establece que “se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable”.

El art. 37.1 LOTC establece que podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando fuera “notoriamente infundada”. A esos efectos, este Tribunal ha reiterado que tal concepto encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones, de tal modo que existen casos en los que un examen preliminar de aquéllas permite apreciar su falta de viabilidad, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si se tiene en cuenta que la admisión habría de provocar efectos no deseables como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (Por todos, ATC 269/2003, de 15 de junio, FJ 2).

2. La Audiencia Provincial cuestiona la constitucionalidad del art. 319.2 CP, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad basándose en que dicho precepto implica una reacción penal innecesaria ante infracciones de carácter administrativo, que no exigen la existencia de un atentado grave, frente al resto de conductas típicas del título XVI del Código penal, que están presididas por la exigencia de la gravedad y que, además, dejaría en parte vacío de aplicabilidad el régimen sancionador administrativo en materia urbanística. En todo caso considera que, aunque se entendiera adecuada la reacción penal, la pena privativa de libertad es desproporcionada para las conductas subsumibles en su texto. En ese sentido, son dos las objeciones que formula el órgano judicial respecto del principio de proporcionalidad: la primera se refiere a la propia intervención del Derecho penal en la regulación de estas conductas, la segunda plantea el tema de que la respuesta penal sea la pena privativa de libertad y no otras sanciones alternativas.

En cuanto al principio de proporcionalidad, desde la perspectiva de la selección del ordenamiento penal como la rama del ordenamiento jurídico apta para la regulación de una concreta materia en detrimento de otras ramas, este Tribunal ha reiterado que es potestad exclusiva del legislador configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo; y que en el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución, y para el que ha de atenderse no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que se pueden perseguir con la pena y a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.-. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento del que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena (por todas, SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6 o 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9). En ese sentido, sólo compete enjuiciar a este Tribunal si en esta intervención legislativa se han respetado los límites externos que el principio de proporcionalidad impone desde la Constitución al tratamiento de la libertad personal (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9), que se entenderán respetados en la medida en que el sacrificio de la libertad que impone la norma no persiga la preservación de bienes o intereses constitucionalmente proscritos ni socialmente irrelevantes (SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FJ 9; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; o 161/1997, de 2 de octubre, FJ 10).

Atendiendo a la doctrina expuesta ha de concluirse que la cuestión aparece como notoriamente infundada en cuanto a este concreto aspecto de la proporcionalidad, ya que la conducta tipificada en el art. 319.2 CP no pretende la protección de intereses constitucionalmente proscritos ni irrelevantes pues, en primer lugar, de sus elementos configuradores y del capítulo en el que queda incluido —“Delitos sobre la ordenación del territorio”— deriva que el interés tutelado es preservar la regulación de la utilización del suelo, y en segundo lugar, tal regulación es un mandato dirigido a los poderes públicos que aparece expresamente previsto en el art. 47 CE. Sin perjuicio de ello, además, su tipificación no aparece dirigida a penalizar cualquier vulneración de aquella regulación, sino exclusivamente aquellas conductas referidas a intervenciones no autorizables y sobre suelos no urbanizables. Por tanto, en la medida en que el precepto cuestionado persigue la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos y socialmente relevantes, en este concreto aspecto las dudas de constitucionalidad aparecen como notoriamente infundadas.

3. Todavía en el terreno del principio de proporcionalidad, desde la perspectiva de la calidad o cantidad de la pena aplicable dentro del ámbito penal a una determinada conducta, este Tribunal ha reiterado que su control tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido, pues, sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento, siempre sobre la base de que las medidas alternativas han de ser palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6, y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 11).

En el presente caso, el órgano que plantea la cuestión no establece un criterio de comparación para argumentar la desproporción de la pena privativa de libertad que implica la conducta descrita en el art. 319.2 CP. Y, en cualquier caso, no puede apreciarse la existencia de un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la conducta punible y la sanción prevista, que permita afirmar que se ha producido una lesión de la libertad desde la perspectiva de los arts. 17.1 y 25.1 CE, ya que, por una parte, en términos comparativos, el apartado primero de dicho art. 319 establece una pena con un límite de superior gravedad en la privación de libertad que el propio apartado segundo cuestionado y, por otra, incluso analizado desde la perspectiva global del Código penal, la pena privativa de libertad de seis meses a dos años prevista en dicho precepto tiene la consideración de menos grave (art. 33.3.a CP) y está, hasta en su grado máximo, dentro de los límites previstos para la suspensión de su ejecución (art. 80.1 CP) y, en caso de que el condenado no sea reo habitual, dentro de los límites previstos para la sustitución de la pena (art. 88.1 CP).

Por todo ello, también el cuestionamiento planteado del art. 319.2 CP desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, en lo relativo a la magnitud de la respuesta penal prevista, aparece manifiestamente infundado, ya que, en aplicación de los cánones constitucionales procedentes, no puede afirmarse que exista un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la reprochabilidad de la conducta y la sanción.

4. Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del principio de seguridad jurídica aparece fundamentado también en dos consideraciones, por un lado, en que la extensión del tipo puede llevar a situaciones de desigualdad y arbitrariedad, fuertemente condicionadas por la sucesión de planeamientos y recalificaciones que podrían provocar la sanción de una conducta por construcción en terreno rústico que con escaso margen temporal sea calificado como urbanizable y, por otro, en que el tipo penal remite a una materia de protagonismo legislativo de las Comunidades Autónomas que carece de una necesaria definición del núcleo del delito, con lo que no se establece una debida autonomía con las infracciones administrativas.

En relación con el primer aspecto, la propia Audiencia Provincial reconoce que sería una cuestión resoluble a través de la aplicación retroactiva de las normas que resultaran más favorables, por lo que no cabe apreciar su relevancia a los efectos del principio de seguridad jurídica. En relación con el segundo aspecto, tampoco cabe apreciar que del art. 319.2 CP resulte un tipo penal indeterminado, confundido con las infracciones administrativas, ya que en él aparecen claramente delimitados los elementos configuradores del injusto penal respecto del administrativo, en la medida en que dicha norma se limita sólo a los supuestos de edificaciones no autorizables y en suelo no urbanizable. En ese sentido, el tipo penal describe el núcleo del ilícito asentándolo en dos aspectos que necesariamente han de ser concurrentes, el primero referido a la propia calificación jurídica del suelo en el que se edifica como no urbanizable; el segundo referido a la propia naturaleza de la edificación como actuación no autorizable.

Por otra parte, ha de señalarse que constitucionalmente resulta viable que las normas dictadas por las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias operen como complemento válido de las leyes penales en blanco (STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 4), siendo lo relevante que, como ya se ha dicho, la edificación sea no autorizable y en suelo no urbanizable. En ese sentido, el tipo penal cuestionado también está dando cumplimiento al canon constitucional sobre las normas penales en blanco, ya que se ajusta a los postulados constitucionales de la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco, dado que se cumplen los requisitos de que el reenvío normativo esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y sea satisfecha la exigencia de certeza, esto es, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada como delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (por todas, STC 120/1998, de 15 de junio, FJ 5), todo lo cual el art. 319.2 CP observa cumplidamente.

Por tanto, también desde la perspectiva de la seguridad jurídica cabe considerar notoriamente infundada la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal

ACUERDA

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil cuatro.