EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS URBANÍSTICOS

UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

TESIS PRESENTADA PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO POR EL LICENCIADO **D. ANTONIO MARTÍN PARDO**

DIRECTOR: **DR. D. JOSÉ LUÍS DÍEZ RIPOLLÉS**
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

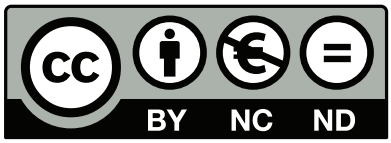
MÁLAGA, DICIEMBRE DE 2014

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Publicaciones y
Divulgación Científica

AUTOR: Antonio Martín Pardo

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está sujeta a una licencia Creative Commons:
Reconocimiento - No comercial - SinObraDerivada (cc-by-nc-nd):
Http://creativecommons.org/licences/by-nc-nd/3.0/es
Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización
pero con el reconocimiento y atribución de los autores.
No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): riuma.uma.es

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS URBANÍSTICOS

UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

A mis padres:

En especial a mi padre, que contempla feliz la lectura de esta tesis desde una nube

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

ÍNDICE



Publicaciones y
Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

ZUSAMMENFASSUNG

PARTE PRIMERA

BASE EMPÍRICA Y VALORATIVA DE UNA PROPUESTA DE BIEN JURÍDICO MATERIAL

CAPÍTULO 1

PERSONA Y ESPACIO: UNA RELACIÓN PSICOLÓGICAMENTE NO INOCUA ***1***

1.1. La percepción ambiental **3**
1.1.1. Los mapas cognitivos 4
1.1.1.1. Definición 4
1.1.1.2. Elementos 6
1.1.1.3. Formación 7
1.1.1.4. Funciones 8

1.2. La influencia de los factores ambientales físicos en el ser humano **11**
1.2.1. La temperatura ambiental 11
1.2.1.1. Efectos del Calor 12
1.2.2. La contaminación atmosférica 15
1.2.3. El viento 17
1.2.4. La luz 18
1.2.5. Los sonidos: el ruido 20
1.2.6. El hacinamiento 25

1.3. Las conexiones psicológicas con el ambiente **31**
1.3.1. El estrés ambiental como respuesta psicológica indirecta ante los factores físicos del ambiente 31
1.3.2. El apego al lugar 34
1.3.3. La satisfacción residencial 38
1.3.4. La preferencia ambiental 42
1.3.5. La territorialidad humana y la apropiación del espacio 48
1.3.6. El lugar como componente de la identidad 53
1.3.6.1. La identidad personal de lugar 54
1.3.6.2. La identidad social espacial 58

1.4. La ordenación territorial y urbanística como mediadora de los procesos de relación humana con el espacio **62**

CAPÍTULO 2

CONSECUENCIAS E IMPLICACIONES DEL URBANISMO Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL SISTEMA DE MERCADO ESPAÑOL ***67***

2.1. El crecimiento económico y la actividad inmobiliario-constructiva **70**
2.1.1. Breve repaso a nuestro crecimiento económico reciente 70

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.1.2. El papel del sector inmobiliario: sus influencias 77
Tasas de crecimiento de los componentes de la demanda interna 84
2.1.3. Recapitulación 95

2.2. Los mercados inmobiliarios y el empleo 98
2.2.1. La evolución reciente del empleo en España 98
2.2.2. Perspectiva sectorial: La aportación del fenómeno inmobiliario al panorama laboral 105
2.2.3. Recapitulación 110

2.3. El motor de todo el proceso: los precios de la vivienda y la "burbuja inmobiliaria" 113
2.3.1. El imparable ascenso de los precios y sus causas 113
2.3.2. Recapitulación 124

2.4. La actividad inmobiliaria como fuente de ingresos públicos 126
2.4.1. Ingresos tributarios procedentes de la actividad inmobiliaria 126
2.4.1.1. Visión general 126
2.4.1.2. Principales figuras tributarias asociadas a la actividad inmobiliaria 127
2.4.2. Ingresos no tributarios procedentes de la actividad inmobiliaria 132
2.4.2.1. Los patrimonios municipales de suelo: la posible perversión de la ley 132
2.4.2.2. Los convenios urbanísticos: especial mención a los de planeamiento 136
2.4.3 Recapitulación 139

2.5. Recapitulación crítica 141

CAPÍTULO 3

DIVERSAS IMPLICACIONES SOCIOLÓGICAS DEL FENÓMENO INMOBILIARIO Y DEL URBANISMO 149

3.1. La urbanización y sus consecuencias medio ambientales 150
3.1.1. El suelo como recurso natural 150
3.1.2. El proceso de artificialización del suelo y sus consecuencias ambientales 153
3.1.3. Modelo urbano compacto vs. modelo urbano difuso 158
3.1.3.1. Consecuencias ambientales del modelo de movilidad difuso 161
3.1.4. Breve síntesis final 163

3.2. El papel del urbanismo en el acceso a la vivienda por parte de la juventud: consecuencias sobre el proceso emancipatorio 165
3.2.1. Ideas previas 165
3.2.2. El proceso de emancipación en nuestro país 166
3.2.3. Las consecuencias sociológicas de una emancipación tardía 170
3.2.4. El origen de la baja tasa de emancipación española 172
3.2.4.1. Las condiciones del mercado laboral 172
3.2.4.2. El acceso a la vivienda 174

3.3. El fenómeno inmobiliario y la corrupción: los riesgos del modelo actual para la democracia 182
3.3.1. La caracterización del fenómeno de la corrupción 182
3.3.1.1. Concepto 182
3.3.1.2. Percepción social del fenómeno 184
3.3.2. El surgimiento de la corrupción 187
3.3.2.1. El monopolio del poder 188
3.3.2.2. La discrecionalidad del poder 194
3.3.2.3. El control del poder 196
A) El control institucional 196
i) El control político 196
ii) El control administrativo 199
iii) El control represivo 202

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

B) El control popular 207
i) Los medios de comunicación 207
ii) La transparencia y publicidad de la actuación pública 210
3.3.2.4. Otras causas puntuales o circunstanciales de la corrupción urbanística 211
3.3.3. Riesgos que comporta la corrupción para el sistema democrático 213

3.4. Las interacciones entre la ordenación urbana, las relaciones sociales, el delito y la inseguridad en las ciudades 219
3.4.1. La ciudad y el fenómeno urbano 219
3.4.1.1. Las primeras concepciones sobre la ciudad 219
3.4.1.2. La ciudad como núcleo social: el contacto y la complejidad como sus elementos definitorios 220
3.4.2. La nociva tendencia actual a la difusión urbana 225
3.4.2.1. El automóvil como elemento vertebrador de la actual ciudad en proceso de difusión 226
3.4.3. Elementos que fomentan el contacto y la diversidad urbanos 227
3.4.3.1. El diseño prosocial de JACOBS 227
A) Espacio público 228
B) Multifuncionalidad 228
C) Diversidad de inmuebles e itinerarios 229
D) Densidades elevadas 229
E) Espacios abiertos 230
F) Reestructuración urbana a escala del peatón 232
3.4.3.2. La sensación de seguridad 233
A) Delito y miedo al delito 234
B) El origen del delito y del miedo al delito 235
i) Las teorías explicativas del delito 235
α) Teoría de las actividades rutinarias 236
β) Teoría del patrón delictivo 236
ii) El surgimiento del miedo al delito 237
C) El diseño urbano como factor de prevención de la delincuencia 239
i) Las teorías clásicas sobre el diseño urbano y la delincuencia 240
α) La "*vigilancia natural*" de JACOBS (1961) 241
β) El "*espacio defendible*" de NEWMAN (1972) 242
γ) Las "*ventanas rotas*" de WILSON y KELLING (1982) 246
ii) Objeciones a las teorías clásicas 247
iii) El enfoque actual: "CPTED" o "prevención situacional" 250
iv) El factor social como complemento indispensable de la prevención situacional 253
D) Epílogo: Los riesgos de exclusión social por medio de la prevención situacional del delito 257

CAPÍTULO 4

***MODELO DE ORDENACIÓN TERRITORIAL ADOPTADO: UN MODELO DE INSPIRACIÓN CONSTITUCIONAL* 269**

4.1. El modelo territorial desde el prisma psicológico 272
4.1.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional 272
4.1.1.1. Ideas previas 272
4.1.1.2. El derecho a un desarrollo psicológico sano y equilibrado como elemento integrante del derecho fundamental a la salud 272
4.1.1.3 Otras conexiones constitucionales del desarrollo psicológico sano y equilibrado 275
A) Las relaciones de la salud psicológica con el medio ambiente y la calidad de vida 275
B) Las relaciones de la salud psicológica con otros derechos fundamentales. 276
4.1.1.4. Síntesis: un urbanismo atento al desarrollo psicológico. 279
4.1.2. Aplicación del patrón normativo propuesto a nuestro ámbito de estudio 279
4.1.2.1. La percepción ambiental 280

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.1.2.2. El estrés ambiental 282
4.1.2.3. La experiencia subjetiva del ambiente 284

4.2. El modelo territorial desde el prisma económico 289
4.2.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional 289
4.2.1.1. Planteamiento del problema 289
4.2.1.2. Breve reflexión sobre el sistema económico diseñado por la constitución 289
A) La constitución económica: concepto y clases 289
B) Los preceptos puramente económicos 291
i) Breve enumeración 291
ii) La necesidad de una interpretación sistemática: la economía de mercado constitucionalmente diseñada 293
4.2.1.3 Algunas concreciones del modelo económico constitucionalmente diseñado en el ámbito del urbanismo 297
A) El artículo 47 CE desde una perspectiva económica 297
i) La constitucionalización de la planificación 298
ii) El suministro de viviendas como un servicio público 299
B) El artículo 40 CE y la exigencia de estabilidad económica 300
4.2.2. Aplicación del patrón valorativo expuesto a nuestro ámbito de estudio 301

4.3. El modelo territorial desde el prisma sociológico 308
4.3.1. La perspectiva medioambiental 308
4.3.1.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional 308
4.3.1.1.1. La regulación constitucional del medio ambiente: el artículo 45 CE 308
A) El objeto del derecho al medio ambiente 309
i) El medio ambiente "adecuado" 309
ii) La obligación de utilización racional de los recursos naturales 311
B) El carácter antropocéntrico del medio ambiente constitucionalmente diseñado 312
C) Los problemas de una concepción antropocéntrica del medio ambiente 314
i) El sobredimensionamiento del concepto de medio ambiente 314
ii) La cortedad de miras de estos planteamientos 315
4.3.1.1.2. Posturas alternativas al modelo antropocéntrico constitucional 315
A) Las posturas ecocéntricas o fiseocéntricas 316
B) Postura personal: un modelo ecocéntrico a escala humana 317
4.3.1.1.3 El desarrollo sostenible como un instrumento útil para armonizar el respeto a la naturaleza y la satisfacción de las necesidades humanas 320
A) El concepto tradicional de desarrollo sostenible y las críticas al mismo 320
B) La necesidad de una nueva comprensión del desarrollo sostenible 323
C) Posibilidad de una interpretación constitucional del artículo 45 CE en función del desarrollo sostenible 325
4.3.1.2. Aplicación del patrón normativo propuesto a nuestro ámbito de estudio 326
4.3.2. La perspectiva de la vivienda 329
4.3.2.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional 329
4.3.2.1.1. Algunas razones iniciales para la recepción constitucional de la vivienda como derecho fundamental 329
4.3.2.1.2. Análisis objetivo del artículo 47 CE: su contenido 332
A) El disfrute de una vivienda 333
i) Postura personal 334
B) El concepto constitucional de vivienda 339
i) La exclusión del carácter económico de la vivienda 339
ii) El carácter difuso o extenso de la vivienda 340
4.3.2.1.3. Análisis subjetivo del artículo 47 CE: los sujetos beneficiarios 341
A) Posturas restrictivas: la tesis de Peces-Barba 342
B) Valoración crítica personal 344
i) Cuestionamiento de la tesis de la universalidad en el punto de llegada 344
ii) Cuestionamiento de la tesis del coste elevado de los derechos sociales 348

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.3.2.1.4. Coherencia del modelo propuesto con otros derechos fundamentales sociales 351
A) El derecho a la salud 351
B) El derecho a la educación 354
C) Conclusión 356
4.3.2.2. Aplicación del modelo valorativo propuesto a nuestro ámbito de estudio 357
4.3.3. La perspectiva político-democrática 362
4.3.3.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional 362
4.3.3.1.1. Introducción: Planteamiento del problema 362
4.3.3.1.2. Pautas que se desprenden de la constitución 363
A) El preámbulo: la apuesta por una democracia avanzada 363
B) El articulado de la constitución 364
i) Monopolio del poder vs. principio democrático del poder 365
α) La democracia representativa 365
β) Mecanismos de democracia directa 369
ii) Discrecionalidad política: la interdicción de la arbitrariedad 370
iii) Control del poder: la responsabilidad de los poderes públicos 372
α) El control político 372
β) El control judicial 375
γ) El control administrativo 376
δ) El control informal 377
C) Recapitulación conclusiva 378
4.3.3.2. Aplicación del patrón valorativo propuesto a nuestro objeto de estudio 379
4.3.3.2.1. La necesaria democratización del urbanismo 379
4.3.2.2.2. La limitación de la discrecionalidad y la obligación de motivación 385
4.3.3.2.3. El aumento del control sobre la actividad urbanística 388
4.3.4 La perspectiva social y criminológica 389
4.3.4.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional 389
4.3.4.1.1. La efectiva recepción constitucional de los elementos que fomentan la vida urbana en un sentido sociológico 390
A) El aprecio constitucional por la diversidad y la mezcla social 390
B) La necesidad de cohesión social 397
4.3.4.2. Aplicación del patrón normativo obtenido a nuestro ámbito de estudio 402

4.4. A modo de recapitulación final: el derecho humano emergente a la ciudad 406
4.4.1. Los derechos humanos emergentes 406
4.4.1.1. Génesis de la Declaración universal de los derechos humanos emergentes 406
4.4.2. El derecho humano emergente a la ciudad 409
4.4.2.1. Ideas generales 409
4.4.2.2. El contenido del derecho a la ciudad 410
A) Algunas formulaciones positivas 410
B) Concreción del derecho a la ciudad 411
4.4.3. Conclusión 417

PARTE SEGUNDA

UNA PROPUESTA DE BIEN JURÍDICO PARA LOS DELITOS URBANÍSTICOS

CAPÍTULO 5

CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO ADOPTADO Y BASES MATERIALES PARA SU DETERMINACIÓN 423

5.1. El bien jurídico como instrumento penal 425
5.1.1. El concepto de bien jurídico 425

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

5.1.1.1. Derecho penal material vs derecho penal formal 426
A) Necesidad de concreción material del bien jurídico 428
B) Exclusión de los valores morales 433
C) Rechazo de la vigencia de las normas como objeto exclusivo de protección de un derecho penal material 435
D) Recapitulación 438
5.1.2. Función político-criminal limitada del concepto de bien jurídico 440
5.1.2.1. El enfoque interno: las teorías constitucionalistas 442
5.1.2.2. El enfoque externo: las teorías sociológicas 445
A) Las teorías funcionalistas: la dañosidad social 445
B) Las valoraciones sociales: la teoría personalista de HASSEMER 447
5.1.2.3. Opción personal 448
5.1.3. Concepto de bien jurídico adoptado 449

5.2. Los bienes jurídicos colectivos como objeto de protección penal 452
5.2.1. Legitimidad de la protección de los bienes jurídicos colectivos 452
5.2.1.1. Notas introductorias: sobre el origen y las características de los bienes colectivos 452
5.2.1.2. Las críticas a los bienes jurídicos colectivos 455
A) Críticas desde el principio de intervención mínima 455
B) Críticas desde el principio de seguridad jurídica 458
C) Críticas basadas en el carácter ideológico de los nuevos bienes colectivos 460
5.2.2. Relación de los bienes jurídicos colectivos con los bienes jurídicos individuales 461
5.2.3. Posibilidad de lesión de los bienes jurídicos colectivos a través de acciones individuales 465
5.2.4. Recapitulación 470

5.3. El modelo de la racionalidad legislativa como instrumento para determinar el bien jurídico protegido en materia urbanística 472
5.3.1. El modelo de la racionalidad legislativa: panorama teórico general 472
5.3.1.1. Algunos apuntes al modelo de la racionalidad legislativa a la luz de la tesis de Rando Casermeiro 477
A) Su tesis 477
B) Consecuencias para nuestra investigación 482
5.3.2. Aplicación de la racionalidad legislativa a nuestro objeto de estudio 485
5.3.2.1. La racionalidad ética, en especial los principios de la protección 485
A) Principios presupuesto 487
i) El principio de correspondencia con la realidad 487
ii) El principio de interés público 488
B) Principios sustantivos 488
i) El principio de lesividad 488
ii) El principio de fragmentariedad o esencialidad 493
5.3.2.2. La racionalidad teleológica: la discusión democrática sobre el objeto de tutela 494
A) Sistematización de las conductas urbanísticas: La manifestación del principio de correspondencia con la realidad 494
B) La lesividad de las diferentes conductas urbanísticas problemáticas seleccionadas 500
i) Recapitulación 552
C) Análisis de la fragmentariedad de las conductas lesivas previamente seleccionadas. 554
i) Recapitulación 575
D) Síntesis conclusiva 576
5.3.2.3. Excurso: La racionalidad pragmática: algunas pautas para la distribución de contenidos entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador 578
A) El protagonismo del principio de subsidiariedad en la distribución de contenidos 578
B) Los elementos a ponderar en el seno del nivel interno del principio de subsidiariedad 579
i) Los beneficios 580
ii) Los costes 583

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CAPÍTULO 6

UNA PROPUESTA DE DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS URBANÍSTICOS **589**

6.1. Posturas doctrinales en torno al bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo **591**
6.1.1 Las tesis formales 592
6.1.2. Las tesis materiales 608

6.2. Postura personal: un intento de delimitación material del bien jurídicamente protegido en los delitos urbanísticos **627**
6.2.1. Construcción de un bien jurídico desde una perspectiva *de lege ferenda* 627
6.2.1.1. Punto de partida adoptado: un determinado entorno humano 627
6.2.1.2. Algunos aportes desde la ecología 630
A) La idea de socioecosistema 631
B) Los servicios ecosistémicos y el capital natural 634
6.2.1.3 Aplicación de los conceptos ecológicos a nuestro objeto de investigación 637
A) La ciudad como socioecosistema por excelencia 637
B) La transposición del concepto de capital natural al ámbito del socioecosistema urbano: el capital urbano 640
6.2.1.4. El capital urbano como bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: algunas precisiones 643
6.2.2. Apuntes *de lege lata* sobre la aplicabilidad del bien jurídico adoptado 648
6.2.3. Una cuestión pendiente: ¿un adicional bien jurídico en el art. 320? 655

CONCLUSIONES ***663***

KONKLUSIONEN ***691***

BIBLIOGRAFÍA CITADA ***711***

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

INTRODUCCIÓN



Publicaciones y
Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

INTRODUCCIÓN

No son pocas las ocasiones en las que en los últimos tiempos se ha certificado la defunción —o como poco el estado comatoso— del concepto de bien jurídico. A pesar de ello, dicho constructo teórico parece resurgir una y otra vez de dichos embates con inusitada vitalidad y continúa siendo hoy por hoy uno de los temas fundamentales de la reflexión penal.

La cuestión del bien jurídico es un elemento central en la aproximación dogmática a cualquier figura delictiva. Dicho instrumento penal cumple una importante función de legitimación en el seno de un derecho penal material, en cuanto patentiza el elemento esencial para la convivencia social que resulta dañado por la conducta delictiva y, con ello, permite justificar la limitación de la libertad que supone la prohibición penal, así como la conminación de pena a ella inherente.

Como puede observarse, no nos encontramos ni mucho menos ante una fútil discusión retórica ni ante vanas elucubraciones sofísticas, sino ante un tema con importantes repercusiones prácticas, del cual depende la cimentación del edificio conceptual de la teoría jurídica del delito. Cualquier posición hermenéutica que se adopte posteriormente dependerá en gran medida del objeto de protección de la norma, esto es, del bien jurídico.

En nuestra concreta parcela de estudio —la ordenación del territorio y el urbanismo—, identificar de manera adecuada cuál sea el bien jurídico adquiere, si cabe, una importancia aún mayor, ya que ello solventaría una serie de cuestiones problemáticas.

Por una parte, en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos, lo habitual es aludir como objeto de protección a conceptos abstractos o construcciones difícilmente aprehensibles, los cuales no satisfacen plenamente los requisitos necesarios para ser bien jurídico ni permiten corroborar la efectiva lesividad de las conductas delictivas que sobre ellos recaen, debido a su amplitud y a su falta de aptitud para ser lesionados por acciones individuales. Todos estos problemas desaparecerían si se consigue identificar un bien jurídico lo suficientemente concreto.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

De otro lado, desde que estos delitos se introdujeron en el código penal de 1995, han existido serias dudas sobre la legitimidad de la intervención penal. La correcta identificación del bien jurídico permitiría despejar esas dudas al demostrar que detrás de las prohibiciones penales se encuentra la voluntad de proteger un interés o una realidad esencial para el desenvolvimiento de la convivencia social. La alusión a tal interés esencial permitiría por lo menos no excluir *ab initio* la intervención penal en la materia.

A pesar de estas importantes necesidades, no son muchos los trabajos que se han centrado de manera específica en el tema, tratándose con demasiada frecuencia de una manera apresurada. En muchas ocasiones asistimos a lo que se ha denominado ácidamente "*la erudición mordiéndose la propia cola*[1]". Es decir, con honrosas excepciones, se contempla una simple repetición de citas y de fórmulas que parecen haber tenido éxito doctrinal, echándose de menos originalidad y arrojo en la aportación de nuevas sendas de reflexión.

A nuestro modo de ver, esta situación de "calma chicha" doctrinal trae causa del modo en que se aborda de ordinario la averiguación del objeto de tutela. Como se verá más adelante en la investigación[2], este tema se afronta de una forma rutinaria, como si se tratase de la averiguación de un elemento típico más del delito. Así, los autores se afanan en aportar en todo caso algún objeto de tutela, bien repitiendo lo ya dicho, bien elevando a dicha categoría cualquier objeto difuso incapaz de llevar a cabo las funciones que se le asignan. A ello se une además el que en la mayoría de las ocasiones se intenta desentrañar el bien jurídico exclusivamente a partir del texto de la ley, a pesar de que ésta no es el lugar más idóneo para dicha búsqueda[3]. En tales condiciones se despoja al bien jurídico de cualquier función crítica e incluso interpretativa, puesto que se deduce el objeto de protección de la ley y, a continuación, se utiliza éste para interpretar los tipos, incurriendo en un razonamiento circular.

A la vista del panorama doctrinal bosquejado, nuestra investigación intenta aportar un soplo de aire fresco al debate sobre el bien jurídico en los delitos sobre la

[1] NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª Ed. Tecnos. Madrid, 2005. p. 23.
[2] Vid. *infra*, Cap. 5. Apdo. 5.1.1.1. A)
[3] En tal sentido vid., entre otros, NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Colex. Madrid, 2001. p. 88; ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*. Iustel. Madrid, 2006. p. 95.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ordenación del territorio y el urbanismo. En tal sentido, uno de nuestros objetivos es explorar nuevos senderos alejados de los comúnmente transitados por la doctrina a la búsqueda de un bien jurídico real y concreto que permita construir tipos plenamente lesivos que alejen el fantasma del peligro abstracto y que posibilite una interpretación posterior apegada fielmente a la realidad empírica y social del fenómeno urbanístico.

En este sentido nos parece de una gran importancia conseguir desligar en la medida de lo posible el bien jurídico de la planificación urbanística. Con ello la discrecionalidad administrativa, en lugar de dar contenido al bien jurídico como ha ocurrido hasta ahora, puede ser evaluada desde el punto de vista del respeto al objeto de protección.

Igualmente, forma parte de nuestro empeño identificar un bien jurídico dotado de autonomía conceptual y valorativa con respecto a la protección del medio ambiente, de forma que las cuestiones territoriales y urbanísticas dejen de considerarse un apéndice de las cuestiones ambientales. Aunque el tema que nos ocupa ciertamente guarda una obvia relación con los recursos naturales y su protección, ello únicamente constituye uno de los múltiples aspectos contenidos en la ordenación territorial y urbanística. Consecuentemente, persistir en una contemplación puramente ambiental del urbanismo ignora otras muchas cuestiones y perspectivas implicadas en este poliédrico fenómeno. De manera coherente con dicho razonamiento nuestros esfuerzos se encaminarán a incluir todos esos otros aspectos en el bien jurídico para dotarlo de un contenido propio y característico. Con ello se evitarán indeseables solapamientos y se otorgará verdadero sentido la separación sistemática de ambas cuestiones en dos títulos independientes de código penal.

A fin de conseguir los objetivos propuestos, nos apartaremos en este trabajo de la forma habitual de proceder denunciada. En tal sentido, nuestro punto de partida no será la ley, sino la realidad. A partir de un sólido conocimiento de la situación empírica y valorativa del fenómeno urbanístico en nuestro contexto social se adoptará la fundamental decisión sobre cuál debe ser el bien jurídico en la materia, respetando los requisitos de su concepción material. Una vez adoptada dicha decisión, deberá confrontarse la misma con el texto de la ley para comprobar si tal bien jurídico puede

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

tener cabida en él. Si no es así, se deberá formular la critica correspondiente haciendo valer de tal manera la llamada función político criminal del bien jurídico.

De acuerdo a lo planteado hasta aquí se ha estructurado la investigación en dos grandes partes. En la primera parte, a partir de una concienzuda aproximación interdisciplinar al objeto de estudio, se realiza un importante acopio de materiales tanto empíricos como valorativos que permiten conocer en profundidad la realidad urbanística y territorial. En la segunda parte, a su vez, se procede en puridad al intento de ofrecer un bien jurídico idóneo para los delitos urbanísticos, utilizando para ello las aportaciones provenientes de la primera parte del trabajo.

En el primer capítulo se analizan la relación entre las personas y el espacio desde una perspectiva psicológica. Tomando como base las aportaciones de la psicología ambiental se profundizará en primer lugar en el proceso de percepción ambiental y en los elementos físicos que influyen en dicho proceso, esto es, cómo procesan las personas su espacio vital. En un segundo momento se analizarán las reacciones físicas y psíquicas de las personas ante una serie de elementos ambientales tales como el ruido, la temperatura, la polución, la luz, el hacinamiento, etc. En tercer lugar, el análisis se extenderá a las conexiones psicológicas que experimentan las personas con su ambiente circundante tales como el apego al lugar, la satisfacción residencial, la preferencia ambiental, la territorialidad, la identidad de lugar… Vistas todas estas cuestiones y analizada su importancia en relación al bienestar de las personas, se pondrá de manifiesto la influencia que tiene en las mismas la ordenación urbanística. De esta manera, en este primer capítulo se constata una cuestión que suele pasar desapercibida como es la íntima vinculación personal existente entre el espacio circundante y la persona y, asimismo, en la influencia que en dicha cuestión puede tener la configuración territorial y urbanística.

En el capítulo segundo se presta atención a las repercusiones económicas del urbanismo. Aquí, acudiendo a multitud de datos estadísticos, se analizarán diversas cuestiones relacionadas con la economía. En primer lugar se refleja la influencia macroeconómica que ha tenido el modelo urbanístico reinante en nuestro país durante la época del "boom inmobiliario". De tal manera, se detallará profusamente la contribución del sector inmobiliario al producto interior bruto, tanto desde el lado de la

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

oferta como desde el lado de la demanda. En este último aspecto se prestará especial atención a un extremo que suele pasar desapercibido de ordinario como es la influencia indirecta que tiene la revalorización inmobiliaria en el consumo de las familias, en tanto supone una percepción subjetiva de aumento de la riqueza que obra en su poder. En segundo lugar, nos centramos en la influencia que ha tenido el modelo urbanístico expansivo español en el empleo y en sus consecuencias a medio y largo plazo en materia laboral.

A continuación, en un tercer apartado dentro de este capítulo, se intenta explicar todo la influencia económica del boom inmobiliario puesta de manifiesto atendiendo fundamentalmente a su componente especulativa y haciendo especial hincapié en las circunstancias que muestran que el crecimiento obtenido es artificial y que el mismo difícilmente puede tener vocación de estabilidad a largo plazo. Finalmente, como una cuestión conexa, se aborda el estudio de la influencia de este modelo urbanístico expansivo en el sistema de ingresos públicos locales, constatando los riesgos que dicho modelo conlleva de cara al interés general.

De este segundo capítulo se deduce, como no podía ser de otra forma, una poderosa influencia del urbanismo en los agregados macroeconómicos y en las cifras de empleo, así como una constatación empírica de los importantes daños económicos que ocasiona un sector de la construcción desbocado debido a un sistema urbanístico laxo o, directamente, impulsor de un urbanismo especulativo.

En el capítulo tercero de la investigación se presta atención a lo que se ha dado en denominar "implicaciones sociológicas del fenómeno inmobiliario-urbanístico". Bajo tal rúbrica se cobijan un conjunto heterogéneo de temas que tienen que ver con diversos aspectos humanos tales como el respeto del medio ambiente; la vivienda y la emancipación juvenil; la calidad democrática, o la vida en la ciudad y el fenómeno urbano[4].

[4] Debe advertirse que en este capítulo podrían tener cabida otros muchos aspectos que guardan relación con el urbanismo. En tal sentido, sólo se ha profundizado en los temas que nos parecían más interesantes, pero nuestro análisis también podrían haberse extendido a cuestiones de género, culturales, artísticas, etc. Ello obedece, como se repetirá a lo largo de la investigación, al carácter verdaderamente poliédrico del fenómeno urbano.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En el primero de los aspectos reseñados se prestará atención a las consecuencias medioambientales del urbanismo sobre el recurso natural suelo propiamente dicho. Igualmente se profundizará en los modelos urbanos existentes en la actualidad —compacto y difuso— haciendo especial énfasis en las consecuencias medioambientales del segundo de ellos, el cual parece estar en proceso de expansión en la actualidad. Como consecuencia de estos análisis se constatará el importante impacto ambiental directo e indirecto del proceso de creación de ciudad y la necesidad de un modelo de crecimiento racional y atento a estas cuestiones.

En lo que hace al tema de la influencia del urbanismo en la vivienda se focaliza la atención en un tema de una importancia social capital como es el de la emancipación juvenil. En tal contexto, se analiza la evolución del proceso de emancipación juvenil en nuestro país en los últimos tiempos, comparándolo con los datos provenientes de Europa. Tras constatar un paulatino retraso en el proceso y analizar las funestas consecuencias sociológicas de tal fenómeno, se entra a valorar las causas del mismo, concentrándonos principalmente en el rol que juega el acceso a la vivienda y en la influencia que en tal particular tiene el urbanismo.

En tercer lugar se entra a conocer las consecuencias de un fenómeno tan tristemente ligado al fenómeno inmobiliario como es la corrupción. En este aspecto, en primer lugar se caracteriza adecuadamente el fenómeno y se verifica cuál es la percepción social sobre el mismo, entendiéndola como una pista privilegiada acerca de la posible existencia del fenómeno. Posteriormente, se desmenuzan de forma muy prolija las causas estructurales que favorecen el surgimiento de la corrupción en nuestro contexto sociopolítico, utilizando en dicha labor la conocida ecuación de la corrupción de KLITGAARD. Acto seguido se analizan otras causas más coyunturales de la corrupción, intentando ligarlas en la medida de lo posible al urbanismo y al fenómeno inmobiliario. Para finalizar, se detallan los riesgos y daños que acarrea el efectivo asentamiento de la corrupción al sistema democrático y al funcionamiento de las instituciones.

Como colofón a este capítulo, profundizamos en las interacciones entre la ordenación urbana, las relaciones sociales, el delito y la inseguridad en las ciudades. En tal cometido primeramente nos detendremos en caracterizar adecuadamente el

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

fenómeno urbano. Se presentarán sus elementos definitorios, fundamentalmente la complejidad y la diversidad, y se mostrará igualmente lo positivo de esta forma de convivencia particular. Una vez realizada tal tarea preliminar abordaremos la actual situación de merma de los atributos urbanos en las ciudades a causa principalmente de la ya mencionada expansión del modelo de ciudad difusa.

Constatada dicha tendencia a la difusión y sus efectos negativos, se procederá a detallar las aportaciones que desde el diseño urbanístico pueden favorecer los atributos urbanos por excelencia. En tal sentido se analizan las características del llamado diseño prosocial, el cual favorece el contacto social y la vitalidad urbana, poniendo con ello una condición necesaria para la complejidad y la diversidad urbanas.

Visto que las medidas de diseño por sí solas no son suficientes para promover en su grado máximo el contacto social, se profundiza en un segundo aspecto fundamental de la convivencia urbana como es la seguridad. En este aspecto, una vez delimitadas las diferencias entre la sensación subjetiva de inseguridad y la efectiva comisión de delitos, se repara en el hecho de que también el diseño puede contribuir a fomentar la sensación de seguridad. En esta línea se repasarán los aportes clásicos y modernos al respecto sin olvidar en ningún momento la necesaria complementariedad entre las medidas de diseño y las efectivas relaciones sociales.

En última instancia, a modo de epílogo, se llama la atención sobre la necesidad de evitar posturas extremas que, con la excusa de prevenir la delincuencia, llevan hasta sus últimas consecuencias el diseño anti delito. Dichas posturas en realidad intentan combatir la sensación subjetiva de inseguridad mediante un diseño securitario exagerado que normalmente tiene el efecto contrario al que se persigue. Con tales medidas se suele dar lugar a un escenario de desintegración socio-espacial y de xenofobia que puede incluso redundar en repuntes de la delincuencia real y en un mayor miedo al delito.

Al llegar al capítulo cuarto cambia el plano de reflexión. Si hasta ahora nos habíamos movido en torno a cuestiones empíricas, reflejando la situación y las repercusiones de determinados aspectos relacionados con el fenómeno inmobiliario y urbanístico, ahora nos introducimos en una perspectiva axiológica o valorativa. En este

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

capítulo se va a intentar decantar las convicciones sociales en la materia, el modelo valorativo que rige o que debería regir el sistema urbanístico en cada una de los aspectos vistos hasta el momento. No se trata ya del *ser*, sino del *deber ser* del urbanismo.

En tal empresa se va a apostar por un modelo urbanístico de inspiración constitucional. Se parte de la base de que en la constitución, en cuanto expresión del consenso social fundante de nuestra sociedad, es posible hallar una serie de posicionamientos tenidos por válidos por todos desde los cuales se puede otorgar un direccionamiento axiológico al urbanismo en cada uno de los aspectos sometidos a análisis previamente.

A la hora de llevar a cabo la tarea expuesta, se va a proceder según un mismo esquema para abordar todos los aspectos urbanísticos vistos hasta el momento. En un primer momento se fijará el posicionamiento constitucional genérico en torno a cada uno de los extremos sometidos a análisis para luego deducir de él consecuencias concretas a aplicar en el ámbito del urbanismo dando lugar a unas directrices que nos indicarán cómo debe desarrollarse el urbanismo en nuestro sistema social y político de convivencia. Obtendremos así un patrón de actuación urbanística desde el prisma de la salud psicofísica, desde el prisma económico, en función de cuestiones ambientales, en cuanto al suministro de vivienda, en cuanto a la calidad democrática del proceso urbanístico y en lo referente al desarrollo de las características urbanas de la ciudad y de la seguridad.

Una vez contamos con esa serie de orientaciones constitucionales particulares o sectoriales, se va un paso más allá al percatarnos de que las mismas no son independientes entre sí, sino que todas ellas parecen responder de modo global a una dirección univoca que les es suministrada por el derecho humano emergente a la ciudad. Dicho derecho se consolida así como el auténtico principio rector en esta materia, el cual permite un direccionamiento coherente de todas las cuestiones de diseño en aras del máximo desarrollo personal en el ámbito espacial de la ciudad. Precisamente a consecuencia de esta importancia para nuestro estudio se analizarán brevemente su origen y contenido como cierre del capítulo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A continuación se inicia la segunda parte del trabajo en la que se introduce una propuesta como tal de bien jurídico para los delitos urbanísticos. Dicha propuesta se realizará utilizando abundantemente los materiales obtenidos hasta el momento en la investigación.

El capítulo quinto es fundamental en tanto que en él se adoptan las decisiones dogmáticas fundamentales que nos llevarán a la confección del bien jurídico que nos ocupa. En tal sentido, en primer lugar, partiendo siempre desde la base de un estado social y democrático de derecho, se ofrece justificadamente un concepto personal de bien jurídico material, a la par que se indican cuáles son las funciones que el mismo cumple desde nuestro punto de vista. Igualmente se justifica la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos.

En un segundo momento, una vez se ha constatado la necesidad de acudir a teorías distintas a la del propio bien jurídico para dotarlo de contenido, se optará a tales efectos por el "modelo de la racionalidad legislativa" de ATIENZA, adaptado al ámbito penal por DÍEZ RIPOLLÉS. Dicho modelo presenta a nuestro juicio ciertas ventajas que lo sitúan en una posición privilegiada para este cometido.

Tras presentar brevemente los principales puntos de este modelo y de formularle diversos apuntes a la luz de la interpretación que del mismo realiza RANDO CASERMEIRO, se pasa a utilizarlo fácticamente en la primera parte de la determinación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos, la cual consiste en identificar las conductas urbanísticas desviadas a partir de las cuales se inferirá el objeto de protección pretendido.

Dicha selección de conductas tendrá lugar en el llamado nivel de la racionalidad teleológica, en el cual se discutirá, en lo que atañe a nuestra investigación, cuáles son las conductas más socialmente dañosas a las que prestar atención punitivamente. A tales efectos se llevarán a cabo dos niveles de análisis sobre una copiosa muestra de comportamientos urbanísticos desviados extraídos de la realidad.

En el primer nivel se analizará detenidamente la lesividad de cada una de las conductas en función de los conocimientos empíricos adquiridos en la primera parte del

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

trabajo. Fruto de este análisis se descartarán aquellas conductas que no puedan considerarse dañosas socialmente.

Las conductas resultantes de esta primera criba serán juzgadas a continuación a la luz del principio de fragmentariedad. Se tratará de determinar si dichas conductas atentan contra principios esenciales de la convivencia y si dicho ataque puede calificarse de especialmente grave. En este análisis nuevamente se utilizarán los conocimientos provenientes de la primera parte del trabajo y, muy especialmente, los que tienen que ver con cuestiones valorativas. Sólo las conductas que subsistan a este segundo filtro serán las que se tengan por relevantes a efectos punitivos y con ellas se trabajará en el capítulo siguiente para determinar finalmente el bien jurídico.

Para finalizar el capítulo quinto, a modo de excurso, se suministran algunas pautas para distribuir contenidos entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Finalmente en el capítulo sexto se aborda la determinación de cuál sea el bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos. Tras una pausada exposición de las posturas doctrinales al respecto, tomando de cada una de ellas las aportaciones que nos parecen más interesantes, se aborda nuestra postura personal sobre el bien jurídico desde una perspectiva *de lege ferenda*.

Gracias a la importación de ciertos conceptos desde el campo de la ecología, y a partir del análisis del blanco de las conductas seleccionadas en el capítulo anterior, se ofrece un bien jurídico que cumple con las exigencias materiales planteadas en el capítulo anterior y que responde plenamente a la realidad empírica del urbanismo, alejándose de posturas vagas e inconcretas tan habituales en este ámbito. A renglón seguido, con tal bien jurídico en mente, se verifica si el mismo puede tener cabida en los tipos obrantes en el código penal. Comprobado que esto no es posible, se formulan ciertas propuestas de reforma que permitirían alojar el bien jurídico propuesto en el tenor de la ley.

Por último, como una cuestión ulterior, se entra a valorar la posibilidad de que el artículo 320 CP responda a la protección de un único bien jurídico coincidente con el

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

del artículo 319 CP. Se pone con ello en tela de juicio la asunción doctrinal de que la llamada "prevaricación urbanística" sea un delito pluriofensivo.

Para culminar esta introducción, en lo que se refiere a la metodología, el protagonismo lo ha tenido el análisis documental, como suele ser habitual en los trabajos de investigación jurídicos. Únicamente apuntaremos a este respecto que se ha realizado un esfuerzo en ampliar el abanico de fuentes más allá de los textos estrictamente jurídicos. En tal sentido se han realizado diversas incursiones en el campo de la psicología ambiental, la economía, la sociología, la criminología, la ecología, etc.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

ZUSAMMENFASSUNG



Publicaciones y
Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

ZUSAMMENFASSUNG

In der letzten Zeit, gab es viele Gelegenheiten, bei denen sich der Begriff des Rechtsguts als kleiner Tod oder als kömatösen Zudandes zertifiziert hat. Allerdings scheint dieser theoretische Konstrukt immer wieder von solchen Angriffen mit ungewöhnlicher Vitalität aufzuleben und dies bis heute eine der grundlegenden Fragen des strafrechtlichen Denkens ist.

Die Frage des Rechtsguts ist ein zentrales Element, im dogmatischen Ansatz, für irgendeine Straftat. Dieses kriminelle Tool spielt eine wichtige Legitimationsfunktion in einem materiellen Strafrecht, solange die durch das strafbare Verhalten beschädigte Grundlage zur sozialen Harmonie es zeigt. Dadurch rechtfertigt man die Beschränkung der Freiheit zur Folge des strafrechtlichen Verbotes und die inhärente Strafe.

Wie man sehen kann, stehen wir nicht vor einem rhetorischen sinnlosen Streit oder vor vergeblichen sophistischen Spekulationen, sondern vor einem Thema mit wichtigen und praktischen Auswirkungen, von denen das Fundament der konzeptionellen Struktur der Rechtstheorie und des Verbrechens abhängt. Jede hermeneutische Position, die später angenommen wird, würde weitgehend auf den Schutzsgegenstand ankkommen, das heißt, auf das Rechtsgut.

In unserem Arbeitsbereich —der Städtebau und die Raumordnung— hat das Rechtsgut, um es richtig zu identifizieren, eine noch größere Bedeutung, da dies eine Reihe von Problemstellungen löst.

Zum einen ist es im Bereich der kollektiven Rechtsgüter üblich, es als Schutzgegenstand auf abstrakte Konzepte oder kaum begriffene Konstruktionen zu beziehen. Aufgrund ihrer Größe und der Mangel an Fähigkeit durch einzelne Aktionen, erfüllen diese Rechtsgüter nicht die vollständigen Anforderungen, um eines zu sein und ermöglichen auch nicht die Bestätigung der tatsächlichen Schädlichkeit des strafbaren Verhaltens, welche auf die Rechtsgüter entfallen. Alle diese Probleme verschwinden, wenn man ein spezifisches, genug identifiziertes Rechtsgut erreicht.

Zum anderen gab es erhebliche Zweifel an der Legitimität des Strafrechtlichen Eingreifens, seitdem im Strafgesetzbuch von 1995 diese Straftaten eingeführt wurden.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Die korrekte Identifizierung des Rechtsgutes würde diese Zweifel durch den Nachweis, dass hinter den kriminellen Verboten der Wunsch ist, ein Interesse oder eine für die Entwicklung des sozialen Lebens wesentliche Realität zu schützen, lösen. Der Hinweis auf ein solches wesentliches Interesse würde zumindest ermöglichen, dass die strafrechtliche Intervention in der Sache *ab initio* nicht auszuschließen sind.

Trotz dieser wichtigen Bedürfnisse gibt es nicht viele Studien, die sich speziell auf dieses Thema konzentriert haben, da man es zu oft in einer eiligen Weise behandelt hat. In vielen Gelegenheiten beobachten wir, die als „*die beissende Belesenheit sich auf den eigene Schwanz*[5]" benannt wird. Das heißt, mit rühmlichen Ausnahmen, stellt man eine einfache Wiederholung von Zitaten und Formeln fest, die erfolgreich in der Lehre zu sein scheinen und vermisst Originalität und Mut bei dem Vorschlag von neuen Überlegungsweisen.

Aus unserer Sicht ist dieser Zustand der belehrenden Immobilität, die Folge, in der die Untersuchung des Schutzgegenstands normalerweise in Angriff angenommen wird. Wie später bei der Untersuchung zu sehen ist[6], wurde dieses Thema auf mechanischerweise angegangen, so als ob die Untersuchung ein weiterer Tatbestandmerkmal ist. Somit sind die Autoren bestrebt, irgendein Schutzobjekt in jedem Fall zu bieten, entweder um die selbe Idee wiederholen zu wiederholen oder durch die Erhebung in die Kategorie des Rechtsguts irgendeines abstrakten Objekt unfähig dafür, die zugewiesenen Funktionen zu erfüllen. Dies umbindet auch die Tatsache, dass in der Mehrzahl der Fälle versucht wird, ausschließlich aus dem Gesetzestext das Rechtsgut abzuleiten, obwohl das Gesetz nicht der geeignetste Ort für diese Suche[7] ist. Unter solchen Bedingungen raubt es dem Rechtsgut seine Kritik- und sogar seine Interpretationsfunktion, da es aus dem Gesetz des Schutzobjektes abgeleitet wird und nachfolgend benutzt, um die Tatbestände auszulegen. Es fällt klar auf einen tautologischen Gedankengang.

[5] NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª Ed. Tecnos. Madrid, 2005. p. 23.
[6] Cfr. Unten, Kap. 5. Abt. 5.1.1.1. A)
[7] Cfr. NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Colex. Madrid, 2001. p. 88; ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por el otorgamiento de licencias ilegales*. Iustel. Madrid, 2006. p. 95.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Angesichts der skizzierten dogmatischen Aussichten, versucht unsere Forschung einen Hauch frischer Luft in die Debatte über das Rechtsgut in die Straftaten gegen Städtebau und Raumordnung zu legen. In dieser Hinsicht ist eines unserer Ziele, neue Wege zu erkunden, entfernt von jenen, die üblicherweise von der Lehre gereiste sind, um ein echtes und konkretes Rechtsgut zu finden. Mit ihm ist es möglich volle schädliche Tatbestände zu bauen, die die Bedrohung von abstrakter Gefahr entfernen und eine spätere Auslegung erlauben, die der empirischen und sozialen Wirklichkeit des städtischen Phänomens entspricht.

In diesem Sinne scheint es von großer Bedeutung, dass das Rechtsgut sich von der Stadtplanung so weit wie möglich befreit. Damit kann das Verwaltungsermessen aus der Sicht der Wahrung des Rechtsguts ausgewertet werden anstatt es mit Inhalte zu bestücken, als wie bisher geschehen ist.

Zusätzlich zu den oben genannten Aspekten ist es ein Teil unserer Bemühungen, ein mit konzeptioneller und wertender Autonomie in Bezug auf den Umweltschutz begabten Rechtsgut zu identifizieren, so dass die territorialen und städtischen Themen nicht mehr für ein Anhängsel der Umweltfragen gehalten werden. Obwohl die Frage auf der Hand steht, besteht ein offensichtlicher Zusammenhang mit den natürlichen Ressourcen und deren Schutz, es ist nur einer von vielen Aspekten der räumlichen und städtischen Ordnung. Folglich besteht eine rein ökologische Betrachtung des Urbanismus, welche durch viele andere in diesem vielschichtigen Phänomen beteiligte Fragen und Perspektiven ignoriert werden. Im Einklang mit dieser Argumentation, werden unsere Bemühungen so gerichtet sein, dass alle diese anderen enthaltenen Aspekte des Rechtsguts ihm einen spezifischen und charakteristischen Inhalt geben. Mit einer solchen unerwünschten Aktion werden Überlappungen vermieden und im wahren Sinne ist die systematische Trennung der beiden Themen in zwei separate Titel des Strafgesetzbuchs aufzuteilen.

Um dieses Ziel zu erreichen werden wir uns von der behaupten üblichen Vorgehensweise, in dieser Arbeit, fernhalten. In dieser Hinsicht ist unser Ausgangspunkt nicht das Gesetz, sondern die Realität. Aus einem soliden Verständnis der empirischen und wertenden Situation des städtischen Phänomens in unserem sozialen Kontext wird man annehmen, dass die grundlegende Entscheidung darüber ist,

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

welches das Rechtsgut des Sachgebietes sein soll, unter den Voraussetzungen ihrer materialen Empfängnis. Nach der Annahme dieser Entscheidung, sollte man sie an den Wortlaut des Gesetzes stellen, um zu sehen ob, ein solches Rechtsgut in ihm untergebracht werden kann. Wenn nicht, sollte man die entsprechende Kritik durchführen, so dass die sogennante kriminalpolitische Funktion des Rechtsguts geltend gemacht wird.

Gemäß dem, was bislang hier gesagt wurde, wird die Forschung in zwei große Teile gegliedert. Zum einen, durch einen sorgfältigen interdisziplinären Ansatz zum Erforschungsobjekt, führt man durch eine bedeutende Sammlung von empirischen und wertenden Materialien, die eine gründliche Kenntnis der städtischen und territorialen Realität erlauben. Zum anderen geht es weiter zum eigentlichen Versuch, ein geeignetes Rechtsgut für die städtebauliche Straftaten zu bieten durch die Beiträge der Arbeit im ersten Teil.

Im ersten Kapitel wird die Beziehung zwischen Mensch und Raum aus psychologischer Sicht analysiert. Die Grundlage der Beiträge der Umweltpsychologie wird es noch weiter vertiefen, sowohl bei der Wahrnehmung der Umwelt als auch bei den physischen Elementen, die diesen Prozess beeinflussen. Und somit, wie Menschen ihren Lebensraum verarbeiten. In einer zweiten Stufe werden die physischen und psychologischen Reaktionen von Menschen auf eine Reihe von Umweltfaktoren, wie z. B. Rauschen, Temperatur, Verschmutzung, Licht, Personenanhäufung usw. analysiert. An dritter Stelle, wird die Analyse zu den psychologischen Verbindungen zwischen Menschen und ihrer Umgebung genutzt, wie z. B. Ortsverbundenheit, Wohnzufriedenheit, Umweltpräferenzen, Territorialität, Identität des Ortes... Angesichts aller dieser Fragen und der Analyse ihrer Bedeutung für das Wohlbefinden der Menschen, wird man den Einfluss der Stadtplanung auf solche Aspekte zum Ausdruck bringen. Somit konstatiert man in diesem ersten Kapitel ein Thema, das oft übersehen wird: Die enge persönliche Bindung zwischen der Umgebung, der Person und auch dem Einfluss, den auf solchen Fragen die territoriale und städtische Gestaltung haben kann.

Das zweite Kapitel konzentriert sich auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Stadtplanung. Durch die Nutzung ausgiebiger statistischen Daten werden verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der Wirtschaft untersucht. Erstens stellt man während

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

der Zeit des „Immobilien-Boom“ den makroökonomischen Einfluss, das in unserem Land herrschenden Stadtmodells, heraus. So detailliert man sorgfältig den Beitrag des Immobiliensektors zum Bruttoinlandsprodukt, sowohl von der Angebotsseite als auch aus der Nachfrageseite. In diesem letzteren Aspekt stoßen wir auf eine Tatsache, die oft übersehen wird, und zwar, den indirekten Einfluss, der die Immobilienaufwertung auf den privaten Konsum der Familien hat, da sie eine subjektive Wahrnehmung von mehr Reichtum in ihrem Besitz ist. An zweiter Stelle konzentrieren wir uns zum einen auf den Einfluss, den das spanische expansive Stadtmodell auf Anstellung gehabt hat und zum anderen auf seine Folge für die Arbeit in der Mittel- und Langfristigkeit.

Im Absatz dieses Kapitels versucht man den kompletten wirtschaftlichen Einfluss des Immobilienbooms zu erklären, grundlegend durch seine spekulative Komponente und gleichzeitig, wird zum Ausdruck gebracht, dass die Umstände zeigen, dass das erreichte Wachstum künstlich ist und dass es keine langfristige Stabilität besitzt.

Wie in einem ähnlichen Problem, wird der Einfluss dieses expansiven Stadtmodells auf das System der lokalen staatlichen Einnahmen analysiert und bestätigt die Risiken, die dieses Modell für den Gemeinnutz impliziert.

In dem zweiten Kapitel ist klar, wie könnte es nicht anders sein, dass einen starken Einfluss der Stadtplanung auf gesamtwirtschaftlichen Aggregate und auf die Beschäftigungszahlen besteht. Auch entdecken wir in ihm eine empirischen Feststellung eines erheblichen wirtschaftlichen Schaden, welcher einen „wilden“ Bausektor verursacht, wegen eines laxen oder direkt spekulativ urbanistischen Systems.

Das dritte Kapitel der Forschung richtet sich auf die Aufmerksamkeit, welche als "soziologischen Implikationen des städtebaulich-Immobilien Phänomens" genannt wird. Unter diesem Namenszeichen quartieren sich eine vielfältige Reihe von Themen ein, die mit verschiedenen menschlichen Aspekten zu tun haben, wie die Achtung der Umwelt, das Wohnungswesen und die Jugendemanzipation, die demokratische Qualität, oder das Leben in der Stadt und das städtische Phänomen.

In den ersten schon besprochenen Aspekten, schenkt man den ökologischen Folgen des Städtebaus auf den Boden als natürlichen Ressource im engeren Sinne die Aufmerksamkeit. Vertieft man sich in die heutigen Kompakt und weitläufige

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Stadtmodelle, mit besonderem Schwerpunkt auf die ökologischen Folgen des zweiten, erscheint der Verbreitungsprozess. Als Ergebnis dieser Analysen wird man die wesentlichen direkten und indirekten Umweltauswirkungen des Bildungsprozesses der Stadt feststellen und die Notwendigkeit eines rationalen und nach diesen Themen achtsamen Wachstummodells.

In der Frage des Einflusses des Urbanismus auf Wohnungswesen, lenkt die Aufmerksamkeit auf ein Thema von gesellschaftlicher Bedeutung wie Jugendemanzipation. In diesem Zusammenhang wird die Entwicklung des Jugendemanzipationsprozesses in unserem Land in der letzten Zeit untersucht und mit den Daten aus Europa verglichen. Nach der Feststellung einer progressiven Verspätung in dem Emanzipationsprozess und nach der Analysis ihrer schädlichen Folgen, bewertet man die Ursache eines solchen Phänomens, insbesondere die Rolle, die den Wohnungszugang spielt und der Einfluss des Urbanismus in der Frage.

An dritter Stelle werden die Folgen analysiert, eines leider mit der Inmobilienrealität verbundenen Phänomens, die Korruption. In dieser Hinsicht wird zunächst das Phänomen ausreichend beschrieben und auch detalliert dieSe durch die gesellschaftliche Wahrnehmung, welche ein wichtiger Hinweis auf die mögliche Existenz des Phänomens iSt. Später zeigen sich die strukturellen Faktoren durch die Entstehung von Korruption in unserem politischen Kontext und bekannte Korruptionsgleichung von KLITGAARD ausführlicher. Folglich wird man aufmerksam auf weitere konjunkturelle Ursachen der Korruption verbunden mit der Stadtplanung und dem Inmobilienphänomen. Risiken und Schäden der effektiven Entwicklung der Korruption für das demokratische System und für die Funktionsweise der Institutionen sind schließlich beschrieben.

Zum Abschluss dieses Kapitels beschäftigen wir uns mit den Interaktionen zwischen Stadtplanung, soziale Beziehungen, Kriminalität und Unsicherheit in den Städten. In dieser Aufgabe halten wir zunächst für angemessen das städtische Phänomen zu beschreiben. Seine entscheidenden Elemente stellen vor allem die Komplexität und die Vielfalt vor und zeigt auch, wie positiv diese Koexistenzsart ist. Einmal mit dieser vorläufigen Ausgabe fertig, werden wir die aktuelle Beeinträchtigung der städtischen Attribute in den Städten vor allem aufgrund der Expansion des

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

vorgenannten weitläufigen Stadtmodells angehen. Nach der Bestätigung dieser Verbreitungstendenz und ihrer nachteiligen Auswirkungen werden die Beiträge der Stadtplanung spezifiziert, die die städtebaulichen Attribute fördern können. In diesem Sinne analysiert man das sogenannte prosoziale Design, das sowohl sozialen Kontakte als auch die urbane Vitalität fördert und somit eine notwendige Bedingung für die urbane Vielfalt und Komplexität stellt.

Da die konstruktive Maßnahmen allein nicht ausreichen, um den maximalen sozialen Kontakt zu fördern, vertieft man sich in Sicherheit. In diesem Aspekt wird einmal der Unterschied zwischen dem subjektiven Gefühl der Unsicherheit und der tatsächlichen Begehung von Straftaten klar. Bemerkt man die Tatsache, dass auch das Design dazu beitragen kann, um das Gefühl der Sicherheit zu fördern. In dieser Richtung wird man die modernen und klassischen Beiträge zu solchen Themen überprüfen ohne die notwendige Komplementarität zwischen konstruktiven Maßnahmen und tatsächlichen sozialen Beziehungen vergessen.

Letztlich als Epilog, macht man Aufmerksam auf die Notwendigkeit die Extrempositionen zu vermeiden. Diese Positionen führen das anti-Delikt-Design zu ihren letzten Folgen unter dem Deckmantel der Verhütung von Verbrechen und tatsächlich versuchen das subjektive Gefühl der Unsicherheit zu beseitigen. Ein übertriebenes Desig hat in der Regel den gegenteiligen Effekt, als welches das verfolgt wird. Solchen Maßnahmen führen in der Regel zu einem Szenario von sozialräumlichem Zerfall und Fremdenfeindlichkeit, das sogar einen Anstieg der Kriminalität und eine größere Angst vor Verbrechen erbringen kann.

Nach dem Erreichen des vierten Kapitels ändert sich die Reflexionsebene. Wenn wir bis jetzt uns in einer empirischen Ebene entwickelt hatten, haben wir jetzt eine axiologische oder wertende Perspektive uns vorzustellen. Dieses Kapitel wird versuchen, sozialen Überzeugungen in dieser Angelegenheit zu dekantieren, das wertende Modell regelt oder sollte das Städtesystem in jedem der bisher gesehenen Aspekte regieren. Es geht nicht mehr um das Wesen, sondern um das Wesenssollen der Städtebau. In diesem Auftrag wird man auf ein in der Verfassung nachempfundenen städtischen Modell wetten. In der Verfassung, als Ausdruck des in unserer Gesellschaft gründenden sozialen Konsens, ist es möglich, eine Reihe von Entscheidungen zu finden,

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

die von allen als gültig gehalten werden. Aus solchen gründlichen Entscheidungen kann man dem Städtebau eine axiologische Adressierung zuordnen, zu jedem der zuvor analysierten Aspekte.

Bei der Durchführung der dargelegten Aufgaben wird man nach dem gleichen Schema vorgehen wie bei der Behandlung alle bisher gesehenen städtischen Gebieten. Zunächst wird man die allgemeine verfassungsmäßige Positionierung um jedes der analysierten Elemente klar werden und dann wird daraus bestimmte Konsequenzen folgern mit Blick auf den Städtebau, die uns zeigen werden, wie in unserem sozial- und politischen Zusammenlebenssystem Städtebau sein soll. Auf diese Weise bekommen wir ein städtisches Verhaltensmuster aus verschiedenen Gesichtspunkten: die physische und psychische Gesundheit, Wirtschaft, Umwelt, Wohnungsversorgung, die demokratische Qualität des städtebaulichen Prozesses, die Entwicklung der städtischen Eigenschaften der Stadt und Sicherheit.

In diesem Punkt haben wir eine Reihe von spezifischen oder sektoralen verfassungsrechtlichen Orientierungen. Geht man ein Schritt weiter bemerken wir, dass diese voneinander nicht unabhängig sind, sondern sie alle scheinen umfasssend eine einzige Richtung zu verfolgen. Diese Richtung wird durch das entstehende Menschenrecht auf der Stadt angeboten. So konsolidiert sich dieses Recht als der reale Leitsatz in dieser Angelegenheit, der eine konsequente Ausrichtung des Designs erlaubt im Interesse der maximalen persönlichen Entwicklung im räumlichen Aspekt der Stadt. Wegen der Bedeutung für unsere Forschung wird zum Verschluss des Kapitels kurz sein Ursprung und Inhalt diskutiert .

Dann beginnt der zweite Teil der Arbeit, in dem der Vorschlag des Rechtsguts für städtische Kriminalität eingeführt ist. Einen solchen Vorschlag wird durch die reichliche Nutzung von den in der Untersuchung erhaltenen Materialen gemacht.

Das fünfte Kapitel ist von grundlegender Bedeutung, weil in ihm die dogmatische Grundentscheidungen getroffen wird, um das Rechtsgut zu verarbeiten, das uns interessiert. In dieser Hinsicht wird zunächst aus einem sozialen und demokratischen Rechtsstaat, ein persönlicher Begriff des materialen Rechtsguts geboten und zugleich

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

wird angegeben, welche seine Funktionen aus unserer Sicht sind. Ebenso wird die Legitimität der strafrechtlichen Schutzes und der kollektiven Rechtsgüter gerechtfertigt.

In einem zweiten Schritt, wenn die Notwendigkeit verschiedener Theorien als daS des Rechtsgutes klar geworden ist, um es mit Inhalt zu füllen, werden wir dafür das "Modell der gesetzgeberische Rationalität" von ATIENZA wählen, das von DIEZ RIPOLLÉS an Strafrecht angepasst wurde. Nach unserer Meinung bietet so ein Modell uns gewisse Vorteile an, die es in einer privilegierten Lage für solch einen Zweck platzieren.

Nach der Vorstellung der wichtigsten Punkte dieses Modells und der Formulierung von verschieden Bemerkungen im Licht der Auslegung desselben von RANDO CASERMEIRO, wird es im ersten Teil der Bestimmung des Rechtsguts in der städtebaulichen Straftaten verwendet. Dieselbe besteht in der Identifizierung der städtebaulichen abweichenden Verhaltensweisen, aus dem der Gegenstand des Schutzes gefolgert werden soll.

Die Auswahl der Verhaltensweisen wird in der sogenannten Niveau der teleologischen Rationalität stattfinden, in dem, in Bezug auf unsere Forschung, wird man diskutieren, welche sind die sozial schädlichste Verhaltensweisen, auf die wir strafend aufpassen sollen. Zu diesem Zweck werden zwei Analyseebenen über ein reichliches Muster aus der städtischen Realität herausgezogenen abweichenden Verhaltensweisen verwirklicht.

Auf der ersten Ebene wird man die Schädlichkeit jeder Verhaltensweisen ausführlich analysieren in Bezug auf die im ersten Teil der Arbeit erworbenen empirische Kenntnisse. Als Ergebnis dieser Analyse, wird jene Verhaltensweisen abgetan, die als sozialschädlich nicht betrachtet werden können.

Die aus diesem ersten Filter resultierenden Verhaltensweisen werden nachfolgend angesichts der fragmentarischen Natur des Strafrechts beurteilt. Dabei wird versucht zu ermitteln, ob diese Verhaltensweisen gegen die Grundprinzipien des Zusammenlebens verstoßen und ob ein solcher Angriff als besonders schwerwiegend beschrieben werden kann. In dieser Analyse wird wieder die Information aus dem ersten Teil der Arbeit verwendet und vor allem, diejenigen, die mit Wertfragen zu tun haben. Nur

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Verhaltensweisen, die nach diesem zweiten Filter weiterhin bestehen bleiben werden für strafbedeutend gehalten und nur mit ihnen wird man auf das nächste Kapitel arbeiten, um das Rechtsgut endlich festzulegen.

Um das fünfte Kapitel abzuschliessen, als ein Exkurs, werden einige Richtlinien gegeben, um die Inhalte zwischen Strafrecht und Strafverwaltungsrecht zu verteilen.

Schließlich, im sechsten Kapitel geht man die Bestimmung dessen an, welche das Rechtsguts der städtebaulichen Straftäten ist. Nach einer eingehenden Darlegung der belehrenden Meinungen über die Angelegenheit, in der ihre interessantesten Beiträge bekräftigt werden, ist unsere persönliche Haltung über das Rechtsgut aus einer "*de lege ferenda*" Perspektive vorstellt.

Durch die Einführung bestimmter Begriffe aus dem Bereich der Ökologie und durch der Analyse des Zieles der im vorigen Kapitel ausgewählten Verhaltensweisen stellt man ein Rechtsgut, das sich der empirischen Realität des Städtebaues anpasst. Dies ermöglicht uns von den in diesem Bereich so üblichen, schwammigen und abstrakten Positionierungen fernzuhalten. Denn mit diesem Rechtsgut im Kopf wird man prüfen, ob dasselbe zu den Tatbeständen des Strafgesetzbuches passt. Festgestellt, dass dies nicht möglich ist, formuliert man einige Reformvorschläge, die ermöglichen, dass das vorgeschlagene Rechtsgut sich in dem Wortlaut des Gesetzes einquartieren.

In einem weiteren Thema wird die Möglichkeit bewertet, dass die Artikel 320 StGB einzig und allein auf den Schutz eines gleichen Rechtsguts als der Artikel 319 StGB reagiert. Somit wird die dogmatische Annahme, dass die "städtebauliche Prävarikation" ein mehranzügliches Delikt ist, in frage gestellt.

Zum Abschluss dieser Einführung, in Bezug auf die Methodik, liegt man die Aufmersamkeit auf die Dokumentenanalyse, wie es in der Arbeit der Rechtsforschung üblich ist. Fügen wir nur in dieser Hinsicht hinzu, dass ein Bemühen gemacht wurde, um das Verzeichnis verschiedener Quellen oberhalb der rein juristischen Texte zu erweitern. In diesem Sinne hat man verschiedene Streifzüge durchgeführt im Bereich der Umweltpsychologie, Wirtschaftswissenschaften, Soziologie, Kriminologie, Ökologie usw.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

PARTE PRIMERA

BASE EMPÍRICA Y VALORATIVA DE UNA PROPUESTA DE BIEN JURÍDICO MATERIAL

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 1

PERSONA Y ESPACIO: UNA RELACIÓN PSICOLÓGICAMENTE NO INOCUA

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 1
PERSONA Y ESPACIO: UNA RELACIÓN PSICOLÓGICAMENTE NO INOCUA

El ser humano desenvuelve toda su existencia en un marco físico al que puede llamarse de manera general espacio. Otros nombres utilizados comúnmente para designar esta realidad en la que el hombre desarrolla su vida pueden ser ambiente, hábitat, medio ambiente, paisaje, etc.

Parece lógico pensar que tal realidad física, que acompañará irremediablemente al ser humano en todo momento y que tiene una serie de cualidades y características propias, ejercerá algún tipo de influencia sobre él y su comportamiento a lo largo de tan dilatada convivencia. Concretamente tres son las corrientes al respecto en la literatura especializada[8]:

- El determinismo ambiental. Según esta corriente, el medio determina el comportamiento humano de forma infalible con una indiferencia total hacia otro tipo de variables que no sean ambientales como las sociales, culturales u orgánicas. Incluso la propia elección individual sería irrelevante para este paradigma.

- El posibilismo ambiental. Para este sector, el espacio se limita a ofertar una gama de posibilidades de comportamiento al individuo. Éste las evalúa y escoge una basándose en criterios culturales. En esta corriente el medio ambiente establece simplemente los presupuestos para el protagonismo de variables culturales y sociales principalmente. De este modo, a diferencia de la anterior postura, todo el protagonismo recae en la persona.

- El probabilismo ambiental. Esta postura es la intermedia entre las dos anteriores. Para ella el ambiente físico, al igual que ocurría con la anterior, brinda una serie de posibilidades de actuación sin determinar totalmente la elección de

[8] Vid. RAPOPORT, A. *Aspectos humanos de la forma urbana. Hacia una confrontación de las ciencias sociales con el diseño de la forma urbana.* Colección Arquitectura/perspectivas. Gustavo Gili. S.A. Barcelona, 1978. p. 16. Tb. en MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente*. Cuadernos de Puertanueva. Consejería de educación y ciencia. Albolote (Granada), 1994. p. 114.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

> alguna de ellas. Sin embargo, algunas elecciones o actuaciones son más probables que otras dado un escenario físico determinado. En esta última postura se observa cómo es el hombre el que decide su actuación usando otras variables (culturales, sociales, orgánicas…) además de las ambientales, pero no se niega a éstas últimas su valor. En diferentes ambientes, con las mismas convicciones culturales o sociales, un individuo podrá actuar de diferente modo dependiendo del lugar.

En nuestra opinión la postura más correcta, y de la que partiremos en todo lo que digamos a continuación, es la última, la que aboga por una influencia mediatizada del espacio. En efecto, creemos que no es lógico pensar que el ser humano es una mera marioneta que se mueve irremediablemente al son que le marca el ambiente con independencia de otra serie de realidades culturales o sociales tan importantes en el género humano. De igual forma es también ilógico, hasta arrogante podría decirse, el negar totalmente la influencia del espacio en el actuar cotidiano de la persona. Tal impresión puede derivarse de que esa influencia en muchos casos no es consciente[9] y, por ello, puede pensarse que no existe. Pero la realidad es que existe tal influjo.

Con esta idea en mente, antes de analizar en profundidad cómo y en qué medida se produce la influencia de los diferentes aspectos espaciales, indagaremos en primer lugar de modo introductorio en las formas de comunicación entre la persona y el espacio. Es decir, observaremos detenidamente los medios a través de los cuales el espacio se hace patente al individuo y a cuyo través ejerce su influjo. Dicho canal es principalmente la llamada percepción ambiental.

[9] PROSHANSKY, H.M. "The city and self-identity", en *Environment and behavior,* Nº 10:2 (1978) p. 161.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1.1. La percepción ambiental

La percepción ambiental en sentido amplio[10] es el mecanismo a través del cual el individuo conoce el mundo que le circunda y en virtud del cual desarrolla sus tareas adaptativas[11]. Tres son las partes que componen esta función. Se suele distinguir tradicionalmente entre sensación, percepción y cognición[12].

La sensación consiste en el mero estimulo. Es decir, nos encontramos ante una alteración ambiental que actúa sobre los receptores del organismo. Esta sensación es neutra (no valorativa), y se produce constantemente[13]. Se trataría simplemente de un sonido, una luz, la temperatura, etc., pero sin que el ser humano realice ninguna actividad de procesamiento de tales estímulos. En la percepción en sentido estricto se procesa la información producida por la sensación en el receptor y el sujeto accede a la naturaleza y propiedades del objeto que produjo la sensación y se otorga un significado al mismo. Se trata de formar una imagen consciente del ambiente. Por último, la cognición es el proceso mental que permite el conocimiento, es decir, la fijación de las características del medio en la memoria del individuo. Está compuesta por procesos como la memoria, asociación y formación de conceptos…, los cuales pueden llevarse a cabo sin necesidad de encontrarse ante el espacio sobre el que se desarrolla tal función.

Es de destacar que la percepción humana no es total, es decir, no se percibe el espacio tal cual es en toda su amplitud ("*ambiente conocido científicamente*"[14]). Muy al contrario, el mecanismo de que tratamos tiene una serie de limitaciones que vienen dadas por los propios receptores humanos (*v. g.* no somos capaces de captar la luz ultravioleta o infrarroja, los infra o ultrasonidos…), por la cantidad de estímulo (la cual puede no llegar a un umbral mínimo o bien desbordar los receptores llegando incluso a

[10] Más modernamente, en vez de percepción se está utilizando el término "procesamiento de información" (compuesto por registro, interpretación y memorización). No obstante, utilizamos aquí la fórmula tradicional por ser la que usa la mayoría de la doctrina.
[11] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque general*. Limusa. México, 1999. p. 67.
[12] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Percepción Ambiental", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986. pp. 53-54. Otra clasificación de los elementos que componen la percepción ambiental es la propuesta por CORRALIZA, el cual se refiere a tres niveles dentro de ella: reconocimiento, valoración y adaptación. Vid. CORRALIZA, J. A. *La experiencia del ambiente. Percepción y significado del medio construido.* Tecnos. Madrid, 1987. pp. 48-55.
[13] RAPOPORT. A. *Aspectos humanos de la forma…*cit. p. 47
[14] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Percepción Ambiental"… cit. p. 51

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

producir dolor; pensemos en un fogonazo de luz o en un potente ruido), por la posición de los receptores con respecto al estímulo (no podemos ver lo situado a nuestra espalda o sentir algo que no tocamos) o por limitaciones de tratamiento de la información por parte del individuo (*v. g.* la llamada memoria a corto plazo, que sólo puede retener seis o siete paquetes de información). Esta última limitación de la percepción es quizás la más importante. Para combatirla, el individuo acude a dos mecanismos. La reducción de la atención, de forma que se limita la percepción de algunos estímulos y, de otro lado, el "empaquetamiento" de la información en totalidades con un sentido[15]. Es decir, ante la gran extensión del ambiente, que no puede ser percibido de una vez, se acude a la memoria y a la inferencia. Ello da lugar a esquemas cognitivos de las visiones perceptivas instantáneas que permiten abarcar áreas mucho mayores[16]. Se origina así intelectualmente un ambiente simbolizado, resultado de la actividad cognoscitiva del individuo. Éste constituye un reflejo subjetivo del mundo real que va a ser utilizado para la toma de decisiones y cuya eficacia dependerá de la fidelidad de ese reflejo con el original. Tal ambiente simbolizado está constituido por los llamados mapas cognitivos.

1.1.1. Los mapas cognitivos

1.1.1.1. Definición

El término "*mapa cognitivo*" es de por sí bastante gráfico. Viene a designar la representación mental —el plano ideal— que las personas e incluso los animales hacen de los hábitats en los que se desenvuelven. El término tiene un precedente en la geografía, en la que se usaba la palabra "*mapa imaginario*"[17] para referirse a representaciones cognitivas de los lugares a gran escala[18]. Estos mapas imaginarios servían para fijar subjetivamente las distancias entre las distintas ciudades.

A pesar de este precedente, el término, tal y como nosotros lo empleamos, se lo debemos a TOLMAN[19], el cual va a hablar por primera vez propiamente de mapas

[15] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Percepción Ambiental"… cit. p. 55.
[16] RAPOPORT. A. *Aspectos humanos de la forma…*cit. p. 48.
[17] Vid. TROWBRIDGE, C. C. "On fundamental methods of orientation and imagery maps". en *Science*, nº. 38, 1913. pp. 888-897.
[18] ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M). 3ª Ed. Piramide. Madrid, 2010. p. 45.
[19] TOLMAN, E.C. "Cognitive maps in rats and men", en *Psychological review*, nº. 55, 1948. pp. 189-208.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

cognitivos[20]. Sin embargo, el mayor desarrollo teórico en este campo, como veremos a continuación, se debe a LYNCH, el cual ha trabajado profusamente en torno a estas representaciones cognitivas del lugar.

Muchos son los autores que han dado una definición de lo que ellos entienden por mapa cognitivo. Son merecedores de mención a título ejemplificativo DOWNS y STEA, para los que el mapa es "*un constructo que abarca aquellos procesos que hacen posible a la gente adquirir, codificar, almacenar, recordar y manipular la información acerca de la naturaleza de su ambiente espacial. Esta información se refiere a los atributos y localizaciones relativas de la gente y los objetos en el ambiente y es un componente esencial en los procesos adaptativos de la toma de decisión espacial*".

Para MILGRAM un mapa mental es "*un dibujo de la ciudad que la persona lleva en su mente: las calles, barrios, plazas, etc. que son importantes para él, de algún modo enlazadas y con una carga emocional adjunta a cada elemento*[21]."

En opinión de RAPOPORT, los mapas mentales "*son transformaciones psicológicas a través de las cuáles la gente adquiere, codifica, recuerda y decodifica información acerca de su ambiente espacial, o sea las distancias relativas, direcciones, combinación de elementos, etc.*[22]"

Los "mapas mentales", si bien parecidos, son únicos y personales. Es decir, cada persona realizará un mapa de un determinado lugar distinto de los demás, aunque, obviamente, respondan a patrones similares. Un lugar que en el mapa de una persona sea preeminente puede pasar casi inadvertido en el de otra. Se ha demostrado que los mapas no representan fielmente el ambiente espacial objetivo. Claro a estos efectos es el ejemplo citado por HOLAHAN en su manual según el cual, en el mapa mental de

[20] Otros autores hablan también de "mapas mentales". Vid RAPOPORT. A. *Aspectos humanos de la forma…*cit. p. 123 y ss; HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque…* cit. p. 69, o MILGRAM, S. *The individual in a social world. Essays and experiments.* Adison-Wesley. New York, 1977. p. 7. Algunas otras denominaciones empleadas son "imágenes mentales", "esquemas cognitivos", "representaciones cognitivas", "mapas cognoscitivos", etc; si bien esta última denominación parece ser la más empleada. Vid. HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque…* cit. p. 76. Nosotros optamos por la denominación *mapas cognitivos* por estimarla más simple y correcta léxicamente.

[21] Tanto esta definición como la anterior aparecen citadas en ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986. pp. 66-67.

[22] RAPOPORT. A. *Aspectos humanos…*cit. p. 124.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

muchos parisinos, el río Sena discurre describiendo una curva suave o casi recta, mientras que la realidad es que describe una curva bastante pronunciada[23].

1.1.1.2. Elementos

En los mapas cognitivos se encuentran reflejado tamaños, distancias y direcciones a partir de las cuales las personas toman las decisiones necesarias para ir de un lugar a otro en ejecución de un plan preconcebido[24]. Según el máximo estudioso de los mapas cognitivos, LYNCH, éstos están compuestos específicamente por cinco elementos[25]:

a) **Sendas**. Son los caminos y vías por los que la gente transita. Calles, rutas de autobuses, líneas de ferrocarril, carreteras…

b) **Bordes**. Los bordes son elementos lineales que no actúan como sendas. Pueden ser divisiones entre sectores de la ciudad o uniones en las cuales coinciden dos partes de la misma. Muros, límites de urbanización, litorales, ríos, etc.

c) **Distritos**. Este elemento se refiere a diversos sectores medianos o grandes de las ciudades que pueden distinguirse como una unidad.

d) **Zonas de confluencia**. Son puntos estratégicos de la ciudad hacia y desde donde los habitantes se desplazan. Las más comunes son las glorietas, las estaciones ferroviarias, las plazas, los parques frecuentados, cruces de avenidas, etc.

e) **Hitos**. Los hitos son puntos observables desde la distancia, aunque pueden ser más locales de un área particular. Serían torres, edificios singulares, catedrales, etc.

A pesar de lo que pudiera parecer, las representaciones cognoscitivas que estudiamos no son única y exclusivamente visuales, sino que también intervienen en ellas otros órganos sensoriales y motores aparte de la vista. Así por ejemplo, DOWNS y STEA han demostrado que las personas ciegas de nacimiento también elaboran imágenes mentales de su ambiente espacial[26]. En este mismo sentido hay que resaltar

[23] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque…* cit. p. 70.
[24] ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Introducción a…* cit. p. 69.
[25] Vid. LYNCH, K. *The image of the city*. MIT Press. Cambridge (Massachusetts), 1960. p. 47.
[26] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque…* cit. p. 77.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que tampoco son elementos físicos los que actúan exclusivamente en los mapas cognitivos, sino también simbolismos y significados, aspectos socioculturales, etc[27].

1.1.1.3. Formación

Los mapas cognitivos parecen formarse por medio de la experiencia y el aprendizaje. Las personas se construyen una especie de mapas provisionales que utilizan como hipótesis que deben ser verificadas con respecto al medio ambiente. Para tales comprobaciones es necesario un proceso de aprendizaje que modifica poco a poco el esquema previo dándole forma[28]. De este modo, los mapas no son estáticos, sino que se encuentran en permanente cambio en tanto que su poseedor continúe interactuando con el medio. Pueden desgastarse con el tiempo si el sujeto no se relaciona con el ambiente, aunque, en general, son resistentes al olvido. También parte del aprendizaje que da lugar a los mapas cognitivos es indirecto. Se produce a través de los medios, educación, etc. y va a influir en que exista una cierta uniformidad en los diferentes esquemas personales. Los mapas, así, están en función tanto de la información que se recibe del medio, como de la acción que desarrolla el individuo en él[29]. Tanto la formación como el mantenimiento de los mapas mentales constituyen, de esta manera, un proceso recíproco entre la persona y el ambiente. Ello es congruente con el modelo de relación de que partíamos páginas atrás[30]. Tal reciprocidad explica asimismo el hecho de que la calidad de los mapas dependa del medio de transporte que utilice el individuo, esto es, de la forma de interacción con el medio espacial[31]. MOORE señala que los mejores mapas se obtienen cuando se explora el medio a pie y la calidad va decreciendo conforme se usan otras formas de locomoción. Parece ser que la calidad merma progresivamente cuando se conduce, se va en vehículo sin conducir y, por último, cuando se usa el transporte público[32]. Esto puede deberse a que en estos casos se pierde progresivamente el contacto con la realidad al no poderse controlar los movimientos, el acceso activo al

[27] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos…*cit. p. 127.
[28] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos…*cit. pp. 132-133.
[29] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque…*cit. p. 78; ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Introducción a…* cit. p. 67.
[30] Vid. *supra* el apartado introductorio a este capítulo.
[31] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos…*cit. p. 139.
[32] Vid. MOORE, G. T. "Knowing about environmental knowing. The current state of theory and research on environmental cognition", en *Environmental and Behavior*, nº. 11, 1979. pp. 33-70. cit. en ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Introducción a…* cit. p. 78.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

lugar[33]. Por ello, la interacción es menor e inferior, por tanto, la calidad de la representación cognitiva correspondiente.

A medida que la persona necesita actuar en un área mayor va extendiendo el contenido del mapa construyendo nuevas partes del mismo. Una vez se conocen varios lugares, relaciones e itinerarios, éstos se estructuran jerárquicamente en base a su valor y a la frecuencia de interacción con los mismos. Nos encontramos por tanto con lugares primarios, secundarios o terciarios, de manera que los lugares de primer rango ordenan a los demás y se sitúan en zonas más conocidas. Es decir, las zonas familiares se usan como puntos de referencia y en cada área se van definiendo más lugares a través de distancias, itinerarios y conectores. Los puntos de referencia también se relacionan entre sí y los nuevos lugares se relacionan con los antiguos y con el punto de referencia más próximo[34]. De este modo va surgiendo un mapa cognitivo cada vez más amplio en el que las áreas en las que se vive aparecen más detalladas y nítidas que aquellas con las que se tiene menos contacto o son más distantes del escenario habitual de comportamiento[35].

1.1.1.4. Funciones

La principal funcionalidad o misión que tienen los mapas cognitivos es la orientación[36]. Es decir, con los mapas mentales las personas resuelven sus problemas sobre el espacio, evitando el estrés y la ansiedad producida por la desorientación[37]. Los problemas de espacio se concentran básicamente en tres cuestiones: Dónde se está, cómo ir a donde se quiere ir y cómo saber que uno está donde quería ir[38]. Según

[33] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos…*cit. p. 139 *in fine.*
[34] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos…*cit. pp. 134-136.
[35] Este proceso de formación de los mapas es congruente con las tres formas básicas de conocimiento espacial fijadas por HART Y MOORE. La primera es el *sistema de referencia egocéntrico,* en el que la persona y sus acciones son los ejes centrales. De ahí que la primera parte que se forma en los mapas es la que está directamente vinculada a la experiencia más cotidiana del individuo. La segunda es el *sistema de referencia fijo* en el que el conocimiento se organiza en torno a elementos fijos y concretos. Tales elementos pueden ser las zonas más familiares o los hitos o mojones de que hablábamos *supra*. Por último se encuentra el *sistema de referencia abstracto o coordinado,* que es una representación que responde a un patrón geométrico y que se producirá cuando se trasciendan las zonas más familiares en virtud de la experiencia. Vid. HART, R. A. y MOORE, G. T. "The development of spatial cognition: a review", en *Image and environment. Cognitive mapping and spatial behavior.* Aldine Publishing Co. Chicago, 1973. cit. en ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Psicología*… cit. pp. 50-51.
[36] ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Psicología*… cit. p.54.
[37] MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente…* cit. p. 168; LYNCH, K. *The image of*… cit.; ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Psicología*… cit. p.54.
[38] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos de la forma…*cit. p. 142.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

HOLAHAN, de forma más simple aún, los mapas aportan la información para saber dónde ir para satisfacer las necesidades individuales y cómo llegar allí. La resolución de estos problemas usando los mapas mentales está tan desarrollada que se produce de manera inconsciente, sin que parezcan propiamente problemas. Sin embargo, sin tal habilidad, las tareas cotidianas, como visitar a un amigo que vive en el otro lado de la ciudad o tener que atravesar el campus de una universidad para ir a una nueva clase, aparecerían como cuestiones irresolubles[39].

En definitiva los mapas cumplen una función adaptativa muy bien ejemplificada por KAPLAN:

> "*Un simio de proporciones regulares al bajar de los árboles tuvo que depender de la inteligencia para sobrevivir. Los humanos de la prehistoria necesitaban anticiparse a los hechos para cazar animales y evitar los peligros. La supervivencia de los humanos en la prehistoria dependía de su capacidad para reconocer y localizar sus espacios. La identificación del lugar donde uno se encuentra es un problema complejo, ya que el ambiente es inestable y cambia constantemente. Sin embargo, el hombre de la prehistoria que luchaba por sobrevivir no podía dar respuesta a cada nueva situación, ya que nunca antes había enfrentado una experiencia similar. De la misma manera, los primeros cazadores recolectores necesitaban conocer grandes áreas para localizar y utilizar esos recursos vitales, sin perder los rastros del camino de regreso a su territorio. Así, la habilidad para explicarse un ambiente incierto y variable, y para extraer las características reconocibles esenciales de cada nueva situación fue decisiva para la supervivencia de la especie humana. La capacidad de adaptación que se desarrolló en respuesta a esta necesidad es la elaboración de mapas cognoscitivos, que proporcionan un complejo marco de representación al cual se pueden adaptar nuevas experiencias ambientales*[40]*."*

En la orientación, además de la capacidad del ser humano para elaborar y utilizar los mapas mentales que haya creado, tienen una gran importancia ciertos factores físicos

[39] HOLAHAN, Ch.J. *Psicología ambiental. Un enfoque…* cit. pp. 82-83.
[40] KAPLAN, S. "Cognitive maps in perception and thought", en *Image and environment: Cognitive mapping and spatial behaviour* (Eds. DOWNS, R. M. y STEA, D.) Aldine. Chicago, 1973. Citado en HOLAHAN, Ch.J. *Psicología ambiental. Un enfoque…* cit. p. 83.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

como pueden ser la *diferenciación, el grado de acceso visual y la complejidad del trazado espacial*[41]. La diferenciación es el grado en que las partes del ambiente parecen lo mismo o diferentes. El grado de acceso visual es la extensión de las diferentes partes del ambiente que pueden ser vistas desde un punto panorámico. Por último, la complejidad del trazado espacial se refiere a grado de dificultad de la información sobre el ambiente que debe ser procesada para moverse alrededor del mismo. Todos estos aspectos permitirán facilitar o dificultar la orientación y en ellos tiene un gran peso el diseño del ambiente.

Otra función de gran importancia que llevan a cabo los mapas mentales es la de proporcionar una base espacial a la comunicación entre las personas. Las representaciones cognoscitivas compartidas del ambiente proporcionan los símbolos y la memoria colectivos que resultan esenciales para la comunicación social y el sentimiento de pertenencia[42]. De esta forma, parece que el ambiente, además de un claro componente físico, posee también un componente simbólico sobre el que profundizaremos en páginas posteriores.

La última de las funcionalidades psicológicas de los mapas cognoscitivos es la de proporcionar una estructura sobre la que organizar el sentimiento de identidad personal[43]. Es decir, el individuo recrea de forma personalísima el lugar donde reside dando lugar a un sentido de ubicación, y hace de ese lugar recreado según su visión una parte de él mismo conforme a la cual poder diferenciarse de los demás. Sobre este tema también tendremos ocasión de profundizar en un epígrafe posterior.

[41] ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Psicología*… cit. p. 54.
[42] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 85.
[43] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 87.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1.2. La influencia de los factores ambientales físicos en el ser humano

Son múltiples y muy variados los factores ambientales físicos provenientes del medio espacial circundante del ser humano que inciden sobre él en el desarrollo diario de su existencia. Éstos van a tener unas consecuencias determinadas tanto en su comportamiento como en su salud. Nosotros, no obstante, nos centraremos únicamente en aquellos que de modo más habitual son resaltados por las diferentes obras generales sobre psicología ambiental, dado que el carácter meramente preparativo de este capítulo con respecto a la parte fundamental y netamente jurídica del trabajo no exige mayores profundizaciones. En concreto, nos centraremos en las influencias que sobre las personas tienen la temperatura, la contaminación, el viento, la luz, los sonidos y el hacinamiento o la aglomeración.

1.2.1. La temperatura ambiental

Un intervalo térmico apropiado es de vital importancia para el desarrollo normal y satisfactorio de la vida. Es más, la búsqueda de una temperatura óptima está relacionada con la propia supervivencia y es un comportamiento inherente a cualquier forma viva en nuestro planeta. Son muchos los trabajos que han intentado fijar un marco en el que la temperatura produzca sentimientos de agrado, sin embargo, entendemos que esto es una apreciación personal que depende de cada individuo y que un desarrollo de todas las posibles teorías al respecto carece de fundamento en una investigación como la que nos ocupa[44]. En estos trabajos se ha demostrado además que la temperatura no es un factor que actúe aislado, sino que, como ocurrirá en la mayoría de los casos, su percepción o sus efectos pueden estar influenciados por otros elementos ambientales como la humedad, el movimiento del aire, el nivel de actividad física… Así, por ejemplo, cuando nos hallamos a temperaturas elevadas (superiores a 26º.C), un aumento de la humedad desde el 20 hasta el 75% puede percibirse subjetivamente equivalente a un

[44] No obstante, a título meramente ejemplificativo vid. STEVENS, J. C., ADAIR, E.R. y MARKS, L.D., "Pain, disconfort and Warmth as a function of termal intensity", en *Psychological and behavioural temperature regulations* (Eds. HARDY, J. D., GAGGE, A. P. y STOLWOJK, J. A.). Charles C. Thomas. Springfield, 1970, los cuales alcanzan la conclusión de que la temperatura óptima se halla alrededor de los 22º C. cit. en LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M). 3ª Ed. Pirámide. Madrid, 2010. p. 78; De otra opinión, HOLAHAN, el cual habla de 26º. Vid. HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 165.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

aumento de 1,5º C[45]. Es por todo ello que las sensaciones de frío o calor, dentro de unos límites lógicos, pueden ser consideradas subjetivas y podemos hablar de ellas como desviaciones por exceso o por defecto con respecto a la temperatura ideal para la persona. Esas dos manifestaciones extremas de la temperatura, en tanto que se apartan del ideal y pueden llegar a ser molestas, han sido objeto de profusos estudios en cuanto a sus efectos. Nosotros nos centraremos especialmente en el estudio de la temperatura elevada, la cual ha adquirido una mayor importancia que el frío en nuestras ciudades[46].

1.2.1.1. Efectos del Calor

Los primeros efectos del calor que se ponen de manifiesto, si bien los menos interesantes para nosotros, son los puramente fisiológicos. Éstos se perciben a través de dos tipos de termorreceptores: los que se encuentran en el hipotálamo y los que se encuentran repartidos por la piel. Ambos funcionan de manera diversa. Los primeros son los responsables de la regulación de la temperatura corporal interna y, aunque la temperatura de la piel se mantenga constante, van a producir de manera inconsciente reacciones tales como sudoración, jadeo, vasodilatación, reducción del metabolismo… El otro tipo de termorreceptores, por el contrario, actúan en función de la diferencia de temperatura entre nuestra piel y el exterior. Estos últimos producen una sensación consciente de calor o frio a la que el individuo va a responder con mecanismos exógenos como abrigarse, aumentar la actividad física, etc[47].

De este modo, si la temperatura externa aumenta y los mecanismos de respuesta —endógenos o exógenos— no son suficientes para disipar debidamente dicho exceso, habrá dificultades en mantener la temperatura interna dentro de unos límites adecuados

[45] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 79; en idéntico sentido MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente*... cit. p. 94.

[46] Según RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores físicos ambientales en el comportamiento", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza, Madrid, 1986. p. 116, la temperatura de las zonas urbanas es entre 5,5ºC y 11ºC superior a la de las zonas aledañas, lo cual se debe a una serie de causas como la absorción y reflexión de calor por los materiales empleados en la construcción, el efecto invernadero producido por la contaminación, por la producción de calor del tráfico, los sistemas de calefacción, la industria, etc.

[47] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 78. En idéntico sentido, RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores físicos..." cit. p. 117. Ambas percepciones del calor —interna y externa— pueden influirse mutuamente cuando fallan los mecanismos de respuesta respectivas. Así, un calor interno que no pueda ser sofocado por los mecanismos orgánicos a los que aludíamos redundará en una percepción de aumento de la temperatura exterior. De la misma forma, si el calor exterior es excesivo, la temperatura interna tenderá a aumentar si no se ponen en marcha los mecanismos fisiológicos de respuesta.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

y se producirá un cuadro de inquietud, debilidad, dolor de cabeza y náusea que puede desembocar en el llamado "golpe de calor". Cuando éste se da, aumentan en intensidad los efectos que acabamos de señalar pudiendo llegarse al delirio, el coma o incluso la muerte si la situación no es tratada convenientemente. De otro lado, en los casos en los que se soporta una temperatura elevada de forma crónica, pueden producirse casos de astenia. Los síntomas de ésta serán irritabilidad, cansancio físico y mental, pérdida de apetito, insomnio, migraña, etc. Incluso se han constatado insuficiencias cardiovasculares o ataques cardíacos causados por las olas de calor[48].

La existencia de efectos fisiológicos debidos a las altas temperaturas como los acabados de observar es intuíble por cualquiera. No obstante, pueden existir influencias del calor también en otros ámbitos que no son tan obvios. En el caso del rendimiento laboral, los estudios realizados, generalmente en condiciones de laboratorio, han arrojado resultados contradictorios. Según los manuales generales de psicología ambiental, existen investigaciones que afirman tanto la influencia negativa del calor como su efecto neutro o incluso beneficioso[49]. No obstante, parece indiscutido que el aumento de la temperatura dificulta la realización de tareas difíciles, pero no la de las sencillas.

Estas diferencias en la apreciación de las consecuencias del calor sobre el rendimiento se deben a que el calor no es una variable absoluta, ya que las consecuencias del mismo están moduladas por diversos factores tales como la duración de la exposición, la calidad de la supervisión o la ya mencionada complejidad. La relación entre temperatura y rendimiento, así, no es lineal y puede representarse como un función con forma de "U" invertida modulada fundamentalmente por la complejidad de la tarea[50]. De este modo, para las tareas sencillas, los aumentos moderados de

[48] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores físicos…" cit. p. 117.
[49] Vid. entre otros, LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 79. En el mismo sentido, HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 165.
[50] El llamado modelo de Yerkes-Dodson se toma de la psicología experimental y ayuda a interpretar los resultados de las primeras investigaciones sobre los efectos de los factores ambientales en el rendimiento laboral. Según esta ley, la relación entre el nivel de estimulación y el rendimiento humano está representado en forma de U invertida. Ello quiere decir que el rendimiento máximo se consigue con un nivel intermedio de estimulación, y que éste desciende con su aumento o su disminución. Gracias a estos autores, se ha establecido una serie de relaciones entre el nivel de rendimiento y el tipo de tareas que se realiza (compleja/simple).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

temperatura aumentan la activación[51], favoreciendo la realización de las mismas. Al llegar a un cierto nivel, sobre los 35ºC[52], el rendimiento va descendiendo paulatinamente. En el caso de las operaciones complejas, como ya hemos dicho, el aumento de la temperatura conllevará una disminución progresiva del rendimiento.

La temperatura elevada también tiene una serie de repercusiones en el ámbito social, es decir, en lo que se refiere al trato con los demás. Parece que el aumento de la temperatura conlleva una tendencia hacia el distanciamiento personal para evitar el calor producido por los otros individuos, e incluso puede llevar a actitudes negativas cuando la irritabilidad que produce el calor se asocia a otras personas. De este modo, en un estudio realizado en 1970 por GRIFFITH, se puso de manifiesto que las personas calificaban peor a los desconocidos cuando la temperatura era elevada. A pesar de ello, en experimentos realizados posteriormente por BELL y BARON, no se constató este efecto ante personas con las que se acababa de interactuar[53]. Tal fenómeno se explica por HOLAHAN tomando como base lo que él denomina "sufrimiento compartido", cuyos efectos positivos se contrarrestan con los negativos originados por el calor.

BELL y BARON, también estudiaron en los años 70 las influencias del calor en lo que atañe a la agresividad y descubrieron una relación curvilineal en forma de "U" invertida entre ambos factores, de forma que la agresividad aumenta con la temperatura hasta un determinado nivel, a partir del cual aquélla empieza a descender[54]. Del mismo

---

De aquí se desprende que, en tareas complejas, un nivel de estimulación moderado puede afectar negativamente al rendimiento, ya que estas requieren esfuerzo de concentración; pero que, en tareas simples, que no exigen rapidez ni esfuerzo, este mismo nivel de estimulación provocaría un aumento en el rendimiento.

[51] La activación o "*arousal*" se refiere al grado de alerta o atención que presenta una persona. Dicha activación puede variar en un rango continuo que va desde el sueño profundo en uno de sus extremos (como un estado de coma) hasta el mayor grado de excitación en el otro (como un ataque de pánico). Debemos, pues, entender la activación como una función energizante que es responsable del aprovechamiento de los recursos del cuerpo cuando se han de llevar a cabo actividades. Sobre la génesis y la evolución de este constructo psico-fisiológico vid. ROSSELLÓ I MIR, J. "Los primeros teóricos de la activación: panorama del nacimiento y desarrollo de una teoría *in artículo mortis*", en *Revista de historia de la psicología*. Vol. 15, nº. 3-4, 1994. pp. 133-141.

[52] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores físicos..." cit. p. 117; LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 79.

[53] Los resultados de tales estudios se asumen por HOLAHAN, Ch. J. *"Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 200; asimismo, RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. p. 118.

[54] Tales resultados fueron puestos en cuestión por MERRILL y ANDERSON que hablan de una relación monotónica creciente entre temperatura e incidentes de violencia colectiva, si bien limitada al rango de temperatura normal y reconociendo que existe un punto en que la temperatura se vuelve tan caliente que

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

modo, postularon que el calor tenía esta influencia en personas que no estaban irritadas previamente, pero ocurría el efecto contrario en aquellos individuos que ya estaban enojados. Tal hecho se produce según estos autores porque la agresión se origina cuando el sentimiento negativo se encuentra en niveles intermedios. Esto se da sólo cuando hay irritación o temperatura elevada, pero no cuando se dan los dos factores simultáneamente. En tal caso, el sentimiento negativo es muy elevado como para dar lugar a la agresión. En conclusión podemos hablar de un efecto potenciador del calor sobre la agresividad con las limitaciones ya expuestas.

1.2.2. La contaminación atmosférica

Todos poseemos una idea más o menos exacta de qué es la contaminación. Cada una de estas nociones intuitivas parece tener en común con las demás la valoración negativa del fenómeno y su carácter artificial o inducido por el hombre o sus actividades. La organización mundial de la salud (OMS) establece en general que la contaminación física, química o biológica es "la presencia en el aire, en el agua o en el suelo, de factores y sustancias en cantidad o concentración y periodo de tiempo tal que causan molestias, amenazan la vida o la salud de las personas, animales o plantas, dañan los bienes u obstaculizan el disfrute razonable de vidas y haciendas en las zonas afectadas por ella." Más particularmente, dado que nosotros nos vamos a referir a la contaminación atmosférica, hay que traer a colación la definición de contaminación aérea que acogió el Consejo de Europa en 1967. "El aire se considera contaminado cuando la presencia de una sustancia extraña o una variación notable en la proporción de sus componentes sea tan acusada que pueda causar efectos y molestias perjudiciales".

Este último tipo de contaminación afecta a una gran mayoría de la población y su origen es fundamentalmente triple: La industria, el transporte motorizado y los combustibles fósiles usados para producir electricidad y calefacción[55]. La contaminación tiene una serie de consecuencias muy importantes a nivel global, como pueden ser la producción de la lluvia ácida o el incremento del efecto invernadero entre

la probabilidad de violencia comienza a declinar. Así lo recoge HOLAHAN CH. J. "*Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 200.

[55] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 80.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

otras. Éste último está contribuyendo enormemente al tan nombrado cambio climático, una de los principales problemas del ser humano en este principio de siglo.

A nivel personal o fisiológico tampoco es inocuo este fenómeno. Van a incidir en su impacto factores como el tipo de contaminante, el grado de concentración o la sensibilidad de las personas afectadas (ancianos, niños, enfermos de bronquitis crónica, cardiopatía coronaria, asma…), pero el hecho es, como ya hemos dicho anteriormente, que sus efectos se extienden a casi toda la población.

El contaminante principal que se encuentra en nuestro ambiente es el monóxido de carbono (CO) procedente de la combustión de los vehículos. Esta sustancia reacciona con la hemoglobina de la sangre formando la llamada carboxihemoglobina[56]. Esta sustancia produce un déficit en la oxigenación de la sangre que puede acarrear síntomas como cefalea, fatiga, vértigos, insomnio, irritabilidad, depresión, picor de ojos, dolor de espalda, dificultad de juicio o problemas gastrointestinales[57]. Asimismo existen estudios epidemiológicos que han relacionado la exposición a altas concentraciones de CO con una reducción de peso en los recién nacidos y el incremento de los abortos y de las enfermedades cardiovasculares.

Un ejemplo de las devastadoras consecuencias que puede tener un repunte agudo de la contaminación nos lo muestra LÓPEZ BARRIO relatando lo que ocurrió en Londres en diciembre de 1952. Durante cuatro días una densa niebla cubrió la ciudad y ello produjo un aumento de la tasa de mortalidad. Cerca de 5.000 personas murieron y más de 10.000 fueron ingresadas en hospitales por dificultades respiratorias debidas al *smog*[58].

En lo que respecta al rendimiento parece que este comienza a disminuir a partir de concentraciones de CO de 50 partes por millón (p.p.m.) respirados durante 90 minutos. Conforme aumenta la concentración de la sustancia, aumenta la incidencia sobre el rendimiento y ésta se produce más precozmente. Así, para una concentración de 100 p.p.m. de CO, la reducción significativa en la capacidad se produce sólo a los 15 minutos de exposición. Este problema puede tener importantes repercusiones en el

[56] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. p. 120; LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 80.
[57] MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente*... cit. p. 102; en idéntico sentido RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. p. 120.
[58] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 80.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desarrollo de la conducción y en la seguridad vial, ya que en las rutas más concurridas y a unos 40 cm. del suelo es donde se dan las concentraciones más altas de CO[59].

Son muy escasos los estudios sobre la influencia de la contaminación en el comportamiento social de las personas y estos no han hallado grandes resultados. Esto puede deberse a que el ser humano, debido a las limitaciones de sus receptores, tiene dificultad en reconocer la contaminación, salvo que ésta produzca olores desagradables, puedan verse las partículas en suspensión en el aire o la contaminación produzca irritación o malestar en los ojos o la nariz. De acuerdo con lo anterior, los únicos hallazgos encontrados han sido que un olor desagradable que denota la contaminación (sulfuro de amonio en el experimento) conducía a la disminución de la atracción interpersonal si el malestar no era compartido y a un aumento de la misma si sí lo era[60]. Asimismo se ha podido comprobar que los olores desagradables parecen aumentar la agresividad, si no son muy intensos, y disminuirla cuando es mayor su intensidad[61].

1.2.3. El viento[62]

El viento es un fenómeno que no sólo encontramos en espacios abiertos, sino que, en las ciudades, los edificios de cierta altura pueden modificar las corrientes de viento o incluso crearlas. Este fenómeno se percibe por una serie de señales como el sonido que produce, la presión sobre los receptores de la piel, el mayor esfuerzo muscular para vencer su resistencia, etc.

Muchos especialistas han destacado las influencias en el comportamiento de vientos secos y calientes como el *foehn*[63] o el siroco en Europa, el pomponio en

[59] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. p. 120.
[60] HOLAHAN, Ch. J. "*Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 201.
[61] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. p. 121.
[62] Seguimos en exclusiva en este apartado a RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. pp. 119-120.
[63] El foehn o Föhn es un viento seco y cálido del lado de sotavento de una cadena de montañas. Es característico de casi todas las áreas montañosas y está asociado a movimientos ciclónicos, siendo producido sólo cuando la circulación es suficientemente fuerte y profunda para forzar el aire a subir completamente a través de la montaña en un corto período de tiempo. La naturaleza exacta de los vientos *foehn* locales, cambia, sin embargo, ampliamente y depende de la topografía local, de la fuerza de flujo básico a través de la montaña, de la cantidad de humedad perdida a través de la precipitación en el barlovento, de las condiciones anteriores al comienzo del *foehn*, etc.
Este tipo de viento también juega un papel importante en el aumento del riesgo de aludes y crecimientos fluviales, por el rápido deshielo que puede ocasionar. Además, seca la tierra, los árboles y los brotes, creando condiciones favorables para incendios de bosques, o pérdida de cosechas.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Argentina, el chinook en Norteamérica, etc. A todos ellos se les atribuye el producir depresión, nerviosismo, dolores, aumento en las tasas de suicidios, crímenes y accidentes. Parece asimismo que aumentan los tiempos de reacción y el número de accidentes laborales[64].

1.2.4. La luz

La luz es una de las múltiples radiaciones a las que está sometido nuestro organismo. Es una estrecha banda entre los 380 y los 760 nanómetros que es capaz de excitar los receptores de nuestra retina. Para el resto de frecuencias de radiación no existen receptores especializados. Por ello, estas otras radiaciones no se perciben directamente, sino sólo a través de la manifestación de sus efectos como pueden ser quemaduras, aumento de la incidencia de cánceres, esterilidad, etc.

Los estudios sobre los efectos de la luz se han centrado principalmente en las repercusiones de ésta sobre el rendimiento. La iluminación tiene una gran relevancia dado que es el elemento más importante para la percepción visual. A su vez, este tipo de percepción es la principal en el ser humano ya que, casi el 90% de la información que éste capta, proviene de este sentido[65]. La luminosidad puede afectar el trabajo visual de dos maneras distintas. Puede afectar *directamente* la realización de una tarea debido a que altera la visión (por ejemplo un *deslumbramiento de incapacidad*[66]). También puede afectar al rendimiento *indirectamente* al crear condiciones de trabajo incomodas, distrayentes o fatigantes (por ejemplo una luz intermitente o muy tenue o un

El nombre se originó en los Alpes, donde mejor se desarrolla, especialmente el *foehn* sur en las laderas del norte y donde los valles norte-sur se abren a planicies, o en valles este-oeste, como en Innsbruck. En otras regiones montañosas, el *foehn* tiene una variedad de nombres locales; *chinook* de las Montañas Rocosas; *zonda* en Argentina (para un *foehn* del oeste); *puelche* en los Andes (para un *foehn* del este); ljuka en Carintia (noroeste de Yugoslavia); *halny wiatr* en Polonia; *austru* en Rumania; *favogn* en Suiza. Un *foehn* del noreste que desciende del Macizo Central en Francia se extiende sobre la planicie del Garona. Un viento seco del noroeste que desciende de las colinas de la costa en Mallorca es llamado el *barredor del cielo*. En Nueva Zelanda, un *foehn* que sopla desde los Alpes Neozelandeses a las llanuras de Canterbury es el *Canterbury del noroeste*.

[64] Se han intentado estudiar los efectos del viento sobre el rendimiento. Para ello se ha usado un túnel de viento en el que se mantenían la humedad y la temperatura estable, variando la fuerza y el racheado. Los resultados han demostrado que, a medida que aumentaban estos dos factores, también lo hacían las desviaciones de la marcha, el tiempo necesario para ponerse una prenda de vestir, la frecuencia de parpadeo, el tiempo de elección de palabras de una lista, la dificultad para encontrar una palabra señalada en un texto o la sensación de incomodidad.

[65] RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. p. 122.

[66] HOLAHAN CH.J. "*Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 160.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

deslumbramiento de incomodidad[67])[68]. Una serie de estudios han señalado que al aumentar la iluminación, la agudeza visual crece; es decir, con más luz se pueden distinguir y reconocer mejor los pequeños detalles. De otro lado, se ha probado experimentalmente que el efecto de un cambio de iluminación es mayor en las tareas difíciles y que una mayor iluminación permite realizar tareas visuales de una forma más rápida y precisa. En definitiva la iluminación a efectos del rendimiento sigue una ley logarítmica llamada de Weber-Feechner según la cual, cuando existe una luminancia baja, el efecto inicial de un cambio de la misma sobre la agudeza visual es grande. A medida que aumenta la luminancia, la mejora de la agudeza se va haciendo menor para incrementos iguales de aquélla[69]. De este modo, se llega a un nivel óptimo a partir del cual sucesivos aumentos de la luminosidad producirán una merma en la visión (deslumbramiento *v.g*.) porque impiden distinguir ciertas señales de información visual como los desniveles[70]. Hay que tener presente también que la cantidad de energía luminosa necesaria para provocar el umbral de sensación visual no sólo depende de la intensidad, sino también de la duración del estímulo, es decir, del tiempo de presentación. En una presentación prolongada se necesita menos intensidad para lograr el umbral visual que si la exposición es breve[71].

Hay otra serie de estudios que han comprobado la incidencia positiva de la iluminación, tanto natural como artificial, sobre ciertos desórdenes psicológicos como la depresión. Así, actualmente la fototerapia (exposición a la luz durante los meses de invierno) es utilizada como un tratamiento eficaz en los desórdenes emocionales estacionales que son una forma de depresión que se experimenta en los meses de invierno al disminuir las horas de luz durante el día[72].

[67] HOLAHAN CH.J. "*Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 160.
[68] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 81; También habla de una doble influencia HOLAHAN CH.J. "*Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 159.
[69] MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente*…cit. p.96; LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 81; RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores…" cit. p. 122.
[70] HOLAHAN, Ch.J. "*Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 160.
[71] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 81.
[72] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 82.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1.2.5. Los sonidos: el ruido

El mundo en el que habitamos es un mundo de sonidos. Éstos se relacionan con el sentido del oído, el cual está siempre percibiendo una serie de informaciones y estímulos a las que muy difícilmente podemos sustraernos. En la actualidad, fundamentalmente en las urbes, el equilibrio y la armonía acústica natural que caracterizaba a épocas pretéritas parecen haberse desbordado, dando lugar a una cacofonía en la que todo tipo de sonidos de las más variadas intensidades compiten e interactúan entre sí. Ello es debido a una serie de factores como las nuevas actividades, sobre todo las industriales, las nuevas formas de asentamiento humano, los medios de transporte modernos, etc. Todo ello justica detenernos en un tipo específico de sonido: el ruido.

El ruido puede definirse desde una perspectiva puramente física como un conjunto anárquico, en frecuencias y niveles, de señales acústicas. A nivel psicofisiológico, por su parte, se define el ruido como todo sonido no deseado por el receptor, es decir, una sensación auditiva perturbadora[73]. HOLAHAN lo define como aquel sonido que el individuo no quiere escuchar[74].

Todas las definiciones que podamos encontrar hacen hincapié en el carácter subjetivo del ruido, el cual le es conferido por la cualidad de no deseado por el individuo. De este modo, los parámetros físicos (frecuencia, intensidad…) no resultan suficientes para explicar la gran variabilidad de la sensación de molestia experimentada ante un ruido por diferentes personas, ni la gran diversidad de efectos psicológicos y fisiológicos que aquel produce. Es por ello que la valoración del sonido depende no tanto de lo que es en sí, sino de lo que tal sonido representa para el sujeto. Un mismo sonido puede ser valorado como ruido, y por tanto como un factor estresante y desagradable, o como sonido, pasando a convertirse en este caso en un elemento informativo y enriquecedor del medio donde se percibe[75]. Las variables subjetivas que

[73] MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente*… cit. 103; de igual forma LÓPEZ BARRIO, I. "Efectos sociopsicológicos del ruido", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986. p. 127.
[74] HOLAHAN, Ch.J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 161.
[75] Existe un estudio sobre identidad sonora urbana en el que se comprobó que el ruido del tráfico, aunque para la gran mayoría de los sujetos se asociaba con contaminación y derroche y se valoraba negativamente, para una minoría representaba el cosmopolitismo y la vitalidad de una gran ciudad y era

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

influyen mayormente en la molestia ante el ruido son así la sensibilidad personal y la actitud hacia el medio productor del sonido[76].

A pesar de lo dicho hasta aquí, no debe despreciarse tampoco la importancia de las características físicas del sonido, principalmente frecuencia e intensidad, las cuales también tendrán influencia en la sensación de molestia. Los sonidos de elevada intensidad y con componentes de altas o bajas frecuencias (agudos o graves) son los que producen un mayor impacto negativo. Otra importante característica del sonido es su continuidad o intermitencia. Habitualmente los ruidos intermitentes son más negativos que los continuos o estables, y si la intermitencia es aperiódica el impacto es más negativo aún por la mayor dificultad adaptativa, ya que los ruidos impredecibles requieren mayor atención, restando concentración. La molestia es mayor igualmente si se asocia el ruido a caracteres de innecesariedad, si se considera perjudicial, se asocia con el miedo, etc[77].

El ruido ha sido reconocido como un agente contaminante en el congreso del medio ambiente de las Naciones unidas de 1972 en Estocolmo. Como tal, produce una serie de efectos en la salud humana, tanto física como psíquica. Del mismo modo, posee influencias en el ámbito del rendimiento, si bien, estas últimas más controvertidas, como tendremos ocasión de ver más adelante.

El principal efecto desfavorable que el ruido puede producir en la salud, y uno de los más evidentes, es la disminución de la capacidad auditiva, pudiendo llegar hasta la sordera total. Sobre todo en el caso de profesiones industriales, la exposición continuada a un sonido superior a 80 dBA durante ocho horas al día puede producir un desplazamiento del umbral de audición, lo que se denomina *hipoacusia sensorial o de percepción*. Esta afección merma en primer lugar la percepción de las frecuencias de 4000 Hz, extendiéndose posteriormente a las frecuencias más bajas, fundamentales para entender el habla humana[78].

---

valorado positivamente. Vid. LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 85.

[76] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 85.

[77] MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente*… cit. 107; también LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 86.

[78] Actualmente, este riesgo de sordera por ruido ocupacional se halla muy controlado debido a la multitud de reglamentaciones sobre protección de los trabajadores frente al ruido y reducción del mismo en la fuente. No obstante, la sordera sigue siendo una de las enfermedades profesionales más frecuentes.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Aparte del ruido "industrial", el nivel de ruido habitual en nuestra sociedad urbana ha llegado a ser un problema para aquellos sectores de población que soportan altos niveles del mismo, como por ejemplo, las personas que residen en las proximidades de los aeropuertos. En estos casos, los estudios han demostrado que se produce en las personas afectadas una merma en la capacidad de discriminación auditiva[79].

Dejando a un lado la sordera, la acción dañosa del ruido sobre el organismo incluye también perturbaciones de las reacciones del sistema nervioso central y alteraciones de la respuesta del sistema neurovegetativo, las cuales se manifiestan a través de anomalías endocrinas y de alteraciones de las funciones circulatoria, cardiaca, respiratoria, etc. Está demostrado que la exposición a altos niveles de ruido tiene un efecto general de incremento de la estimulación del sistema nervioso central, actuando como un agente provocador de tensión que lleva a una situación de estrés. Ello puede ocasionar un aumento de las enfermedades cardiovasculares, respiratorias y digestivas. Esto ocurre, no obstante, tras largos períodos de exposición raramente inferiores a los cinco años[80]. Se ha constatado asimismo que la exposición a altos niveles de ruido conduce a una elevación de la actividad eléctrica de la piel, disminución del flujo sanguíneo periférico y alta presión sistólica y diastólica. Igualmente, sobre el aparato respiratorio se ha observado taquipnea producida por el ruido, cuyo efecto, unido a los cardiovasculares ya mencionados, va acompañado del aumento del consumo de oxigeno[81].

El aparato digestivo también sufre los efectos del ruido. Se ha observado una reducción en la actividad gástrica que puede llegar a producir náuseas, vómitos, digestiones pesadas y también molestias hepáticas. Otros efectos físicos que se han puesto de manifiesto en diversos estudios pueden ser los trastornos del equilibrio, una menor resistencia a enfermedades víricas, problemas reproductivos, mayor mortalidad infantil en el momento del parto…

[79] Vid. LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. pp. 87-89. Este fenómeno se conoce con el nombre de "*sordera psicológica*" y la misma constituye un mecanismo adaptativo para escapar del ruido ambiental. La tendencia adquirida a ignorar el ruido llega a generalizarse con el tiempo y, cuando se dan prolongados tiempos de exposición, se extiende a cualquier estímulo sonoro, tanto los aversivos (ruido), como los informativos o relevantes, tales como la palabra. Esta circunstancia puede tener graves consecuencias en ciertos procesos de aprendizaje como la lectura.
[80] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 90.
[81] MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente*… cit. 106.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

El consumo de tranquilizantes y píldoras para dormir también parece estar mediado por la existencia de ambientes sometidos a ruidos[82]. Este último fenómeno, la pérdida de sueño, se puede considerar uno de los efectos más importantes del ruido ambiental. La interferencia al sueño se manifiesta en dificultad para dormir, disminución de la profundidad del sueño o incluso el insomnio. La exposición a ruido durante la noche, además, puede tener una serie de efectos secundarios como sensación de fatiga, disminución del humor o bienestar y disminución del rendimiento[83].

A pesar de todo lo expuesto, coincidimos con LÓPEZ BARRIO[84] en que la exposición al ruido ocurre en conjunción con otros factores que no suelen estar controlados y que pueden tener una clara incidencia sobre los desórdenes fisiológicos que hemos mencionado.

El ruido también manifiesta efectos en el ámbito del rendimiento. No obstante, la mayoría de los estudios han sido realizados en ambientes de laboratorio[85] y muchos de ellos no han permitido conclusiones definitivas. Así, si bien existe la impresión general de que el ruido es perjudicial para la ejecución de las tareas[86], en realidad no son muchos los trabajos que puedan demostrarlo certeramente. Ello puede deberse a que los efectos del ruido en muchas ocasiones no se producen inmediatamente, sino que son acumulativos[87].

Los diversos estudios han puesto de relieve que la injerencia del ruido sobre el rendimiento depende tanto de las características de éste como de las de la tarea a realizar. Por lo que respecta a esta última, las tareas mentales o motrices sencillas, sobre

[82] Algunos autores han relacionado altos niveles de ruido con un aumento de enfermedades mentales e ingresos en centros psiquiátricos. Para otros, sin embargo, esta relación no es tan obvia y afirman que si bien el ruido no produce un incremento de las enfermedades mentales, sí puede agravar los problemas psíquicos preexistentes, en especial la neurosis. En LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 90.
[83] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 92.
[84] A esta autora hemos seguido en la exposición de las consecuencias físicas del ruido distintas a la sordera. Vid. LÓPEZ BARRIO, I. "Efectos sociopsicológicos…" cit. pp. 134-135.
[85] HOLAHAN. CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*…cit. p. 162; LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 93.
[86] Se asume en este sentido que el esfuerzo mental necesario para la adaptación al ruido supone un coste para el organismo que disminuye la capacidad del sujeto para responder a nuevas exigencias.
[87] MORAL TORANZO, F *Psicología y medio ambiente*… cit. p. 109. LÓPEZ BARRIO, I "Efectos sociopsicológicos…" cit. p. 138.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

todo si no tienen un componente verbal, no se ven afectadas por el ruido[88]. Tales tareas están caracterizadas por que las respuestas se requieren en tiempos definidos y están indicadas por una clara señal, por que los estímulos son fácilmente visibles y, por que las respuestas implican movimientos repetidos y coordinados[89]. Por su parte, las tareas complejas, especialmente las que requieren una especial atención y están caracterizadas por un contenido abundante de señales, estímulos instantáneos o señales irregulares cuya aparición es impredecible o conllevan un manejo de abundante información, sí se dejan influir negativamente por un ambiente ruidoso[90].

Otra de las características propias de la tarea que influye en el rendimiento es la duración de la misma. Los resultados de pruebas breves son dudosos. Sin embargo, en tiempos de exposición superiores a 30 minutos, comienzan a manifestarse los efectos del ruido por un exceso de estimulación que conlleva una reducción en el rendimiento como se ha puesto de manifiesto en diversos experimentos[91].

En lo que se refiere a las características del ruido, para que éste produzca un efecto deteriorante es necesario que el nivel de ruido esté por encima de 95 dB y que el tiempo de exposición sea largo[92]. De otro lado, los ruidos intermitentes son más negativos que los continuos, más aún los ruidos intermitentes aperiódicos. Cuando se dan estas condiciones, el ruido puede llegar a enmascarar la voz, lo cual es realmente negativo en aquellas actividades de las que es parte esencial la percepción de la palabra, como ocurre por ejemplo en la enseñanza[93].

Como conclusión, parece que el ruido incide más en la calidad y precisión que en la cantidad de trabajo realizado, teniendo también una repercusión clara en el aumento cuantitativo, pero no cualitativo de la siniestralidad laboral. Los efectos del ruido han sido explicados mediante la teoría de la activación (ley de Yerkes-Dodson). El ruido

[88] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 93; en el mismo sentido HOLAHAN. CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*…cit. p. 162.
[89] HOLAHAN. CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*…cit. p. 162.
[90] HOLAHAN. CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*…cit. p. 162.
[91] Vid. LÓPEZ BARRIO, I "Efectos sociopsicológicos…" cit. pp. 140-141.
[92] LÓPEZ BARRIO, I. "Efectos sociopsicológicos…" cit. p. 141.
[93] Se ha observado que en centros escolares próximos a un aeropuerto o vías de circulación con un tráfico intenso, el ruido enmascara la voz del educador, siendo incomprensible el mensaje que trata de transmitir. Esta situación se agrava en las primeras etapas de aprendizaje, ya que el vocabulario es muy limitado y los niños no han adquirido un dominio sintáctico y gramatical que les permita suplir las palabras que no han oído. Por ello el sentido de muchas frases se les hace incomprensible. Vid. LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 92.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

tiene la capacidad general de elevar el estado de alerta y de reacción de la persona. Dicho efecto es mediado a su vez por las diferencias individuales en activación. Ello determina el grado de tolerancia ante un determinado nivel de ruido y configura los efectos sobre el rendimiento. Desde este planteamiento, se explican los efectos positivos observados sobre la ejecución en ambientes de ruido. Así, por ejemplo, en tareas sencillas y monótonas que no requieren rapidez o un gran esfuerzo y que no suponen un nivel de activación alto, la introducción de una estimulación adicional como el ruido puede favorecer la ejecución al ayudar a mantener un nivel de activación óptimo. Sin embargo, en tareas complejas que demandan una gran concentración, la estimulación del ruido incrementa el nivel de activación por encima del valor óptimo, produciendo un deterioro en el rendimiento[94].

Para finalizar, hay estudios que indican también que el ruido puede tener influencia negativa en la conducta social[95]. Un ambiente de ruido produce un estado de desasosiego e irritabilidad que hace disminuir el interés por los demás y redunda negativamente en la disposición a desarrollar una conducta solidaria para con los demás.

1.2.6. El hacinamiento[96]

Lo primero a la hora de analizar esta realidad es distinguir entre densidad y hacinamiento, considerados durante mucho tiempo como sinónimos. Tal distinción fue propuesta por STOKOLS en los años 70 en el sentido de comprender la densidad como un concepto meramente descriptivo de una realidad física –la limitación de espacio–, mientras que el hacinamiento conlleva un componente subjetivo de necesidad de más

[94] LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 94.
[95] En tales estudios se ha constatado que los sujetos expuestos a un ruido intenso se encontraron menos dispuestos a ayudar a otra persona a recoger los objetos que accidentalmente dejaba caer que los sujetos expuestos a un ruido de menor entidad. En otro estudio se comprobó que los sujetos expuestos a un sonido de unos 105 dBA valoraban de manera más negativa a sujetos desconocidos que los no expuestos al ruido. Vid. LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales"… cit. p. 93.
[96] El hacinamiento no es un factor físico en el sentido de los que hemos nombrado hasta aquí, ya que no se deriva de las propiedades del "ambiente-escenario" en sí mismo considerado, como suele ocurrir con la luz, el ruido, el viento… Su existencia se deriva más bien de la presencia de excesivos individuos en un determinado territorio, no obstante, dado que el mismo es un fenómeno real que se percibe a través de los sentidos y tiene también una serie de consecuencias fisiológicas y comportamentales como los anteriores, hemos optado por incluir su estudio junto a los factores físicos propiamente tales.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

espacio del que existe de hecho para el individuo. Por tanto, la densidad alta es un componente necesario, pero no suficiente, de la sensación de hacinamiento[97].

Este fenómeno ambiental está adquiriendo cada vez una mayor importancia a raíz del crecimiento en progresión geométrica de la población humana. Sin embargo, cuando hablamos de superpoblación, se tiende a pensar en los países subdesarrollados, pese a que sus consecuencias sociales y psicológicas son una realidad palpable en las sociedades del "primer mundo": las dificultades y altos costes para obtener vivienda, los embotellamientos en las vías urbanas, las largas esperas para cualquier actividad, etc. Todo ello como se verá conlleva una serie de consecuencias para las personas en diferentes ámbitos tales como la salud física del individuo, la cooperación social, la solidaridad, el aislamiento, etc.

En lo que se refiere a la caracterización de este fenómeno existen múltiples enfoques teóricos. De entre ellos los más convincentes a nuestro juicio serían el enfoque ecológico o el llamado enfoque de coacción comportamental[98].

El ***enfoque ecológico*** determina la existencia del hacinamiento en función de los recursos físicos disponibles. Según sus postulados, el hacinamiento se produce porque hay más personas de las necesarias para la realización del programa del escenario de conducta y consecuentemente existe una interferencia en los diversos objetivos de los sujetos. Un claro exponente de este enfoque es la llamada teoría de la *sobredotación de sujetos* de WICKER[99]. Según la misma, el número de sujetos para una situación está determinado por tres factores: Los solicitantes, o personas elegibles que buscan participar en una situación; la dotación mínima, o el menor número de personas que pueden llevar a cabo los programas de situación, y la capacidad, o el mayor número que puede soportar la situación mientras se realizan sus programas. Cuando el número de

[97] JIMÉNEZ BURILLO, F. "Problemas sociopsicológicos del medio urbano", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986. p. 203; HOLAHAN, Ch.J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 230. HOMBRADOS, M. I. "Hacinamiento", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002. p. 150.

[98] Otros enfoques teóricos sobre el hacinamiento serian el enfoque de sobrecarga, el de control, el de activación, el de densidad-intensidad o el integrador. Todos ellos y la bibliografía asociada pueden consultarse detalladamente en HOMBRADOS, M. I. "Hacinamiento"… cit. pp. 152-156.

[99] Vid. WICKER, A. W. Undermannig theory and research: Implications for the study of psychological and behavioral effects of excess human populations, en *Representative research in social psychology*, nº 4, 1973. pp. 185-206.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

solicitantes es igual o sobrepasa la dotación mínima sin exceder la capacidad de la situación, resulta adecuado el número de sujetos para la situación. Si el número de solicitantes por el contrario rebasa la capacidad, habrá una sobredotación de sujetos, un hacinamiento que conlleva el que los sujetos comiencen a sufrir sus secuelas[100].

Por su parte, el llamado enfoque de ***coacción comportamental*** se centra en la relación entre la restricción de la libertad de actuar y la experiencia de hacinamiento en situaciones de alta densidad. Tres son las teorías que se han desarrollado bajo sus parámetros. La primera define el hacinamiento como una situación en la que las demandas de espacio por parte del sujeto son superiores a las posibilidades ofrecidas. Representante de esta corriente es la *teoría de la reactancia psicológica* de STOKOLS[101]. Según ésta, cuando el individuo percibe una restricción en su libertad de conducta se produce una oposición psicológica que conlleva sentimientos de transgresión e intentos por restablecer la libertad amenazada como por ejemplo, las conductas de reestructuración del ambiente o traslado o, en el ámbito perceptual, la alteración de la forma en la que se entiende la situación de aglomeración[102]. La segunda teoría considera que el hacinamiento se produce cuando no se pueden controlar los límites interpersonales. En esta segunda perspectiva se inscribe la *teoría de la regulación de la privacidad* de ALTMAN, que considera que el hacinamiento es un fenómeno social e interpersonal que aparece cuando la intimidad deseada es menor que la percibida[103]. La tercera teoría trata el hacinamiento como consecuencia de la interferencia física producida por la presencia de otros. En esta última corriente se inscriben SCHOPLER Y STOCKDALE[104] los cuales contemplan la alta densidad como una condición necesaria, pero no suficiente, de la percepción de hacinamiento. De este modo, sólo cuando la alta densidad interfiere los actos destinados a un fin determinado, el sujeto experimenta la sensación de hacinamiento. Así, un gran número de personas o un espacio limitado pueden impedir el acceso del individuo a los recursos que se encuentran en cierto ambiente, por ejemplo los materiales necesarios para completar una

[100] HOLAHAN, Ch.J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 256.
[101] Vid. en detalle STOKOLS, D. "The experience of crowding in primary and secondary environments", en *Environment and Behavior*, nº. 8, 1976. pp. 49-86.
[102] HOLAHAN, Ch.J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 253.
[103] Para más detalle vid. ALTMAN, I. "Privacy: A conceptual analysis", en *Environment and behavior*, nº 8, 1976. pp. 7-31.
[104] En detalle en SCHOPLER, J y STOCKDALE, J. "An interference analysis of crowding", en *Environmental psychology and non verbal behaviour,* nº 1, 1977. pp. 81-88.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

tarea o el acercamiento verbal con otras personas. Ello hace aumentar los costos para conseguir los objetivos marcados[105].

El fenómeno del hacinamiento, entendido bajo cualquiera de estos prismas teóricos, no es inocuo, sino que tiene una serie de consecuencias en el ser humano[106]. Actualmente los estudios señalan que los principales efectos del hacinamiento se dan en el rendimiento, la conducta social o la salud.

Los primeros estudios sobre las influencias del hacinamiento en el rendimiento tomaron como base tareas sencillas en ambientes de laboratorio y no consiguieron demostrar que la densidad afectara negativamente de una manera significativa al desempeño de debates, resolución creativa de problemas, pruebas psicomotoras… Los estudios posteriores, sin embargo, señalaron que, en ciertas circunstancias, la alta densidad sí que podía provocar una reducción en el rendimiento[107]. Ahora bien, esta relación es bastante compleja y son muchos los elementos que influyen en las consecuencias del hacinamiento sobre este ámbito de la conducta. Entre otros, la complejidad de la tarea[108], la duración[109], el tamaño del grupo[110], la probabilidad de que la tarea produzca estrés, las características personales y el grado de control, etc[111].

En el ámbito de la conducta social, el hacinamiento tiene consecuencias en determinados aspectos. En lo que respecta a la aparición de la agresión, la misma parece

[105] HOLAHAN. CH.J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 252.
[106] En un principio se pensaba que existía una clara relación entre el fenómeno que estudiamos y la enfermedad mental, la delincuencia y otras patologías sociales. Es más, algunos autores llegaron a comprobar que existía una correlación positiva entre la aglomeración y el crimen o las enfermedades mentales. Sin embargo, posteriores análisis más exhaustivos y con instrumentos más depurados desmintieron tales conclusiones.
[107] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 246
[108] Cuando la complejidad es elevada, como por ejemplo procesar información de alto nivel, el rendimiento se ve afectado por una alta densidad. Sin embargo, este efecto sólo se da en aquellas tareas cuyos objetivos se califican de poco relevantes, ya que en los objetivos relevantes se mantiene un elevado nivel de rendimiento incluso en condiciones de hacinamiento.
[109] No existe unanimidad en cuanto a los efectos de la duración de la tarea en esta materia. Algunos autores señalan que una corta exposición a condiciones de hacinamiento no conlleva consecuencias negativas para el rendimiento. Para otros, un dilatado tiempo de exposición puede permitir que los sujetos se adapten a la situación o desarrollen estrategias de afrontamiento. Por tanto, los efectos negativos parecen centrarse en los tiempos intermedios de exposición.
[110] Es determinante el tamaño del grupo y del espacio para ver en qué medida se ve afectado el rendimiento. Los estudios realizados muestran en general que la variable más decisiva a este respecto es el tamaño del grupo. Es decir, perjudica más al rendimiento un mayor número de personas que un espacio más reducido.
[111] HOMBRADOS, M. I. "Hacinamiento"… cit. p. 158; HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 247.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estar influida tanto por circunstancias personales como de situación. De este modo, algunas personas son más propensas a responder con agresión a la aglomeración que otras. Diversos estudios han señalado que pueden existir diferencias mediadas por el género, respondiendo los hombres de forma más agresiva que las mujeres ante situaciones de hacinamiento. En atención a las circunstancias situacionales, los estudios han señalado que los niveles moderados de hacinamiento predisponen más a la agresión, pero no sucede lo mismo con niveles muy altos[112], lo cual sería coincidente con lo dicho sobre la temperatura páginas atrás[113].

También se han detectado influencias de la excesiva aglomeración con respecto al aislamiento social y a la solidaridad. Sobre el primer aspecto, los estudios demuestran consistentemente que cuando la densidad aumenta, el individuo tiende a aislarse de los demás[114]. Este resultado podría llevar a pensar que el hacinamiento llevará necesariamente a una reducción de la disposición a ayudar a los demás. No obstante, pese a que un considerable cuerpo de investigación indica que la creciente densidad social puede reducir el deseo de la gente de ayudar a alguien que lo necesita, los hallazgos sobre altruismo y hacinamiento son complejos, especialmente los obtenidos en estudios que han comparado la solidaridad en contextos urbanos y rurales; dichos hallazgos son inconsistentes e incluso contradictorios y no puede afirmarse una relación segura entre densidad e insolidaridad.

Se ha constatado igualmente una relación negativa entre la densidad y la atracción interpersonal en grupos masculinos, y el efecto contrario en femeninos. Se especulaba que esta diferencia se debía a que, para las mujeres, era más fácil compartir su malestar con otros miembros del grupo y ello disminuía estos sentimientos negativos. Para evitar esta circunstancia, se realizaron experimentos en los que se impedía a las mujeres interactuar entre sí y, en estas condiciones, sí disminuyeron los sentimientos de atracción entre ellas[115]. De esta forma queda acreditado que el hacinamiento sin intervención de otros factores disminuye la atracción interpersonal; no obstante, estas condiciones se darán raramente en la realidad.

[112] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 243.
[113] Vid. *supra*. Apdo. 1.2.1.1. (nota 54).
[114] Vid. diversos de estos experimentos en HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 244.
[115] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 246.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Con respecto a la relación entre el hacinamiento y la salud, los psicólogos ambientales actuales opinan que la aglomeración ofrece sólo una explicación parcial del origen de la enfermedad en ciertas situaciones y que la existencia de otros factores con la suficiente fuerza hace que el hacinamiento deje ser causa en las enfermedades físicas[116]. Sin embargo, algunos autores ponen de relieve la relación entre enfermedades infecciosas y hacinamiento, y aducen para ello trabajos en los que se muestra que en áreas de concentración de población se produce un aumento de enfermedades respiratorias, hepatitis, meningitis y de todas aquellas producidas por contagio[117]. Así, pese a que no pueda hablarse del hacinamiento como un productor de enfermedades, habrá que tenerlo muy en cuenta en el segundo de los sentidos indicados.

[116] Por todos, vid. HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 241.
[117] HOMBRADOS, M. I. "Hacinamiento"… cit. p. 160.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1.3. Las conexiones psicológicas con el ambiente

Hasta ahora hemos visto los diversos factores físicos que emanan del "ambiente-escenario" y se proyectan sobre la persona produciendo en ella una serie de consecuencias. No obstante, la relación con el medio no es exclusivamente unilateral, sino que es bilateral. De este modo, la interacción de la persona con el medio le lleva a experimentarlo de una u de otra manera, con independencia de los factores puramente físicos. Ello tiene una serie de repercusiones en la vida de los sujetos y anuda aún más la estrecha relación entre la persona y su hábitat. A continuación examinaremos algunas de las conexiones que nos han parecido de mayor relevancia a la hora de poner de manifiesto la imbricación entre el hombre y el medio desde una perspectiva psicológica.

1.3.1. El estrés ambiental como respuesta psicológica indirecta ante los factores físicos del ambiente

Como se ha visto, los factores físicos del ambiente tienen una serie de importantes efectos directos sobre las personas que tienen que ver con sus características intrínsecas. No obstante, todos ellos pueden incidir también indirectamente en las personas a través de los sentimientos que produce su afrontamiento. La existencia de ruidos excesivos en una zona, una deficiente iluminación, abundante contaminación, un viento constante, una temperatura elevada, un determinado diseño arquitectónico, la sobrecarga informativa, etc. o incluso todos estos factores juntos pueden dar lugar también a un sentimiento de incomodidad o preocupación producido por el fracaso o por la tensión de los intentos de adaptación a dichas condiciones ambientales adversas. Esta situación genera un mecanismo psicológico específico conocido como estrés ambiental en el cual estimamos oportuno detenernos debido a sus importantes consecuencias negativas sobre el bienestar de los seres humanos.

El concepto "estrés" es utilizado actualmente por la mayoría de las personas para denotar un cierto estado de tensión o malestar en muy diversos ámbitos, como el laboral, doméstico, etc. Sin embargo, la conceptualización del estrés es bastante vaga e incluso puede tener diferentes significados para diferentes personas. De esta manera, la primera labor a realizar es ofrecer un concepto claro y delimitado de lo que sea el estrés.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La definición inicial de estrés acentuaba los aspectos orgánicos del mismo. Fue postulada por SELYE[118], y la misma definía el estrés como "*la respuesta no específica, de carácter y modalidad eminentemente fisiológica, que emite un organismo como consecuencia de una situación de constante amenaza que, al poner en peligro sus reservas adaptativas, produce una ruptura, una crisis fisiológica conducente a una patología orgánica*" [119].

Actualmente, los modelos teóricos consideran al estrés como el resultado de una transacción entre el ambiente y la persona en la cual es un elemento importantísimo la valoración cognitiva de la situación[120]. De esta forma, se ha llegado a la concepción del estrés psicológico, según la cual el estrés ocurre cuando el individuo estima que una condición ambiental representa una amenaza o excede de su capacidad para

[118] Vid. SELYE, H. *The stress of life*. Mac Graw Hill. Nueva York, 1956.

[119] Según esta teoría, la respuesta al estrés se produce a través del síndrome de adaptación general (en inglés, *general adaptation system*: GAS), el cual se divide en tres etapas: La fase de reacción o alarma, la fase de resistencia o adaptación y la fase de agotamiento que se produce si el factor estresante es duradero o si fracasan los esfuerzos por resistirlo. No obstante, este modelo tal cual ha sido presentado se olvida de la situación concreta. Es decir, cualquier reacción fisiológica acorde con el GAS (por ejemplo un aumento de la presión sanguínea o de adrenalina) sería una conducta de estrés, aunque proviniera de una saludable carrera o de un flechazo amoroso. Vid. BLANCO ABARCA, A. "El estrés ambiental", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986. p. 235; HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p.187.

[120] LAZARUS y COHEN, principales teóricos en la materia, aluden a tres tipos de valoraciones cognoscitivas para llegar a la situación de estrés. En primer lugar, encontramos una *evaluación primaria* que identifica las situaciones potencialmente amenazantes. Posteriormente, se da una *valoración secundaria* que estima los recursos del individuo para enfrentarse a ellas, como consecuencia de la cual pueden surgir dos tipos de estrategias: *respuestas enfocadas en el problema* o *respuestas enfocadas en las emociones*. Las primeras consisten en conductas dirigidas hacia la fuente del estrés. Las segundas están compuestas a su vez por conductas o actos cognitivos orientados a reducir o tolerar mejor las reacciones emocionales ante la amenaza. Por último, si se ha llevado a cabo el afrontamiento con éxito, se produce una *reevaluación* que modifica la percepción original de la situación debido a las condiciones cambiantes del ambiente o a los cambios internos del individuo, derivados de los actos intelectivos destinados a enfrentar la situación. Vid. para mayor detalle, LAZARUS, R. S. y COHEN, J. "Environmental stress", en *Human behavior and environment: Advances in theory and research* (Eds. ALTMAN, I. y WOHLWILL, J.). Plenum. Nueva York, 1977. cit en HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. pp. 188-189. Vid. tb. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, R., VIZCARRO GUARCH, C., SOUTO DÍEZ, E. y otros, "Evaluación del estrés ambiental", en *El ambiente. Análisis psicológico* (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, R.). Pirámide. Madrid, 1987. pp. 175-176. Un ejemplo muy ilustrativo del proceso es suministrado por HOLAHAN. Un hombre compra una casa y después de mudarse se da cuenta de que está situada cerca de un aeropuerto. El hombre reflexionará sobre la seriedad del problema (evaluación primaria) y considerará que el ruido de los aviones es una gran molestia. Posteriormente reflexionará sobre la forma de enfrentar el problema (evaluación secundaria). Si llega a la conclusión de que el problema es irresoluble y difícil de manejar, se producirá una reacción de estrés psicológico y el sujeto se sentirá trastornado, apático y de mal humor. Si por el contrario el hombre enfrenta decididamente el problema colocando doble cristal en las ventanas para reducir el ruido (solución enfocada en el problema) o trata de reducir sus sentimientos negativos fijándose en las otras ventajas de la casa (solución enfocada en las emociones) y comprueba que estas medidas tienen éxito, se dará cuenta de que la situación no era tan mala como parecía (reevaluación) y la situación de estrés se resolverá.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

enfrentarla[121]. Es decir, lo que desencadena una reacción de estrés no es tanto el estímulo ambiental en sí mismo, cuanto la valoración que se haga del estresor en relación a su capacidad de amenaza y a nuestra capacidad para hacerle frente. Por ejemplo, una situación que es percibida (erróneamente) como una amenaza causará estrés psicológico, aunque sea objetivamente neutra.

En lo que respecta a los efectos del estrés[122], las primeras respuestas ante el mismo son las de tipo somático-fisiológico. Tienen que ver con la activación de los sistemas fisiológicos para hacer frente a la situación amenazante. Entre ellas podemos señalar sin ánimo de exhaustividad los cambios cardiovasculares, movimientos intestinales, secreción de catecolaminas (adrenalina y noradrenalina), producción de esteroides…

En segundo lugar se producen las consecuencias comportamentales del estrés. Una de las más habituales es la de poner en marcha una serie de mecanismos homeostásicos para reducir el impacto del mismo. Entre ellos encontramos algunos tales como cambiar el tipo de relación que la persona ha establecido con el ambiente (preparación frente a su posible influencia negativa, ataque a la fuente del problema, huida…); desesperanza, sufrimiento y acatamiento sumiso y pasivo; defensa-huida de la experiencia por medio de fármacos o a través de mecanismos cognitivos (proyección, negación, desplazamiento…), etc. Como consecuencia de los esfuerzos que el individuo desarrolla para hacer frente a la situación estresante, se puede producir también un efecto negativo redundante una vez superado el estímulo estresante. Son los llamados efectos secundarios del estrés. Estos efectos son bastantes inespecíficos y se caracterizan por rasgos como la reducción de la tolerancia a la frustración, agresividad, desesperanza, rechazo social, etc. Otro tipo de reacciones comportamentales ante el estrés se caracterizan por una considerable desorganización o desestabilización, con manifestaciones tales como la disminución en los niveles de ejecución; incapacidad para llevar a cabo una tarea habitual; problemas en la percepción, en la memoria, el pensamiento; acciones estereotipadas, rígidas y carentes de una finalidad racional; despersonalización; acciones regresivas...

[121] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 188.
[122] Seguimos en este punto el esquema tripartito que utilizan LAZARUS y COHEN en la forma que lo presenta BLANCO ABARCA. Vid. BLANCO ABARCA, A. "El estrés…" cit. p. 248.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En tercer y último lugar, el estrés también deja una serie de secuelas psicológicas caracterizada por cuadros de ansiedad, cólera, depresión, etc.

Como puede comprobarse, el estrés ambiental aparece como un importante generador de malestar para las personas, que se une a los efectos que de por sí producen directamente los componentes físicos del ambiente. Tal fenómeno tiene especial incidencia en las urbes, en las cuales los estresores ambientales (ruido, contaminación, altas temperaturas, hacinamiento, etc.) son más abundantes que en otras zonas. A pesar de ello, diversos estudios han demostrado que la sensación de control puede reducir satisfactoriamente estos efectos negativos. En lo tocante a nuestra investigación resulta especialmente interesante el llamado *control de conducta*[123]. Dicho tipo de control consiste en la disponibilidad de una respuesta que puede actuar sobre la situación amenazante modificándola o eliminándola. Este control lo pueden experimentar los ciudadanos si perciben que participan en la confección de su espacio vital y que pueden modificarlo en un momento dado aunque sea de manera indirecta a través de sus representantes políticos. Como han señalado los estudios, la reducción del estrés se produce ya con la posibilidad de actuar aunque no se utilice y aunque la misma se realice a través de un tercero que tiene el control directo, pero sobre el cual se puede influir[124].

1.3.2. El apego al lugar

Resulta obvio que las personas desarrollamos sentimientos de conexión o afecto con aquellos ambientes en los que nos desenvolvemos habitualmente o que tienen un especial significado para nosotros[125]. Tal realidad puede constatarse fácilmente en aquellos casos en que las personas dudan en abandonar su lugar de residencia para aceptar una jugosa oferta laboral en otro lugar o en aquellos otros en los que los habitantes muestran reticencia a abandonar su hogar, incluso ante la inminencia de ciertos riesgos naturales.

Son abundantes los trabajos realizados para tratar de indagar los mecanismos afectivos relacionados con los lugares (apego al lugar, satisfacción residencial,

[123] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 207.
[124] Vid. HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*... cit. p. 208.
[125] Sobre el valor simbólico y significativo del espacio profundizaremos *Infra*.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

apropiación del espacio…), si bien los mismos no se han caracterizado por una especial claridad taxonómica, de forma que, en muchas ocasiones, no se ha delimitado claramente en qué consiste cada una de estas relaciones e, incluso, se ha llegado a usar términos o conceptos cercanos como sinónimos. Todo ello ha producido solapamientos de conceptos diversos y una gran oscuridad y ambigüedad en torno al tema, lo cual ha lastrado un conocimiento más profundo de dichos fenómenos.

En el ámbito que nos ocupa actualmente (el apego al lugar), por ejemplo, podemos encontrar numerosos términos similares tales como apego a la comunidad, apego al lugar, dependencia del lugar, sentido del lugar, etc. Todos estos términos tan parecidos hacen muy difícil distinguir si se habla del mismo concepto con distintos calificativos o de conceptos distintos. Precisamente a resolver esta pregunta se ha dedicado HIDALGO, a la cual seguimos principalmente en la exposición de este apartado[126].

En términos generales —casi de forma intuitiva—, se puede considerar el apego al lugar como un lazo o vínculo entre las personas y determinados lugares. Prácticamente todas las definiciones al respecto parten de esta idea básica, si bien existen tres ámbitos fundamentales de divergencia que HIDALGO señala siguiendo a GIULIANI y FELDMAN.

a) el contenido del lazo, que puede ser afectivo, cognitivo, conductual o simbólico
b) el signo del vínculo: positivo o negativo
c) la especificad de la conexión, encontrándonos ante un vínculo global o específico.

Con respecto al contenido, parece haber una postura mayoritaria que aboga por que el mismo es fundamentalmente afectivo. Si bien es en relación a qué debe entenderse por tal afecto donde se plantean las mayores diferencias doctrinales. A pesar de la postura mayoritaria, la autora a la que seguimos no excluye, sin embargo, el que,

[126] HIDALGO VILLODRES, M. C. "Aspectos socio-afectivos del medio ambiente: El apego al lugar", en *Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodológicos* (Eds. GARCÍA MIRA, R., SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002. p. 159-169.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

además del contenido afectivo predominante, en el apego al lugar se encuentren también ciertos contenidos cognitivos o conductuales.

En lo que se refiere al signo del vínculo encontramos sectores doctrinales que apoyan ambas posturas, aunque la mayoritaria es la que afirma que su valencia debe ser positiva. Entre los autores partidarios de la posición minoritaria señala la autora a RUBINSTEIN, PARMELEE o AHRENTZEN. Éste último señala que el apego es "*un lazo entre un individuo y un escenario particular, pero la interpretación o el significado emocional de ese lazo puede ser positivo o negativo*[127]". A pesar de la opinión de este sector, parece que el término "apego" induce un contenido positivo y, por tanto, deberán excluirse los conceptos que hablen del mismo en sentido negativo.

Por último, se discute la especificidad o globalidad del apego. En un extremo de la dicotomía, LOW y ALTMAN por ejemplo consideran al apego como un concepto complejo e integrador que aglutina los diversos sentimientos que se pueden desarrollar hacia los lugares. Con tal punto de partida, el apego al lugar incluiría una serie de ideas semejantes como la topofilía, la identidad de lugar, el sentimiento de comunidad, etc. En nuestra opinión, ello permitiría de manera ilógica incluir en el constructo que exponemos sentimientos contradictorios sobre un lugar (una persona que siente nostalgia por su ciudad, pero no quiere volver a ella *v.g.*). Por tanto, estimamos preferible entender al "apego" como un sentimiento específico, diferente a otros sentimientos posibles en relación con el lugar.

De este modo, se va a tener por apego al lugar a aquel vínculo afectivo, positivo y específico de las personas hacia determinados lugares con los que se relacionan. No obstante, tal definición puede precisarse aún más si se acude al ámbito de la Psicología evolutiva.

En esta disciplina se ha estudiado desde antiguo el apego, llegando a la conclusión de que por el mismo hay que entender un lazo afectivo que un ser forma entre él mismo y otro de su especie, que les impulsa a estar juntos en el espacio y a permanecer juntos en el tiempo. Como puede observarse, la idea clave será la tendencia a lograr y

[127] Para mayor precisión vid. AHRENTZEN, S. B. "Home as a workplace in the lives of women", en *Place attachment* (Dir. ALTMAN, I. y LOW, S.). Plenum. Nueva York, 1992. p. 115.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

mantener un cierto grado de proximidad al objeto de apego que permita tener un contacto físico en algunas circunstancias o comunicarse a cierta distancia en otras.

Si, como resulta lo más lógico, consideramos que el concepto de apego es análogo y que lo único que varía es el objeto respecto al que se experimenta, podremos perfilar el apego al lugar como un "lazo afectivo que un ser forma entre él mismo y un determinado *lugar*, un lazo que le impulsa a permanecer junto a ese lugar en el espacio y en el tiempo". De este modo, la nota característica de tal concepto sería el intento de mantener un cierto grado de proximidad al lugar que se trate en cada caso[128].

En lo que respecta a las consecuencias de desarrollar esta conexión psicológica con el medio hay que señalar el carácter eminentemente positivo de las mismas. Las personas que poseen un alto grado de apego al lugar están más fuertemente enraizados, menos motivados a cambiarse de residencia y más satisfechos con el lugar en el que residen. Ahora bien, una desvinculación del lugar para aquellas personas fuertemente apegadas al mismo puede generar también importantes consecuencias negativas tanto para el bienestar psicológico como físico del individuo[129].

Por último, en relación a los factores que median el apego al lugar, la doctrina especializada recoge de manera no siempre justificada[130] una multitud de variables que da lugar a una gran diversidad. Entre dichos factores se ha aludido a la frecuencia de interacciones sociales, la satisfacción residencial, la identidad de lugar, la seguridad, el tiempo de residencia, la confianza en los vecinos, etc. Sobre muchos de estos elementos tendremos ocasión de pronunciarnos seguidamente.

[128] Algún autor ha propuesto una tipología del apego al lugar en función de la intensidad del mismo. En concreto, el ya citado RUBINSTEIN distingue, en primer lugar, un nivel bajo de apego, en el que la persona no experimenta ningún tipo de sentimiento ante la presencia del lugar. En segundo lugar, se hallaría el nivel de "apego personalizado", en el cual el lugar se asocia a la experiencia personal. Por último, cuando los lugares evocan recuerdos muy intensos o envuelven psicológicamente al individuo, nos encontraríamos ante el "apego personificado" en el cual las fronteras entre el yo y el lugar se empañan. Tal clasificación en su última fase hace coincidir el apego al lugar personificado con lo que más adelante calificaremos como identidad de lugar. Ello es contrario a la caracterización específica que hemos mantenido líneas atrás y corrobora la opinión de HIDALGO sobre el habitual solapamiento del concepto que estudiamos con otros análogos. Vid. AMÉRIGO, M. "Ambientes residenciales"… cit. p. 182.

[129] AMÉRIGO, M. "Ambientes residenciales"… cit. p. 183

[130] Crítica en este sentido, HIDALGO VILLODRES, M. C. "Aspectos socio-afectivos del…" cit. p. 165.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1.3.3. La satisfacción residencial

Un concepto muy cercano al que hemos tratado hasta ahora es el de *satisfacción residencial*[131]. Ello es tan así que algún autor ha propuesto el intercambiar uno por otro para obtener mejores resultados en la investigación. No obstante, estamos de acuerdo con AMÉRIGO en la crítica que realiza a tal propuesta. Plantea esta autora que el estudio del apego como sustituto de la satisfacción puede resultar limitado. Mientras que el apego es algo temporal, es decir, necesita de un lapso de tiempo para llegar a generarse, la satisfacción no necesita este mismo devenir temporal necesariamente. Por ello, parece que la satisfacción es un concepto más amplio que el apego[132] y, por tanto, añadimos nosotros, debe estudiarse de manera separada, ya que contiene una serie de características específicas propias que lo conforman como otro tipo de conexión psicológica con el espacio.

Otro concepto que se encuentra muy relacionado con la satisfacción residencial y que debemos perfilar cuidadosamente para evitar posibles solapamientos o confusiones es el de calidad de vida.

Dicho término comienza a utilizarse en los años 60 como una reacción a los criterios economicistas en la medición del bienestar humano. No obstante, acotar el concepto es complejo y sólo tiene sentido en relación a un determinado sistema de valores, ya que nos encontramos más bien ante un sentimiento[133]. La calidad de vida, de forma abstracta, vendría a ser algo así como la "*socialización de la felicidad*[134]", es decir, se trataría de un estado generalizado de felicidad sustentado en la suma de las felicidades individuales de todos los miembros de una sociedad y otros factores. Tal bienestar individual se manifiesta en forma de satisfacción de los individuos con su vida o determinados aspectos de la misma, de forma que la satisfacción pasa a convertirse en

[131] A pesar de que a primera vista el término "residencial" nos incline a pensar estrictamente en la vivienda u hogar, hay que tener en cuenta que muchos estudios acreditan que este concepto no es tan restringido, sino mucho más amplio e incluye también el espacio físico y social próximo a la residencia. Es más, la extensión de dicho entorno incluso varía con el status social. Vid al respecto, AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial. Un análisis psicológico de la vivienda y su entorno*. Alianza Editorial. Madrid, 1995. p. 33.
[132] AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial: Un análisis*… cit. p. 144.
[133] RUEDA, S. "Habitabilidad y calidad de vida", en *La construcción de la ciudad sostenible* [en línea]. Biblioteca ciudades para un futuro más sostenible. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a005.html
[134] AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial: Un análisis*… cit. p. 22.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

un indicador subjetivo de la calidad de vida. Esta noción nos acerca incluso a la definición de la salud en sentido amplio que propone la OMS: "No solo la ausencia de enfermedad o padecimiento, sino también el estado de bienestar físico, mental y social."

En conclusión, evitando abstracciones excesivas e inoperativas, debemos distinguir la satisfacción (entre otras muchas la residencial) de la calidad de vida en el sentido de que la primera es un concepto más restringido que la segunda, concretamente, un indicador de la misma, como pueden ser también en el ámbito objetivo el producto nacional bruto, la educación (porcentaje de población con educación secundaria), los servicios en la vivienda (porcentaje de viviendas con energía eléctrica y agua potable), el costo de la alimentación (porcentaje del ingreso destinado a alimentación), etc.[135].

Una vez hemos diferenciado la satisfacción residencial de otros conceptos próximos que podrían confundirse con la misma, el siguiente paso debe consistir en intentar dar un contenido certero a tal construcción teórica.

Entre los conceptos de satisfacción residencial ofrecidos por la doctrina encontramos "la falta de quejas cuando existe la oportunidad de quejarse", "la afirmación explícita de que a la persona le gusta su vivienda" o "el resultado de emparejar las preferencias de un individuo con las características físicas del ambiente donde reside". Si acudimos a la literatura al respecto observaremos que son múltiples las definiciones que se realizan de lo que sea satisfacción residencial, si bien todas ellas pueden clasificarse en dos grupos: Las que hacen hincapié en un elemento afectivo o las que se centran en un componente cognitivo. En las primeras se la considera como la gratificación o placer que se experimenta por vivir en un lugar concreto. En las segundas lo decisivo es la comparación exitosa por parte del individuo entre su situación residencial real y sus expectativas y aspiraciones[136].

[135] Más ejemplos de medidores objetivos de la calidad de vida en SOBRINO, J. "Desarrollo urbano y calidad de vida" [en línea], en *Documentos de investigación.* Vol. 28. El colegio mexiquense. Toluca, 1998. pp. 22 y ss. Disponible en la página web: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cmq.edu.mx%2Findex.php%2Fsubir-docman%2Fdoc_download%2F162-di0280142&ei=TTMIVKGNJMnlaLu7geAM&usg=AFQjCNGLlNhAYF9o7XetslWS9GpEgc1GRQ&bvm=bv.74649129,d.bGQ

[136] AMÉRIGO, M. "Ambientes residenciales"… cit. p. 184.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Además de éstas y otras muchas definiciones, encontramos en la literatura especializada una multitud de modelos teóricos sobre este constructo. Algunos de ellos caracterizan a la satisfacción residencial como un criterio de evaluación de la calidad de vida, poniendo el énfasis en encontrar una serie de predictores de la satisfacción residencial. Otro importante grupo aborda el concepto desde la perspectiva de considerarlo un predictor de conducta.

A nuestro parecer, los más interesantes son los "modelos comprensivos", que aúnan y sistematizan en cierta forma los dos ya mencionados. Queremos destacar dos especialmente; el modelo de GIFFORD y el de AMÉRIGO.

Para el primero, el sujeto percibe una serie de características objetivas de la vivienda o señales distantes, que tendrán un impacto sobre la satisfacción que el individuo experimente. El modo de presentación de las señales (en una maqueta, en la realidad, en un periódico, etc.) supondrán un filtro a la percepción. Asimismo, las características del observador también supondrán un filtro. Una vez filtradas, las señales distantes se convierten en señales próximas que emergen haciendo que el sujeto emita un juicio de valor o posea una creencia sobre el ambiente residencial. El resultado de este proceso es un determinado estado de satisfacción, la emisión de determinadas conductas y el estado de salud o bienestar del residente[137].

El modelo de AMÉRIGO es bastante parecido. Para la autora la satisfacción es el resultado de un proceso por el cual ciertos atributos objetivos del ambiente residencial son evaluados por el individuo. El resultado de tal evaluación —la satisfacción residencial— es un estado afectivo de carácter positivo que el individuo posee hacia su ambiente residencial y que le llevará a desarrollar una serie de conductas destinadas a mantener o elevar la congruencia con el mismo[138].

Los atributos objetivos, una vez evaluados, pasan a ser subjetivos (como pasaban a ser próximos en el modelo anterior) produciendo cierta satisfacción[139]. Tal evaluación

[137] En detalle en GIFFORD, R. *Environmental Psychology. Principles and Practice*. Allyn & Bacon. Massachusets, 1987.
[138] AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial. Una aproximación psicosocial a los estudios de calidad de vida*. Tesis doctoral. Universidad Complutense. Madrid, 1990. p. 104.
[139] No siempre es forzosamente necesario que se produzca este proceso, sino que, según AMÉRIGO, "*los atributos objetivos del ambiente residencial también pueden generar de una forma directa la satisfacción*". Vid. AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial: Un análisis*… cit. p. 79.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

se realizará en función de las características de la persona (sociodemográficas, personales, necesidades de residencia…) dentro de las cuales se incluye lo que la autora denomina el "*patrón de calidad residencial"*. Este es un elemento normativo mediante el cual el sujeto realiza comparaciones entre su medio real e ideal que se encuentra determinado por el grupo de referencia del observador. Cuanto mayor sea la distancia entre el ambiente real y el ideal según el patrón, menor será la satisfacción residencial experimentada.

Ambos modelos, como puede comprobarse, dan una visión holística de la satisfacción residencial. En ellos se incluye tanto el hecho de que la misma puede predecirse mediante una serie de atributos objetivos o subjetivos tamizados por la idiosincrasia particular, como que la satisfacción lleva a unas conductas determinadas. Con ello se mejoran en nuestra opinión los otros modelos parciales presentados, ya que con éstos se da una visión comprensiva de todo el proceso de la satisfacción, incluyendo causas (o predictores) y consecuencias comportamentales.

Los predictores de la satisfacción residencial pueden ser tanto de carácter físico como social. Es de destacar, no obstante que en los estudios sobre este tema se resalta la primacía de los factores psicosociales frente a los puramente físicos, de forma que la posible insatisfacción derivada de las condiciones paupérrimas de vida puede ser compensada o mitigada mediante una rica vida social en el ambiente residencial[140]. Entre dichos predictores pueden encontrarse la atmosfera percibida, (los servicios policiales y de recreo que ofrece el barrio), la evaluación positiva de la vivienda, el mantenimiento del barrio, la interacción social, la alta seguridad, la identificación con otros residentes, la percepción de seguridad, el nivel de ruido, el apego al lugar, etc.

Por último, no podemos dar por finalizado el presente apartado sin hacer alusión a las consecuencias comportamentales de la satisfacción o insatisfacción residencial. Como veíamos en el modelo de AMÉRIGO, el sujeto satisfecho residencialmente, además de experimentar un saludable estado de bienestar y realización personal, llevará a cabo una serie de comportamientos para mantener la congruencia con su medio. Así, es de esperar que el sujeto desarrolle una serie de conductas afines a su sentimiento de

[140]AMÉRIGO, M. "Ambientes residenciales"… cit. p. 183 y p. 190; AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial: Un análisis*… cit. p. 50.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

satisfacción tales como velar por el mantenimiento del barrio y su vivienda, por el fomento de las buenas relaciones vecinales, la participación, etc[141]. Si nos fijamos, muchos de estos comportamientos, a su vez, darán lugar a predictores de satisfacción residencial. Ello provoca un flujo circular o una retroalimentación de modo que, cuanto más satisfecho esté un individuo, más realizará estas conductas, las cuales redundarán, a su vez, en una mayor satisfacción y así sucesivamente. Se llega de esta manera a lo que hemos dado en denominar una "*espiral de satisfacción*" o un "*círculo virtuoso de la satisfacción*".

El otro aspecto de las consecuencias se refiere al extremo opuesto, es decir, a los casos en que no existe satisfacción residencial. Estas hipótesis han sido estudiadas por los modelos que calificaban a la satisfacción como un predictor de conducta, en los cuales no nos hemos detenido por considerarlos visiones parciales del fenómeno. Según estas teorías, la falta de satisfacción con el entorno obliga a los sujetos a realizar determinados comportamientos adaptativos para reducir tal sentimiento de incomodidad. Estas conductas pueden ser principalmente la modificación del ambiente, la modificación de las aspiraciones (reestructuración cognitiva) o el traslado a otro ambiente más propicio (movilidad residencial). De todas ellas, la más grave socialmente es la última, ya que está limitada sólo a aquellas personas con recursos que les permitan cambiar de residencia por el mero hecho de estar insatisfechas. Si este no es el caso, se producirán las otras estrategias adaptativas mencionadas que, en caso de fracaso, como ya hemos visto, darán lugar a estrés con todas sus consecuencias negativas[142].

1.3.4. La preferencia ambiental

Una nueva relación entre la persona y su ambiente que interactúa con las hasta ahora mencionadas y que consideramos digna de ser reseñada es la llamada preferencia ambiental. En el presente epígrafe estudiaremos diversas teorías sobre cuáles son las causas y mecanismos que llevan a las personas a experimentar un lugar como más atractivo que otros y, por tanto, como más deseable para contemplar, residir, etc.

Es mucha la importancia del certero conocimiento de los mecanismos que rigen la preferencia ambiental, ya que con el mismo se podrían designar a priori lugares o

[141] AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial: Un análisis*… cit. p. 127.
[142] Vid. *supra* Apdo. 1.3.1.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

acondicionar los mismos, de forma que fueran acordes con los gustos de los individuos que se van a servir de ellos[143], consiguiéndose así una comunión más plena y placentera entre las personas y el ambiente con todos los beneficios psicológicos que ello acarrea. Igualmente, el concepto de preferencia ambiental es de gran utilidad a la hora de identificar "paisajes" y juzgar su calidad estética.

El concepto de preferencia parece claro y no necesita muchas aclaraciones, aun así, vamos a aventurarnos a dar un concepto de la misma como aquella reacción emocional positiva que se siente ante determinados lugares de manera más intensa que ante otros, cualificando a esos lugares como "preferidos". Tal juicio conlleva una serie de valoraciones subjetivas con respecto al ambiente (variedad o colorido de la escena) o con respecto a los sentimientos de la gente acerca del ambiente (evaluaciones acerca del placer o excitación que produce una escena determinada). De acuerdo con ello, no hay que perder de vista que la preferencia ambiental está determinada por procesos perceptuales del que contempla en interacción con características físicas relevantes del paisaje. Es decir, la preferencia depende de las características objetivas del paisaje que se evalúa, pero reside, en parte, en los ojos del observador. Se trata por tanto de una construcción personal[144].

Vamos a estudiar cuatro modelos teóricos que explican la preferencia: el de WHITFIELD, llamado de la "Preferencia por los prototipos"; el de PURCELL, de "Preferencia por las diferencias"; el de los KAPLAN, la "Matriz de preferencia", [145] y el de APPLETON, del "Hábitat y panorámica-refugio"[146].

Los dos primeros se incluirían en lo que GALINDO, GILMARTÍN y CORRALIZA denominan como *perspectiva de la interrelación inicial cognición-afecto*. En dicha perspectiva se parte de que las experiencias afectivas y el sentimiento estético constituyen una respuesta valorativa global mediatizada cognitivamente por

[143] Sobre este aspecto, vid. RAPOPORT. A. *Aspectos humanos de la forma…*cit. p. 61 y ss.
[144] GALINDO, M. P; GILMARTÍN, M. A, y CORRALIZA, J. A. "El medio natural", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002. pp. 289-291.
[145] Se sigue en la exposición de estos tres modelos a PERÓN, E. "Preferencias ambientales y capacidad restauradora de los lugares", en *Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodológicos* (Eds. GARCÍA MIRA, R., SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002. p. 263 y ss.
[146] Más detalladamente, en GALINDO, M. P; GILMARTÍN, M. A, y CORRALIZA, J. A. "El medio…" cit. p. 296.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

nuestras estructuras de conocimiento[147]. Es decir, que no existe juicio estético sin un procesamiento cognitivo previo.

Los demás modelos que explicaremos, el de la matriz de preferencia de los KAPLAN y someramente la teoría del hábitat y panorámica-refugio de APPLETON, se incardinan por su parte en la *perspectiva de la independencia inicial entre afecto y cognición*[148]. Tal perspectiva se basa en la propuesta de ZAJONC, según la cual, la preferencia puede desarrollarse en ausencia de cualquier procesamiento cognitivo. Este autor considera que existen una serie de rasgos en la realidad a percibir que permiten experimentar de manera rápida e instintiva placer, atracción, repulsión, conflicto u otras formas de afecto. Estos rasgos —denominados *preferenda*— son simples, vagos, generales e insuficientes para servir de base a juicios cognitivos. Frente a ellos existen otros rasgos más complejos denominados *discriminanda* que son los que sustentarían los juicios cognitivos[149].

En el modelo de la *preferencia por los prototipos*, estudios realizados con mobiliario revelaron que la preferencia se correlaciona positivamente con la familiaridad y negativamente con la novedad. No obstante, en otra serie de experimentos —éstos realizados con lugares—, el efecto de la primera como predictor de preferencia resultó ser ambiguo por lo que la influencia de la familiaridad o tipicalidad sobre la preferencia no es clara y no puede decirse que este modelo haya sido confirmado.

Por su parte, el modelo de *preferencia por las diferencias* —"moderadas*",* añadiríamos nosotros— afirma que la predilección por un determinado lugar depende de las discrepancias moderadas que un lugar concreto presenta con respecto al prototipo mental que la persona posee de ese lugar. En otras palabras, las personas, a lo largo de

[147] GALINDO, M. P; GILMARTÍN, M. A, y CORRALIZA, J. A. "El medio…" cit. p. 297; en idéntico sentido, GALINDO GALINDO, M. P. y GILMARTÍN DE CASTRO, M. A. "Los estudios de preferencia ambiental: principales problemas teóricos y conceptuales", en *El comportamiento en el medio natural y construido / Seminario sobre la investigación de la Psicología Ambiental en España, Orellana (Badajoz), 24-26 de Septiembre de 1992.* Agencia de medio ambiente. Consejería de obras públicas, urbanismo y medio ambiente de la Junta de Extremadura. Badajoz, 1994. p. 42.

[148] GALINDO, M. P; GILMARTÍN, M. A, y CORRALIZA, J. A. "El medio…" cit. p. 293.

[149] Vid. con mayor precisión ZAJONC, R. B. "Feeling and thinking. Preferences need no inferences", en *American Psychologist*, nº 35, 1980. pp. 151-175. Este autor llega a afirmar la existencia en el cerebro de dos procesamientos de la información separados: la cognición y el afecto, que se relacionan respectivamente con estructuras fisiológicas diferentes. El sistema límbico con las respuestas afectivas y el neocórtex con las respuestas cognitivas

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

nuestra experiencia, creamos imágenes prototípicas de los lugares con las cuáles confrontamos los nuevos lugares que encontramos y que estimamos que pertenecen a dicha categoría. Los prototipos, en tanto abstracciones, no se corresponderán exactamente con ningún lugar. A partir de aquí, si las diferencias con ellos son limitadas, se produce un aumento contenido de la actividad del sistema nervioso que redunda en una reacción afectivo-emocional positiva —la preferencia—. Si las diferencias, por el contrario, superan un determinado umbral, el mayor aumento de la activación cerebral provoca una reacción negativa que puede llegar hasta el disgusto o el horror.

El modelo de los KAPLAN, *la matriz de preferencia*, parte de que hay dos mecanismos relacionados con la evolución humana en lo que respecta al procesamiento de información espacial. El primero es que el hombre tiene que ser capaz de *comprender* el ambiente, es decir, clasificar objetos, eventos y lugares. Como el mundo puede cambiar, el hombre debe además ser capaz de *explorarlo* para adaptarse a estos cambios. A su vez la comprensión y la exploración pueden ser inmediatas o inferidas. De la combinación de todo ello nace la matriz de preferencia, la cual permite calificar las escenas con un determinado atributo.

	COMPRENSIÓN	**EXPLORACIÓN**
INMEDIATA	Coherencia	Complejidad
INFERIDA	Legibilidad	Misterio

Según dicha matriz, en el ámbito de la ***comprensión***, si ésta es ***inmediata***, la escena que se contempla será ***coherente*** (es decir, será lógica y con una estructura directamente percibible). Si la ***compresión*** es ***inferida*** (esto es, ha sido necesaria para la comprensión una actividad de análisis), la escena será ***legible*** (accesible, susceptible de ser conocida). Por su parte, en lo que hace a la ***exploración***, si el impulso a explorar es ***inmediato***, la escena será ***compleja*** (existen numerosos elementos visibles y ricos que hacen completamente desconocida la escena e incitan a desentrañarla); si la ***exploración*** es ***inferida*** (es decir, el impulso de descubrimiento va surgiendo poco a poco), la escena

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

presenta ***misterio*** (una expectativa de mayor información si uno entra en más profundidad en la escena).

En función de la matriz suministrada, los estudios han revelado que la preferencia se da con ambientes que presentan coherencia y misterio elevados y que no sean muy complejos. Es decir, lugares cuya estructura sea directamente aprehensible y que estimulen a ir profundizando en ellos poco a poco.

Por su parte, la teoría de APPLETON se basa en que el placer estético es una respuesta a elementos del ambiente (sombras, colores, disposición espacial…) que han tenido una importante función en la supervivencia humana y que se reconocen de manera automática. Es lo que se conoce como la teoría del hábitat. Aparte de ello este autor nos habla también de la *teoría de la panorámica-refugio* según la cual serán preferidos los lugares que permitan al individuo ver sin ser visto (refugio) y dominar visualmente una gran área (panorámica)[150].

En nuestra opinión, los modelos últimamente comentados, los que parten de la independencia de la cognición y el afecto, no son apropiados para explicar los juicios de preferencia humanos, pese a la difusión doctrinal de alguno de ellos (matriz de preferencias de los Kaplan *v. g.*). La razón principal que nos lleva a esta postura es que entendemos que tales planteamientos dejan de lado la importante impronta cultural en el ser humano en cualquier ámbito de su existencia. A nuestro juicio, es descabellado pensar que, aún hoy, nuestra especie siga guiándose en sus juicios de preferencia exclusivamente por motivos de supervivencia (presente o pasada) de manera casi instintiva, con independencia de todo su acervo cultural. Tal postura conllevaría que la preferencia ambiental, o estética en general, debiera ser única para toda la raza humana y, como sabemos, ello no es así, sino que las diferentes culturas tienen una concepción propia de lo que sea bello o preferible. Lo hasta aquí mantenido, no obstante, no impide que en la base de las diferencias culturales puedan encontrarse elementos que obedezcan a razones de supervivencia, pero tal hecho no destierra en ningún caso el componente cognitivo de la preferencia según nuestro parecer.

[150] Vid. para mayor detalle, APPLETON, J. *The experience of Landscape.* Wiley. Londres, 1975.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En el ámbito de las posturas que afirman la existencia de un procesamiento cognitivo entre la percepción y la preferencia, la que nos parece más convincente es el modelo de preferencia por los prototipos con ciertas matizaciones. En este sentido entendemos que las personas, a través de su experiencia vital, tanto directa como inferida, crean un prototipo ideal de los lugares que representa la máxima preferencia. Posteriormente confrontan los lugares a evaluar con ese modelo ideal, siendo los preferidos los más semejantes al mismo. La matización que hacemos al modelo consiste en que éste partía de que el prototipo se forma exclusivamente a base de la experiencia directa. De esta manera, sus partidarios igualan la prototipicalidad a la familiaridad y mantienen que los ambientes familiares deben despertar la mayor atracción. Precisamente ahí es donde nosotros disentimos, ya que entendemos que el sujeto mediante informaciones, bagaje cultural, relaciones sociales, etc. (lo que hemos denominado experiencia inferida más arriba) puede crear prototipos ideales de categorías de lugares en los que nunca ha estado, los cuales servirán como patrón de preferencia por semejanza.

A pesar de lo dicho hasta aquí, ninguno de los modelos expuestos parece explicar de un modo total e incontrovertible la preferencia ambiental. A este respecto creemos interesante traer a colación la idea mantenida por PERON según la cual, no hay una preferencia ambiental, sino muchas preferencias ambientales que varían según el motivo por el que se evalúa el lugar (para vivir, para veranear, para hacer deporte…)[151]. Desde este punto de partida, puede entenderse fácilmente que los diferentes modelos, que han buscado explicar la preferencia sin alusión a un fin concreto, no hayan obtenido resultados concluyentes.

La preferencia ambiental, así como la ya explicada satisfacción residencial, desempeñan un importante papel en la elección de nuevos ambientes residenciales[152]. Como ya vimos, la ausencia de satisfacción puede llevar a la movilidad residencial y, por tanto, a una elección de nueva vivienda, guiada principalmente por la preferencia ambiental.

[151] PERÓN, E. "Preferencias ambientales y capacidad…" cit. p. 270.
[152] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*…cit. p. 123.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Tal relación entre preferencia y elección residencial ha sido estudiada por autores como MICHELSON[153]. Este autor descubrió que las personas que vivían en casas solas en el extrarradio, eligieron las mismas porque consideraban que era un lugar ideal para criar a sus hijos, lo cual es consistente con la postura mantenida de que la preferencia lo es a un fin determinado. También constató que las personas que vivían en edificios altos deseaban llegar a tener una casa en las afueras y, en el momento que sus condiciones económicas se lo permitieron, llevaron a cabo tal propósito. Tal hecho confirma incontestablemente la relación entre preferencia y elección residencial.

1.3.5. La territorialidad humana y la apropiación del espacio

Las personas, en su relación con determinados lugares, desarrollan un vínculo con los mismos de carácter posesivo que las lleva a experimentarlos de alguna forma como propios (en sentido material, no jurídico) y determina en ellas como consecuencia unos impulsos de control y, en ciertos casos, de defensa frente a los extraños. Tal fenómeno a grandes rasgos es lo que se conoce como territorialidad.

La territorialidad se ha estudiado desde antiguo en relación con el mundo animal tanto por etólogos, como por expertos en psicología animal, sin embargo, es un campo de estudio relativamente novedoso en relación con los humanos[154]. En un principio, con base en dichos estudios sobre los animales, se realizaron simples extrapolaciones a la conducta humana. Actualmente, tales atribuciones no son compartidas por la mayoría de la doctrina especializada. En este sentido, autores como ALTMAN[155] o CANTER[156], han puesto de manifiesto que la conducta agresiva de territorialidad en los animales en instintiva, pero no se puede afirmar lo mismo en el ser humano, en el cual tales conductas tienen un componente voluntario y están mediatizadas por el concepto legal de propiedad. Además, en el ámbito humano, la mediación o el arbitraje suelen relegar la violencia en pos de un entendimiento "amistoso" en caso de conflictos territoriales en la mayoría de las ocasiones. Otra importante diferencia entre la territorialidad animal y humana es que la primera es física y se limita a los terrenos que el animal puede

[153] Vid. MICHELSON, W. *Environmental choice, human behavior and residential satisfaction.* Oxford University Press. Nueva York, 1976.
[154] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*…cit. p. 291
[155] Vid. ALTMAN, I. *Environment and social behavior*. Brooks/Cole. Belmont, 1975.
[156] Vid. CANTER, D. "Buildings in use", en *Environmental interaction* (Dir. CANTER, D.). Surrey University Press. Londres, 1975.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

controlar directamente. En el caso humano, por el contrario, nos encontramos ante una territorialidad más simbolizada o cognitiva. Tal fenómeno hace que el hombre posea diversos territorios según el grupo social de referencia (familia/domicilio, vecino/barrio, ciudadano/ciudad, habitante/nación, etc.) sobre los cuales en muchos casos no tendrá ese control directo. Como puede observarse, la territorialidad satisface para los animales exclusivamente funciones de supervivencia, mientras que para el hombre, como ya veremos, cumple otra serie de funciones más complejas[157]. De otro lado, la conducta territorial en humanos conlleva un repertorio más rico y variable de respuestas y la misma está influida por factores personales, situacionales y culturales[158].

Existen una multitud de definiciones de la territorialidad[159]. Muy útil es el intento de clarificación de ALTMAN, el cual pone de manifiesto los puntos comunes que existen entre las mismas[160].

Dicho autor señala que las diferentes definiciones se refieren a lugares o áreas geográficas y hacen hincapié en la posesión del lugar. Además, hablan de la personalización del espacio y consideran el territorio como la jurisdicción de un individuo o grupo[161]. Asimismo, algunas aluden a la defensa contra las invasiones, si bien este elemento se va dejando de lado paulatinamente. Intentando aglutinar todas estas características comunes, HOLAHAN define la territorialidad como "*un patrón de conducta asociado con la posesión u ocupación de un lugar o área geográfica por parte de un individuo o grupo, que implican la personalización y la defensa contra las invasiones".*

---

[157] LÉVY-LEBOYER, C. *Psicología y medio ambiente*. Morata. Madrid, 1985. p. 131.

[158] VALERA, S y VIDAL, T. "Privacidad y territorialidad", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002. p. 137.

[159] Por citar algunas, "la actitud de personalizar y defender contra invasiones un área geográfica determinada" (BECKER; SOMMER); "El uso y la defensa de un área espacial por parte de una persona o grupo que la considera suya exclusivamente" (PASTALAN); "El uso exclusivo de un área u objetos por parte de personas o grupos" (HAYTHORN; TAYLOR; WHEELER).

[160] Tal síntesis es recogida por HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 291.

[161] En virtud de este elemento, suelen distinguirse tres tipos de territorios: Los territorios *primarios* o *personales* son aquellos que se encuentran bajo un control completo y duradero del poseedor y cuya posesión es claramente reconocida por los demás (el domicilio es el ejemplo paradigmático). Los territorios *semipúblicos o secundarios,* en los cuales hay cierto grado de posesión, aunque no es permanente ni exclusiva, ya que otros pueden tener acceso también (clubes sociales, bares del vecindario, plaza de un barrio, etc.). Por último, los *lugares públicos*, los cuales están abiertos al uso público y su ocupación está regida por criterios meramente temporales —"el que llega primero"—, exigiendo la presencia física para mantener la posesión (playas, medios de transporte, grandes almacenes…).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La territorialidad así entendida cumple unas importantes funciones. Algunas son comunes para hombres y animales con matices. Otras, sin embargo, son exclusivas de los humanos. Entre las primeras destaca la contribución al mantenimiento de la organización social[162] y, entre las segundas, la regulación de la privacidad y la ayuda al desarrollo de la identidad.

Las funciones exclusivamente humanas que cumple este fenómeno son las más interesantes. En primer lugar, la territorialidad se usa como un instrumento para conseguir un cierto grado de privacidad deseado[163]. El mecanismo consiste en usar los límites del territorio, ya sean éstos físicos o simbólicos, como límites de acceso a la persona que controla dicho territorio. En este sentido privacidad y territorialidad parecen solaparse, por más que el primero de los conceptos sea mucho más amplio que el segundo y vaya mucho más allá de los meros límites geográficos.

La otra de las funciones exclusivas de la territorialidad está relacionada con la identidad. Concretamente, la territorialidad sirve de basamento al desarrollo de la identidad de grupo y personal. La identidad de grupo surge simplemente por el hecho de que los individuos comparten un mismo lugar del que se sienten coposeedores. Ello redunda en conocimientos y experiencias comunes que ayudan a los "dueños" de ese territorio a percibirse como una unidad diferenciada frente a los "extraños". Tal hecho ayuda también a fomentar las relaciones sociales, ya que las personas simpatizan o confían entre ellas más por el hecho de pertenecer a un mismo territorio. De otra parte, la territorialidad también ayuda a fomentar la identidad personal, ya que el individuo tiende a difuminarse con el lugar sobre el que desarrolla la actitud que estudiamos y usa ese lugar tanto para describirse frente a sí mismo, como frente a los demás[164]. Sobre este

[162] Según HOLAHAN la territorialidad ayuda a ordenar un grupo de acuerdo con el dominio o control que ejercen los miembros. No obstante, la relación entre dominación y territorialidad es menos clara en las personas que en los animales. A la vista de los estudios de de ALTMAN o SUNDSTROM, esta relación sólo se da cuando el espacio se considera deseable. Vid. HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 296. Discute la contribución de la territorialidad al mantenimiento del sistema social MORALES DOMÍNGUEZ, J. F. "Conducta grupal y medio ambiente", en *Psicología y medio ambiente* (Coord. JIMÉNEZ BURILLO, F.). Centro de estudios de ordenación del territorio y medio ambiente (CEOTMA). Ministerio de obras públicas y urbanismo. Madrid, 1981. p. 374. Por otra parte, la territorialidad contribuye a la organización social, ayudando a crear un mapa cognitivo de las conductas esperables en cada lugar y facilitando con ello el desarrollo de las tareas cotidianas. Vid. a este respecto EDNEY. J. J. "Human territories: Comment on functional properties", en *Environment and Behavior*. nº. 8, 1976. pp. 31-49.

[163] Por privacidad se entiende siguiendo a ALTMAN el "control selectivo de acceso al yo."

[164] HOLAHAN, Ch. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 297.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

último aspecto, no obstante, tendremos ocasión de profundizar en mayor medida en el siguiente apartado, en el cual trataremos la profunda imbricación entre el Yo y el espacio.

Un fenómeno muy relacionado con la territorialidad es la llamada "*apropiación del espacio*", cuya denominación se debe a Perla KOROSEC[165]. Dicho concepto se ha definido habitualmente como el *sentimiento de poseer y gestionar un espacio por uso habitual o por identificación.* Sin embargo, en nuestra opinión, no es acertado hablar de un sentimiento como tal, sino más bien de unas conductas tendentes a conseguir poseer o gestionar el espacio en la dirección que apunta la definición dada por SANSOT[166]. A mayor abundamiento, el propio término empleado —apropiación— da la idea de un fenómeno activo, dinámico, que sería contradictorio con el carácter estático que denota un sentimiento.

No queda clara la relación entre la territorialidad y la apropiación. Esto es, si se desarrolla la territorialidad debido a que ha existido una previa apropiación del espacio, o si, dado que desarrollamos una conducta territorial, tendemos a apropiarnos del espacio como una conducta más de aquella índole. A nuestro juicio, el íter más lógico sería el segundo. Es decir, que a causa del sentimiento innato de territorialidad que poseemos, el ser humano desarrolla una serie de estrategias conductuales para satisfacerlo entre las cuales ocuparía un lugar central la apropiación de lugar.

Una vez hemos tomado postura tanto respecto a la naturaleza de la apropiación, como respecto a su relación con la territorialidad, es momento de analizar brevemente los mecanismos por los que se lleva a cabo la misma, así como la relación entre estos elementos. En esta labor seguiremos fundamentalmente el llamado "*modelo dual*" de Enric POL, el cual ha estudiado profusamente el tema de la apropiación y lo ha sintetizado de perfectamente[167].

---

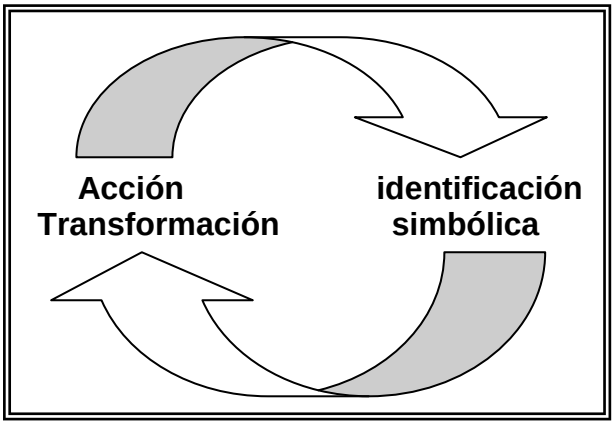
[165] Vid. KOROSEC, P. [Ed.]. *L´appopiation de l´espace*. IAPC-3. CIACO. Strasbourg-Louvain la Neuve, 1976.

[166] Este autor define la apropiación de manera dinámica; en concreto, como "todo aquel tipo de **prácticas** a través de las cuales dejamos nuestra impronta en algo o alguien". Vid. SANSOT, P. "Notes sur le concept d´appropiation", en *L´appopiation de l´espace* (Ed. KOROSEC, P.). IAPC-3. CIACO. Strasbourg-Louvain la Neuve, 1976.

[167] POL, E. "La apropiación del espacio", en *Cognición, representación y apropiación del espacio* (Coords. IÑIGUEZ. L y POL, E.). Monografies Psico/Socio/Ambientals, nº 9. Publicaçions Universitat de Barcelona. Barcelona, 1996. Así como, POL, E. "El modelo dual de la apropiación del espacio", en

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Según el modelo de este autor, la apropiación del espacio es un fenómeno complejo con dos componentes básicos: la acción-transformación y la identificación simbólica. El primero de los componentes es de carácter puramente comportamental y, como indica su propio nombre, consiste en que el individuo o el grupo transforman el espacio mediante la acción sobre el mismo. Con esta acción los sujetos dejan su impronta y dotan al lugar de un significado para sí y frente a los demás. La identificación simbólica, por su parte, consiste en que los sujetos —persona o grupo— se reconocen en el entorno y se autoatribuyen sus cualidades como definitorias de su propia identidad[168]. Con tal identificación el espacio pasa a convertirse en un factor de estabilidad de la identidad personal o de grupo que permite la continuidad histórica de dicha identidad. Es decir, la persona o la colectividad se autoidentifican con el lugar como un elemento de continuidad de su propia identidad.



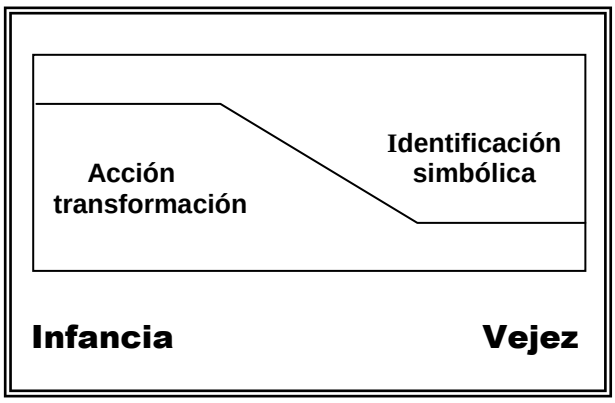
En lo que respecta a la relación entre ambas componentes, tal y como puede observarse en el gráfico adjunto tomado de POL, las mismas son interdependientes y actúan entre ellas de forma cíclica. Mediante la acción transformación dejamos nuestra impronta en el territorio y le damos significado en función de la devolución que recibimos en la interacción. A su vez, en la identificación simbólica, nos vemos reflejados en el espacio como una proyección del Yo, y el espacio pasa a actuar como una categoría social con la que nos identificamos y que usamos como característica definitoria nuestra. Finalmente, el mantenimiento de la identificación comporta la transformación del espacio apropiado

Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodológicos (Eds. GARCÍA MIRA, R., SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002. pp. 123-130.

[168] Se trata de alguna forma de un modelo análogo al de la "proyección" que maneja VILELLA PETIT. Según la misma, la persona se proyecta sobre el espacio del que se apropia. es decir, intenta comunicar y ver reflejadas sus características en el espacio apropiado, produciéndose con el transcurso del tiempo una paulatina identificación entre éste y el individuo. El individuo va quedando "fijado" con el lugar y se dificulta su transformación. Así, para esta autora, la apropiación consiste en la progresiva identidad entre el individuo y su espacio que se convierte en un símbolo de la persona. Vid. VILELLA-PETIT**,** M. **"**Espace approprié - espace appropriant", en en *L´appopiation de l´espace* (Ed. KOROSEC, P.). IAPC-3. CIACO. Strasbourg-Louvain la Neuve, 1976.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

para hacerlo acorde a la transformación de nuestras inquietudes, necesidades y características. Se cierra así el proceso cíclico al que aludíamos.



Es interesante señalar que tanto la acción-transformación como la identificación simbólica se dan a lo largo de toda la vida, pero con distinta importancia dependiendo de la etapa vital. En la juventud prima la acción-transformación, mientras que a edades más avanzadas es preponderante la identificación simbólica. En la madurez aparecerá un cierto equilibrio entre ambas. Muy ilustrativo es el gráfico que también nos suministra el autor ya citado.

De acuerdo a todo lo dicho, la apropiación se muestra como un elemento básico en el proceso de la conducta territorial —y en general en la relación hombre-ambiente—. La misma lleva a las personas a definir y modificar sus territorios vitales de acuerdo con sus características personales y, además, a hacerse reconocibles a los otros a través del uso simbólico del espacio, usando el mecanismo de la identificación. Se consigue con ello dar cumplimiento a la tendencia cuasi instintiva de marcar el territorio, así como satisfacer en alguna medida el ansia puramente humana de continuidad temporal, como ya hemos visto con anterioridad. No se acaba aquí la importancia de este concepto, ya que la apropiación puede ser, además de personal, grupal, lo que le confiere una importante faceta sociológica con interesantes implicaciones sociales. En tal sentido, ayuda a la formación de la llamada *identidad social espacial*. Del mismo modo, la apropiación es un antecedente al concepto de identidad de lugar ("*place identity*") de PROSHANSKY[169]. Sobre estos dos últimos temas incidiremos en detalle en el próximo apartado.

1.3.6. El lugar como componente de la identidad

Hasta este momento hemos analizado una serie de importantes conexiones psicológicas que se establecen entre las personas y los lugares en los que residen. Estos

[169] POL, E. "El modelo dual…" cit, p. 130.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

lazos unen en algún sentido a sujetos y lugares y conforman al espacio como un importante elemento de influencia en la persona y, asimismo, como un escenario sobre el que el ser humano actúa, dando lugar a una relación biunívoca entre ambas realidades. En el presente epígrafe se va un paso más allá en dicha relación. No se trata ya de que la persona se relacione de un modo más o menos estrecho con su medio y reciba y produzca en el mismo unas u otras consecuencias, sino de que esa relación de la que hablamos es tan vívida que la persona llega a hacer el lugar parte de sí. Una porción de su identidad está integrada por el lugar en el que habita y en el que desarrolla su actividad vital tanto a nivel individual como en su calidad de integrante de un grupo social. Es lo que se conoce como la identidad de lugar o la identidad social espacial respectivamente.

1.3.6.1. La identidad personal de lugar

El concepto de *identidad de lugar* ("place identity") fue desarrollado en especial por PROSHANSKY. Este autor lo define a grandes rasgos como una subestructura de la identidad del yo ("self-identity") relacionada con el lugar en el que la persona desarrolla su devenir cotidiano. Analicemos brevemente su planteamiento[170] con más detalle para una mejor comprensión del concepto.

En opinión de PROSHANSKY, la conciencia del YO ("self") se empieza a desarrollar en los primeros años de vida y consiste básicamente en la capacidad, mediada socialmente, de distinguirse uno mismo frente a los otros[171] en virtud de una serie de medios perceptivos (visuales, auditivos…). De este modo, el YO se configura como una estructura psicológica compleja compuesta tanto por propiedades estables en el tiempo y el espacio, como por otras más cambiantes que organizan y unifican el comportamiento de la persona y su experiencia. Es decir, el YO se conceptualiza como un sistema total que incluye percepciones conscientes e inconscientes del pasado, de la experiencia diaria y de las aspiraciones futuras de la persona en relación con todo su medio circundante, tanto personal como social y físico.

[170] Fundamentalmente en PROSHANSKY, H., FABIAN, A. K. y KAMINOFF, R. "Place-Identity: Physical world socialization of the self", en *Journal of environmental psychology,* nº. 3, 1983. pp. 57-59.
[171] Los "otros" serán significativos para el niño en tanto tengan una relación determinada con él porque cumplen funciones valiosas o de cuidado. En el concepto de "otros" en sentido amplio incluye este autor también a los objetos y lugares que cumplan funciones valiosas en tanto soporte de su existencia. Con ello reconoce ya inicialmente importancia a factores físicos en la delimitación del YO.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Un subsistema de esta estructura compleja que será de gran importancia es la llamada identidad del YO o autoidentidad ("self-identity") que está compuesta por creencias personales, evaluaciones e interpretaciones más o menos conscientes sobre uno mismo basadas en los parámetros compartidos socialmente. El individuo se juzga como los otros le juzgan a él, como un observador de sí mismo. Las perspectivas tradicionales sobre la identidad se detenían en este punto, otorgando a la identidad del yo un carácter estático una vez se ha formado en la infancia, y haciendo caso omiso del papel de los escenarios físicos como parte inherente del contexto de socialización de la autoidentidad, así como de la influencia de sus cambios en dicha realidad psicológica.

Frente a ellas, la originalidad de PROSHANSKY radica, en la creación de una nueva subestructura de la identidad del yo[172] —la identidad de lugar— que va a acompañar al resto de componentes específicos del yo tales como la identidad sexual, de clase, étnica, de religión, etc[173]. Este nuevo componente identitario está integrado por aquellas facetas del yo que definen la identidad personal del individuo a través de un conjunto consciente e inconsciente de ideas, creencias, preferencias, sentimientos y metas en relación con el ambiente físico en el que se desenvuelve, así como de tendencias y aptitudes comportamentales relevantes en dicho ambiente[174]. Se trata en definitiva de que hay una serie de dimensiones y características relacionadas con lugares que ayudan a la persona a definirse a sí misma en cada uno de los roles sociales que asume en su vida. Es decir, la persona se autoconcibe como hombre (identidad sexual), de clase media (identidad de clase) y residente en Málaga o trabajador en un despacho o en una fábrica (identidades de lugar) por ejemplo.

Este planteamiento, ha sido discutido por TWIGGER-ROSS y UZZEL, los cuales ponen en duda que exista una parte autónoma de la identidad relacionada con el lugar y

[172] Compuesta por cogniciones respecto a uno mismo en cualquier aspecto.
[173] Para dar este paso PROSHANSKY se apoya en diversas teorías que afirman la flexibilidad de la conciencia del yo en respuesta a los cambios del mundo social y físico como la de CUMMING & CUMMING y la de SMITH. Los primeros sostienen que el "ego" es una estructura relacionada con la respuesta a un ambiente cambiante. La función de este "ego" es mantener un equilibrio en la persona a lo largo del tiempo, pero son los desafíos al mismo los que lo hacen progresar para volver a ese estado de equilibrio dando lugar a una "recombinación" del mismo. Para más detalle vid. CUMMING, J. & CUMMING, E. *Ego and milieu*. Atherton Press. Nueva York, 1962. Por su parte, SMITH diferencia entre un autoconcepto (*self-concept*) que es relativamente estable y las autoevaluaciones (*self-evaluations*), las cuales son más maleables y cuya variación se debe a las transacciones con el medio. En detalle en SMITH, M.B. "The self and cognitive consistency", en *Theories of cognitive consistency* (Eds. ABELSON, R. P., ARONSON, E., MCGUIRE, W. J. y OTROS). Rand MacNally. Chicago, 1968.
[174] PROSHANSKY, H. "The city and self-identity", en *Environment and behavior*, nº 10:2. 1978. p. 155.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

afirman que lo que ocurre realmente es que cada uno de los aspectos de la identidad (siguiendo el modelo de identidad de BREAKWELL[175]) tienen en mayor o menor medida una implicación espacial[176]. También LALLI objeta a esta teoría el que no deja claro la importancia relativa de cada subidentidad y que ha dejado de lado los aspectos emocionales, primando los cognitivos exclusivamente[177].

La otra novedad que introduce PROSHANSKY frente a las concepciones habituales de la identidad es el carácter cambiante de la misma a lo largo del tiempo[178]. Estas variaciones pueden deberse a dos razones. De un lado, el cambio de los roles sociales a los que se vinculaban determinados lugares conllevará simultáneamente una transformación en la identidad de lugar. Es el caso de un profesor que se jubila, para el que la clase pasará a tener una menor significación en su identidad espacial. El otro motivo es el cambio real del mundo físico, que obligará a una reestructuración de esta subidentidad para hacerla acorde con la nueva realidad[179].

Como colofón a esta sucinta identificación del concepto de identidad de lugar, nos parece interesante traer aquí la recomendación del propio autor de evitar asumir esta realidad "*como una subestructura cognitiva integrada y coherente de la identidad del yo de la persona*", pues es más bien un "*popurrí de recuerdos, concepciones, interpretaciones, ideas y sentimientos sobre escenarios físicos específicos*.[180]"

La identidad de lugar, tal y como la hemos definido, en último término influye en el bienestar de la persona, si bien su contribución no consiste sólo en mantener y proteger la identidad del yo, sino también en ir ajustando esta estructura a los cambios que se produzcan en el mundo físico circundante. En tal sentido PROSHANSKY

[175] Según este autor existen cuatro principios de identidad: Autoestima, autoeficacia, distintividad y continuidad, en cada uno de los cuales el lugar o espacio tendrá una serie de implicaciones importantes. A mayor abundamiento vid. TWIGGER-ROSS, C. L. & UZZEL. D. L. "Place and identity processes", en J*ournal of environmental psychology,* nº 16, 1996. pp. 206-208.
[176] TWIGGER-ROSS, C. L. & UZZEL. D. L. "Place and identity …" cit. p. 206.
[177] LALLI, M. "Urban-related identity: Theory, measurement and empirical findings", en *Journal of environmental psychology* nº 12, 1992. p. 287.
[178] PROSHANSKY, H. "The city and…" cit. p. 156
[179] PROSHANSKY, H., FABIAN, A.K. y KAMINOFF, R. "Place-Identity: Physical world…" cit. p. 65.
[180] PROSHANSKY, H., FABIAN, A.K. y KAMINOFF, R. "Place-Identity: Physical world…" cit. p. 60.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

propone una serie de importantes funciones que cumple esta construcción para el individuo[181]:

- **La *"función de reconocimiento"* (Recognition function)**. La misma sirve para reconocer en cualquier momento las propiedades del mundo físico en el día a día y experimentarlo como estable o continuo con respecto al pasado ambiental. Del mismo modo, esta continuidad con respecto al pasado, hace suponer al individuo que la misma se dará con respecto al futuro. Tal percepción de la continuidad del espacio valida la creencia individual en la propia continuidad de la identidad del yo a través del tiempo. Este proceso raramente es consciente.

- **La "*función de significado*" (Meaning function).** Esta función permite a la persona conocer qué podría ocurrir y qué comportamiento se espera de ella y los otros en un determinado escenario. La persona no solo reconoce el lugar, sino que comprende sus objetivos y las actividades a realizar en él en relación con su diseño. Estos significados, culturalmente transmitidos, así como los comportamientos adecuados se integran dentro de la identidad de lugar del sujeto.

- **La "*función de necesidad expresiva*" (Expresive-requeriment function).** Esta función se activa cuando el escenario físico no concuerda con las preferencias del sujeto. Ello hace que las preferencias y deseos se hagan conscientes y el individuo sienta la necesidad de personalizar el ambiente moldeándolo. Si es capaz de efectuar esos cambios, el escenario y su identidad de lugar se respaldarán mutuamente y, además, se producirá una afirmación de su identidad del yo.

- **La "*función de mediación ante las discrepancias*" (Mediating change function).** Si una persona experimenta discrepancias entre un escenario físico y su identidad de lugar se activan una serie de mecanismos cognitivos para reducir esa discrepancia. Estas cogniciones se refieren bien a cómo cambiar el espacio en sí mismo, cómo manipular y controlar el comportamiento de otras personas

[181] PROSHANSKY, H., FABIAN, A.K. y KAMINOFF, R. "Place-Identity: Physical world…" cit. pp. 66-74.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

como objetos ambientales y cómo cambiar el propio comportamiento para que las discrepancias lugar/identidad de lugar se minimicen.

• **La "*función de ansiedad y defensa*" (Anxiety and defense function).** Con esta función se ponen de manifiesto amenazas y peligros de los escenarios físicos y asimismo se manifiestan respuestas que defienden a la persona contra esos peligros (evitar ciertos lugares, fantasía, retirada…). Incluso se puede usar la identidad de lugar para la lucha contra una baja autoestima. Es el caso de una ama de casa que enfatiza su actitud de mantener la casa más limpia como una medida de su propia valía. Con ello puede estar tratando de proteger una baja autoestima en su rol de ama de casa.

Como conclusión, con la identidad de lugar el autor se refiere a un conjunto de cogniciones positivas y negativas sobre los escenarios físicos que ayudan a la persona a definir quién es y a medir su valía, tanto personalmente, como desde la perspectiva de los otros. Las cogniciones negativas, en contra de lo que pudiera parecer, contribuyen también a una definición de la persona. Bien por medio de especificar qué no es el individuo, bien señalando qué escenarios amenazan sus concepciones del yo. Entre estas últimas encontramos tanto cogniciones que señalan a los lugares como peligrosos para el yo, como aquellas que detallan mecanismos conductuales para evitar o minimizar tales amenazas o las consecuencias de las mismas[182].

1.3.6.2. La identidad social espacial

En las líneas inmediatamente anteriores, hemos comprobado cómo y en qué medida los espacios físicos adquieren protagonismo en la formación y el desarrollo de la conciencia de la persona sobre sí. En el presente apartado nos centraremos en el segundo de los ámbitos en los que el espacio juega un importante papel a la hora de configurar la identidad de la persona: los procesos de identificación grupal, esto es, en relación con la identidad social. En tal cometido seguiremos fundamentalmente el trabajo de VALERA y POL[183].

[182] PROSHANSKY, H., FABIAN, A.K. y KAMINOFF, R. "Place-Identity: Physical world…" cit. p. 74.
[183] VALERA, S. y POL, E. "El concepto de identidad social urbana: una aproximación entre la psicología social y la psicología ambiental", en *Anuario de psicología*, nº. 62, 1994. pp. 5-24; VALERA, S. *El significado social del espacio. Estudio de la identidad social y los aspectos simbólicos del espacio*

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Según BROWN, la identidad social consiste en la autodefinición de las personas en términos de su pertenencia a un grupo[184]. Por su parte, TAJFEL afirma que es aquella parte del autoconcepto de un individuo que se deriva del conocimiento de su pertenencia a un grupo o grupos sociales, juntamente con el significado valorativo y emocional asociado a esta pertenencia[185]. Como puede observarse, la identidad social se construye haciendo referencia a grupos o categorías sociales a las cuáles se adscribe el individuo y la misma tiene por objeto identificarnos frente a los demás para establecer puntos de conexión o de separación. Entre dichas categorías sociales podrían incluirse sin grandes problemas los entornos físicos —y significativos— como una categoría social más, ya que, partiendo de la perspectiva del interaccionismo simbólico, todos los *objetos* (en ellos se incluyen también los lugares) adquieren su naturaleza ontológica a raíz de los significados que les otorgan los grupos e individuos y puede hablarse de los mismos como construcciones o productos sociales, más que de realidades físicas *estricto sensu*.

Si partimos de este posicionamiento se superan las concepciones "*dramatúrgicas*" que consideran al espacio un mero escenario donde se lleva a cabo la interacción social y, al mismo tiempo, se elimina la separación entre medio físico y social, pasando el entorno a ser un elemento más de dicha interacción en cuanto construcción social. El espacio transmite a los individuos unos significados socialmente elaborados y éstos interpretan y reelaboran los mismos dando lugar a un dialogo simbólico.

De acuerdo a lo dicho, podría darse un paso más y hablar de una *identidad social espacial* como —basándonos en la definición de identidad social de TAJFEL— aquella parte del autoconcepto del individuo que se deriva del conocimiento de su pertenencia a un entorno o entornos concretos (como categoría social), juntamente con el significado valorativo y emocional asociado a esa pertenencia. De este modo, de forma análoga a lo

urbano [en línea]. Centre de Recerca POLIS. Universitat de Barcelona. Disponible en la página web: http://www.ub.es/escult/valera/cap1.htm

[184] BROWN, R. J. "Social Identity and the environment: A commentary", en *Environmental social psychology*. *NATO ASI series. Series D: Behavioural and social sciences*, vol. 45 (Ed. CANTER, D.). Kluwer Academic Publishers. The Neteherlands, Dordrech, 1988. p. 219.

[185] TAJFEL, H. Human *groups and Social Categories.* Cambridge University Press. Cambridge, 1981; versión española (1984): *Grupos humanos y categorías sociales*. Herder. Barcelona, 1984. p. 292.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que ocurría en sede de la identidad de lugar[186], la identidad social espacial se configura como una subestructura de la identidad social compuesta por aquellas categorías sociales relacionadas con los lugares a los que pertenece el individuo (categorías espaciales). Como podemos observar, el concepto al que hemos llegado está centrado en el individuo y no en los grupos. El paso de una identidad social individual a una colectiva se producirá mediante la llamada teoría de la *categorización del self* o de la *identidad social del grupo* de TURNER.

Según esta teoría, el sujeto puede "categorizarse" usando distintos niveles de abstracción (principio de metacontraste[187]) y conformando un sistema jerárquico de clasificación categorial cada vez más exclusivo. TURNER concretamente distingue tres niveles de abstracción básicos: Un nivel basado en la categoría "humano" frente a otras formas de vida; un nivel que diferencia según la categoría endogrupo/exogrupo, y un nivel personal que se refiere a la identificación de cada individuo como ser específico. De este modo, se establece un continuum que desciende desde la humanidad hasta el individuo pasando por todos los grupos intermedios en función del nivel de abstracción que adopte el individuo. Dentro de dicho continuum, las personas tenderán a definirse en sus interacciones como pertenecientes a categorizaciones espaciales más amplias cuando la adscripción a categorías de niveles inferiores (menos inclusivas) no permita percibir diferencias suficientemente significativas respecto de otras categorías del mismo nivel. No obstante, se buscarán siempre las categorías más exclusivas posibles, porque los individuos procuran siempre definirse en relación a dimensiones que no conlleven un alto grado de despersonalización.

La elección del nivel de abstracción espacial en el que el sujeto se situará, a pesar de lo que pudiera parecer, no es absolutamente libre, ya que el grupo (en puridad, la persona situada en un nivel de abstracción grupal) no sólo busca identificarse como tal frente a sí mismo, sino que también pretende que los demás lo identifiquen en ese sentido. Por ello, la categorización espacial escogida deberá ser relevante para ambas partes y situarse en el mismo nivel de abstracción. Así, si queremos identificarnos frente

[186] La identidad de lugar recogía, de entre todas aquellas cogniciones sobre la persona que constituían su identidad del yo, aquéllas relacionadas con los lugares en los que la misma desarrolla su vida diaria en cada uno de sus roles sociales. Vid. *supra*, Apdo. 1.3.6.1.
[187] Este principio es un mecanismo cognitivo que permite agrupar elementos divergentes en una misma categoría cuando las diferencias entre ellos son menores que las percibidas en comparación con otros grupos de elementos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

a una persona que no conoce una determinada categoría espacial más exclusiva (por ejemplo nuestro barrio), tendremos que acudir forzosamente a la siguiente categoría más inclusiva que pueda ser utilizada por ambos (por ejemplo, ciudad) en el mismo nivel de abstracción.

Las dimensiones que pueden resultar relevantes a la hora de producir una identificación social con una determinada categoría espacial ("saliencia[188]") pueden ser diversas. En primer lugar destaca la dimensión territorial. Ésta se refiere a los límites geográficos del lugar, los cuales permiten la identificación del endogrupo y la diferenciación con el exogrupo. En segundo lugar encontramos la dimensión psicosocial. Una determinada categoría social espacial puede dar lugar a un conjunto de atribuciones que dota a los miembros del grupo de una personalidad distintiva frente a otros. En tercer lugar, la dimensión temporal que tiene en cuenta la historia del grupo y su relación con el entorno. Los grupos históricamente ligados a un entorno podrán definirse en cuanto a su historia común y diferenciarse de aquellos que no la poseen. La dimensión conductual, en cuarto lugar, se basa en las manifestaciones conductuales ligadas a un entorno. La dimensión social, por su parte, se apoya en las características sociales del grupo asociados a un determinado entorno espacial. Por último, la dimensión ideológica se referiría a aquellos valores ideológicos compartidos por el grupo que se plasman a través del espacio. Todas estas dimensiones no son excluyentes unas con las otras, sino que varias de ellas pueden resultar significativas para un grupo, fundamentando así su identidad social espacial.

Para concluir, no podemos dejar de reseñar que la identificación social espacial no es única, sino que las personas y grupos pueden identificarse con varias categorías sociales espaciales dentro de un mismo nivel de abstracción. Éstas ayudan a perfilar conjuntamente la identidad social espacial y serán jerarquizadas de alguna manera por el individuo, hecho este que marcará su relación con el entorno.

[188] Según TURNER la saliencia consiste en la capacidad de una categorización del self para resultar relevante en relación al sentido de pertenencia a un grupo. Con más detalle en TURNER, J. C. *Redescubrir el grupo social*. Morata. Madrid, 1990 (original en inglés 1987). p. 168

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

1.4. La ordenación territorial y urbanística como mediadora de los procesos de relación humana con el espacio

Llegados a este punto es ocioso abundar en la importancia que tiene el espacio y en las íntimas conexiones que existen entre éste y los seres humanos tanto desde una perspectiva individual como colectiva. No obstante, sí que es oportuno realizar una última reflexión sobre este tema teniendo en cuenta la aportación de la ordenación territorial y urbanística.

En este sentido, aunque en las páginas anteriores nos hemos venido refiriendo al espacio de modo genérico, debe resaltarse aquí el hecho de que en nuestra sociedad ese espacio es mayormente "*espacio construido*". El hábitat humano por excelencia en la actualidad es la urbe, la cual, a diferencia de los entornos naturales o salvajes, se caracteriza por ser un lugar en el que sus elementos y su disposición han sido creados por decisión humana y pueden ser modificados de la misma manera. La ciudad crece, cambia de forma, se retrae, etc. siempre de manera acorde a los dictados humanos. Podría hablarse sin reparos de un espacio perfectamente *dúctil*.

Por otra parte, ese espacio dúctil que nos circunda, sin embargo, es también un "*espacio regulado*". A pesar de que los seres humanos tienen la posibilidad física de modificar el medio a su antojo, no pueden hacerlo de un modo libérrimo, sino que, para intentar dar lugar a un espacio racional, se intenta ordenar éste mediante disciplinas jurídicas como la ordenación del territorio o el urbanismo, las cuales nos dictan dónde construir, qué construir, cómo, etc. En dicho sentido salta a la vista, como señala el título de este epígrafe, que la conformación de nuestro espacio está fuertemente mediatizada por tales sectores jurídicos.

Si se pone esta última idea en conexión con lo que hemos visto hasta aquí, es ostensible que a través de la ordenación espacial se puede —y se debe— influir sobre el espacio que constituye la ciudad, de modo que se potencien sus efectos beneficiosos y se minimicen sus efectos negativos para las personas a nivel psicológico.

Por lo que respecta a los factores ambientales físicos, el urbanismo puede influir poderosamente en los mismos. Se puede conseguir regular las corrientes de aire y el viento en la ciudad mediante la altura de los edificios o evitando la creación de largos corredores. A través de la ordenación racional del espacio viario y la movilidad puede

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

conseguirse el control del tráfico y, por tanto, amoldar la temperatura, el ruido y el estrés ambiental proveniente de aquel a niveles aceptables. Puede conseguirse también mediante el planeamiento una adecuada iluminación de las viviendas, zonas de trabajo, etc. El diseño arquitectónico puede permitir la presencia o ausencia de determinados sonidos armonizando acústicamente el espacio. Se puede minimizar el ruido que tiene su origen en actividades industriales mediante reglamentaciones técnicas o distribución de usos del suelo; Igualmente está al alcance del diseño evitar la sensación de hacinamiento mediante la adecuada distribución de la población en el territorio; fomentar la creación de espacios fácilmente legibles que ayuden a la percepción ambiental y a la rápida confección de mapas cognitivos y un largo etcétera.

Por otra parte, la ordenación espacial también puede favorecer fuertemente las conexiones psicológicas con el ambiente. De un modo no exhaustivo, puede conseguirse una elevada satisfacción residencial adecuando la conformación espacial de una zona a la idiosincrasia local o fomentando mediante el diseño una vida social animada que dé lugar a buenas relaciones con los vecinos y a una sensación de pertenencia y seguridad[189]; puede satisfacerse el sentimiento de territorialidad y la identificación simbólica con el espacio tanto a nivel individual como grupal facilitando los procesos de apropiación del espacio a través de un urbanismo participativo y democrático en el que los gestores intenten satisfacer las exigencias de los residentes de forma que éstos sientan que efectivamente pueden transformar su medio, lo cual, como sabemos, es fundamental para ambos procesos[190]; etc.

Como se acaba de ver, puede entenderse demostrado que, aunque de ordinario sea una faceta a la que no se presta demasiada atención, la ordenación territorial y el urbanismo tienen una importante influencia sobre la relación psicológica existente entre el hombre y el espacio que lo circunda. Tal hecho nos pone sobre la pista del carácter verdaderamente poliédrico que posee la ordenación espacial, en la cual seguiremos profundizando a lo largo de los capítulos subsiguientes a fin de intentar conocer certeramente todas las implicaciones que conlleva. Ello es una tarea obligada si se quiere construir un bien jurídico que responda fielmente a la compleja realidad social sobre la que inciden la ordenación del territorio y el urbanismo.

[189] Sobre estos aspectos vid. *infra* Cap. 3. Apdos. 3.4.3.1. y 3.4.3.2. C)
[190] Vid. *supra*, Apdos. 1.3.5 y 1.3.6.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 2

CONSECUENCIAS E IMPLICACIONES DEL URBANISMO Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL SISTEMA DE MERCADO ESPAÑOL

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 2
CONSECUENCIAS E IMPLICACIONES DEL URBANISMO Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO EN EL SISTEMA DE MERCADO ESPAÑOL

Tras analizar en el capítulo anterior las repercusiones que el espacio en general, y la regulación urbanística y territorial en particular, tienen de cara al bienestar psicológico de las personas, es momento de entrar en un nuevo marco de análisis. De este modo, el siguiente paso en nuestro intento de una contextualización previa del fenómeno urbanístico-constructivo que permita una interpretación de los tipos acorde con la realidad social pasa por observar sus implicaciones en el ámbito económico.

Efectivamente, la economía[191] es un factor fundamental en nuestra sociedad que extiende su influencia en todos los ámbitos e interconecta además muy estrechamente a nuestro país con diversos fenómenos que pueden producirse fuera de sus fronteras, dentro de lo que se ha venido en llamar la "aldea global". Junto a lo anterior, la economía juega un papel capital en nuestra sociedad consumista y basada en la riqueza material de cara a la consecución del bienestar personal y la calidad de vida. Dichos conceptos actualmente se relacionan casi exclusivamente con una mayor capacidad de consumo y acaparación patrimonial que pueden facilitarse mediante una serie de medidas económicas, contribuyendo así al bienestar social.

Todo ello pone de manifiesto el hecho de que cualquier intento de comprensión o aproximación real al fenómeno que nos ocupa —la ordenación del territorio y el urbanismo— sería completamente artificiosa, o por lo menos parcial, si se prescinde de la contemplación de su importante vertiente económica.

No es difícil atisbar la estrecha relación que existe entre el sector jurídico de la ordenación territorial y urbanística y el sistema económico en su conjunto. Dicha relación es aun más ostensible en tanto dicho corpus normativo incide directamente sobre un sector económico tan importante como es el de la construcción. De esta

[191] Concretamente la economía de mercado a la luz del artículo 38 de la Carta Magna. No obstante, como veremos más adelante, este tipo de economía debe ser interpretada a la luz del artículo 1 y de los demás preceptos constitucionales de forma que tenga acomodo con los fines y objetivos de un Estado social y democrático de derecho.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

manera, dependiendo de la existencia de una normativa urbanística más o menos comprometida con la sostenibilidad territorial —y por tanto más estricta o más laxa en lo que se refiere a la expansión de la ciudad— o, aún más interesante para el fin de este trabajo, del celo que pongan las autoridades en el cumplimiento de dicha regulación, se producirá una expansión o contracción de la actividad edificatorio-constructiva. Tal fenómeno, como pondremos de manifiesto en las páginas posteriores, tendrá importantes implicaciones económicas que se extenderán a todo el sistema.

Otro aspecto económico del urbanismo a analizar, ni mucho menos despreciable, aunque lamentablemente dejado de lado en muchos estudios, es el que se refiere a su carácter de fuente de ingresos públicos. La actividad constructiva conlleva una serie de tasas y pagos al erario público que tienen una gran importancia cuantitativa y que hacen que incluso la solvencia de las cuentas públicas pueda depender en una cierta medida de la buena marcha del sector al que nos referimos[192]. Tal relación es a todas luces peligrosa para una regulación urbanística y territorial que debiera tener, al menos en teoría, su basamento en principios no exclusivamente económicos y la misma puede dar píe fácilmente a irregularidades que cobijen la delincuencia que constituye el objeto de esta tesis. Por ello, analizaremos someramente las principales fuentes de ingreso público provenientes de la construcción, destacando tanto su importancia económica, como los principales problemas y riesgos que los mismos pueden suponer para un correcto discurrir de la actividad edificatoria conforme a la legislación urbanística.

Es necesario puntualizar asimismo, de cara a concretar el objeto de análisis, que no es posible hablar de las influencias o las consecuencias económicas del urbanismo y la construcción[193] en abstracto, tal y como hicimos en la sección anterior con respecto a las consecuencias psicológicas. Esto se debe a que, mientras que la psique humana reacciona de forma similar frente a las condiciones físicas resultantes de una determinada ordenación del suelo, las consecuencias económicas del fenómeno que estudiamos serán muy particulares en cada caso, dependiendo del sistema económico existente y de las características del mismo que imperen en cada situación concreta. De otro lado, sería inabarcable —además de iluso y de poca utilidad científica— intentar

[192]Vid. "El estado logra sólo la mitad de superávit y culpa a la construcción", en *El Economista* de 24 de abril de 2008.
[193] En adelante nos referiremos a este binomio en la mayoría de las ocasiones simplemente como "urbanismo".

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sintetizar o resumir todas las consecuencias económicas del urbanismo en el conjunto de los sistemas económicos en el mundo. Es por todo ello que el análisis de esta sección se limitará a las consecuencias reales concretas que la construcción ha tenido para nuestra economía dentro del marco legal vigente. Por lo que se refiere al aspecto temporal, el análisis a realizar se constreñirá exclusivamente a las consecuencias económicas del urbanismo derivadas del ciclo alcista que ha tenido lugar en la primera década del siglo. No obstante, podríamos acudir también a datos provenientes de la última década del siglo pasado para dar una idea más unitaria del ciclo completo que se ha desarrollado aproximadamente desde 1994/95 hasta 2008/09.

Como último apunte introductorio, deberá tenerse en cuenta que las conclusiones a que lleguemos y los datos que ofrezcamos serán sólo orientativos o parciales, ya que las fuentes utilizadas no reflejan los datos de la llamada economía sumergida[194] que, tristemente, es tan abundante en nuestro país y especialmente en este sector concreto de la producción[195].

[194] Se suele entender por economía sumergida todas aquellas actividades remuneradas que siendo legales en cuanto a su naturaleza, no son declaradas a las autoridades públicas. De este modo, la economía sumergida comprende aquellas actividades que son productivas en sentido económico, y relativamente legales (dependiendo de los estándares y regulaciones locales), pero son ocultadas deliberadamente a las autoridades públicas. Vid. JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. y MARTÍNEZ PARDO-DEL VALLE, R. *La economía sumergida en España.* Documento de trabajo, nº. 4. Fundación de estudios financieros. Madrid, 2013. p. 12.

[195] Según puede observarse en un reciente informe sobre la economía sumergida, ésta oscilaba en el año 2000 entre un 15 y un 26% de nuestro Producto interior bruto dependiendo de las diversas estimaciones; en el año 2008 rondaba el 17,8% y, en 2012, constituía un 24,6%. Igualmente se constata en este informe la importancia de la construcción en la economía sumergida sobre todo en los periodos 2004-2007 y 2008-2011. Vid. SINDICATO DE TÉCNICOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA (GESTHA). *La economía sumergida pasa factura. El avance del fraude en España durante la crisis* [en línea]. Madrid, 2014. pp. 16 y 22. Disponible en la página web:
http://www.gestha.es/archivos/actualidad/2014/2014-01-29_INFORME_LaEconomiaSumergidaPasaFactura.pdf

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.1. El crecimiento económico y la actividad inmobiliario-constructiva

2.1.1. Breve repaso a nuestro crecimiento económico reciente

En una economía de mercado como la que impera en nuestro país normalmente se comprueba la buena marcha y fortaleza de la misma mediante la observación del crecimiento económico. Éste se concreta en que en un determinado periodo de tiempo se hayan producido más bienes y servicios que en el periodo de referencia anterior, lo cual se asocia con un aumento del bienestar de la sociedad.

La información sobre el crecimiento económico se obtiene mediante las llamadas macromagnitudes. De entre ellas, la más comúnmente utilizada es el Producto interior bruto (PIB en lo sucesivo), que consiste en el valor en dinero de los bienes y servicios finales producidos en un país (con independencia de la nacionalidad del productor) en un periodo determinado de tiempo (normalmente un año natural) [196]. Esta macromagnitud puede estimarse por la vía del gasto o de la demanda, o bien por la vía llamada de la producción o de la oferta. Nosotros acudiremos a ambas estimaciones para la exposición de datos y la formulación de nuestros juicios.

De acuerdo a lo hasta ahora comentado, el objeto de este apartado será el de observar la evolución del PIB español en los últimos años e intentar analizar su relación con el sector inmobiliario-constructivo o, dicho de otro modo, analizar la aportación real de este sector a dicho agregado macroeconómico[197]. A este respecto, no puede perderse de vista que, en tanto estos datos se consideran por los dirigentes políticos un termómetro de la calidad de su gestión económica y los mismos tienen un peso considerable en las futuras opciones de voto de la población, habrá que adoptar un cierto distanciamiento crítico con respecto a la las optimistas interpretaciones que se hacen sobre ellos en los medios oficiales. Por consiguiente, se intentará profundizar objetivamente en las consecuencias reales de los datos económicos a la hora de realizar todas nuestras observaciones.

[196] AGUADO FRANCO, J.C; LACALLE CALDERÓN, M; y CEPEDA GONZÁLEZ, I. *Lecciones básicas de economía*. Thomson. Madrid, 2005. p. 110.
[197] En esta tarea será de especial importancia el concepto de valor añadido bruto (VAB), que indica el valor de la aportación al PIB total de un determinado sector.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Al hablar del crecimiento económico reciente o de la evolución del PIB en nuestro país, una expresión que ha sido ampliamente utilizada ha sido la del *milagro económico español*. En efecto, no son pocos los titulares[198] que han tildado de tal la evolución de la economía española de los últimos años, sobre todo en comparación al resto de economías de la Unión Europea (UE en adelante) y en relación a la de esta misma en conjunto.

Si observamos los datos suministrados en la contabilidad trimestral por el Instituto nacional de estadística (INE en lo sucesivo) observamos que nuestro PIB pasó desde los 630.263 millones de euros en el año 2000 hasta el 1.088.124 de millones[199] del año 2008. Como puede observarse, en tan solo 8 años nuestra producción casi se duplicó (se multiplicó por 1,73 aproximadamente). Este fuerte crecimiento se acentúa si acudimos a los primeros años del ciclo alcista disfrutado. Concretamente, si partimos del año de 1995 (con un PIB de 446.795 millones de euros), el resultado es que nuestro producto interior creció más de un 240%)[200].

Por otro lado, al contemplar los datos de variación interanual de volumen[201] del PIB (vid Tabla 1) se comprueba que en todos los años del ciclo (1994-2008) el crecimiento ha sido positivo; es decir, todos los años la producción ha aumentado y además ha mostrado una aceleración continua hasta llegar a 2007, año a partir del cual comenzó a decrecer. El período de mayor aceleración, el despegue del "milagro", lo encontramos en 1997. En ese año, el crecimiento en volumen del PIB con respecto al año anterior fue de un punto y medio porcentual. Por su parte, el año de mayor crecimiento se ubicó en el 2000, en el que la producción creció un 5% con respecto al año anterior. Dentro de esta fase de prosperidad también podemos hallar una leve

198 Vid. por todos, "El milagro económico español", en *EL PAIS.COM* de 29 de abril de 2008. http://www.elpais.com/articulo/internacional/milagro/economico/espanol/elpepuint/20070322elpepiint_7/Tes ; "Construcción, inmigración y déficit cero explican el «milagro español»" en *Diario Córdoba* de 18 de marzo de 2003. http://www.diariocordoba.com/noticias/noticia.asp?pkid=74449; "El milagro español", en *Cinco días. com*, de 14 de diciembre de 2004 http://www.cincodias.com/articulo/economia/milagro/espanol/cdscdi/20041214cdscdieco_5/Tes

199 Fuente: INE. *Contabilidad Nacional Trimestral de España. Base 2000.* Series desde el trimestre 1/1995 hasta el trimestre 2/2011. Precios corrientes.

200 Téngase en cuenta que estos datos lo son en precios corrientes y por lo tanto no reflejan el efecto de la inflación. Es por ello que se sobredimensiona el crecimiento. No existen datos con base 2000 en precios constantes, pero si acudimos a los datos con base 1995 –en los cuales si existen datos en este tipo de precios–, podemos observar que la economía española se multiplicó por la nada desdeñable cifra de 1,34 en términos reales entre el primer trimestre de 1995 y el último de 2004, año en que termina la muestra de dicha base. Ello nos da una idea más real del fenómeno. Fuente*:* INE. *Contabilidad Nacional Trimestral de España. Base 1995.* Series trimestrales desde 1/1980 hasta 4/2004. Producto Interior bruto a precios de mercado. Demanda. Precios constantes.

201 Por tanto, nos encontramos ante datos reales y no nominales como los mostrados a precios corrientes.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desaceleración de corta duración, que abarcó los años 2001 y 2002, en los que la tasa de crecimiento llegó a reducirse a valores muy bajos en comparación con los existentes hasta entonces (2,7% en el año 2002), si bien siempre positivos. Con posterioridad a esta fase de desaceleración se recuperó el crecimiento a un ritmo constante de aproximadamente 0,3% al año hasta llegar a 2007. En dicho año se volvió a producir una desaceleración de 0,4 puntos porcentuales que luego ha degenerado en un tremendo desplome hasta el 0,9% en 2008, llegando a tasas negativas en 2009 (-3,8%)[202].

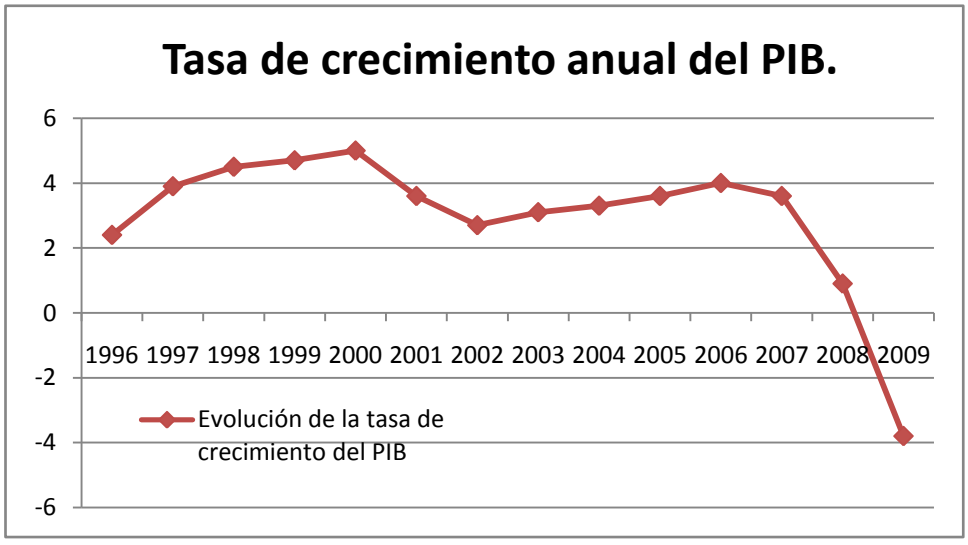
Tabla 1

Producto interior bruto a precios de mercado. Variaciones de volumen														
Tasas de variación interanuales														
	96/95	97/96	98/97	99/98	00/99	01/00	02/01	03/02	04/03	05/04	06/05	07/06	08/07	09/08
PIB a precios de mercado	2,4	3,9	4,5	4,7	5,0	3,6	2,7	3,1	3,3	3,6	4	3,6	0,9*	-3,8*

Fuente: INE. Contabilidad Nacional de España. Base 2000.
(*): Datos obtenidos de Contabilidad Nacional de España. Base 2008.

Como se puede observar, 2008 supone un absoluto cambio de rumbo en la evolucion de nuestro PIB, el cual certifica el fin del ciclo de bonanza económica y el incio de un nuevo ciclo de contracción económica con cifras de

Gráfico-1



Unidad: % de variación de volumen
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE

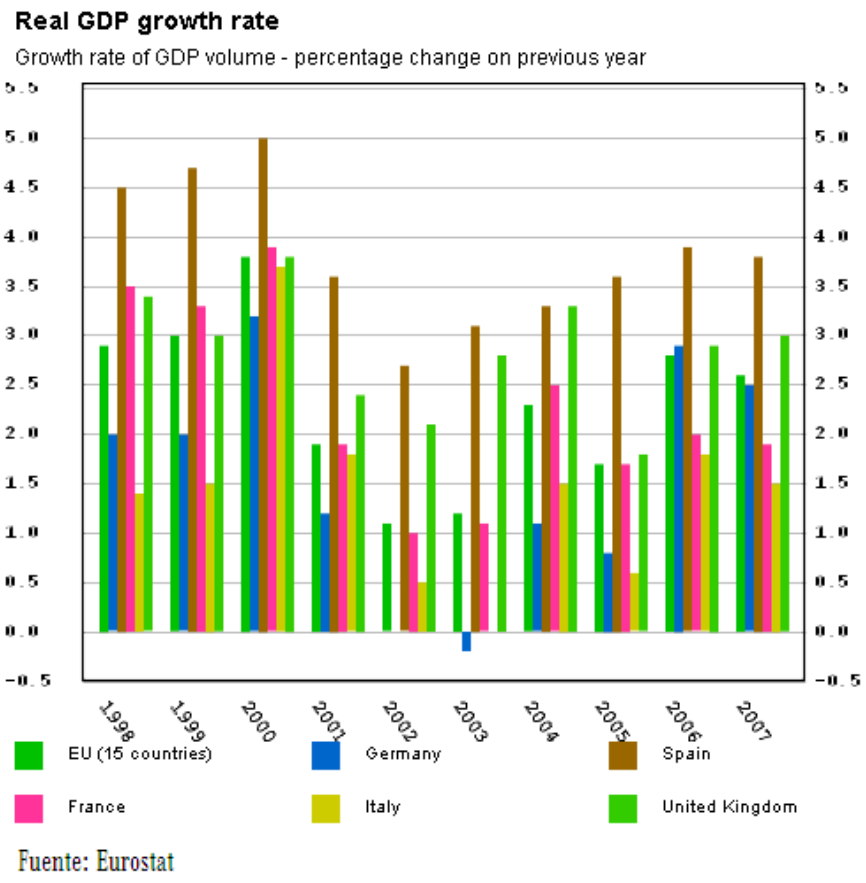
[202] Es necesario apuntar que los datos constatados en base 2000 sólo llegan hasta el año 2007. Los datos posteriores se han obtenido de la Contabilidad nacional de base 2008.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

crecimiento muy por debajo de las habituales hasta entonces[203] y sólo comparables a algunos resultados de los años 80[204].

El empuje que demostró la economía española hasta su punto de inflexión en 2008 aparecía todavía más evidente si se comparaba con el itinerario seguido por sus vecinos comunitarios y con la media de la propia Unión. En este sentido, según datos de EUROSTAT, la economía española había crecido en el período 98/07 a una tasa media cercana al 4% (3,82%), lo cual constituía un ritmo ostensiblemente más elevado que el que

Gráfico-2



Fuente: Eurostat

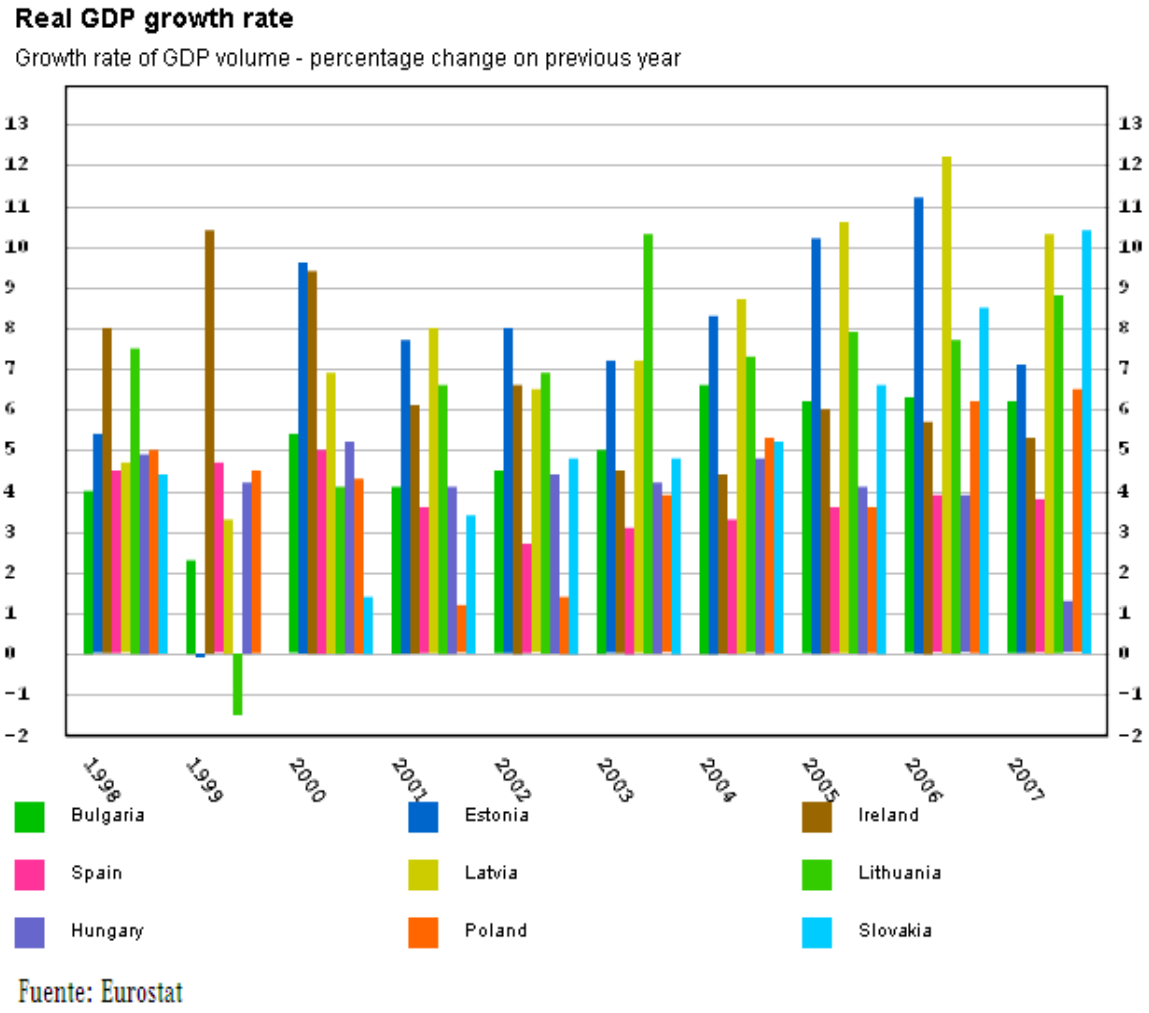
[203] Lo virulento de este desplome contrasta abiertamente con las previsiones relativamente optimistas de Eurostat en 2008, las cuales señalan un crecimiento del 2,2% para 2008 y del 1,8% para 2009. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?_pageid=0,1136173,0_45570701&_dad=portal&_schema=PORTAL. En parecidos términos se expresaba por aquel entonces el Gabinete de Coyuntura y Estadística de la Fundación de Cajas de ahorro (FUNCAS) según informaba el periódico El Economista. A decir de este rotativo, dicho panel hablaba de un crecimiento de consenso del 2,2% en 2008 y del 1,7% para 2009. Vid. "Se agrava el diagnóstico económico de España", en *El Economista* del 9 de mayo de 2008. A pesar de dicha información, lo cierto es que el citado gabinete a finales de mayo de 2008 rebajaba su previsión de crecimiento hasta un 1,6% para 2008 y hasta un 0,4% para el año siguiente con la posibilidad de crecimientos intertrimestrales nulos o incluso negativos ya en 2008 Vid. GABINETE DE COYUNTURA Y ESTADÍSTICA DE LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS (FUNCAS). *PIB 1° trimestre 2008. Previsiones económicas para España 2008-2009* [en línea]. 23 de mayo de 2008. p. 3. Disponible en la página web: http://www.funcas.ceca.es/indicadores/Coyuntura_Nacional_Internacional.asp.
Tampoco supo ver la debacle que se avecinaba, el Servicio de estudios económicos BBVA, el cual hablaba de un derrumbe hasta el 1,9% en 2008 y hasta el 0,8% en el años siguiente. Vid. SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA *Situación España*. Abril 2008. p. 4.

[204] Vid. INE. *Producto Interior Bruto a precios de mercado. Base 1995* (Precios constantes) en la sección de prensa del INE. http://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm .

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

presentaban los grandes de Europa como puedan ser Francia (2,28%), Alemania (1,55%), Italia (1,43%) o Reino Unido (2,85%), o incluso superior al de la propia Unión en conjunto (2, 33% para la UE15). Tal superioridad en todos los años del periodo se ilustra en el gráfico 2. En el mismo período, únicamente las economías en consolidación o en adaptación al sistema capitalista superaron el crecimiento medio español. Tal fue el caso de Irlanda (6,64%) o de las antiguas repúblicas socialistas como Estonia (7,46%), Letonia (7,84%), Lituania (6,56%), Hungría (4,14%), etc. (Vid Gráfico 3).

Gráfico-3



Fuente: Eurostat

Incluso ya inmersa en un contexto de contracción económica, la economía española parecía mostrarse competitiva. Como puede observarse en la Tabla 2, al menos durante los años 2007 y 2008, nuestra economía seguía mostrando cifras positivas de crecimiento y, aunque dichas cifras no eran comparables a las de la coyuntura anterior,

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

seguía ubicándose entre las tres que más crecían en la Unión. Sólo a partir de 2009 se produciría un "crack" que nos llevaría a cifras negativas de crecimiento y nos alejaría definitivamente de la "cabeza de la carrera".

Tabla 2

PREVISIONES DE CRECIMIENTO			
	2007	**2008**	**2009**
España	**3,5**	**0,9**	**-3,8**
UE27	3,2	0,4	-4,5
Bélgica	2,9	1	-2,8
Dinamarca	1,6	-0,8	-5,7
Alemania	1,6	-0,8	-5,7
Francia	2,3	-1	-3,1
Italia	1,7	-1,2	-5,5
R.Unido	3,4	-0,8	-5,2
Austria	3,7	1,4	-3,8
Holanda	3,9	1,8	-3,7
Portugal	2,4	0	-2,9

Fuente: Eurostat

Dicha inercia positiva hasta el derrumbe final de 2009, no obstante, no debe utilizarse como una venda en los ojos ante la cruda realidad. Aunque nuestro país mantuviera una cierta pujanza comparativa, su caída final iba a ser algo más pronunciada que la de los principales socios europeos[205]. Así, nuestra economía en 2009 sufrió una ralentización de 4,7 puntos frente a los 3,8 de Bélgica, los 2,1 de Francia, los 4,3 de Italia, los 4,4 de Reino Unido o los 2,9 de Portugal. Únicamente Alemania sufría un desplome algo mayor, llegando a los 4,9 puntos.

Igualmente, se diluye en cierta manera el "milagro español" a pesar de lo visto hasta aquí si se contemplan las cifras absolutas del PIB en lugar de las tasas de crecimiento.

Tabla 3

	PIB A PRECIOS DE MERCADO					
	2007	**2008**	**2009**	**Razón**		
				2007	2008	2009
España	1.053.161	1.087.788	1.046.894	1	1	1
Alemania	2.428.500	2.473.800	2.374.200	2,31	2,27	2,27
Francia	1.886.792	1.993.195	1.885.761	1,79	1,83	1,80
Italia	1.554.199	1.575.143	1.519.695	1,48	1,45	1,45
R. Unido	2.086.519	1.836.125	1.590.858	1,98	1,68	1,52

Unidad: Millones de euros.
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat

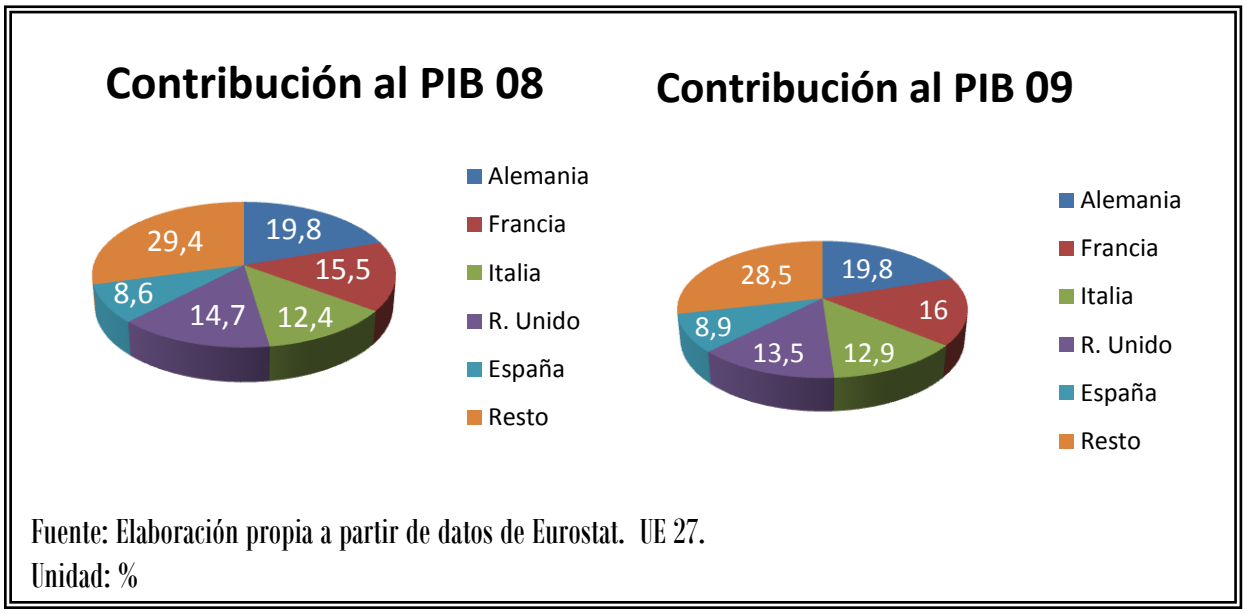
En este sentido, el total de la producción española se haya bastante alejado de los volúmenes

[205] Esta mayor entidad de la caída podría ponernos sobre la pista de que parte del crecimiento español ha podido ser en buena medida "artificial" y, por ello, el derrumbe ha tenido mayor empaque que en el resto de economías una vez que el generador "irreal" de esa riqueza ha venido a menos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que manejan los grandes de Europa, los cuales casi duplican nuestro producto interno como puede observarse en la tabla 3[206]. La situación no mejora en absoluto si nos fijamos en el PIB per cápita, ya que, a pesar de tener todas estas grandes potencias una población considerablemente superior a la española, su PIB per cápita sigue siendo muy superior al nuestro[207], lo cual demuestra una amplia ventaja productiva. No obstante, si observamos los porcentajes de contribución al PIB de la Unión, la situación española es algo menos desconsoladora, ya que, bajo esta perspectiva, podríamos considerar a nuestra economía como "cola de león" o, si se quiere, "cabeza de ratón". Es decir, la economía española es la que menos aporta al PIB de entre las grandes potencias europeas, pero la que más lo haría si se atiende al resto de países de menor entidad económica, lo que la hace, al menos, digna de mención. Esto puede observarse claramente en el gráfico 4 para los años 2008 y 2009.

Gráfico 4



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de Eurostat. UE 27.
Unidad: %

[206] A la vista de este hecho, no debe perderse de vista la posibilidad de que el "milagro español" no sea más que el comportamiento natural de cualquier economía que pasa desde un sistema autárquico a uno capitalista. Como hemos visto, lo mismo está ocurriendo con otros países que provenían de sistemas comunistas o primitivos, los cuales están experimentando un crecimiento desorbitado sin que sus productos interiores en cifras absolutas (verdadera riqueza de un país) sean de una entidad muy elevada. Esta perspectiva pues, nos situaría más en la línea de los países con un desarrollo incipiente que en la de las grandes potencias europeas y nos obligaría a contemplar con una renovada humildad ese soberbiamente tildado "milagro económico español".

[207] Según los datos de Eurostat, en el año 2009 en España existirá un PIB per cápita de 24.800 euros (para una población de 44.476.631) frente a los 31.600 euros de Alemania (para una población de 82.314.906), los 30.400 euros de Francia (63.392.140 habitantes), los 26.700 euros de Italia (59.131.287 habitantes) o los 31.400 euros de R. Unido (con 60.852.828 habitantes).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En definitiva, a la luz de los datos ofrecidos, puede concluirse que nuestro país ha asistido en la primera década del s. XXI a una importante inflación de su crecimiento económico que la ha situado en este aspecto a la cabeza de la mayoría de países europeos, generando un clima de profundo optimismo económico algo exagerado y no muy justificado en demasiadas ocasiones. Dicha pujanza económica ha terminado finalmente de forma abrupta en el año 2009 y España se ha visto superada ampliamente por otras economías más deprimidas que, como ya hiciera nuestro país, se han beneficiado de la entrada en la Unión Europea y han alcanzando tasas de crecimiento muy superiores a las españolas (entre el 8 y el 13% aproximadamente). De otro lado, pese a que nuestro país ha aumentado su producción en buena medida durante este intervalo de crecimiento "milagroso", no ha llegado a alcanzar los niveles de los grandes del continente. A pesar de ello, ha conseguido superar el papel de estado casi rural con que ingresara en 1986 y se ha ubicado a la cola de las grandes potencias. A este respecto, como ya hemos puesto de manifiesto en las líneas anteriores, a la vista de las diferencias con aquéllas en lo que a agregados macroeconómicos se refiere, consideramos más apropiado hablar de nuestro país como de un aspirante a entrar en ese selecto "club" que de un miembro de pleno derecho del mismo como se empeñaban en mostrárnoslo muchos de nuestros dirigentes.

2.1.2. El papel del sector inmobiliario: sus influencias

A la vista de la evolución económica observada, es obligada en nuestro trabajo la atención sobre el papel desempeñado en la misma por un sector de la construcción o, mejor dicho, por un mercado inmobiliario[208] que se ha desenvuelto en un contexto de incertidumbre normativa[209], así como de liberalización regulatoria[210], al menos en los

[208] La expresión "mercado inmobiliario" es más omnicomprensiva que la de "sector de la construcción". Este último es sólo uno de los componentes del mercado inmobiliario, el cual abarca toda la actividad económica que tiene que ver con los bienes inmuebles. Sobre dicho concepto Vid. TALTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la construcción*. Civitas. Madrid, 2001. p. 19.

[209] Esta incertidumbre normativa trae causa de la declaración de inconstitucionalidad de una gran parte de la Ley del suelo del 92 (Ley 8/1990, de 25 de julio/Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana) por parte de la sentencia 61/1997, de 20 de marzo. En virtud de razones competenciales, esta sentencia dejaba prácticamente sin contenido a la ley vigente en materia de urbanismo y devolvía a la vida con carácter supletorio la anterior ley de 1976 y sus reglamentos. Ello causó un importante desconcierto normativo, puesto que las CC.AA. no poseían legislación en la materia. Para subsanar dicha situación, las comunidades aprobaron leyes de transición o "leyes puente" en las que se rescataba el contenido de la ley declarada inconstitucional en tanto aprobaban su propia normativa.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

primeros años del ciclo. Estos hechos —junto a otros factores— favorecieron el inicio de una burbuja cuyas funestas consecuencias económicas estamos sufriendo todavía. Dicho proceso económico además dio pie a una intensa demanda de construcción que se intentaba satisfacer a cualquier precio, incluida la eventual comisión de delitos urbanísticos.

La contribución del mercado inmobiliario al crecimiento económico de manera directa puede contemplarse tanto desde el lado de la oferta como desde el del gasto o demanda[211]. En lo que se refiere al primer aspecto, su contribución viene dada principalmente por el producto final de la actividad constructiva destinada a la creación de bienes inmuebles en cada periodo de referencia (producción de la industria de la construcción), así como por el de los servicios inmobiliarios ofertados en dicho intervalo temporal (intermediación en la adquisición de la propiedad o del uso, servicios de diseño, administración, asesoramiento, etc.). De ente ambas aportaciones, la de mayor relevancia y a la que prestaremos una mayor atención es la primera, ya que esta actividad es la que tiene un mayor protagonismo económico y, sobre todo, una mayor incidencia física sobre el territorio. Desde el lado del gasto por su parte, la aportación del mercado inmobiliario se concreta en la inversión en construcción[212], dentro del apartado de formación bruta de capital fijo (FBK en adelante)[213]. En tal sentido la aportación del sector al PIB vendrá dada por la compra de activos inmobiliarios.

---

210 A nivel estatal, la llegada del Partido Popular al poder supuso el triunfo de las corrientes neoliberales en materia urbanística. Se pensaba que el encarecimiento de la vivienda traía causa de la escasez de suelo urbanizable. De acuerdo con estos principios, se aprobaron una serie de leyes cuyo objetivo era poner todo el suelo posible a disposición de los promotores con el ingenuo propósito de que ello redundaría en un abaratamiento de su coste ante el aumento de la oferta. Para llevar a cabo esta iniciativa se aprobaron una serie de instrumentos legales sucesivos: la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales; la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, y el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

211 Téngase en cuenta que estas aproximaciones contemplan desde dos perspectivas opuestas la misma producción de riqueza. Por lo tanto, no podrán sumarse en ningún caso ambas magnitudes para evitar la doble contabilidad.

212 En tal sentido, debe ponerse de manifiesto que, debido a una convención contable, en la confección del PIB se imputa a los hogares la oferta nueva de vivienda independientemente de que se haya hecho o no su adquisición efectiva. Es por ello que el gasto en inversión residencial es más una variable de actividad que de demanda. Un indicador genuino de demanda es el número de transacciones realizadas, pero de él sólo existen datos desde 2004 en España. SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Inmobiliaria.* Diciembre 2007. p. 7.

213 Repárese en el hecho de que aunque intuitivamente la compra de vivienda supone un gasto de las familias (consumo), existe una convención contable según la cual dicho gasto se computa como una inversión (únicamente el gasto en alquiler se computa como consumo). Ello trae causa de la concepción de la vivienda como un bien de intercambio en lugar de como un bien de uso. Como se verá *supra*, nosotros nos oponemos abiertamente a dicha concepción.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En lo que respecta a la construcción por el lado de la oferta o de la actividad, el inicio del ciclo que estudiamos, allá por 1997, estuvo marcado por la discreción del sector. Éste aún se estaba recuperando del derrumbe acaecido en 1995 y mostraba un comportamiento muy poco dinámico en comparación con el resto de ramas productivas. En concreto, su participación en el PIB en ese año ascendió a un 6,5%[214], mientras que su volumen aumentó con respecto al año anterior sólo un 2,3%. No obstante, a pesar de la poca entidad de estas cifras dentro del conjunto de la economía, apuntaba fuertemente a un cambio de tendencia al recuperarse de los valores negativos (-0,7%) que había mostrado en 1996, ganando 1,6 puntos porcentuales con respecto a dicho año.

A partir de entonces, el devenir del sector de la construcción se va a caracterizar por una progresiva adquisición de protagonismo que le llevará a cotas de crecimiento espectaculares y a obtener con cada ejercicio económico una mayor cuota de participación en el PIB. Tal es el ímpetu con el que ha crecido que, como veremos en varias ocasiones, incluso ha puesto en tela de juicio su carácter teóricamente procíclico[215].

A grandes rasgos, según los datos de variación de volumen suministrados por el INE[216], puede observarse en la evolución de la construcción una primera fase de rápido crecimiento hasta el año 2001, una fase de desaceleración hasta 2004 más o menos y una última fase de aceleración puntual y agotamiento hasta llegar a la recesión y posterior desplome en los años 2008 y 2009.

Los primeros años del ciclo ascendente (1997-1999) están marcados por una gran aceleración del sector, el cual va a situarse indefectiblemente como el sector más dinámico de la economía desde el lado de la oferta. En el año 1999 su valor añadido llega a alcanzar ya un crecimiento del 8,3%, aportando un 7,1% al PIB[217] en términos corrientes y explicando 33 centésimas del crecimiento total de la economía. Este rápido ascenso se apoyó sobre todo en la construcción residencial (mucho más en la libre que

[214] Aporto sólo 22 puntos básicos al 3,9% de crecimiento del PIB en ese año.
[215] Se denominan "procíclicas" las variables que profundizan los efectos del ciclo económico, es decir que aceleran las expansiones y agravan las recesiones.
[216] Datos de junio de 2008.
[217] Desde una perspectiva global, ocupa el tercer lugar por detrás de los servicios y la industria, los cuales ostentan una participación del 60,1 y del 16,7% respectivamente. Esta posición merece un mayor crédito si se tiene en cuenta que sólo dos años atrás su crecimiento era el menor de toda la economía.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

en la protegida[218]), la cual destacó fuertemente frente al crecimiento de la construcción no residencial y de la obra pública[219]. Entre las causas de este potente crecimiento de la actividad podrían citarse entre otras el aumento de la renta familiar y del empleo, que animó la demanda; los reducidos tipos de interés y el alargamiento de los plazos de amortización de los préstamos hipotecarios, resultado de una política monetaria expansiva y de la mayor competencia entre las entidades financieras; y por último, la afloración de capital ante la inminente adopción del euro[220].

En el año 2000 se produjo un brusco frenazo de la actividad, descendiendo el crecimiento de su VAB hasta el 5,9 (una caída de 2,4 puntos porcentuales con respecto a 1999)[221]. Este hecho estuvo marcado sobre todo por la caída de la construcción residencial, la cual perdió 5 puntos en ese año[222], posiblemente a causa del endurecimiento de las condiciones crediticias y el menor ritmo en la creación de empleo, junto a los posibles efectos que la mayor inflación pudiera haber tenido sobre la renta real de los hogares[223]. La incipiente recuperación de los otros dos componentes de la actividad supuso un colchón que amortiguó el desplome.

Tras el lapsus del año 2000, el periodo de crecimiento culminará con un máximo histórico de la construcción dentro del ciclo, una tasa del 8,6 %, en 2001 que la sitúa como líder indiscutible desde el lado de la oferta. En este momento esta rama supone ya el 8,1% del PIB, posición obtenida a base de horadar poco a poco la cuota de participación de la industria, la cual viene perdiendo peso progresivamente desde 1997[224]. Todos los componentes de la construcción contribuyeron a la recuperación, pero en especial la construcción residencial y la obra pública, muy especialmente esta última. Este comportamiento tan positivo del sector en comparación con la marcha general de la economía (en clara desaceleración), puso en entredicho su teórico carácter procíclico. Las causas señaladas para ello van desde la inminente introducción física de

[218] Vid. SEOPAN. *Informe anual de la construcción.* Año 2005. p. 84.
[219] Vid. SEOPAN. *Informe anual de la construcción.* Año 2006. p. 31.
[220] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1999. p. 51.
[221] Vid. INE. Contabilidad Nacional de España. Base 2000. *Producto interior bruto a precios de mercado*. Variaciones de volumen. Tasas de variación interanual (Tabla 5).
[222] Vid. SEOPAN. *Informe anual de la construcción.* Año 2005. p. 39.
[223] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2000. p. 48.
[224] Vid. INE. *Contabilidad Nacional de España. Base 2000*. Producto interior bruto a precios de mercado y sus componentes. Precios corrientes. Estructura porcentual. (Tabla 3).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

la moneda única a principios de 2002 y el subsiguiente afloramiento de dinero, como el desfavorable comportamiento de los mercados bursátiles, que en un entorno de bajos tipos de interés podría haber propiciado que los agentes encontraran atractivo el mercado inmobiliario desde el punto de vista inversor[225].

En los años siguientes la actividad estuvo marcada por una suave desaceleración con respecto a los valores pasados. No obstante, la construcción en general seguirá situándose a la cabeza del crecimiento en cada ejercicio, creciendo más que el conjunto de la economía y consiguiendo cada vez un mayor protagonismo en el PIB en detrimento de la industria[226]. En el año 2003 se alcanzará finalmente el valle con una tasa de crecimiento interanual del 4,4%, la más baja desde los inicios de la expansión. Durante este periodo de desaceleración generalizada, la mayor aportación al crecimiento del VAB ha venido de la mano de la obra civil; sin embargo, el subsector menos afectado ha sido el residencial, poniendo nuevamente en entredicho el carácter procíclico de dicha rama productiva. A este comportamiento atípico han podido contribuir especialmente la percepción de los valores inmobiliarios como valor refugio frente a los malos resultados bursátiles o las tendencias especulativas ante el ya elevado precio de la vivienda y las seguras expectativas de futuras revalorizaciones motivadas por la pujanza de la demanda. Ésta, a su vez, alimentada por la senda descendente de los tipos de interés.

La última fase que puede apreciarse en el período que estudiamos —cuyo inicio puede fijarse en 2004— se caracteriza por un leve repunte de la actividad y su posterior agotamiento progresivo, el cual se tornará más abrupto al final. El marco económico general se caracteriza igualmente por una buena marcha inicial que se derrumbará siguiendo la senda que le marca la construcción.

Los primeros compases de esta nueva fase están marcados por la recuperación del crecimiento, si bien, no llegaran a alcanzarse los niveles de antaño. El incremento máximo del VAB se consigue en 2005 (un 5,2% según el INE y un 6% según el informe anual de 2007 de la SEOPAN[227]), constituyendo en ese entonces este sector el 10,4%

[225] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2001. p. 55.
[226] A finales de 2003 esta participación era de un 9%, explicando 27 puntos básicos del 3,1% que creció la economía en ese año según la contabilidad nacional.
[227] Vid. SEOPAN. *Informe anual de la construcción.* Año 2007. p. 34.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

del PIB tanto en detrimento de la industria, como incluso desde 2003, del sector terciario. A partir del año 2006 se produce un punto de inflexión y el sector de la construcción comienza a decrecer. No obstante, seguirá ostentando todavía las mejores marcas de la economía por el lado de la oferta en ese año, sobre todo en el subsector residencial, el cual desacelera únicamente su crecimiento en 0,5 puntos porcentuales con respecto a 2005[228]. La atenuación todavía suave de la demanda especulativa ante los precios de la vivienda continuamente crecientes[229] o el «efecto anticipación» por la entrada en vigor del nuevo Código Técnico de la Edificación (CTE)[230], podrían explicar esta inusitada fortaleza[231]. En 2007, finalmente, el sector de la construcción da ya claras muestras de agotamiento y se inicia su derrumbe irremediablemente. Con una tasa de crecimiento del 2,5% según la contabilidad nacional, va a ceder tras varios años el protagonismo al sector servicios.

Poco a poco irán empeorando los resultados y lo que en un principio de modo optimista se estimaba que iba a ser un ajuste muy gradual y "*no traumático*"[232], dará paso a una "*intensificación en la magnitud del ajuste*"[233] hasta llegar a hablarse abiertamente del ajuste "*de mayor intensidad desde que se registran estadísticas*[234]". Las peores expectativas se verían confirmadas y se llegan a producir tasas negativas de crecimiento bastante pronunciadas. Según la contabilidad nacional de España, el

[228] Vid. SEOPAN. *Informe anual de la construcción.* Año 2007. p. 34. A pesar de esta leve desaceleración se batirá un record histórico y se iniciarán 911.568 nuevas viviendas en 2006. Vid. INE. *Estadística de la construcción*. Visados de dirección de obra. Obra nueva, ampliación y/o reforma por número de viviendas y edificios, clase de promotor y periodo.

[229] Si bien en ligera desaceleración desde 2003-2004, según las estadísticas de la construcción del INE.

[230] El Código técnico de la edificación se aprobó en marzo de 2006 y tenía como objetivo elevar los estándares de calidad, salubridad y habitabilidad en la construcción para armonizarlos con las exigencias europeas. Esta norma afecta a la construcción de cualquier tipo de edificios destinados a vivienda o a otros usos y, obviamente, el número inicios de obras aumentó antes de su entrada en vigor para evitar su aplicación. Para los seis meses siguientes a la aprobación se preveía un periodo transitorio de aplicación de la nueva normativa en el que las edificaciones presentadas a licencia tendrían un cierto margen a la hora de cumplir con los nuevos estándares. Este plazo se ampliaría nuevamente con determinadas exenciones durante seis meses más, hasta marzo de 2007, produciendo un incremento de los inicios de obras hasta entonces.

[231] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2006. p. 157.

[232]Entre otros, SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Diciembre de 2007. p. 6; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Junio de 2007. p. 1; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Enero de 2007. p. 15.

[233] SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Abril 2008. p. 3; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Diciembre de 2007. p. 3; BANCO DE ESPAÑA. "Informe trimestral de la economía española", en *Boletín económico*, abril 2008. p. 28.

[234] Concretamente en SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Consumo*. Primer semestre de 2008. p. 4 y p. 6.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

crecimiento cayó hasta -0,2% en 2008, hasta -8,2% en 2009[235] y hasta el doble de esta última cantidad en 2010[236]. Estos malos resultados obviamente tendrán una importante repercusión negativa en el crecimiento general de la economía, como veremos *infra*.

Desde el prisma de la demanda por su parte, el comportamiento de la inversión inmobiliaria se ha mostrado hasta hace poco también como un agregado sumamente dinámico. Dentro de ella, dedicaremos una especial atención a la inversión residencial, por su especial protagonismo durante todo el ciclo. Salvo alguna excepción puntual, esta magnitud se ha caracterizado por sostener la pujanza de la demanda general en construcción en aquellos momentos en que la inversión en los otros sectores constructivos (no residencial y obra pública) no era muy boyante. Sólo en los últimos años del ciclo se ha invertido esa tendencia.

Por lo que respecta a la evolución de la inversión en construcción, se aprecian unos primeros momentos de rápida aceleración hasta el año 99 (alcanzándose un crecimiento record del 9,71%). En el año siguiente se producirá, de forma análoga a lo ocurrido con la oferta, una brusca caída seguida de una ligera recuperación que no alcanzará ya los valores iniciales de crecimiento del periodo. Tras esta leve recuperación se dará una senda descendente de la inversión hasta finales de 2004. Finalmente, a partir de 2005, se produce un ligerísimo repunte que se convierte en un profundo desplome desde 2007. Durante todo ese ciclo la inversión en construcción ha presentado un elevado dinamismo, alternándose con la inversión en bienes de equipo a la hora de liderar el crecimiento de la formación bruta de capital fijo y de la demanda interna en general. En concreto, hasta el año 99, inversión en bienes de equipo y construcción han mostrado un comportamiento análogo en su crecimiento, aunque con unas cifras mucho más elevadas en el caso de la primera. A partir de 2000 cambian las tornas y la inversión en construcción pasa a liderar la demanda interna hasta el año 2005 en el que volverá a ser rebasada ampliamente por la inversión en equipo. El agotamiento del ciclo de la construcción no tardará en hacer mella en esta última, que, a partir de 2007, inicia una senda descendente paralela a la de su compañera de viaje, si

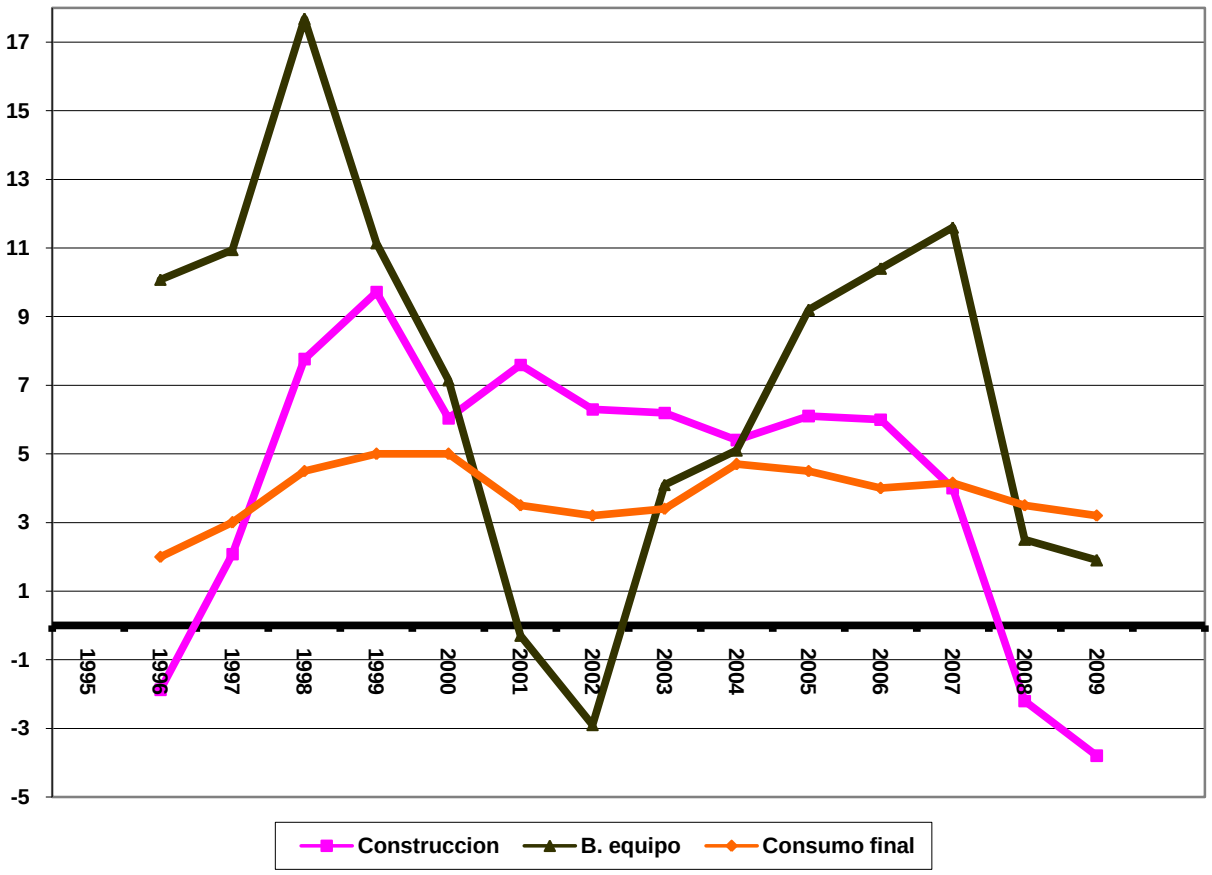
[235] El ajuste se preveía mucho más duro para 2009 según el Servicio de estudios económicos BBVA, el cual vaticinaba en un crecimiento negativo de 14,5 puntos para ese año. Vid. SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Abril 2008. p. 3.
[236] Vid. INE. *Contabilidad Nacional de España. Base 2008.* Producto interior bruto a precios de mercado y sus componentes. Precios corrientes. Variaciones de volumen. Tasa de variación interanual (Tabla 5).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

bien de una apreciable menor entidad a la de aquella. La evolución de estas magnitudes puede apreciarse claramente en la gráfica 6.

Gráfico 6

Tasas de crecimiento de los componentes de la demanda interna



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE, BBVA, Eurostat y BE

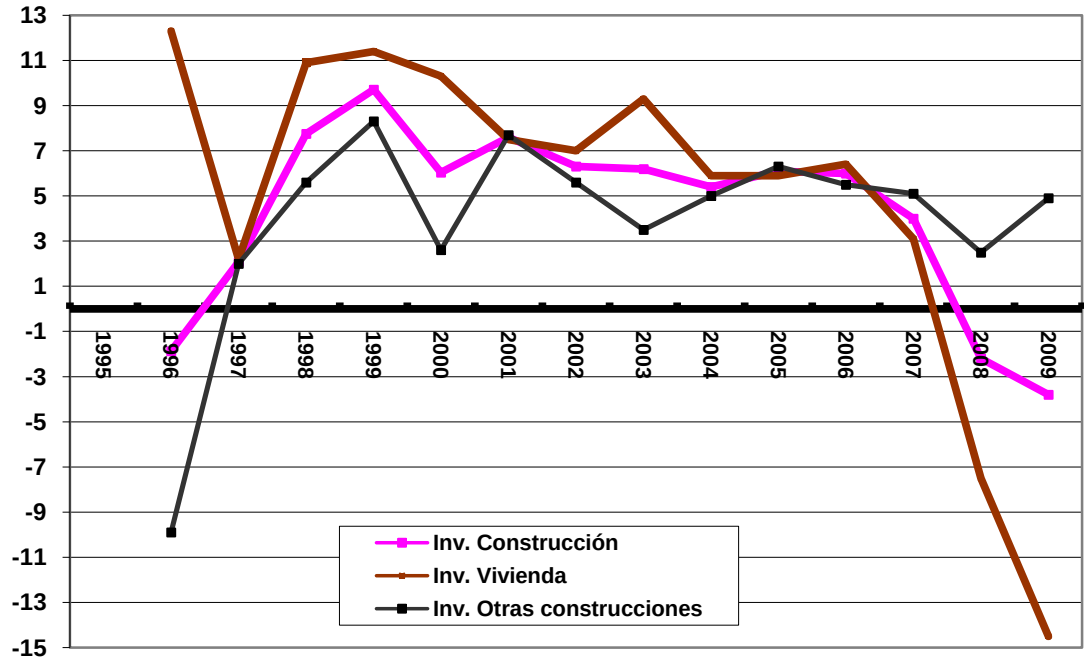
Dentro de la inversión inmobiliaria, ha destacado el papel protagonista de la inversión residencial. Como puede observarse en la gráfica 7, su tasa de crecimiento ha sido habitualmente muy superior a la del resto de inversiones dentro del sector (salvo la excepción del año 2001). Sólo a partir de 2004, los niveles de crecimiento más o menos se igualan hasta llegar al final del ciclo, en el cual la inversión residencial se derrumba completamente mientras que el resto de la inversión constructiva –no residencial y obra pública– continúa con crecimientos positivos que amortiguan mínimamente la caída fulminante de la inversión general en construcción. Puede observarse también en la gráfica que entre los años 2000 y 2004 ambas ramas de la inversión en construcción han presentado comportamientos inversos, lo cual ha hecho que ambos se compensen

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

dotando de cierta estabilidad a esta partida del gasto. En tal comportamiento puede observarse el empleo contracíclico de la obra civil por parte de la Administración que, no obstante, ha sido incapaz de salvar al sector del derrumbe en la coyuntura final.

Gráfico 7

Tasas de crecimiento de las diferentes ramas de la inversión en construcción



Fuente: elaboración propia a partir de datos del INE, Eurostat, BBVA y BE.

Diversos factores pueden explicar esta sorprendente fortaleza de la inversión residencial hasta los momentos finales del ciclo. Entre ellos, han sido resaltados especialmente por diversos estudios algunos como el crecimiento de la población y la inmigración en los últimos años, la política monetaria benévola llevada a cabo por el Banco central europeo o la mejora de la renta disponible y de las condiciones salariales[237]. Un elemento menos aludido por los estudios es el mayor atractivo de los

[237]En este sentido, entre otros, SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Diciembre de 2007. p. 23; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Junio de 2007. p. 14; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Febrero de 2006. p. 1. y p. 18. SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Junio de 2007. p. 1; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria.* Julio de 2006. p 29; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Mayo de 2007. p. 13; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Octubre de 2006. p. 31; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1998. p. 77; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1999. p. 74.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

activos inmobiliarios frente a otros tipos de inversión[238]; sin embargo, a nuestro modo de ver, este último factor ha tenido también un papel muy importante en la evolución de la inversión en vivienda.

En este sentido, las optimistas expectativas de revalorización sin límite que la práctica parecía corroborar han concedido un mayor peso al valor de mercado de la vivienda frente a su valor de uso y ello ha animado a una buena parte de la población a adquirir una vivienda con fines de inversión especulativa. Los elevados precios de la vivienda y las progresivas restricciones en la accesibilidad a la misma por su causa no han podido frenar este tirón especulativo, ya que incluso las economías menos favorecidas podían acceder a este tipo de inversión por encima de sus posibilidades mediante el recurso al crédito, el cual, con un comportamiento históricamente benigno, alimentaba el proceso. De este modo, se ha producido un círculo vicioso sostenido por la fácil disponibilidad del crédito en el que los precios crecientes fomentaban la pujanza de la demanda, la cual provocaba nuevos aumentos del precio que traían consigo, a su vez, nuevos aumentos de demanda y así hasta casi el absurdo[239]. Por ello, no sería descabellado pensar que la inversión especulativa, abonada por los tipos de interés, ha tenido también un peso bastante importante —más del que se le quiere reconocer— en el comportamiento de la demanda residencial en los últimos años. Sólo muy recientemente esta tendencia inversora ha comenzado a calmarse y a disminuir ligeramente en intensidad debido al endurecimiento de las condiciones crediticias y a la merma de la rentabilidad de las operaciones especulativas ante la deriva decreciente de los precios.

En lo que respecta al comportamiento conjunto de ambas magnitudes –oferta y demanda[240]–, la fortaleza de la demanda ha sido el motor que ha remolcado a la oferta[241] y la ha llevado a unos niveles de crecimiento extraordinario, como ya hemos analizado. Todo ese proceso se ha caracterizado por un desfase cíclico entre ambas magnitudes, de

[238] Se refieren a este motivo, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2004. p. 96; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2005. p. 150.
[239] En idéntico sentido, BANCO DE ESPAÑA. "El crecimiento de la economía española: algunos determinantes básicos", en *Informe anual*. Año 2006. p. 40
[240] Nos referimos a la residencial principalmente.
[241] Según señala la teoría, la demanda ejerce de impulsor del mercado inmobiliario, haciendo reaccionar a la oferta, tanto existente como nueva. TALTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la*... cit. p. 93.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

modo que han existido periodos en los que la oferta ha sido superior a la demanda y otros en los que el comportamiento ha sido el inverso.

Este mecanismo de ajuste imperfecto es muy característico del mercado inmobiliario[242], en el cual es la oferta la que suele oscilar alrededor de la demanda, mientras que esta mantiene sendas menos volátiles. Esto se produce porque la actividad tiene una respuesta retrasada con respecto a la demanda mediante excesos que luego se corrigen en sentido inverso. De esta forma, la oferta tiene incentivos para sobrerreaccionar tanto en momentos alcistas como bajistas de la demanda ante el riesgo de quedarse fuera del mercado; cuando este sube, por no tener oferta disponible que vender; y cuando baja la demanda, para no acumular demasiadas reservas de vivienda sin vender[243].

En la situación actual, nos encontramos precisamente en uno de esos momentos en los que la oferta residencial ha crecido por encima de la demanda en respuesta a la fortaleza de la misma desde hace unos dos años aproximadamente. Tal desajuste natural se ha visto reforzado por una serie de acontecimientos adversos que han mermado más de lo previsto la demanda[244], ahondando así la brecha existente entre ambas magnitudes y haciendo mucho más abrupto el ajuste inmobiliario. De este modo, se esperaba una desaceleración suave que afectara más a los volúmenes de mercado que a los precios[245]; sin embargo, el excesivo desfase en la actividad[246] ha producido un resultado bien distinto con relevantes consecuencias para el grueso de la economía.

Junto a estas aportaciones directas o materiales al crecimiento del PIB, no puede obviarse tampoco la existencia de otras vías alternativas de influencia del sector

[242] TALTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la*... cit. p.89.
[243] SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Enero de 2007. p. 14.
[244] Buena muestra de esta contracción de la demanda es la imparable caída de las compraventas de viviendas. Ésta asciende a un 34,3% en mayo de 2008 en cómputo interanual. Vid. "La compraventa de viviendas cae un 34,3% en mayo", en *El País*. 28 de julio de 2008. http://www.elpais.com/articulo/economia/compraventa/viviendas/cae/343/mayo/elpepueco/20080728elpepueco_2/Tes
[245] SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Diciembre de 2007. p. 6; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Abril de 2008. pp. 16-17.
[246] El propio presidente de la patronal de promotores, Guillermo Chicote, entonó el "mea culpa" y reconoció que el sector "*perdió el rumbo" en los últimos años construyendo un volumen de viviendas por encima de las necesidades de la demanda y que ahora "lo están pagando" en forma de una "crisis profunda*". Vid. "La APCE reconoce que los promotores son 'los principales culpables' de esta 'crisis profunda" en *El Mundo*. 21 de mayo de 2008. http://www.elmundo.es/elmundo/2008/05/21/suvivienda/1211370550.html.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

inmobiliario en la economía, sobre todo del subsector de la construcción[247]. En tal sentido es de destacar su papel de "locomotora o motor[248]" económico y su influencia indirecta en el consumo de los hogares a través de una percepción de aumento de la riqueza familiar debida al encarecimiento de los precios de los activos inmobiliarios que dichas familias tienen en propiedad.

En el primero de los sentidos apuntados en el párrafo anterior, en términos técnico-económicos, la actividad constructiva se define como un sector clave de la economía[249]; es decir, un sector con una capacidad de arrastre hacia adelante y hacia atrás superior a la media[250]. Concretamente, según las tablas input-output (TIO) publicadas por el INE para el año 2000 dentro de la Contabilidad nacional de base 1995, el índice de arrastre hacia atrás de la construcción era de 2,6, mientras que su índice de arrastre hacia adelante era del 3,4. Estos índices muestran respectivamente que un aumento de una unidad de la demanda de construcción, produce un aumento de la producción total en 2,6 unidades y que un aumento de la demanda general en una unidad supone un aumento de la construcción en 3,4 unidades. Tales índices colocan a la construcción en los puestos 31 y 15 de un total de 73 ramas productivas[251].

Otra de las nada desdeñables influencias indirectas del sector inmobiliario sobre el crecimiento económico español se ha producido sobre el consumo y ha venido de la mano del aumento de los precios de los activos inmobiliarios, en particular de los residenciales. En nuestra opinión, la hasta hace poco interminable carrera ascendente de

[247] SEOPAN estima que un incremento del 1,0 por 100 en la demanda de construcción provoca un efecto multiplicador de alrededor del doble sobre la producción española. Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1998. p. 61 (n. 33).

[248] Así, entre otros, TALTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la...* cit., p. 20; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). "El sector de la construcción en España", en *Panorama económico-social de España*. N° 128. Octubre 2005. p. 1; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1998. p. 61. En esta última se habla concretamente de "efecto multiplicador" sobre la economía.

[249] SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Junio 2007, p. 19.

[250] El "*efecto de arrastre hacia adelante*" consiste en la variación de la producción de una determinada rama cuando se produce un cambio en la demanda total de la economía. Por su parte, el "*efecto de arrastre hacia atrás*" se produce cuando a una variación en la demanda de un rama concreta de la producción sigue una variación de la producción total del país. En función de la valoración de cada sector con respecto a estas dos variables, el mismo podrá clasificarse como sector clave, estratégico, impulsor o independiente. Para más detalle vid SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Inmobiliaria*. Junio 2007. pp. 16-19.

[251] Particularmente, en el ámbito del arrastre hacia atrás la diferencia con el sector más influyente es un escaso punto y medio (Reciclaje, 3,61). Tal hecho refuerza aún más si cabe la influencia indirecta del sector de estudio en la economía.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

los precios de los bienes inmuebles[252] ha producido en las familias propietarias —la mayoría en nuestro país— un efecto riqueza/confianza que ha favorecido su consumo hasta convertirlo en el principal motor de crecimiento junto con el sector de la construcción en la coyuntura reciente.

Un análisis de la Contabilidad Nacional en este aspecto muestra un ascenso continuo de este agregado económico hasta prácticamente doblar su volumen, una vez superada la crisis del 93. La recuperación parece iniciarse en torno a 1996 y desde entonces su crecimiento ha mostrado una escasa volatilidad tanto al alza como a la baja, siendo la característica más destacable la de la estabilidad. No obstante, a pesar de esta tónica general ascendente, su trayectoria ha pasado por fases en las que su crecimiento se ha acelerado o desacelerado, si bien apenas perceptiblemente y sin grandes brusquedades. En concreto puede apreciarse en su evolución una primera fase de rápido crecimiento hasta alcanzar un máximo de 5,2 % de variación interanual en 1999. Posteriormente entra en una fase de leve desaceleración que culmina en 2003. A partir de este año comienza una nueva senda de fortalecimiento hasta que, en torno a 2006, comienza un muy progresivo declive que da paso a un ajuste mucho más pronunciado en 2008 y 2009 con tasas de crecimiento negativas de -0,6 y -3,8 respectivamente[253].

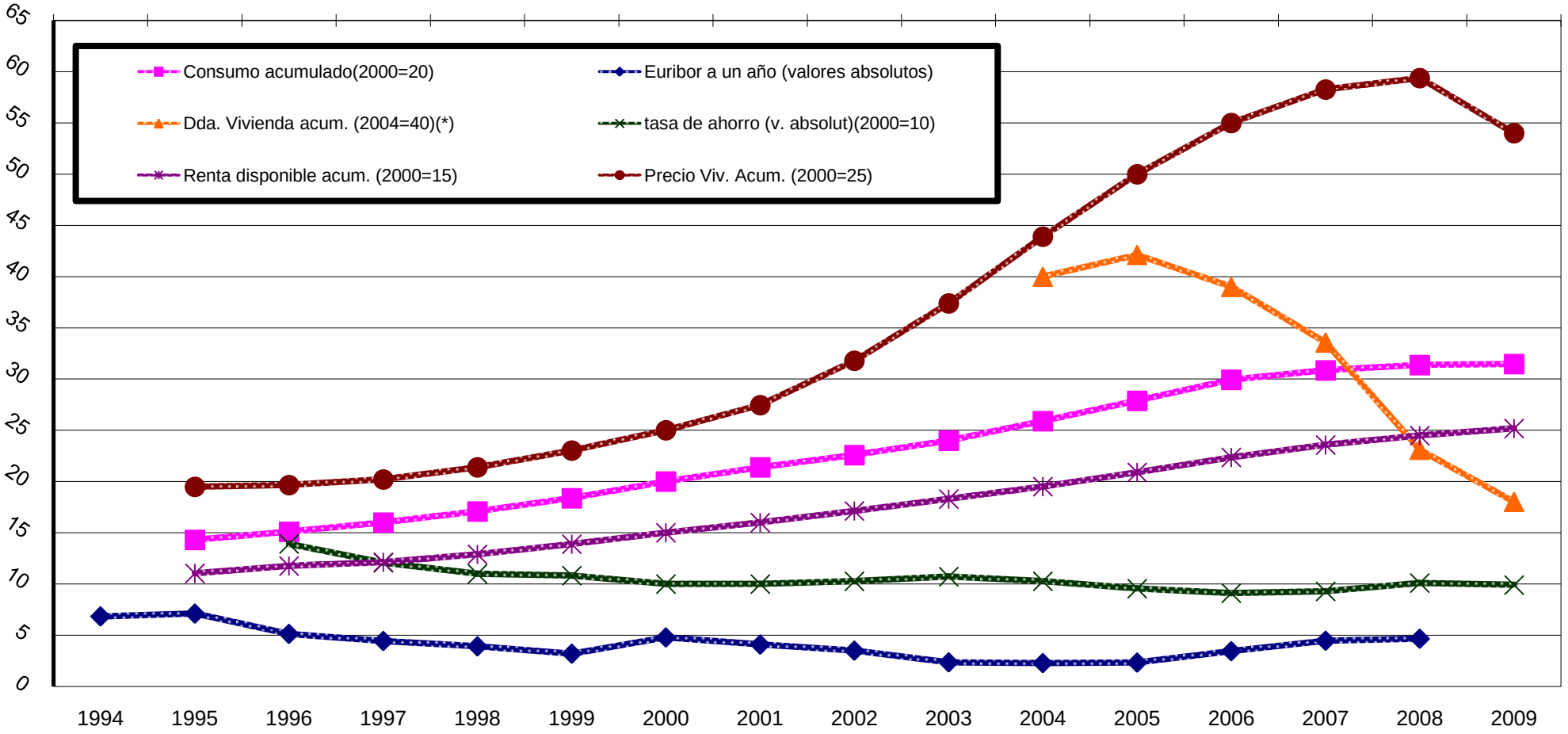
[252] Sobre la misma tendremos la oportunidad de pronunciarnos con mayor profundidad *infra* en el apartado destinado a las relaciones entre la construcción y la inflación.
[253] Estos últimos datos se han obtenido de la contabilidad nacional del INE de base 2008. Una vez más, contrasta la crudeza de la realidad con las previsiones que se hacían en el año 2008. En dicho año se esperaban unas tasas del 1,7 % para 2008 y del 1,2% para 2009. Vid. SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Abril 2008. p. 25.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Gráfico-5

Comportamiento del consumo en relación con otros agregados económicos

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del INE, BE, BCE, Eurostat, BBVA y Colegio de Registradores de España.
(*) Para construir la gráfica de demanda de Vda. se han utilizado los datos del Colegio de Registradores que sólo existen desde el año 2004.



En el gráfico 5 adjunto se ha representado comparativamente el comportamiento acumulado del consumo, del precio de la vivienda, de la demanda de la misma, de la renta bruta disponible, de los tipos de interés y de la tasa de ahorro de las familias durante la coyuntura económica alcista que hemos experimentado recientemente[254]. Como puede observarse, al menos en un primer momento, hasta el año 1999 aproximadamente se da una fase de rápido crecimiento del consumo que corre muy pareja tanto a la evolución de la renta disponible como a la de los precios de vivienda y coincide además con un periodo de disminución de los tipos de interés a corto plazo. Durante este periodo, la revalorización de los activos inmobiliarios aun no es muy aparente y sólo comenzará a acelerarse a partir de 1997 y más claramente a partir de 1998. Es por ello que en esta primera fase de despertar del consumo parece ser sobre todo la renta el soporte del gasto, como podría deducirse del paulatino descenso de la tasa de ahorro hasta 1998. El recurso al crédito tampoco es aún muy acusado[255], lo que podría ser una manifestación de los bajos índices de confianza (entre el -23 en abril de 1994 y el -10 de finales de 1996, según la Comisión europea) que aun muestran los consumidores recelosos por la crisis recientemente superada.

Durante los años 97 y 98 se acelera aun más el consumo, al son que le marca el ascenso de los precios de la vivienda y la renta disponible. Se produce además una disminución paulatina de la tasa de ahorro y un aumento del recurso al crédito[256]. En este contexto, en nuestra opinión, la subida de la renta y el efecto riqueza que comienza a aparecer mediante la incipiente revalorización de los activos inmobiliarios en manos de las familias contribuyen a crear en su seno una confianza que las impele a aumentar el consumo. Todo ello azuzado además por una senda descendente de los tipos de interés. Tal ambiente de optimismo es corroborado por unos índices de confianza del

[254] Para construir el gráfico, a fin de evitar que las diferentes líneas se superpongan y entrecrucen confusamente, se ha procedido a escalar las mismas según diferentes valores para el año 2000 (5, 15, 20, 25...) dado que el objetivo perseguido no es observar los valores concretos que han obtenido las diferentes variables, sino analizar comparativamente su comportamiento a lo largo del tiempo. Con este sistema se obtiene una visión mucho más clara y diseccionada de la realidad que permite una mejor observación y comparación de los itinerarios seguidos por cada una de las magnitudes y de las posibles relaciones e influencias habidas entre ellas.

[255] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1997. p. 33.

[256] Este aumenta en un 19,5%. Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1998. p. 74.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

consumidor en continuo aumento hasta llegar a máximos históricos a finales del año 98 (5 puntos positivos[257]).

A partir del año 99 el crecimiento del consumo continúa, aunque tiende a una estabilización que desembocará en una moderada desaceleración del ritmo a partir de 2000 y hasta 2002/03 aproximadamente. Ello se traduce en la gráfica en una pendiente positiva —crecimiento—, aunque con un menor desnivel. El comportamiento de las restantes magnitudes es errático. Así, los tipos de interés inician una senda ascendente que declinará aproximadamente a partir de mediados de 2000 hasta llegar a los valores más bajos del ciclo. Por su parte, la renta comienza a crecer de forma más suave, con una tendencia a la estabilidad en el crecimiento (línea sin aristas pronunciadas) que llegará hasta 2004, año en el que repuntará muy levemente su velocidad. La tasa de ahorro tiende también a la estabilidad en torno al 10%. Por último, el valor de la vivienda continua mostrando un comportamiento muy parejo al del consumo o al de la renta y sólo a partir de 2001 ó 2002 comenzará a ascender con mayor vigor que sus compañeras.

Durante esta evolución, como podemos observar en el gráfico 5, la conducta moderadamente ascendente del consumo se amolda prácticamente a la curva descrita por la renta en manos de las familias, lo cual, en un contexto de estabilidad de la tasa de ahorro, parece sugerir que es el crecimiento de la renta la que está soportando la continuidad en los hábitos de consumo creados durante los benignos años precedentes. En este contexto, la paulatina reducción de los tipos de interés a partir de 2000, en contra de lo que señala la teoría económica, no parece tener mucho efecto a la hora de dinamizar el gasto por encima de la senda que le marca la renta, por lo menos hasta que no alcanza valores muy bajos en 2002. Por su parte, el nivel de revalorización de la vivienda no parece ser tan importante aún como para compensar el menor dinamismo de los ingresos familiares y animar a los hogares a consumir por encima de lo mismos.

Si seguimos la línea del consumo, observaremos un repunte a partir de 2003. En este nuevo lapso, que se extendería más o menos hasta 2005, pueden observarse dos partes. Una de mayor crecimiento en el año 2003 y otra de estabilización al alza en 2004. Durante todo este período destaca la atonía en el crecimiento de la renta y la

[257] Los valores de este índice suelen ser casi siempre negativos. Es por ello que no debe sorprendernos el que valores negativos muy bajos o el cero se usen aquí como muestras de la buena marcha del indicador.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estabilidad de los tipos de interés a niveles muy bajos. En lo que respecta a los precios de la vivienda, como puede observarse en la gráfica adjunta, su evolución se ha separado ya sustancialmente del resto de trayectorias, lo que denota un fuerte nivel de revalorización de las propiedades inmobiliarias en manos de las familias. Es destacable asimismo la nueva tendencia a la disminución de la tasa de ahorro. Ante estas coordenadas, especialmente la referente al poco dinamismo de la renta, no es descabellado pensar que el aumento del consumo lo ha sido con cargo a la revalorización inmobiliaria y al endeudamiento que con dicha riqueza se respalda. Es decir, dado que la mentalidad de consumo que se ha desarrollado paulatinamente necesita seguir siendo satisfecha y el crecimiento de la renta de los hogares no da para ello, se va a usar la riqueza inmobiliaria, bastante evidente ya (vid. Grafico 5), como un respaldo para el consumo a través del crédito. Tal proceso, a su vez, es facilitado por el bajo coste del dinero en esta coyuntura. En este sentido, destaca el aumento del crédito al consumo hasta el 13,4%[258]. De este modo, la revalorización inmobiliaria estaría permitiendo a las familias el consumir por encima de lo que permite su renta y, además, reducir su tasa de ahorro con cargo a créditos respaldados por la riqueza inmobiliaria que, ante la existencia de una demanda pujante a esos precios, se percibe psicológicamente como bastante líquida y segura. Todo este proceso a su vez es alimentado por unos tipos de interés históricamente reducidos.

A partir de 2005 nos encontramos con una nueva ralentización del consumo mucho más lenta y progresiva de lo que se esperaba, máxime si se tiene en cuenta que la misma coincide con un repunte de los tipos y la continuidad en la atonía del crecimiento de la renta disponible. A pesar de ello, y de que la demanda de vivienda comienza a aflojar abruptamente, parece que el alto grado de la riqueza inmobiliaria alcanzado sigue teniendo fuerza para minimizar el ajuste del consumo mediante el recurso al crédito. Con posterioridad, en un contexto de continuidad del comportamiento de la renta disponible, la notoria caída de la demanda de vivienda y la consiguiente moderación en sus precios hacen que aquella sensación de riqueza se vaya desvaneciendo[259] y que el consumo, consecuentemente, y como puede observarse en el

[258] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria económica y laboral de España*. Año 2003. p. 109.
[259] En este sentido, entre otros, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria económica y laboral de España*. Año 2006. p. 172; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Julio 2006. pp. 1, 5 y 6.; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

gráfico, vaya retornando a la senda marcada por la renta y la tasa de ahorro. Tal ajuste se producirá de forma más brusca cuanto más rápida sea la caída de los valores inmobiliarios. A su vez, todo este proceso, una vez más, ha sido alimentado por la subida de los tipos de interés. Tal hecho aceleró aun más el proceso de contracción del consumo.

A la luz del comportamiento mostrado por el consumo en relación con los precios de la vivienda estimamos que puede mantenerse que éstos últimos, cuando alcanzan cotas muy elevadas de revalorización (cual ha sido el caso español), actúan como factor decisivo en la riqueza de las familias[260] o, al menos, como soporte psicológico del gasto apoyado en el crédito. Ahora bien, para que este efecto se produzca, es necesario que se perciba por los agentes económicos la existencia de una demanda potente que dote de liquidez "psicológica" al activo inmobiliario.

En definitiva, el gasto depende en un principio y en condiciones normales de la renta disponible de las familias y de la tasa de ahorro[261], no obstante, como ha ocurrido en nuestro país según se ha deducido de la observación del gráfico, una revalorización importante de las propiedades inmobiliarias vía ascenso del precio de las mismas tiene una gran virtualidad como soporte del gasto por encima de las posibilidades de sus fundamentos[262], debido principalmente a la sensación de riqueza[263] que producen. A su vez, también se ha verificado que los tipos de interés, más que orientar hacia el consumo o el ahorro directamente, actúan como combustible de las tendencias marcadas por los otros determinantes, acelerando a la baja o al alza los procesos según los tipos suban o bajen respectivamente[264].

---

octubre 2006. p. 9; BANCO DE ESPAÑA. "Informe trimestral de la economía española", en *Boletín económico*. Abril de 2008. p. 58.

[260] Así también, SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Julio 2006. p. 23; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Los nuevos modelos de consumo en España. Informe 2/2008*. 20 de febrero de 2008. pp. 63-64 y 96; BANCO DE ESPAÑA. "El crecimiento de la economía española: algunos determinantes básicos", en *Informe anual*. Año 2006. p. 41.

[261] Conocidos teóricamente como "fundamentos del consumo"

[262] En idéntico sentido, RESTOY, F. "El mercado de la vivienda: realidades e incertidumbres", en *Revista del Colegio de economistas de Madrid*. n°. 108 Extra. Año XXIV. Madrid. 2005 p. 89.

[263] Hablamos a lo largo de todo el texto de "sensación" de riqueza para hacer hincapié en el hecho de que tal fenómeno es más subjetivo que real. Las familias únicamente poseen un inmueble, pero su fuerte revalorización y la pujanza de la demanda, les lleva a pensar que poseen un bien de elevado valor con una liquidez prácticamente análoga a la del dinero. En virtud de tal apreciación "perciben" que su riqueza real ha aumentado considerablemente, pero ello no es exactamente así.

[264] Así queda demostrado en el grafico 5, en el cual sendas descendentes de los tipos de interés no han conseguido dinamizar el consumo en coyunturas de moderación del crecimiento de la renta disponible, como por ejemplo en el período 2000-2002. En el sentido opuesto, en los años 2005/06, la subida de tipos

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Junto a este soslayado efecto impulsor del sector inmobiliario en el consumo, no puede olvidarse tampoco la contribución directa de aquel a este agregado. Tal aportación está constituida por las partidas del gasto dedicadas a la vivienda, las cuales representan más de un cuarto del presupuesto familiar en este apartado. Estas partidas están constituidas por el alquiler de vivienda real o imputado, los gastos de reparación y mantenimiento de los hogares, los servicios de recogida de basuras, los suministros, etc. En este sentido, cuanto mayor sea el parque de viviendas, en mayor medida se incrementará esta influencia sobre el consumo general[265]. Debe ponerse de relieve, no obstante, que la información que ofrece la Encuesta de presupuestos familiares (EPF) sobre el gasto en vivienda no resulta del todo satisfactoria, ya que contempla aspectos tan diferentes como el alquiler real pagado por los hogares o el alquiler imputado a los propietarios de la vivienda independientemente de que tengan cargas hipotecarias o no. En este sentido, la mayor parte del gasto en vivienda que recoge la EPF es un gasto ficticio[266], imputado estadísticamente, el cual, dado su elevado peso en la estructura del gasto familiar, exige excesivas cautelas a la hora de interpretar los datos y supone una limitación importante de la EPF como fuente de aproximación al consumo de las familias[267].

2.1.3. Recapitulación

Como hemos podido comprobar hasta ahora, son múltiples las vías de los mercados inmobiliarios (especialmente en la actividad constructiva) para ejercer influencias sobre el resto de la economía en su conjunto.

Desde el punto de vista de la influencia indirecta, las más destacadas son el llamado "efecto motor o multiplicador" sobre la economía —efecto de arrastre en sentido técnico— o el "efecto riqueza" sobre las familias. En virtud del primero, un

moderó mucho menos de lo esperado la trayectoria del consumo. En nuestra opinión, el efecto de los tipos se limita a alimentar la virulencia de las bajadas o las subidas del consumo ya determinadas por otros factores tales como la renta o el llamado "efecto riqueza".

[265] Téngase en cuenta que esta reflexión es válida solamente para el caso de casas habitadas. De este modo, como podría haber ocurrido en nuestro país en la coyuntura reciente, una gran cantidad de viviendas vacías, adquiridas simplemente con fines de inversión especulativa, no reportaría esta influencia a la actividad económica a través del gasto en consumo.

[266] Esta circunstancia suele ser habitual en los hogares habitados por personas de más de 65 años. En estos hogares, normalmente de propiedad y ya sin cargas hipotecarias, se está imputando un alquiler teórico que no se corresponde con un gasto efectivo y que distorsiona enormemente la explicación de la estructura del gasto de los hogares.

[267] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Los nuevos modelos de consumo*... cit. p. 35.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

determinado aumento o detrimento en este sector conllevaba avances o retrocesos en proporción significativa del resto de la economía a través de los consumos intermedios. A su vez, el efecto riqueza ha sido un importante dinamizador de uno de los soportes del crecimiento español de los últimos tiempos: el consumo.

En el lado de las aportaciones directas hemos constatado como, tanto la actividad de la construcción, como la inversión en los productos resultantes de la misma, han tenido un fuerte dinamismo en nuestra economía y un peso muy elevado y gradualmente creciente en su estructura reciente y en las cifras totales alcanzadas.

Tras lo visto, es innegable la influencia macroeconómica del mercado que estudiamos y las posibles discrepancias versarán únicamente sobre la valoración del peso de las cifras en cuestión en relación con el resto de la economía.

El Servicio de estudios económicos del BBVA, por poner un ejemplo de los analistas que le restan importancia al peso global del sector, mantiene que, aunque la construcción en general y la vivienda en particular han contribuido de una manera destacada a la expansión económica, la vivienda no es un pilar fundamental de la economía[268]. En tal sentido afirmaban que la contribución de un 14% al crecimiento español en el período 96-2006 no es una cifra exagerada y que las mejoras estructurales producidas durante dicho periodo permitirían una reorientación de los recursos productivos hacia otros sectores. Asimismo confiaban en la fortaleza del resto de sectores y pronosticaban que la crisis inmobiliaria sólo restaría 3 puntos básicos al 2,6% de crecimiento previsto para 2008[269]. Este servicio apuntaba tanto a la inversión pública como a la bajada de los tipos de interés como soporte de la fortaleza del resto de sectores. No obstante, el devenir del tiempo le ha negado la razón con sendas caídas de la inversión pública, el sector industrial y las expectativas crediticias.

En similar sentido se pronuncia TALTAVULL DE LA PAZ. Esta autora afirma que tanto la actividad constructiva como la demanda han perdido protagonismo en relación con la expansión de otros sectores productivos y que su "efecto motor" se ha debilitado en el tramo final del siglo pasado. No obstante, destaca desde una perspectiva

[268] De otra opinión, INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. *Reformas para un crecimiento sostenible*. Informe diciembre, 2005. p. 4.
[269] SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Diciembre de 2007. p. 13.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

histórica que el sector de la construcción ha tenido un crecimiento sustancial en los últimos treinta años y un protagonismo manifiesto dentro del total de la economía[270].

Las posturas citadas no impiden afirmar un protagonismo fundamental de los mercados inmobiliarios en el crecimiento económico reciente. A nuestro parecer, ambas opiniones —que en ningún momento niegan un determinado peso de aquellos, sino únicamente su importancia cuantitativa— se centran exclusivamente en las que hemos denominado contribuciones directas o en el "efecto motor". Olvidan por tanto el importante papel que la revalorización inmobiliaria ha tenido como soporte del consumo[271]. Una vez que la vorágine residencial cae y se inicia el descenso de los precios, las familias pierden el respaldo de sus activos inmobiliarios a la hora de consumir y moderan consecuentemente su comportamiento en este aspecto. Ello tiene unas consecuencias devastadoras sobre la industria o los servicios (sectores con una importante participación porcentual en el VAB total) que van más allá del efecto motor y que no han sido tenidas en cuenta. Si el consumo ha sido el agregado más importante de la demanda durante estos años y en el mismo tiene un peso muy importante la riqueza inmobiliaria, el derrumbe de ésta, obviamente repercutirá fuertemente en el resto de la economía como ha ocurrido efectivamente. Si a ello se unen las cifras de contribución directa, nada desdeñables a nuestro parecer, cae por su propio peso que los mercados inmobiliarios, en especial el residencial, han sido un soporte básico del, como ya dijimos, soberbiamente llamado "milagro económico español".

Esta importante influencia económica no puede pasarse por alto. El planeamiento debe tenerla en cuenta y contarla entre los múltiples aspectos a armonizar en su desarrollo. De acuerdo con esta idea, el urbanismo y su planificación deben perseguir, y dar lugar a un sector de la construcción equilibrado que aspire a la estabilidad económica. Cualquier desviación con respecto a esta meta o las infracciones a la normativa que apunten en la línea de una construcción desbocada o exclusivamente guiada por el beneficio económico sientan las bases de peligrosos procesos inflacionarios que desestabilizan la economía y que tienen graves consecuencias sociales a largo plazo como veremos en el siguiente apartado.

[270] TALTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la*... cit. pp. 147-154.
[271] Del mismo parecer, RESTOY, F. "El mercado de la vivienda: realidades..." cit. p. 89; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. "Urbanismo, vivienda y economía en España", en *Arquitectura, ciudad y territorio (ACE*). Vol. 1, núm. 3 febrero 2007. p. 87; BANCO DE ESPAÑA. "El crecimiento de la economía española: algunos determinantes básicos", en *Informe anual*. Año 2006, p. 41.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.2. Los mercados inmobiliarios y el empleo

2.2.1. La evolución reciente del empleo en España

A la hora de realizar un breve análisis de cuál ha sido la realidad del empleo en nuestro país en los últimos tiempos lo primero que hay que señalar es la necesidad de ser cautos al comparar las cifras exactas que se mencionen y al juzgar los resultados en términos de tendencias globales. Esto es así porque en el período que analizamos se han llevado a cabo una serie de cambios metodológicos sucesivos en el instrumento principal que toma el pulso al empleo en nuestro país: la encuesta de población activa (EPA en lo sucesivo).

Concretamente, se han llevado a cabo cuatro modificaciones en la EPA desde 1995 que han tenido lugar en los años 1999[272],2000[273], 2002[274] y 2005[275]. De entre ellas,

[272] La modificación de 1999 responde principalmente al Reglamento del Consejo 577/1998, de 9 de marzo, relativo a la organización de la encuesta muestral de la población activa en la comunidad (DOCE 14/03/1998). Las innovaciones introducidas consisten básicamente en nuevo diseño de la muestra, nuevos métodos de recogida de información, nuevas preguntas y nuevas definiciones de conceptos como el de subempleo o empleo inadecuado. La principal consecuencia que trajo consigo la modificación fue el sesgo al alza de la ocupación, lo cual ha supuesto una ruptura en sus series, de forma que hay que tener cautela en la interpretación de las comparaciones de resultados en distintos años. Para mayor detalle vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1999. pp. 201-216.

[273] El objetivo principal de la modificación de la EPA en 2000 es actualizar sus unidades de muestreo de acuerdo con los datos del Padrón continuo para 1998, más recientes que los que hasta entonces nutrían el diseño muestral de la encuesta (los del Censo de Población de 1991). Hasta ahora, el proceso tenía una periodicidad aproximadamente decenal, en consonancia con la de los censos de población. En adelante, sin embargo, se pretende realizarlo cada dos años, a partir del Padrón continuo. De esta forma, aunque se produzcan sucesivas alteraciones en la comparabilidad temporal de los resultados, éstas serán de orden menor (y no como hasta ahora, que provocaban una ruptura severa de las series), y a cambio se habrá garantizado una mayor representatividad de los datos de la EPA. En lo que se refiere a sus efectos, a diferencia de la reforma anterior de la EPA, la actualización de 2000 permite, por su naturaleza, obtener resultados separados para la muestra antigua y la nueva, de forma que es calculable el efecto estadístico sobre las cifras de empleo y paro. En este sentido, la actualización ha supuesto un afloramiento de 86.000 personas activas, 77.500 de ellas ocupadas y 8.500 paradas. Sin descontar este efecto, el empleo en el año habría crecido un 4,8 por 100 (o, lo que es lo mismo, habrían trabajado 656.000 personas más) y el paro se habría reducido un 9 por 100 (de manera que habría 235.000 parados menos); la población activa, por lo tanto, habría aumentado en 421.000 personas, un 2,6 por 100. Una vez descontado dicho efecto, el crecimiento medio del empleo en el año 2000 se cifra en 579.000 personas (un 4,2 por 100), y el descenso del paro en 244.000 (un 9 por 100); la población activa creció, así, en 335.000 personas (un 2 por 100). Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2000. pp. 197-199 para obtener más información.

[274] Los cambios introducidos en esta modificación afectan a algunas de las definiciones utilizadas en la encuesta y al proceso de cálculo de resultados. Son tres principalmente:

1. Se acomodan los denominados factores de elevación (es decir, los mecanismos estadísticos que sirven para calcular a partir de los resultados de la muestra los correspondientes al total de la población) a las nuevas proyecciones de la población española del INE para recoger así la incorporación de mucha más población inmigrante que la esperada cuando se efectuaron las antiguas proyecciones.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

a los efectos que a nosotros nos interesan, la más relevante ha sido la del año 2002, la cual cambió la definición de desempleado[276]. No obstante, todas han inducido efectos

2. Se introduce una mejora técnica en el cálculo de totales (reponderación de los factores de elevación) para depurar la distorsión que provocan las faltas de respuesta (mayoritariamente por ausencias) en las entrevistas.

3. Por último, se aplica la nueva definición de parado establecida en el Reglamento (CE) Nº 1897/2000 de la Comisión, de 7 de septiembre de 2000.

El principal resultado que se deriva de la primera circunstancia es un mayor volumen de empleo, al aumentar la población en edades centrales, en las que es mayor la frecuencia relativa de la situación de ocupado (también lo es la de parado, pero el efecto es mucho menor). El de la segunda es, asimismo, un mayor número de personas con empleo, ya que la mayor parte de las veces la falta de respuesta por ausencia tiene su origen en hogares relativamente jóvenes compuestos por ocupados. La última de las modificaciones, por contra, tiene un signo contrario a las otras dos, ya que su efecto único es una reducción muy importante de la cifra de desempleados en la encuesta que, a su vez reduce en la misma cantidad la de población activa. Con mayor detalle en CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2001. pp. 237-242.

[275] En 2005 se efectúa un triple cambio en la EPA. El primero consiste en acomodar la encuesta a las nuevas proyecciones de la población española que se derivan tanto del Censo de 2001 como de los datos que del último quinquenio venía arrojando el Padrón continuo. Los otros dos cambios, que sólo afectan a los datos a partir del primer trimestre de 2005, consisten en un nuevo cuestionario (en el que se recogen seis nuevas variables en cumplimiento de la normativa comunitaria y se modifican muchas otras para una mayor neutralidad de los resultados) y un nuevo sistema de recogida de la información en los hogares de la muestra. El efecto de la modificación es muy considerable, ya que la EPA dibuja una estructura diferente del empleo en algunos aspectos, en especial, en el peso del trabajo a tiempo parcial (que aumenta) y en la tasa de temporalidad (que se reduce). Parece que la nueva EPA refleja mejor la realidad del mercado de trabajo español, pero los datos concretos de la evolución entre 2004 y 2005 deben tomarse como aproximaciones, porque existe una gran dificultad para aislar el efecto del cambio estadístico del correspondiente a la variación real del mercado de trabajo, y porque otro de los efectos de la nueva encuesta parece ser una mayor variabilidad de los datos trimestre a trimestre. Para una información más detallada vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2005. pp. 243-246.

[276] La definición formal de parado no cambia; se sigue usando la definición de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pero el nuevo reglamento europeo introduce instrucciones sobre cómo interpretar la búsqueda activa de trabajo. Según dicho Reglamento, se consideran métodos activos de búsqueda, en las cuatro semanas anteriores a la entrevista, los siguientes:

- Estar en contacto con una oficina pública de empleo con el fin de encontrar trabajo, cualquiera que sea la parte que haya tomado la iniciativa (la renovación de la inscripción por razones puramente administrativas no constituye un planteamiento activo).
- Estar en contacto con una oficina privada (oficina de empleo temporal, empresa especializada en contratación, etc.) con el fin de encontrar trabajo.
- Enviar una candidatura directamente a los empleadores.
- Indagar a través de relaciones personales, por mediación de sindicatos, etc.
- Anunciarse o responder a anuncios de periódicos.
- Estudiar las ofertas de empleo.
- Participar en una prueba, concurso o entrevista, en el marco de un procedimiento de contratación.
- Buscar terrenos, locales o material.
- Realizar gestiones para obtener permisos, licencias o recursos financieros.

España se ve especialmente afectada por los requisitos exigidos a las personas cuya única forma de búsqueda es la inscripción en las oficinas de empleo públicas. Hasta ahora la mera inscripción en las mismas como demandante de empleo bastaba para considerar parada a la persona. A partir de 2002, se exige haber tenido un contacto con dichas oficinas, con el fin de encontrar empleo, para que la persona sea considerada desempleada. El objetivo de encontrar empleo se cumple si la persona se inscribe por primera vez después de un período de empleo o inactividad, se informa sobre posibles ofertas de empleo o recibe una propuesta de trabajo de la oficina. Así, una parte de las personas que hasta hoy se venían considerando paradas pasan a ser consideradas inactivas.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estadísticos en las cifras, generalmente al alza, que lastran enormemente, como ya mencionábamos, la comparación segura de los datos. Una vez hecha esta advertencia, nosotros utilizaremos la información suministrada por la EPA según la metodología de 2005, si bien con la cautela ya señalada.

Una visión general del fenómeno del empleo se basa en la observación de tres pilares básicos: La población activa[277], la población ocupada[278] y la población desempleada[279]. A su vez, los indicadores principales del pulso del mercado del trabajo serán la ocupación y el desempleo; no obstante, habrá que tener muy en cuenta también el total de población activa, sobre todo a la hora de hablar de tasas, ya que aquella puede explicar en muchas ocasiones variaciones en las mismas.

Los datos de la población activa desde 1994 hasta el primer trimestre de 2009 muestran un ascenso continuo de la misma en términos absolutos con alguna excepción intertrimestral sin relevancia o un corte en 2001 que responde al cambio de metodología de la EPA ya comentado. A partir del segundo trimestre de 2009 muestra un comportamiento algo más irregular con subidas y bajadas en torno a los 23.000 activos. En lo que respecta al ritmo de crecimiento, el mismo también se ha mantenido bastante constante con valores de crecimiento anual entre el 1,5 y el 2%. Entre el año 1999 y 2003 se produce una cierta aceleración llegando a alcanzarse crecimientos máximos del 3,22% en 2000 que se reducirán en 2004 para volver a crecer en torno al 3% en los últimos años del ciclo[280] hasta llegar a 2009, en el cual el crecimiento no llegará al 1%.

[277] Por población activa se entiende todas las personas de 16 o más años que durante la semana de referencia —la anterior a aquélla en que corresponde realizar la entrevista según el calendario— suministran mano de obra para la producción de bienes y servicios económicos o que están disponibles y hacen gestiones para incorporarse a dicha producción. En otras palabras, la población activa será la suma de las personas mayores de 16 años que se encuentran ocupadas o paradas según las definiciones que veremos a continuación.

[278] La población ocupada está constituida por aquellas personas de 16 o más años que durante la semana de referencia han tenido un trabajo por cuenta ajena o ejercido una actividad por cuenta propia.

[279] La población desempleada son aquellas personas de 16 o más años que no hayan tenido un empleo por cuenta ajena ni por cuenta propia durante la semana de referencia; se encuentren en *busca del mismo*, es decir, que hayan tomado medidas concretas para buscar un trabajo por cuenta ajena o hayan hecho gestiones para establecerse por su cuenta durante el mes precedente, y estén *disponibles para trabajar*, es decir, en condiciones de comenzar a hacerlo en un plazo de dos semanas a partir del domingo de la semana de referencia. También se consideran desempleadas las personas de 16 o más años que durante la semana de referencia han estado sin trabajo, disponibles para trabajar y que no buscan empleo porque ya han encontrado uno al que se incorporarán dentro de los tres meses posteriores a la semana de referencia. Por lo tanto, en este caso no se exige el criterio de búsqueda efectiva de empleo.

[280] Según la información suministrada por el CES a través de sus memorias socioeconómicas y laborales, no obstante, se iniciaría una senda levemente descendente entre 2004 y 2005 con crecimientos del 0,9 y

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Igualmente, desde el punto de vista de la tasa de actividad, se observa un crecimiento suave y continuado que ha llevado a la población activa desde un 50,95% de la población total a principios de 1994, hasta un 60,09% en el primer trimestre de 2010, manteniéndose en torno a ese porcentaje desde entonces. Este comportamiento de ascenso continuo es perfectamente natural y congruente con la incorporación de la mujer al mundo del trabajo y con el crecimiento vegetativo de la población española que, además, se vio reforzada con la abundante llegada de inmigrantes.

Más interés para nuestro estudio conlleva observar el comportamiento de la población ocupada y de la desempleada y de sus respectivas tasas. Con respecto a la primera, en términos absolutos, la economía española se ha caracterizado por un comportamiento muy positivo durante todo el ciclo alcista. Trimestre a trimestre el número de ocupados ha ido ascendiendo continuamente hasta llegar al último de 2007, en el que la tendencia ha cambiado y, por primera vez desde que estudiamos el ciclo (1994), se ha producido una destrucción de empleo que ha ido haciéndose más ostensible durante 2009 y 2010.

La velocidad del proceso se ha caracterizado por una extraordinaria aceleración inicial hasta llegar a los años 1999 y 2000. En tales años se alcanzan unas tasas máximas de crecimiento del 5,75% y 5,51% respectivamente, coincidiendo igualmente con los mejores registros anuales del PIB. Posteriormente, la ralentización global de la economía —años 2001 y 2002— hace que la creación de empleo se modere con respecto a las grandes cifras del periodo 97/00[281]. No obstante, el crecimiento seguirá manteniendo un cierto dinamismo que volverá a acelerarse levemente hasta 2006 para luego decrecer progresivamente hasta las tasas negativas de 2008 y 2009 en adelante. En concreto en 2008 se produce una caída del 0,5% y en 2009 un desplome del 6,7%. Como puede observarse, el ritmo ha sido prácticamente parejo al que ha llevado la evolución del PIB.

0,8% respectivamente para retornar al 1% en 2006. Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2006. p. 291.

[281] Según la Memoria socioeconómica y laboral de España del CES, a esas magníficas cifras contribuyeron enormemente circunstancias extraordinarias que difícilmente podrán repetirse, muchas de las cuales fueron puramente estadísticas. Por ello, unas cifras de menor entidad no tienen por qué suponer necesariamente un menor dinamismo en el empleo. Vid CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2006. *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2003. p. 189.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Si atendemos al comportamiento de la ocupación como tasa, esto es, a la proporción de ocupados frente al total de la población mayor de 15 años, el sendero seguido es igualmente positivo hasta los últimos coletazos del ciclo. La proporción de personas que tienen un empleo en estos años ha pasado desde un modesto 38,44% en 1994 hasta algo más de la mitad de la población de referencia en 2007 (54,36%). Del mismo modo que ha ocurrido en términos absolutos, este comportamiento expansivo sólo ha variado su signo a partir del tercer trimestre de 2007 para iniciar una pendiente descendente cada vez más pronunciada.

Este comportamiento tan positivo de la ocupación durante el ciclo de bonanza se ha nutrido principalmente del empleo asalariado —especialmente del privado[282]—. La proporción de esta forma de empleo ha pasado de representar aproximadamente un 74% del total hasta valores en torno al 83% a partir de 2009. En lo que respecta al otro tipo de situación profesional —el trabajo por cuenta propia—, su evolución ha sido justo la contraria, perdiendo participación en el total del empleo con el transcurso del tiempo[283]. Dentro de esta modalidad, sus dos categorías más importantes, la de empleador y la de empresarios sin asalariados o trabajadores independientes[284], han crecido, aunque asimétricamente a favor de la primera. Debe aclararse, no obstante, que las subidas y bajadas de una y otra a lo largo del proceso muchas veces han tenido su causa en transiciones entre ambas situaciones profesionales dependiendo de la bonanza económica[285].

[282] En lo que se refiere concretamente al peso del empleo asalariado privado, éste ha evolucionado *grosso modo* desde el 56% hasta el 68,3% conseguido en el primer trimestre de 2008. A partir de entonces su cuota ha ido mermando progresivamente.
[283] Su participación total se ha reducido desde tasas en torno al 25% en 1996, hasta tasas alrededor del 17,5% en el final del ciclo económico positivo. En términos absolutos sin embargo, el comportamiento del empleo por cuenta propia ha mostrado una cierta estabilidad en torno a los tres mil cien y los tres mil quinientos trabajadores durante todo el ciclo, alternado suaves bajadas y subidas dentro de ese marco. Esta estabilidad frente al continuo crecimiento del empleo asalariado es lo que ha contribuido realmente a reducir su cuota de participación y no una merma efectiva de la ocupación por cuenta propia. Es más, desde 2003 se aprecia incluso un cierto ascenso hasta finales de 2008, el cual ha hecho que su participación se estabilice en torno al 17-18%. A ello ha contribuido también el ligero estancamiento del empleo asalariado en torno al 68% como ya hemos comentado.
[284] Conocidos habitualmente de forma genérica como autónomos.
[285] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2002. pp. 275-276; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2003. pp. 208-209.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Desde el punto de vista de la temporalidad, el empleo de duración limitada ha ascendido en números absolutos de forma paralela al indefinido[286], lo cual es congruente con el ascenso general de la ocupación ya comentado. Por esta razón, es más interesante abordar su análisis desde el prisma de la tasa de temporalidad, la cual relaciona los contratos temporales con el total de la contratación laboral llevada a cabo. En este aspecto, la temporalidad en nuestro país se ha caracterizado por la estabilidad, ya que se ha mantenido, con escasas variaciones, en tasas de entre el 31 y el 33% durante casi todo el ciclo estudiado (1996-2008). Ha repuntado últimamente hasta el 34% en los años 2005 y 2006 y, sólo a partir del tercer trimestre del último año mencionado, se ha producido un descenso continuado que la ha llevado a valores inusitadamente bajos.

A pesar de que la temporalidad no ha crecido, e incluso ha comenzado a descender en los últimos tiempos[287], la evaluación en este aspecto no puede ser tan benigna como lo ha sido en los otros aspectos laborales estudiados, ya que la tasa de temporalidad española ha sido y sigue siendo una de las más altas de Europa[288]. De hecho, al menos en el ciclo de bonanza, doblaba la tasa de todos los grandes e incluso la media de la Unión[289]. En este sentido, se ha llegado incluso a hablar preocupantemente de la "*cultura de la temporalidad*" española[290].

---

[286] La contratación indefinida ha mostrado un comportamiento bastante positivo en general durante el ciclo que analizamos, alcanzándose cifras record en abril de 2008. Concretamente este tipo de contratación ha aumentado un 12,05% con respecto al mismo mes del año anterior según indica el Ministerio de Trabajo e inmigración. http://www.tt.mtas.es/periodico/Laboral/200805/LAB20080506.htm

[287] Los descensos de la temporalidad en los últimos meses pueden tener una estrecha relación con la desaceleración económica actual, ya que es de sobra conocida la sobrerreacción que presenta el empleo temporal a las condiciones cíclicas. En tal sentido, BANCO DE ESPAÑA. "La evolución del empleo y el paro en el primer trimestre de 2008, según la EPA", en *Boletín económico*, mayo de 2008. p. 35.

[288] Vid. "Sólo Polonia tiene una tasa de temporalidad más alta que España", en *Cinco Días*. 5 de octubre de 2012.

[289]Ninguno de los grandes supera el 20% de temporalidad con la excepción de Portugal, la cual nos sigue con una diferencia aproximada de 10 puntos porcentuales. Vid. datos concretos en Eurostat. Population and social conditions. Labour Market. Employment and unemployment (Labour Force Survey). Detailed annual survey results. Temporary employment. Temporary employees as percentage of the total number of employees for a given sex and age group (%). (Empleos temporales como porcentaje del total de empleos para un sexo y grupo de edad determinado):
http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page?_pageid=0,1136184,0_45572595&_dad=portal&_schema=PORTAL

[290] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2007. p. 337; RUESGA, S. M. "El mercado de trabajo", en *Economía española. Estructura y regulación*. (Coords. GARCÌA DE LA CRUZ, J. M. y RUESGA BENITO S. M.). Thomson. Madrid, 2007. p. 113; Vid también RODRÍGUEZ FOLGAR, G. "Recensión sobre TOHARIA, L. *El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico*. Ministerio de trabajo y asuntos sociales. Colección Economía y Sociología del Trabajo. Madrid, 2005", en *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*. n° 61, junio 2006 p. 180.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Otro aspecto del empleo que tampoco es digno de orgullo en nuestra evolución reciente es el de la productividad del factor trabajo[291]. En este aspecto, aunque el crecimiento de la productividad por hora haya sido positivo (con la excepción de 1998), las tasas exhibidas por nuestra economía han sido muy próximas a cero y una de las más bajas de todos los países miembros de la Unión, a pesar de la conducta mínimamente ascendente mostrada desde el año 2005[292]. Desde el punto de vista de la productividad por trabajador la evolución ha sido igual de decepcionante. Una productividad próxima a cero y básicamente descendente o irregular hasta llegar a 2005, año a partir del cual se produce una tímida recuperación de la misma. La causa de esta baja productividad contradictoria con el buen comportamiento exhibido por nuestro PIB en estos años se basa precisamente en que dichos incrementos productivos no han tenido su base en una innovación tecnológica o mejoras de capital humano, sino en una utilización más intensiva del factor trabajo[293] gracias a la progresiva flexibilización del mercado de dicho factor[294] y a la llegada de numerosos inmigrantes.

El último pilar necesario para un análisis completo del fenómeno laboral es la observación del desempleo, el cual tiene, además, la mayor relevancia desde un punto de vista social.

---

[291] La productividad del trabajo se define como el producto real por unidad de factor trabajo. El factor trabajo, a su vez, se mide de dos maneras, bien en términos del total de horas trabajadas o bien por el número de personas ocupadas. Desde el punto de vista económico se prefiere utilizar el total de horas trabajadas, no obstante, debe advertirse que las estimaciones de las horas trabajadas están expuestas a errores de medición. En este sentido, aunque los datos contienen información pertinente para comparar las tendencias a lo largo del tiempo, no son adecuados para efectuar comparaciones entre países relativas al nivel de horas trabajadas en un año dado.

[292] Debe especificarse, no obstante, que el comportamiento de la productividad en la Unión Europea, a pesar de ser bastante superior al español, se encuentra últimamente en una senda inquietantemente "*decepcionante*". BCE. Informe anual 2006. p. 71; BCE. Informe anual 2007. p. 12.

[293] Así, entre otros, RUESGA, S.M. "El mercado de trabajo…" cit. p. 109; Vid. tb. "La productividad española crece a la mitad de ritmo que la de la eurozona", en *El Mundo* de 21 de noviembre de 2007. http://www.elmundo.es/mundodinero/2007/11/21/economia/1195651075.html; SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL BBVA. *Situación España*. Octubre de 2006. p. 27.

[294] Desde 1994, se han llevado a cabo en España seis reformas laborales en 1994, 1997, 2001-2002, 2006, 2010-2011 y 2012. Las dos primeras tenían por finalidad intentar reducir el peso de la temporalidad en nuestro país y fomentar la contratación indefinida. La tercera, conocida como "el decretazo", intentó también luchar contra la temporalidad, pero dotando de una mayor flexibilidad al contrato a tiempo parcial y estableciendo un nuevo sistema de protección por desempleo que dificultaba el acceso al mismo. La cuarta es fruto de la concertación social y afronta modificaciones en el ámbito de la formación profesional, los incentivos a la contratación indefinida o el salario mínimo. La quinta por su parte modifica la negociación colectiva y facilita el despido objetivo y la última abarata el despido a 33 días por año entre otras medidas. Para más detalle vid. RUESGA, S.M. "El mercado de trabajo…" cit. pp. 122-124. Vid. tb una muy buena síntesis de las reformas laborales en nuestro país en "Así fueron las principales reformas laborales y acuerdos sociales de la democracia", en *20 minutos*. 10 de febrero de 2012.http://www.20minutos.es/noticia/1304735/0/reformas-laborales/democracia/espana/#xtor=AD-15&xts=467263

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En este aspecto, el número de desempleados en media anual ha mostrado una senda claramente descendente hasta llegar a 2002, año en el que se produce un elevado ascenso del número de parados, a pesar del ya mencionado efecto estadístico de la modificación de la EPA realizada en ese año[295]. Este repunte del desempleo se mantendrá hasta la segunda mitad de 2003. Posteriormente, el descenso del número de desempleados en media anual continuará su avance hasta llegar al año 2008. Desde una perspectiva trimestral sin embargo, puede observarse un cambio de signo ya desde el segundo trimestre de 2007, momento a partir del cual comienza a aumentar progresivamente el número de parados.

Este comportamiento tan favorable del desempleo a grandes rasgos —descontando el repunte 2002-2003— es perfectamente congruente con la evolución positiva del empleo que ya hemos observado y se tradujo en una reducción paulatina de la tasa de paro, la cual pasó de cifras en torno al 24% en 1994 hasta valores de un solo dígito en la segunda mitad de la década pasada. No obstante, a partir aproximadamente de mediados de 2006, a consecuencia de la pérdida de tono general de la economía, se produjo un cambio de tendencia y la tasa de paro comenzó a aumentar en línea con la destrucción de empleo y el mantenimiento del crecimiento de la población activa. En tal sentido —según la EPA—, durante 2007 encontramos una tasa ascendente que fluctuaría entre el 7 y el 8% para, a partir de 2009 crecer decididamente hasta llegar a un máximo del 26,06% en el segundo trimestre de 2013.

2.2.2. Perspectiva sectorial: La aportación del fenómeno inmobiliario al panorama laboral

Ya la simple observación de la distribución porcentual de la población activa entre los diferentes sectores económicos desde el año 1996 nos revela que durante este periodo una serie de actividades han tenido un peso considerable dentro del mercado laboral nacional.

Los tres sectores que han aglutinado en torno a sí a alrededor del 85-90% de la población en edad de trabajar han sido en concreto la industria, la construcción y los servicios. Numéricamente, el mayor peso lo ha ostentado el sector terciario, el cual ha dado cabida durante todo el periodo a más del 50% de la población ocupada. Además de

[295] Vid. *supra* las notas iniciales de este apartado.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ello, su evolución ha sido creciente y ha pasado de representar aproximadamente un 55% de la población activa de 1996 hasta dar cobijo a alrededor de un 70% de la misma en el año 2009[296].Tal evolución es perfectamente connatural en una economía que tiende hacia la madurez y, por tanto, hacia una terciarización de la producción.

El comportamiento de los otros dos sectores principales, sobre todo el de la industria, ha sido bastante distinto. Hasta el año 2000 aproximadamente tanto la industria como la construcción, siguiendo la expansión económica general que se produjo durante esos años, mostraron aumentos crecientes de la población activa ligada a los mismos. Sin embargo, el pequeño bache de la economía entre los años 2001 y 2002 marcó el comienzo de un declive progresivo del peso ostentado por la industria, cuya población activa pareció iniciar un trasvase hacia el sector de la construcción, el cual ha observado un acopio de personal que solo se ha frenado muy al final del desafiando así su supuesto carácter procíclico.

Si desglosamos el sector servicios en sus diferentes ramas de actividad y las comparamos con la construcción, ésta adquiere numéricamente el máximo protagonismo en apretada competencia con la rama del comercio a la hora de aglutinar a la población ocupada. Ello muestra de una manera más fiel, entendemos nosotros, el importante peso que ha tenido la construcción en la evolución reciente de nuestra realidad laboral. Pero aún más, no debe olvidarse que algunas de las ramas del sector servicios, concretamente la de actividades inmobiliarias sobre todo y la de intermediación financiera, tienen su fundamento en el ámbito económico inmobiliario y representan en media intertrimestral de todo el periodo en torno a un 7,5% y un 2,5% respectivamente de la población ocupada total. Esto aumenta aún más el peso relativo del fenómeno inmobiliario en el ámbito laboral español en el intervalo de estudio.

Desde el punto de vista del empleo, los tres sectores protagonistas que apuntábamos con anterioridad se han caracterizado por un aumento constante en la creación del mismo, lo cual ha contribuido al comportamiento tan positivo que reseñábamos en el epígrafe anterior. De entre ellos, el sector más dinámico ha sido el de la construcción, el cual ha observado un crecimiento en el empleo de aproximadamente

[296] Con posterioridad a este año su crecimiento no ha cesado, pero el mismo parece obedecer ya a la recepción de trabajadores provenientes de la construcción y la industria, ambas en franco retroceso.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

el 100% según los datos suministrados por la EPA entre 1996 y 2008[297], comenzando a destruirse empleo a partir de 2009 en adelante. Si nuevamente descendemos al nivel de las ramas de actividad, aumenta otra vez aún más el peso del fenómeno inmobiliario a la hora de explicar el buen comportamiento del empleo en nuestro país, ya que, a la importancia de la ocupación en construcción, hay que añadirle además la de las actividades inmobiliarias y de intermediación financiera, las cuales, al calor del boom inmobiliario, han experimentado unos increíbles crecimientos en la ocupación en torno al 450%[298] y al 150% en el periodo de auge. En definitiva, el empleo relacionado directamente con el fenómeno inmobiliario habría llegado a representar en torno a un 16% del total del empleo generado en nuestra economía[299].

La creación de empleo relacionada con el sector inmobiliario se ha producido principalmente en la situación profesional de asalariado, como ya vimos en el apartado anterior. No obstante, el boom inmobiliario ha sido asimismo un poderoso revulsivo de la iniciativa empresarial en el sector, al calor de los suculentos beneficios que se estaban obteniendo[300]. Esta circunstancia se constata fácilmente al observar que, entre 1996 y el último trimestre de 2007 (momento a partir del cual comenzó el descenso en el empleo), los nuevos empleadores relacionados con el ámbito inmobiliario-constructivo experimentaron aumentos muy superiores a los empleadores de otras ramas. En concreto, en dicho periodo, los empleadores de la construcción vieron aumentar su proliferación aproximadamente en un 225% y los de las actividades inmobiliarias y de intermediación financiera en una proporción cercana al 250%. Frente a ellos, los empresarios de otras ramas tan importantes como la industria manufacturera, la energía, el comercio o la hostelería sólo observaron incrementos que no alcanzaban el 150%, con la excepción del último[301]. En el primer trimestre de 2008 el porcentaje de empleadores

[297] En dicho trimestre, el empleo en construcción suponía el 12,8% del empleo nacional, a pesar de haberse iniciado ya un cierto retroceso en su nivel debido a la crisis del sector.
[298] A pesar de esta fabulosa cifra, la misma sólo debe servirnos para comprobar el gran aumento del empleo en esta rama en nuestra economía, pero debe tenerse muy presente que el peso de la misma en términos absolutos sólo representan un 1% del total del empleo en el primer trimestre de 2008.
[299] Este porcentaje puede parecer modesto a simple vista. No obstante, si se tiene en cuenta la gran atomización que existe en cuanto a ramas de actividad y los porcentajes que presentan éstas, un 16% es una cantidad bastante importante en comparación, la cual puede hacer tambalear la economía si cae.
[300] Debe hacerse notar que este hecho producirá un poderoso efecto de retroalimentación sobre el empleo, ya que el aumento de los empleadores supondrá a su vez una nueva demanda de empleados.
[301] Las cifras exactas de crecimiento entre el primer trimestre de 1996 y el último de 2007, según los datos de la EPA publicados por el INE han sido los siguientes: Industrias manufactureras: 132,7%; Producción y distribución de energía –69%; Comercio, reparación de vehículos y venta de artículos personales 154%;

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

relacionados con el sector inmobiliario representaban aproximadamente un 30% del total de nuevos empleadores. También los empresarios autónomos o sin empleados se mostraron especialmente dinámicos en este sector en relación con los demás, especialmente en la rama de actividades inmobiliarias y alquiler, donde el aumento de los mismos se cifró en un 264% desde 1996. De manera congruente con este dinamismo de la iniciativa empresarial, las altas de empresas en estas ramas productivas batieron records desde 1999 en comparación con las del resto[302]. Esta deriva de especialización productiva es peligrosamente inquietante.

Desde el punto de vista del paro, si se comparan los valores que existían en el primer trimestre de 1996 con el menor valor conseguido por cada sector durante todo el periodo (en todos los sectores este valor se ha obtenido entre finales de 2005 y principios de 2007 tras una senda descendente progresiva), no puede decirse que haya habido un sector que haya ostentado el mayor protagonismo en la reducción de aquel. De hecho, todos los sectores han reducido la destrucción de empleo de una manera uniforme en proporciones superiores al 60%, con la excepción del sector servicios que sólo ha llegado a una reducción máxima próxima al 50%.

Como sabemos, a partir de mediados de 2006, principios de 2007, como consecuencia de los peores resultados macroeconómicos y de la crisis inmobiliaria, se ha producido un cambio negativo en la tendencia que mostraba el desempleo en nuestro país y esta magnitud ha comenzado a elevarse. En dicho contexto ascendente sí que podemos observar un cierto protagonismo sectorial. Concretamente, debemos mencionar nuevamente al sector de la construcción como el sector en el que más ha

Hostelería 191,5%. Vid INE. Encuesta de población activa: Resultados detallados. Ocupados por sexo, rama de actividad y situación profesional.

[302] Si se observan los datos que suministra el INE a través del directorio central de empresas desde 1999, puede observarse cómo el comportamiento de las altas de empresas relacionadas con la construcción y con las actividades inmobiliarias son las que reclutan los mejores resultados a medida que se avanza en el tiempo. En términos absolutos, las ramas que más altas registran son la del comercio al menor y la de la construcción, si bien ambas han seguido tendencias opuestas: un paulatino descenso la primera y un fuerte ascenso la segunda. Este comportamiento ha hecho que las altas en el sector de la construcción ostenten el primer lugar en términos absolutos desde 2004 y se llegue a cifras tan inverosímiles como 84.613 altas en 2007, frente a las 55.853 del comercio. Las ramas que las siguen en protagonismo absoluto son la hostelería y las actividades inmobiliarias. La primera de ellas ha llevado la voz cantante durante la mayor parte del periodo, pero los fuertes incrementos de la segunda, sobre todo en los últimos años, han llevado a que en 2007 se creen más empresas inmobiliarias que hosteleras (45.049 frente a 40.000). Desde el punto de vista del crecimiento la protagonista absoluta es la rama de las actividades inmobiliarias cuyas altas en 2007 casi triplican a las de 1999. Esta rama ha pasado de registrar 15.212 altas a 45.049.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

crecido el desempleo, aproximadamente un 75%. Los parados provenientes del mismo representaban en el primer trimestre de 2008 el 13,3% de los desempleados en nuestro país, por detrás de los originados en el sector servicios (39%). Con posterioridad, dicho porcentaje aumentará hasta llegar al 18,3% en el primer trimestre de 2009. A partir de entonces comenzará a descender paulatinamente, pero manteniéndose siempre por encima del 10% hasta finales de 2010.

De igual forma que el fenómeno inmobiliario ha sido un adalid en la dinamización y mejora de la situación laboral en nuestro país —con la excepción de su posterior contribución al desempleo—, también ha tenido que ver en las dos grandes lacras que afectan al mercado laboral español: la temporalidad y la baja productividad.

Con respecto al primero de los asuntos —muy brevemente—, sólo con fijarnos en los resultados de los últimos años del ciclo alcista basta para comprobar cómo el número de asalariados con contrato temporal en el sector de la construcción, además de creciente trimestralmente, es muy superior al de otras ramas como las de hostelería o agricultura, en las cuales, tradicionalmente, ha sido muy relevante el empleo de duración limitada. En términos numéricos, el empleo temporal en construcción representaría en torno a un 20-22% del total del empleo temporal en España a la luz de los datos suministrados por la EPA[303], frente a un 7% de media en esos años del sector de la hostelería, por poner un ejemplo.

En lo que se refiere a la productividad, el modelo de crecimiento español, como ya sabemos, se ha basado en una explotación intensiva de la fuerza de trabajo más que en una innovación tecnológica a la hora de estimular el crecimiento de la producción[304]. Este hecho ha orientado la productividad española a la baja, la cual ha venido reduciéndose sin freno prácticamente desde antes del año 2000. A esta dinámica ha contribuido poderosamente el sector de la construcción, el cual se caracteriza por acoger ingentes cantidades de trabajadores sin una gran cualificación y por una elevada manualización del proceso productivo, sobre todo en el subsector de la edificación[305]. Estas características dan lugar indefectiblemente a unas tasas de productividad próximas

[303] Vid. INE. Encuesta de Población activa. Series CNAE-93. Asalariados con contrato o relación laboral temporal por duración del contrato, sexo y rama de actividad.
[304] MATESANZ GÓMEZ, D. y RUBIERA MOROLLÓN, F. "La estructura de la economía española", en *Economía española. Estructura y regulación*. (Coords. GARCÌA DE LA CRUZ, J. M. y RUESGA BENITO S. M.). Thomson. Madrid, 2007. p. 73.
[305] TALTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la*... cit. p. 164.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

a cero, cuando no negativas, salvo en procesos de destrucción del empleo. De acuerdo a lo anterior, el importante peso que ostenta el empleo en construcción, ha comunicado esta circunstancia negativa al total nacional[306].

Otro factor que ha tenido una gran importancia en la reducción de la productividad española ha sido la llegada masiva de inmigrantes[307]. Según algunos importantes teóricos, la inmigración desincentiva la inversión en investigación y desarrollo, puesto que una mano de obra barata ya proporciona importantes plusvalías sin necesidad de avanzar en la innovación productiva[308]. En este aspecto también ha jugado un importante papel el sector inmobiliario-constructivo que ha nutrido gran parte de sus necesidades de mano de obra con población inmigrante[309] y que ha podido producir un cierto "efecto llamada"[310], retroalimentando así todo el proceso.

2.2.3. Recapitulación

Como ya ocurriera al observar el crecimiento económico, el comportamiento del empleo en España durante el reciente ciclo alcista a simple vista se ha caracterizado por una inmejorable evolución que sólo en los últimos años cambió de signo, "arrastrada" por la crisis económica general.

Durante el extenso lapso positivo, la creación de empleo y la reducción de la tasa de paro, aun a pesar del aumento constante de la población activa, han alcanzado cifras nunca vistas en nuestra historia económica. La contribución del sector inmobiliario-constructivo a todo ello ha sido básica. Así, la creación de empleo relacionado con el mismo ha sido la más dinámica de todas las ramas productivas, llegando a constituir,

[306] Así también, RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. "Vivienda: la producción parece crecer más que la demanda", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, XXXVII N° 145-146. 2005. Ministerio de vivienda. p. 760.
[307] BANCO DE ESPAÑA. "El crecimiento de la economía española: algunos determinantes básicos", en *Informe anual*. Año 2006. p. 43. Este informe cuantifica el impacto negativo de la inmigración sobre la productividad en dos decimas.
[308] ORDOÑEZ, I. "La productividad se hunde en España: La inmigración no ayuda a mejorarla", en *Forum libertas.com*. Diario digital. 6 de junio de 2008, http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=11151&id_seccion=7&PHPSESSID=. En el mismo sentido, RECIO ANDREU, A. y BANYULS I LLOPIS, J. "¿Crecimiento del empleo sin tecnología? La paradoja del mercado de trabajo en España". Comunicación presentada en las *IX Jornadas de economía crítica: "Perspectivas del capitalismo a escala mundial: ¿más destrucción económica y más regresión social?"* Madrid, 25 a 27 de marzo de 2004. p. 22.
[309] En los datos suministrados por la EPA puede comprobarse que la población extranjera ocupada en el sector de la construcción, sólo entre el primer trimestre de 2005 y el primero de 2008, experimentó un aumento del 71% frente al escaso 6,4% de la población española. En el primer trimestre de 2008 los extranjeros suponían ya el 26% de la ocupación del sector.
[310] RECIO ANDREU, A. y BANYULS I LLOPIS, J. "¿Crecimiento del empleo sin tecnología? La paradoja..." cit. p. 24.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

como ya decíamos, aproximadamente el 16% de los ocupados en nuestro país y alcanzando trimestre a trimestre tasas de crecimiento que desbordaban todas la previsiones.

A pesar de todo ello, si dejamos de lado una contemplación puramente cuantitativa del fenómeno y analizamos lo acontecido desde un prisma cualitativo, nuestro juicio no puede ser tan optimista[311]. En efecto, un análisis de ese tipo nos muestra claramente que la gran mayoría de los puestos de trabajo creados al hilo del boom inmobiliario son empleos que no requieren una gran cualificación técnica y que tienen efectos negativos en la dinámica de crecimiento de la productividad del trabajo, con los riesgos que ello conlleva para la sostenibilidad a largo plazo del sistema.

En definitiva, en nuestro país, la expansión productiva no se ha debido a un aumento de la productividad impulsada por una mayor incorporación de I+D+i (investigación, desarrollo e innovación tecnológica), sino, como hemos mantenido en diversas ocasiones, en una acumulación masiva del factor trabajo[312]. Ello redunda en una menor competitividad de nuestras empresas y, a medio plazo, pone en duda incluso el crecimiento futuro de la economía si desaparecen las condiciones coyunturales que la sustentan[313]. Este ha sido el caso a juzgar por los datos económicos resultantes de la reciente crisis inmobiliaria.

Tampoco es nada desdeñable el protagonismo del sector inmobiliario en el cambio de rumbo que se ha producido en los últimos tiempos en el comportamiento del desempleo en nuestro país. En tal sentido, es en las ramas relacionadas con el sector inmobiliario en las que se ha producido una mayor destrucción de empleo. En concreto, en el sector de la construcción el aumento del paro exhibió una tasa de variación interanual en abril de 2008 del 52,8%[314], lo cual demuestra la fragilidad de las bases sobre las que se asentaba la gran cantidad de empleo creado.

---

311 RECIO ANDREU, A. y BANYULS I LLOPIS, J. "¿Crecimiento del empleo sin tecnología? La paradoja..." cit. p. 12 critican ya el mero hecho de este gran peso del sector de la construcción en todo el proceso y aseguran que tal importancia es muy superior a la que este sector tiene en la mayoría de los países desarrollados.

312 Según MYRO, R. "Dos décadas de crecimiento económico sostenido en España: un breve balance", en *Economistas*, 2004. pp. 33-47, la acumulación de los factores tradicionales (capital y trabajo) explican el 84% del crecimiento observado, mientras que la productividad sólo un 16%.

313 RUESGA, S. M. "El mercado de trabajo…" cit. p. 109.

314 Según INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. "Es urgente cambiar el modelo de crecimiento", en *Coyuntura económica*. N° 48. junio 2008 p. 20.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A la vista de todo lo anterior, puede concluirse que la influencia del boom inmobiliario en el comportamiento del empleo en nuestro país ha sido fundamental y que, a pesar de las grandilocuentes cifras manejadas, el empleo creado no ha sido de calidad ni se ha sustentado en unas bases demasiado seguras que permitieran su mantenimiento a largo plazo. Esta realidad se constata en la rápida destrucción del empleo desde el momento en que la vorágine constructiva ha pisado el freno. Todo este proceso negativo iniciado en el sector de la construcción se ha visto amplificado a su vez por los efectos laborales adversos en otras ramas productivas que traen causa de la caída del consumo —y de la producción que lo alimenta—. El punto de conexión entre ambos fenómenos ha sido el derrumbe de la renta disponible de un importante sector de la población, antes ocupado en relación con la actividad inmobiliaria, que ha pasado a engrosar las filas del desempleo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.3. El motor de todo el proceso: los precios de la vivienda y la "burbuja inmobiliaria"

2.3.1. El imparable ascenso de los precios y sus causas

A la hora de hablar del precio de los bienes inmobiliarios, es opinión unánime en la literatura especializada el que el primer problema es precisamente acotar qué debemos entender por tal concepto[315]. Debe recordarse que la vivienda no es un bien homogéneo, sino que cada una de ellas tiene una determinada localización, tamaño, estructura, calidad, etc., que la hacen diferir del resto y que influyen consecuentemente en su valoración. Como consecuencia de ello, la simple evolución del precio medio de las viviendas concretamente compradas y vendidas en un periodo puede no ser un indicador fiable del precio de la vivienda en general[316].

Lo primero que destaca de la observación de la evolución del precio del metro cuadrado de vivienda en nuestro país en términos absolutos, es su aumento imparable durante la primera década del s. XXI. Tal y como puede observarse en el gráfico 8, el importe del metro cuadrado de vivienda se incrementó año a año sin freno. Incluso en los albores de la coyuntura de crisis inmobiliaria, los aumentos anuales de precio seguían siendo positivos. En 2007 —cuando se alcanzó el precio medio máximo— el valor del metro cuadrado de vivienda se había casi triplicado nominalmente con respecto al precio de 1997. Tal comportamiento contrastaba abiertamente con el de los salarios, que en el mismo periodo, apenas habían aumentado en un 30%. Este hecho demuestra la fuerte revalorización de la propiedad inmobiliaria.

---

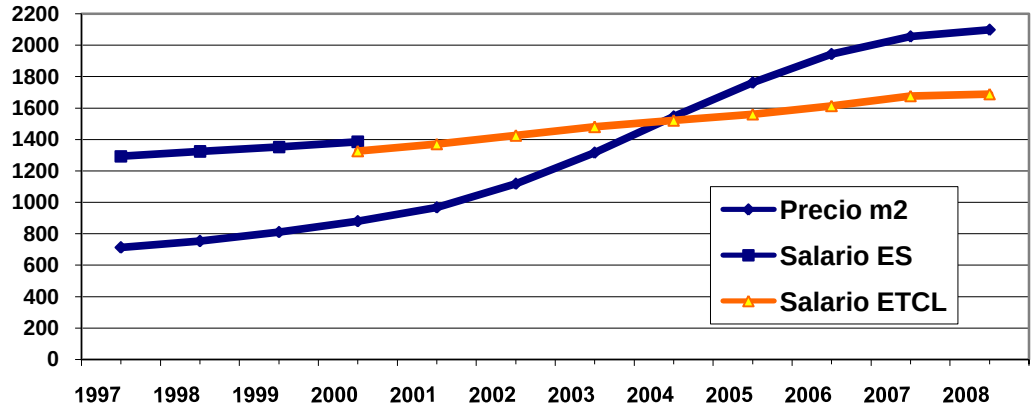
[315] Por todos, MARTÍNEZ PAGÉS, J. y MAZA, L. A. *Análisis del precio de la vivienda en España*. Documento de trabajo n° 0307. Servicio de Estudios del Banco de España. Madrid, 2003. p. 8; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. y LOZANO PEÑA, A. V. "El problema de la vivienda y el suelo. Reflexiones sobre la propuesta de la Comisión de expertos", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*. nº. 103 (III) 1995. p. 118; TALLTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la*... cit. p. 72.

[316] Para tratar de paliar esta problemática, en las series estadísticas se recurre a corregir los factores diferenciales más obvios como por ejemplo el tamaño mediante la medición del precio medio por metro cuadrado de la vivienda. Cabe señalar que este corrección es sólo parcialmente válida, puesto que la relación entre la superficie de la vivienda y precio no es lineal, además de que subsisten diferencias ligadas a otros factores como por ejemplo el de la calidad. No obstante, es de esperar que este indicador recoja a grandes rasgos las principales tendencias en el precio de la vivienda a lo largo del tiempo y por ello será el que empleemos en el presente apartado. En concreto, utilizaremos los datos sobre precio medio del metro cuadrado de vivienda libre que suministra el Ministerio de la Vivienda y el INE. Estos datos deben ser objeto de una segunda cautela ya que reflejan medias nacionales cuando el mercado de la vivienda responde a variables territoriales y sus precios presentan importantes oscilaciones según las regiones. No obstante, de cara a nuestros objetivos, será suficiente con quedarnos en este nivel nacional

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Gráfico 8

Precio medio del m^2 de vivienda en España e importe medio del salario (valores absolutos)



Unidad: Euros
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Vivienda, de la Encuesta de salarios de la industria y los servicios (ES) y de la Encuesta trimestral de coste laboral (ETCL)* del INE.

*La ETCL ha venido a sustituir a la anterior ES a partir del año 2001. De ahí ese corte que se observa en el gráfico.

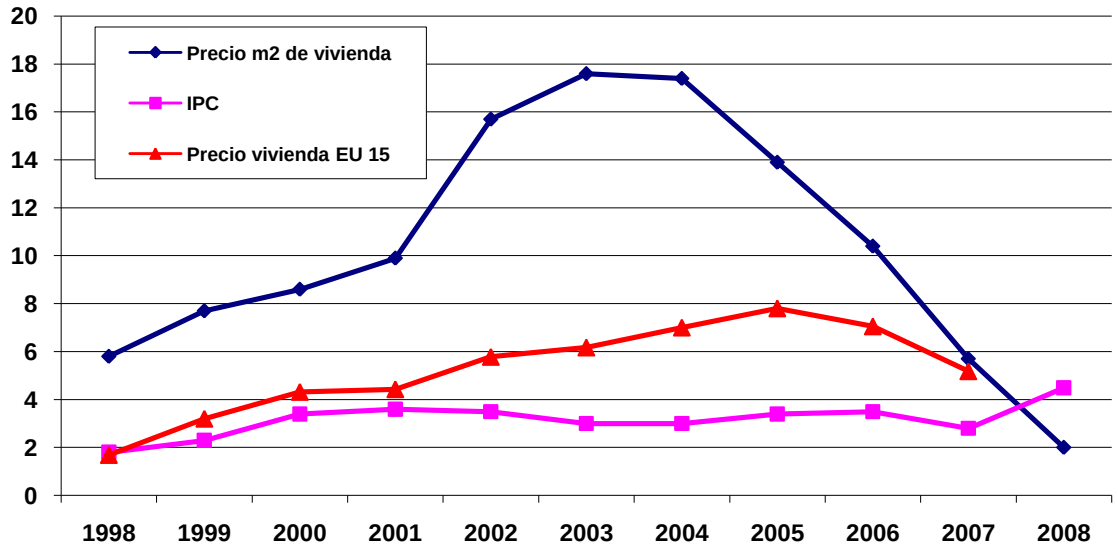
Desde el punto de vista del crecimiento, el dinamismo del precio del m^2 de vivienda se ha caracterizado también por una sorprendente aceleración que comenzó a reducirse sólo a partir de 2003. A pesar de tal desaceleración progresiva, los porcentajes de crecimiento que siguió mostrando el valor del m^2 de vivienda hasta 2008, aunque menores, eran de una cuantía muy importante y muy superiores a los incrementos registrados por el IPC[317] o a los porcentajes de crecimiento del precio de las viviendas en el conjunto de la Unión Europea. Este comportamiento se muestra en el gráfico 9.

[317] Sólo al final del ciclo de bonanza el crecimiento del precio de la vivienda ha sido inferior al del IPC. Este hecho fue objeto gran atención en las portadas de los más importantes diarios españoles, puesto que desde 1997 no se daba esta circunstancia. Por todos ellos, vid. "*El precio real de la vivienda cae por primera vez en los últimos 10 años*" en *EL PAIS* de 18 de abril de 2008. http://www.elpais.com/articulo/economia/precio/real/vivienda/cae/primera/vez/ultimos/anos/elpepueco/20080418elpepieco_3/Tes ; "*El precio medio de la vivienda sube un 4% en un año, por debajo del IPC*", en *EL MUNDO* de 18 de abril de 2008. http://www.elmundo.es/elmundo/2008/04/18/suvivienda/1208504672.html

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Gráfico 9

Tasas de crecimiento interanuales del precio del m2 de vivienda en España



Unidad: % de variación interanual.
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Vivienda, INE y BCE

Las previsiones al final de 2008 hablaban de un futuro incierto en este aspecto. Existía disensión de opiniones entre los interesados. Para algunos expertos se seguiría profundizando en la corrección de precios. Para otros en cambio, como el secretario general de la Asociación de Promotores y Constructores de España (APCE), Manuel Martí Ferrer, se había tocado fondo en cuanto al descenso del precio de las residencias[318]. Algunos autores incluso afirmaban que a partir de 2009 podría darse una incipiente recuperación de los mismos[319]. La realidad ha dado la razón indiscutiblemente a aquellos partidarios de un escenario menos amable. El precio medio del metro cuadrado ha venido ajustándose inexorablemente año tras año hasta el segundo trimestre de 2014, en el cual ha registrado un leve repunte del 0,8% a decir del

[318] Vid. "*Los promotores descartan bajar más los precios de la vivienda nueva pese a la caída de las ventas*" en *El Economista*. 28 de julio de 2008.
http://www.eleconomista.es/economia/noticias/677558/07/08/Economia-Vivienda-Los-promotores-descartan-bajar-mas-los-precios-de-la-vivienda-nueva-pese-a-la-caida-de-las-ventas.html
[319] RODRÍGUEZ LÓPEZ, J y FELLINGER JUSUÉ, E. *El mercado de la vivienda en España. Previsiones 2007-2009* [en línea]. Universidad de Alcalá. p. 29. Disponible en la página web: http://www.mviv.es/es/xls/estadisticas/ENCUESTAS/PREVISIONES.pdf

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

INE[320]. A pesar de ello, aun no puede hablarse en absoluto de un cambio de tendencia, ya que dicho repunte podría ser meramente coyuntural[321].

A la vista de este comportamiento espectacular que han mostrado los precios de la vivienda en España durante el boom inmobiliario, es muy interesante interrogarse acerca de sus causas y ver las diferentes teorías explicativas al respecto.

Según la doctrina especializada[322], las características especiales de los bienes de construcción y el reducido número de productos alternativos a los mismos hacen que sus precios se ajusten inmediatamente al alza ante aumentos en la demanda.

Los cambios demográficos acaecidos en nuestro país en los últimos tiempos han sido una de las causas a las que más importancia se le ha dado en la explicación del aumento de la demanda residencial, y por tanto de los precios de las viviendas. Entre dichos cambios merecen especial atención la estructura de edad de la población y el aumento del número de hogares.

Con respecto al primero de los temas apuntados, es de destacar que en España se ha producido un notable incremento de los grupos de edad más propensos a la adquisición de vivienda, tanto por causas de emancipación (20-34 años), como por cambio de residencia (35-55 años)[323]. En tal sentido, en los años finales de la década de los noventa —en los que se inició el boom inmobiliario— el número de jóvenes incorporados al mercado de la vivienda superó los seiscientos mil por año[324].

Más relevancia explicativa se le ha dado aún al aumento del número de nuevos hogares, en su mayoría monoparentales o unipersonales, cuya tasa de crecimiento ha sido incluso superior a la de la población[325]. Este fenómeno deviene de una serie de factores diversos como el aumento de la tasa de divorcios o la "*inestabilidad de los*

[320] Vid. "El precio de la vivienda sube por primera vez desde el inicio de la crisis: ¿cambio de tendencia?" en *20 minutos.es*. 08 de septiembre de 2014. http://www.20minutos.es/noticia/2232259/0/sube-precio/vivienda-espana/primera-vez-crisis/#xtor=AD-15&xts=467263.
[321] Vid."¿Está subiendo ya realmente el precio de la vivienda?", en *Expansion.com*. 16 de septiembre de 2014. http://www.expansion.com/2014/09/16/economia/1410859651.html
[322] TALLTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la...* cit. p. 160.
[323] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda dirigidas a la población joven en la CAPV: informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco*. Ararteko, D.L. Vitoria, 2007. p. 57.
[324] MARTÍNEZ, J. y DE LOS LLANOS MATEA, M. "El mercado de la vivienda en España", en *Boletín económico*. Banco de España. Septiembre de 2002. p. 57.
[325] ARTOLA, C. y MONTESINOS, A. "Características de la reciente expansión inmobiliaria en una perspectiva de medio plazo" en *Boletín económico*. Banco de España. Julio-agosto de 2006. p. 82.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

hogares"[326]; las buenas condiciones económicas y el descenso del paro entre la gente joven, lo cual los ha animado a abandonar el núcleo familiar; o el aumento de la esperanza de vida y la menor dependencia del núcleo familiar de las personas de la tercera edad. En definitiva, se ha producido una disminución del número de personas por hogar[327] con la consiguiente presión que ello produce sobre la demanda.

Otro de los factores demográficos a los que se refieren los autores a la hora de explicar el aumento de la demanda residencial que ha dado pie al fuerte aumento de los precios es la migración. En la coyuntura que estudiamos, este fenómeno que fuera causa de pérdida de población en las décadas anteriores se ha convertido por contra en el principal factor de crecimiento de la misma[328].

Es difícil estimar con precisión el volumen de la inmigración en España, pero parece que la cifra más fiable es la que suministra el Padrón municipal. Según esta fuente, la población extranjera habría pasado de constituir un 1,4% del total de empadronados en 1996 a alrededor de un 11% en 2008 (unos 5.220.600 aproximadamente), con un crecimiento de más del 850%[329]. Este impresionante crecimiento de un sector de la población habría producido en teoría un aumento de la demanda de vivienda y una fuerte presión al alza los precios. En este sentido, según un estudio publicado por el Ministerio de Vivienda[330], la importancia que para el mercado de la vivienda tuvo el acceso a la propiedad de los extranjeros estaría fuera de toda duda[331]. Dicho estudio mostraba que desde el censo de 2001, donde se estimaban en poco más de 200.000 las viviendas que poseía este colectivo, pasaron a ser algo más de 410.000 a principios de 2006. Asimismo, en el primer semestre de dicho año, el 12% de

[326] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS, *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 50.
[327] El tamaño medio del hogar español según datos censales, ha pasado de ser de 3,2 personas en 1991 a 2,9 personas en 2001 según se indica en INE. "Cambios en la composición de los hogares" [en línea], en *Cifras INE. Boletín Informativo del Instituto nacional de estadística*. Junio de 2004. Disponible en la página web: http://www.ine.es/revistas/cifraine/0604.pdf
[328] COLLADO CUETO, L.A. "Bases estructurales de la economía española", en *Economía española. Estructura y regulación*. (Coords. GARCÌA DE LA CRUZ, J. M. y RUESGA BENITO S. M.). Thomson. Madrid, 2007. p. 6.
[329] El porcentaje máximo de inmigrantes se ha cosechado en el año 2011, en el cual la tasa de inmigrantes llegó al 12,2%. A partir de entonces su número se ha venido reduciendo paulatinamente.
[330] ARANDA AZNAR, J. *Acceso a la propiedad de vivienda de la población inmigrante* [en línea]. Ministerio de Vivienda. 3 de mayo de 2006. p. 45. Disponible en la página web: http://www.mviv.es/es/xls/estadisticas/ENCUESTAS/APV_PI.PDF
[331] De otra opinión, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 50. Según éste último, "*los expertos no otorgan especial importancia a los flujos migratorios para explicar el incremento de la demanda de vivienda en propiedad debido a la escasa solvencia financiera de las personas inmigrantes y a su marcada propensión al alquiler*"

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

las compraventas de viviendas fueron realizadas por extranjeros residentes en nuestro país, los cuales representaban un 13% de la población entre 26 y 40 años —la parte de población más propensa a la adquisición de vivienda—. De esta manera, a medida que los inmigrantes aumentaban su tiempo de estancia[332] en nuestro país, es decir, a medida que se asimilaban al resto de residentes, también se comportaban de manera más homogénea en el mercado de la vivienda[333].

A salvo la importancia innegable que han tenido en el aumento de la demanda de vivienda en nuestro país las tendencias demográficas expuestas, debe subrayarse no obstante, de acuerdo con el Centro de documentación y estudios SIIS, que el número de viviendas ha crecido en mayor proporción que el de hogares. En el período 1998-2004, se da un aumento del parque de viviendas en promedio anual de unas 550.000**[334]**, mientras que el número medio de hogares sólo ha aumentado en unos 280.000 por año**[335]**. En este sentido, es de todos sobradamente conocido el dato anecdótico —aunque no por ello de una menor gravedad— de que en España se ha construido más que en Alemania, Francia y Reino Unido juntas, aunque estos países tengan mucha más población que el nuestro**[336]**. De este modo, puede afirmarse que los factores demográficos no explican por sí solos el crecimiento de la demanda residencial que ha podido causar la increíble revalorización inmobiliaria**[337]**, ya que el volumen de construcción ha sido muy superior a lo que marcaban esas nuevas tendencias estructurales.

---

[332] Éste es el factor más determinante a la hora de adquirir vivienda por los extranjeros residentes en nuestro país según se desprende del estudio del Ministerio de vivienda. ARANDA AZNAR, J. Acceso *a la propiedad de vivienda de*... cit. pp. 23-27, 43 y 45.

[333] Este hecho le servía al Servicio de estudios del BBVA para pronosticar demasiado optimistamente a nuestro entender que la fuerte entrada de inmigrantes supondría un soporte para el mercado de la vivienda en el medio plazo. Vid RIESTRA, T. y SAN MARTÍN, I. "La inmigración y la vivienda", en *Situación España*. Servicio de estudios económicos BBVA. Octubre de 2006. p. 31; en el mismo sentido ARANDA AZNAR, J. *Acceso a la propiedad de vivienda de*... cit. p. 46. El tiempo le ha restado solvencia a estos planteamientos.

[334] Después de 2004, cada año ha cerrado con un nuevo record en la producción de viviendas hasta la crisis. En 2006 se iniciaron 911.568 nuevas viviendas según los datos suministrados por el INE, lo que supuso un máximo histórico incontestable.

[335] Según MARTÍNEZ, J. y DE LOS LLANOS MATEA, M. "El mercado de la vivienda en..." cit. p. 52, en el período entre 1995 y 1999 se construyó de media un 82% más de viviendas que las necesarias para satisfacer las necesidades de los nuevos hogares. Este porcentaje se incrementó hasta el 152% entre 2000 y 2001. Es de esperar que en años posteriores este desfase haya seguido ascendiendo.

[336] Este dato ha sido difundido en multitud de medios en 2006 por su espectacularidad. Por todos vid. "El nuevo record de viviendas visadas" en *Cinco días.com* de 7 de diciembre de 2006.
http://www.cincodias.com/articulo/opinion/nuevo/record/viviendas/visadas/cdscdi/20061207cdscdiopi_3/Tes/

[337] En tal sentido**,** CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 51; MARTÍNEZ, J. y DE LOS LLANOS MATEA, M. "El mercado de la vivienda en..." cit. p. 61.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Otra de las explicaciones tradicionales al encarecimiento del precio de la vivienda, achaca dicho fenómeno al aumento, también sin precedentes, del precio del suelo. En línea con esta afirmación, el *Informe sobre suelo y urbanismo en España* de 1996[338] señalaba que, entre 1985 y 1992, el 55% del aumento del precio de la vivienda se correspondió al coste del suelo y que en 1992 el precio del mismo representaba ya el 43% del precio total de la vivienda[339]. No obstante, en contradicción con estos imponentes datos, téngase en cuenta que el resto de los costes del proceso constructivo parecen haberse reducido en términos reales en el mismo periodo[340].

Entre las causas que se han argumentado para dar una explicación a esta elevación del coste de repercusión del factor suelo la principal es la de la "*escasez administrativa*" de dicho recurso. Abanderado de tal posicionamiento es MARTÌ FERRER, casualmente secretario general de la Asociación de Promotores y Constructores de España (APCE). Este autor mantiene en sus artículos que el tradicional intervencionismo administrativo español en materia de urbanismo y producción de suelo ha impedido satisfacer la fuerte demanda de vivienda que se ha originado en los últimos tiempos debido a una restricción administrativa —que no física— del suelo. Tal hecho ha producido resultados "*cada vez peores, en términos de un valor de repercusión del suelo que está próximo a alcanzar una cuantía insoportable para la mayor parte de los demandantes de vivienda*[341]".

La solución que plantea a dicho problema pasa por una profunda desregulación del mercado del suelo, haciendo que el suelo urbanizable se convierta en la clasificación residual. Es decir, el suelo no urbanizable estaría integrado únicamente por aquellos terrenos en los que nunca pudiera existir una construcción por sus especiales valores naturales, agrarios, históricos, etc. En cambio, todos los demás terrenos que no fueran urbanos ni "no urbanizables" pasarían a integrar el suelo urbanizable, cuya

[338] Elaborado por una Comisión de expertos para el Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente.
[339] En fechas más recientes, entre 1998 y 2006, el valor del suelo ha continuado creciendo de una forma pareja a lo que lo ha hecho el precio de las viviendas y el peso de aquel en éste ha mostrado una evolución igualmente ascendente que ha llegado a superar el 50%. Así lo indica RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. "Urbanismo, vivienda y economía en..." cit. p. 84.
[340] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 55; en similar sentido**,** TALLTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la*... cit. p. 162:
[341] Conferencia pronunciada en Badajoz en octubre de 2002. En idéntico tenor, MARTÍ FERRER, M. "Coste de repercusión del suelo" en *Suelo y Vivienda en el siglo XXI.* VIII Congreso notarial español. Madrid, 8,9 y 10 de mayo de 2003. p. 65

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

transformación en urbano se produciría al ritmo y en las localizaciones que marcaran en cada momento los intereses privados y el mercado. Igualmente, la calificación del planeamiento debería ser flexible, destinándose el suelo a los usos "económicamente" más eficientes. Con tales medidas —ingenuas en extremo, ¿o quizás demasiado pícaras?— se obtendría un ingente aumento de la oferta de suelo urbanizable a disposición de los promotores que permitiría reducir las tensiones inflacionistas del actual modelo mediante la existencia de múltiples suelos sustitutivos. La importancia de los efectos secundarios de este sistema , tales como la discontinuidad espacial de la ciudad, la inexistencia de reservas de suelo para VPO —cuya construcción sería sólo optativa para los promotores en función de su rentabilidad—, el consumo extensivo e insostenible de suelo, el descontrol sobre los usos, etc., debe ser minimizada en comparación con el más alto beneficio que teóricamente nos traería *la mano invisible* del mercado de forma "desinteresada": unos precios más bajos de la vivienda[342].

[342] Esta propuesta, levemente esbozada en el texto, puede analizarse con mayor detalle, entre otros, en MARTÍ FERRER, M. "En busca de la aguja que pinche la burbuja", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, III N° 103. 1995. Ministerio de vivienda. pp. 91-98; MARTÍ FERRER, M "Coste de repercusión..." cit. pp. 165-170; MARTÍ FERRER, M. "La formación del precio del suelo" en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº. 81(691). 2005. pp. 1679-1711. Abogan por el mismo modelo también FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. J. "El debate sobre el mercado del suelo", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, N° 103 (III). 1995. pp. 23-27; PÉREZ HERRERO, J. M. "Remedios para disminuir o estabilizar el coste del suelo", en *Suelo y Vivienda en el siglo XXI.* VIII Congreso notarial español. Madrid, 8,9 y 10 de mayo de 2003. pp. 171-176; PÉREZ HERRERO, J. M. "La Ley y la vivienda. ¿Por qué es tan caro el suelo en España?, en *Nueva revista de política, cultura y arte.* N° 95, 2004. pp. 5-13; DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, I. "Suelo, vivienda y liberalización", en *Suelo y Vivienda en el siglo XXI.* VIII Congreso notarial español. Madrid, 8,9 y 10 de mayo de 2003. pp. 183-187. Vid también "*Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*". Informe del Tribunal de defensa de la competencia. Año 1993, auténtica declaración de principios que da origen a esta corriente neoliberal desreguladora (Tal informe puede consultarse en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*. N° 99 (II) 1994. p. 155 y ss.).
Estas propuestas liberalizadoras tuvieron su reflejo normativo en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen de suelo y valoraciones, la cual abogaba por una mayor flexibilización en el mercado del suelo como heredera de la también "popular" Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales. En su Exposición de Motivos podía leerse que "*la presente Ley pretende facilitar el aumento de la oferta de suelo, haciendo posible que todo suelo que todavía no ha sido incorporado al proceso de urbano, en que no concurran razones para su preservación pueda considerarse como susceptible de ser urbanizado*". Es decir, se convertía al suelo urbanizable en la clase residual de suelo en lugar del no urbanizable como había ocurrido hasta el momento: cualquier suelo que no se justificara como no urbanizable, era susceptible de ser desarrollado urbanísticamente. Por otra parte, se reducía la cesión a los ayuntamientos hasta un máximo del 10% y se facultaba a la legislación autonómica para reducirla aun más.
Tales medidas, sin embargo, fueron contestadas a nivel autonómico. Como señala el informe 3/2000 de 28 de junio del Consejo económico y social sobre *Unidad de mercado y cohesión social*, las leyes urbanísticas autonómicas aprobadas tras su entrada en vigor ampliaron el margen de discrecionalidad de los ayuntamientos, aumentando los supuestos en los que se podía declarar un suelo como no urbanizable, incluso temporalmente. Además, las leyes autonómicas no sólo no regulaban las condiciones en las que el particular podía instar la transformación de suelo urbanizable en urbano, sino que algunas contenían previsiones contrarias al espíritu de la ley, ya que establecían una clase de suelo que equivalía, de hecho,

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Frente a esta corriente neoliberal se alzan numerosas voces que ponen en duda la solvencia de sus planteamientos. En tal sentido, no son pocos los autores que afirman que la relación entre el precio de la vivienda y el precio del suelo es precisamente el opuesto al que se acaba de reseñar. Es decir, en realidad, de forma contraria a lo que ocurriría con el común de las mercancías, en las que el coste de producción es fundamental en la formación de los precios, en el caso del suelo y de las viviendas el valor de aquel responde a las expectativas de rentabilidad de lo que se espera construir sobre él (el conocido como valor residual). De este modo, el crecimiento del precio del suelo es más bien la consecuencia y no la causa del incremento del precio de la vivienda[343].

En la misma dirección crítica, se apunta en contra de la liberalización absoluta del urbanismo que no puede asegurarse que la mayor disponibilidad de suelo y de libertad edificatoria sean mecanismos eficaces para reducir los precios, tanto de éste último recurso como de la vivienda que sobre él se asienta. Tal rebaja de costes repercutiría muy probablemente en un aumento de los beneficios del promotor y no en un descenso

a la antigua de suelo urbanizable no programado. Por último, todas las leyes autonómicas fijaron en el máximo permitido —un 10%— el porcentaje de cesión obligatoria al Ayuntamiento y liberaron a éste de toda obligación de urbanizar. Para un análisis más profundo de esta ley y de la deriva liberalizadora que se originó con ella hasta llegar al Real Decreto 4/2000 de 23 de junio, de Medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes, vid. GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005*. Ed. Montecorvo. Madrid, 2006. pp. 438-461. Con posterioridad, la llegada al poder del partido socialista en 2004 supuso un cambio radical en esta materia. Se aprueba la Ley 8/2007, de 10 de mayo, del suelo, en la cual no se establece una clasificación del suelo, sino dos situaciones básicas en función de sus características objetivas: suelo urbanizado y suelo rural. Con esta nueva regulación las comunidades autónomas son las que regularán el paso de una situación a otra, despareciendo el carácter residual del suelo urbanizable, ya que solamente puede clasificarse como tal el suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen. De otro lado, esta ley obliga a reservar el 30% de la edificabilidad de las nuevas unidades de actuación para viviendas con algún régimen de protección y, asimismo, aumenta el porcentaje de cesión a los ayuntamientos hasta un 15%, pudiendo llegar excepcionalmente hasta el 20%.
Finalmente, en 2008 se publicó el Texto refundido de la Ley del Suelo (R.D. 2/2008, de 20 de junio) por el que se unificaba la ley de 2007 con algunos preceptos subsistentes en leyes urbanísticas anteriores.

[343] Apoyan este planteamiento, entre otros RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. "Urbanismo, vivienda y..." cit. p. 86; GAGO DÁVILA, J. "Reforma de la reforma y contrarreforma: ¿Una nueva ocasión perdida?", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, N° 103 (III). 1995. p. 46; SERRANO RODRÍGUEZ, A. "Los mercados urbanos en el marco de una gestión urbanística desacreditada (Observaciones a las recomendaciones de la comisión de expertos)", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, N° 103 (III). 1995. p. 122; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 55; RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. y LOZANO PEÑA, A. V. "El problema de la vivienda y el suelo. Reflexiones sobre..." cit. p. 118.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

del precio en épocas en las que existe una elevada demanda[344], amén de fomentar una construcción desaforada y totalmente sin control.

Según indican los informes especializados, el verdadero problema no está tanto en la falta de suelo urbanizable previsto en el planeamiento, sino en la lentitud con que el mismo se convierte en suelo urbanizado y edificable[345]. Dos son las explicaciones que se dan a dicho fenómeno. Algunos lo vinculan a la ineficiencia y los retrasos de la administración pública interviniente[346]; otros se inclinan a pensar que lo que causa este fenómeno son los intereses de los principales promotores privados, que, a través de su intervención oligopólica, controlan los ritmos de salida del suelo, influyendo así en el dimensionamiento de la oferta de vivienda y, por tanto, de su precio[347]. En nuestra opinión, ambos factores son simultáneamente explicativos de la realidad. No obstante, resulta sensato achacar un mayor peso a la segunda de las teorías en la coyuntura española reciente.

Un último factor que explica el aumento de los precios de la vivienda en nuestro país, y que se trata en los diversos estudios —injustificadamente a nuestro parecer— de una manera muy tangencial, es la componente especulativo/inversora de la demanda y las expectativas de revalorización inmobiliaria.

En las posturas liberales se desconoce un hecho muy importante. Éste consiste en que la demanda —y no tanto los costes de la oferta— es la principal asignadora de valor, en función de la disposición al pago por un determinado producto[348]. En tal sentido, el precio de las viviendas se fija en función del máximo que las familias o personas que las adquieren están dispuestas a pagar por ellas en un momento determinado[349]. Esta circunstancia debe ser tenida muy en cuenta al hablar de un bien que no se valora sólo por la utilidad obvia que reporta, sino también como activo patrimonial revalorizable, ya que los compradores, especialmente los inversores, pueden

[344] De la misma opinión, SERRANO RODRÍGUEZ, A. "Los mercados urbanos en el marco de una gestión urbanística..." cit. p. 123.
[345] FONT ARELLANO, A. "Ciudad: mercancía o espacio colectivo", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, N° 103 (III). 1995. p. 38.
[346] GAGO DÁVILA, J. "Reforma de la reforma y..." cit. (N. del A) p. 46.
[347] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 56.
[348] RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. y LOZANO PEÑA, A. V. "El problema de la vivienda y el suelo. Reflexiones sobre..." cit. p. 118.
[349] GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. *La intervención administrativa en la vivienda*... cit. p. 654. Así lo reconoce también MARTÍ FERRER, M. "Coste de repercusión..." cit. pp. 166.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

admitir precios más altos si las expectativas de rentabilidad ante una eventual desinversión son buenas.

Esta teoría parece ajustarse muy fielmente a lo que ha sido la realidad del mercado inmobiliario en nuestro país en los últimos años. A un incremento natural de la demanda motivada por razones estructurales[350], se ha unido una demanda inversora "artificial" con unas muy buenas expectativas, basadas precisamente, al menos al principio, en la fortaleza natural de la otra parte de la demanda. Ello ha impulsado al alza los precios y, al mismo tiempo, ha reforzado las expectativas, atrayendo a más demanda inversora y dando lugar a un proceso ascendente de retroalimentación. Simultáneamente, todo el proceso se ha visto reforzado por unas circunstancias financieras especialmente favorables que han permitido una aceleración muy rápida del citado fenómeno y una expansión sorprendente del sistema. Así, un peor comportamiento de otros activos en relación con los inmobiliarios y unos tipos de interés históricamente reducidos han mostrado a la inversión inmobiliaria como especialmente atractiva y han permitido acceder a ella a casi cualquier persona con apoyo en el crédito[351].

En definitiva, en España se ha producido lo que se conoce teóricamente como una burbuja especulativa, en este caso inmobiliaria. Este fenómeno se caracteriza por una "exuberancia irracional" en la que los incrementos de los precios no obedecen a factores económicos reales, sino a una lógica especulativa[352] basada en expectativas poco realistas en relación con el crecimiento futuro de los precios de las viviendas[353]. El proceso toca a su fin —"revienta"— cuando comienzan a decaer los precios, bien por un exceso de oferta, bien por expectativas de revalorización incumplidas[354]. Diversos organismos internacionales, especialmente el BCE, el FMI o la OCDE, en sendos informes de marzo de 2003, 17 de noviembre de 2003, y 11 de mayo de 2004 ya alertaron sin mucho éxito sobre este riego. Por su parte, el Banco de España, en su informe sobre el "Análisis del precio de la vivienda" (2003), era más "diplomático" y

[350] Vid. *supra* los factores demográficos apuntados en este mismo apartado.
[351] No deben olvidarse tampoco los factores culturales que identifican en nuestro país la inversión en vivienda como la inversión más segura y rentable, a pesar de que ciertos analistas aseguran que, a largo plazo, el mercado de renta variable, la bolsa, otorga una mayor rentabilidad media.
[352] Algunos estudios estiman que la sobrevaloración asociada a factores no reales se acerca al 30% del crecimiento de precios observado. Según GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. *La intervención administrativa en la vivienda*... cit. p. 654 esta sobre valoración es del 52% (N. del A.).
[353] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 56.
[354] MARTÍNEZ PAGÉS, J. y MAZA, L. A. *Análisis del precio de la vivienda*... cit. p. 15 (N. del A.)

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

prefería hablar de *sobrevaloración* con posibilidad de corrección no especialmente acusada[355]. Otros expertos como la revista "The economist" apuntaban también en esta línea más optimista[356]. El tiempo y la realidad parecen haberles negado la razón[357].

2.3.2. Recapitulación

En apretado resumen, parece que el boom inmobiliario español ha seguido un proceso ascendente que se inició por causas naturales o estructurales, pero que ha acabado degenerando en una burbuja inmobiliaria. Así, en un principio, una serie de cambios demográficos (aumento del número de hogares, aumento de la inmigración, mayor tasa de divorcios, etc.) produjo una mayor necesidad de viviendas que se tradujo en una mayor demanda residencial. Este hecho, observado por los inversores, pudo producir un "efecto llamada" sobre los capitales libres, los cuales, ante un comportamiento no demasiado positivo de otras fuentes de inversión, se destinaron a este sector con unas expectativas muy seguras de desinversión debidas a ese aumento estructural de la demanda de vivienda que hacía a la misma un producto muy atractivo en el mercado. Ese aumento de demanda, ahora también especulativa, elevó los precios y animó a una mayor oferta constructiva debido a que las viviendas se seguían demandando por las causas estructurales que ya hemos citado. La revalorización de precios confirmó las expectativas iniciales de los inversores y dicho hecho atrajo a más, provocando ulteriores subidas de precios y dando lugar a un "bucle".

En un principio el proceso se soportaba en que la demanda estructural, a pesar de las revalorizaciones, mantenía su pujanza gracias sobre todo a unas condiciones financieras históricamente favorables. Llegaría un momento en que la demanda con perspectivas de inversión se independizaría de la natural y se convertiría en el soporte de sí misma. La burbuja había comenzado a inflarse. Las expectativas casi seguras de grandes revalorizaciones animaban a los inversores a comprar a cualquier precio. Tal

[355] MARTÍNEZ PAGÉS, J. y MAZA, L. A. *Análisis del precio de la vivienda*... cit. p. 26

[356] Para un análisis pormenorizado de todos estos informes vid. GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. *La intervención administrativa en la vivienda*... cit. pp. 655-664.

[357] Es cuanto menos curioso el artículo "De Rato a Solbes, de Botín a Del Rivero: todos los que pregonaron que era "metafisicamente imposible" una burbuja inmobiliaria", en *El confidente* de 7 de julio de 2008, en el cual se recogen las afirmaciones de importantes personalidades que negaban la posibilidad de existencia de una burbuja inmobiliaria y que se han visto desmentidos por el devenir de los acontecimientos actuales.
http://www.elconfidencial.com/cache/2008/06/09/97_solbes_botin_rivero_todos_pregonaron_metafisicamente_imposible_burbuja.html

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

hecho acrecentaba los precios y al mismo tiempo confirmaba las expectativas, dando alas a todo el proceso. Los bajos tipos de interés reinantes, cual combustible, alimentaban aún más el dinamismo y lo extendían, permitiendo a casi cualquier inversor medio participar en el sistema, el cual ya se retroalimentaba solo, con un gran peso de la demanda especulativa[358]. Este gran dinamismo de la demanda, a su vez, tiraba de la oferta en construcción con las consecuencias que ya hemos visto en las páginas anteriores.

En la última fase del proceso, la increíble revalorización de los precios unida a la subida de los tipos de interés ha mermado la demanda natural de vivienda (en virtud de una reducción de la accesibilidad a la misma) y, consecuentemente, la demanda total. Este hecho, unido al pujante ritmo de la oferta, ha tensado los precios a la baja y ello ha comenzado a incumplir las expectativas de revalorización de los inversores. Dicha falta de cumplimiento de las expectativas ha hecho que algunos de ellos vayan abandonando este ámbito Se ha reducido así, drásticamente, la "*demanda alegre*" de vivienda[359], con lo que se producen nuevas bajadas de precios por reducción de ésta y nuevos incumplimientos de expectativas que conducen a una espiral, descendente ahora, de los precios. La burbuja finalmente ha estallado poniendo fin al "*Living la vida loca*" en el mercado de la vivienda español[360]. El descenso de la demanda y los precios, pese a la persistencia de las condiciones demográficas originarias, demuestran sin lugar a dudas el importante componente especulativo que ha servido de locomotora a todo el boom.

[358] De idéntico parecer, FERNÁNDEZ DURÁN, R. *El tsunami urbanizador español y mundial. Sobre sus causas y repercusiones devastadoras, y la necesidad de prepararse para el previsible estallido de la burbuja inmobiliaria*. Virus Editorial. 2° Ed. Barcelona, 2006. p. 28

[359] Según señala "La odisea de comprar un piso", en *El País* de 6 de junio de 2008, fuentes bancarias aseguran que la verdadera causa del drástico frenazo en la petición de créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda está determinada por la desaparición de la demanda alegre que pedía crédito para sacar tajada del vertiginoso aumento de los precios, y que ahora no existe.
http://www.elpais.com/articulo/economia/odisea/comprar/piso/elpepueco/20080606elpepueco_1/Tes

[360] Así de gráficamente designa el Deutsche Bank a la situación inmobiliaria española en los últimos tiempos en uno de sus informes según nos relata "El final del "living la vida loca" en la vivienda," en *El País* de 15 de agosto de 2007.
http://www.elpais.com/articulo/economia/final/living/vida/loca/vivienda/elpepueco/20070815elpepueco_1/Tes; el periódico alemán "*Frankfurter Al. Zeitung*" hablaba también de pinchazo de la burbuja inmobiliaria española ya en abril de 2008 según *El Economista* de 29 de abril de 2008.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.4. La actividad inmobiliaria como fuente de ingresos públicos

Como ya señalábamos en la introducción a este capítulo, la actividad inmobiliaria tiene una gran importancia económica desde el punto de vista de los ingresos que se generan para las diferentes Administraciones. En este apartado vamos a tratar de condensar muy brevemente cuáles son las principales vías por las que este caudal de fondos llega a los entes públicos, para lo cual distinguiremos entre ingresos tributarios y no tributarios. El análisis de éstos últimos será el más interesante y el más detallado, ya que es en ellos donde existe una mayor posibilidad de perversión de sus fines y, por tanto, de originar una actuación administrativa desviada y una lesión a la ordenación urbana.

2.4.1. Ingresos tributarios procedentes de la actividad inmobiliaria

2.4.1.1. Visión general

Estos ingresos han sido los que se han mostrado más dinámicos en los últimos años. Su comportamiento ha variado, no obstante, en función de la naturaleza de los mismos.

En general, los impuestos indirectos han sido los que más han aumentado su recaudación durante toda la coyuntura estudiada, multiplicándose por 2,3 desde 1995, frente al 1,9 en que lo han hecho los impuestos directos. De acuerdo con esta tendencia, el impuesto sobre el valor añadido (IVA) se ha situado en segundo lugar en importancia recaudatoria, por detrás del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), y el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD) —también indirecto— se ha coronado como el impuesto más dinámico, con un crecimiento medio anual del 18%. En dinamismo también destacan una serie de impuestos locales como el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (OCIO), el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (IVTNU o "plusvalía") o el impuesto sobre bienes inmuebles (IBI) que, pese a tener un peso moderado en el total, han aumentado notablemente su recaudación[361].

[361] Los datos numéricos utilizados en el presente apartado han sido obtenidos fundamentalmente de POU, V. "En profundidad: El impacto del mercado inmobiliario en las finanzas públicas", en *Situación inmobiliaria*. Servicio de Estudios Económicos BBVA. Enero de 2007. p. 23 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Puede constatarse a simple vista que los impuestos reseñados por su mayor protagonismo guardan una estrecha relación con el sector inmobiliario, el cual aportó en 2004 más de 27.000 millones de euros, alrededor de un 9,5% del total de los ingresos no financieros públicos y un 3,2% del PIB. El comportamiento de los recursos provenientes de otros sectores ha sido también muy positivo; no obstante, los que tienen su origen en el ámbito que tratamos son los que han crecido en una mayor proporción desde el inicio del boom inmobiliario. En concreto, han experimentado un aumento de 1,1 puntos porcentuales en su peso sobre el PIB, frente al avance de 0,3 del total de recursos tributarios, lo cual demuestra la importancia que ha tenido dicho boom para las arcas públicas. Debe subrayarse también que, dentro de los impuestos relacionados con el sector, han sido precisamente los ingresos más coyunturales, es decir, los más directamente vinculados a la actividad, las transacciones y el desarrollo urbanístico —el ICIO, el IVA, el IVTNU, el ITPAJD, etc.—, los que han registrado los mayores crecimientos, frente a otros impuestos "inmobiliarios" mas estructurales como el IBI o las ganancias patrimoniales del IRPF.

Por ámbitos territoriales, han sido los municipios los que más ingresos han obtenido de todo el proceso; aproximadamente el 32% de sus recursos estaba vinculado directamente a las actividades inmobiliarias en 2004. En segundo lugar se encontrarían las comunidades autónomas, en las que la aportación por este título ha crecido en mayor medida (0,4 puntos porcentuales) hasta alcanzar aproximadamente el 8% de sus ingresos no financieros en ese año. Por último, hallaríamos a la administración central del estado, que se nutre de la actividad inmobiliaria en un 4,5% del total de sus ingresos.

2.4.1.2. Principales figuras tributarias asociadas a la actividad inmobiliaria[362]

En este subapartado trataremos, sin ningún ánimo de exhaustividad y lo más concisamente posible, de hacer mención a los principales tributos que se relacionan con la actividad inmobiliaria y sus características definitorias[363].

[362] Téngase en cuenta que la explicación de cada una de las figuras tributarias que se acomete en este apartado se refiere a su regulación durante los años del boom inmobiliario. En concreto este apartado responde a la legislación tributaria existente de finales de 2008.
[363] Para un análisis pormenorizado de cada una de dichas figuras tributarias vid. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *Aspectos económicos y tributarios del urbanismo*. Ed. BAYER HNOS. S. A. Barcelona, 2001.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

El IRPF grava de dos formas la actividad inmobiliaria y la vivienda. En primer lugar, a través de las ganancias patrimoniales obtenidas como consecuencia de la venta o transmisión de los bienes inmuebles, cuyo importe se recoge en la parte especial de la base imponible y se grava al 18%[364]. La segunda posibilidad se refiere a las segundas residencias o bienes inmuebles que no están afectos a una actividad económica, las cuales imputarán en la base imponible general la renta equivalente al 2% del valor catastral de la misma o el 1,1% de dicho valor si éste hubiera sido revisado.

Aproximadamente el 4,2% de los ingresos provenientes de este impuesto se deben a estos dos mecanismos, fundamentalmente al primero.

- Impuesto sobre el valor añadido.

Este impuesto aplica un tipo reducido del 7% a las primeras transmisiones de viviendas cuando se realice como una operación empresarial habitual que el promotor debe repercutir al comprador. Existe también un tipo reducido del 4% para la compra de viviendas de protección oficial.

El sector de la construcción y los servicios inmobiliarios ha pasado de aportar el 7,4% de la recaudación en 1997 a un 12,7% en 2004. La fuerte vinculación entre el IVA y el fenómeno inmobiliario puede apreciarse también en la caída que ha sufrido la recaudación de este impuesto por causa de la crisis inmobiliaria[365].

- *Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados*

Este impuesto, en su tramo de transmisiones patrimoniales, grava las segundas y sucesivas transmisiones de bienes inmuebles con un tipo impositivo general del 7% en

[364] Existe un caso especial, aplicable desde el 1 de enero de 2006, para la determinación de las ganancias patrimoniales derivadas de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994, por el cual y según la antigüedad del bien patrimonial, una parte de la ganancia podría quedar exenta y el resto tributaría al 18% en la parte especial de la base imponible.

[365] En los primeros meses de 2008 la recaudación bruta del IVA en las pequeñas y medianas empresas del sector de la construcción y la promoción inmobiliaria bajó un 16,6% con respecto al mismo período del año anterior, mientras que la recaudación general del impuesto descendió un 8,2%, según "El frenazo de la construcción pasa ya factura a los ingresos del Estado", en *El País* de 28 de marzo de 2008. http://www.elpais.com/articulo/economia/frenazo/construccion/pasa/factura/ingresos/Estado/elpepueco/20080328elpepieco_4/Tes; Se hacen también eco de este hecho, entre otros, "La crisis del sector inmobiliario castiga a las arcas del Estado", en *Cinco días.com* de 28 de marzo de 2008 http://www.cincodias.com/articulo/economia/crisis/sector/inmobiliario/castiga/arcas/Estado/cdscdi/20080328cdscdieco_2/Tes/; "El Estado logra sólo la mitad de superávit y culpa a la construcción", en *El Economista* de 24 de abril de 2008.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

todas las Comunidades Autónomas, salvo en Canarias dónde el tipo es del 6,5%. En su tramo de actos jurídicos documentados, el impuesto somete a gravamen la formalización de determinados documentos notariales, mercantiles y administrativos tales como las escrituras o las letras de cambio. El tipo de gravamen establecido para los documentos notariales es del 1% en todas las Comunidades Autónomas (salvo en Canarias que es del 0,75%).

Los ingresos del tramo de ITP, aunque apenas representan el 2,6% del total de ingresos no financieros públicos, aportan el 6,3% de los ingresos no financieros autonómicos. Se calcula que aproximadamente algo más del 71% de los recursos recaudados en 2004 por este impuesto estarían vinculados al mercado inmobiliario. En lo que respecta al tramo AJD, la actividad inmobiliaria aportaría aproximadamente el 25% de la recaudación del impuesto de 2004. Dicho porcentaje supone apenas un 0,5% del total de recursos no financieros.

- *Impuesto sobre actividades económicas*

Este impuesto es un tributo directo de carácter real (art. 79 de la Ley de haciendas locales, LHL) que tiene por hecho imponible el ejercicio en territorio nacional de actividades profesionales, empresariales o artísticas, independientemente de que se realicen o no en local determinado. De acuerdo con esta definición, en el desarrollo de la actividad urbanística se ejercen determinadas actividades que estarán sujetas a esta figura impositiva.

Por citar algunas, sin querer ser exhaustivos, en el ámbito del planeamiento estarán sujetas a tributación la actividad de emitir informes o dictámenes, las colaboraciones en planes urbanísticos, la realización de estudios, investigaciones y demás actividades de este tipo relacionadas con el urbanismo. Del mismo modo, la actividad profesional de los arquitectos, ingenieros y otros profesionales del sector estaría abarcada por este tributo. En el apartado de la ejecución, estarán obligadas al pago del IAE las empresas urbanizadoras que se incorporen a la Junta de compensación, el agente urbanizador o la propia Junta de compensación cuando se dedicara a vender a terceros parcelas de su ámbito de ejecución. Si el sistema de ejecución es el de cooperación o el de expropiación, el organismo público actuante queda exento por mandato de la propia Ley (art. 83 LHL).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- *Impuesto sobre bienes inmuebles*

El IBI es un tributo local de exacción obligatoria por los Ayuntamientos que grava la propiedad de los bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana. La base imponible del impuesto está constituida por el valor catastral de los bienes inmuebles, el cual se fija atendiendo al valor de mercado de aquéllos y a la cual se aplica un tipo de entre el 0,4% y el 1,10% para los bienes de naturaleza urbana.

Pese a que la recaudación del IBI sobre el total de recursos no financieros representa un 2,1%, es, tras el IVA de la construcción, el segundo en volumen de ingresos vinculados al sector.

- *Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras*

Es un tributo local, de carácter potestativo, que grava el coste real y efectivo de cualquier construcción, instalación u obra que exija la obtención de una licencia de obras, "*se haya obtenido o no dicha licencia*"[366] (art. 101 LHL). El tipo de gravamen será fijado por cada Ayuntamiento, sin que pueda exceder el 4%.

- *Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana*

Es un tributo local, también de carácter potestativo, que grava el incremento de valor de los terrenos que se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos o de la constitución de un derecho real de goce, limitativo del dominio. El tipo de gravamen será fijado por cada Ayuntamiento, sin que pueda exceder el 30%.

Algunas precisiones son necesarias. En primer lugar, el terreno ha de ser de naturaleza urbana, entendiendo por tal el que lo sea a efectos del IBI y la legislación urbanística. Con respecto al incremento de valor, esté se calculará aplicando

[366] A la luz de esta prescripción legal sería perfectamente posible que una construcción sin licencia y, por tanto, constitutiva de una infracción administrativa, realizara el hecho imponible del impuesto. Esto ocurrirá en aquellos supuestos en que la obra ilegal sea legalizable. En los casos en que no exista dicha opción, el destino de la construcción debe ser la demolición sin posibilidad de exacción fiscal. Lamentablemente, en nuestra realidad administrativa estas infracciones acaban por prescribir sin que se haya iniciado siquiera el procedimiento sancionador. De esta forma, se da la paradoja de que, una vez prescrita la infracción, el Ayuntamiento no puede demoler la obra, pero tampoco exigir el impuesto, con lo que el derecho acaba premiando a quien incumple las normas. Vid. sobre este tema en profundidad, MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *Aspectos económicos y*... cit. pp. 142-145.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

determinados porcentajes al valor del terreno fijado a efectos del IBI[367]. Con respecto al tercer elemento del hecho imponible, la transmisión, hay que destacar que existen determinadas transmisiones urbanísticas que no tienen esta consideración a efectos del impuesto. Nos referimos principalmente a las aportaciones de terrenos a las Juntas de compensación y las adjudicaciones de solares de las mismas o la adjudicación de terrenos por mor de la reparcelación.

- *Tasas municipales*

Las tasas son un tributo cuyo hecho imponible consiste en "*la utilización del dominio público o en la realización por la administración de una actividad que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo*" (art. 26 Ley General Tributaria). Las tasas más relevantes a nivel urbanístico son las relativas a la ocupación del dominio público local o las tasas por la concesión de licencias urbanísticas, especialmente éstas últimas, las cuales parecen estar aportando en torno al 0,2% de los ingresos municipales al tiempo que constituyen el 3,5% del total de ingresos por este concepto.

- *Contribuciones especiales*

La LHL permite a las Corporaciones locales establecer este tributo por la realización de obras o por el establecimiento o ampliación de servicios municipales que hagan obtener al sujeto pasivo un beneficio o un aumento de valor de sus bienes[368].

Ejemplos de obras financiables con contribuciones urbanas serían, entre otros, la apertura de calles y plazas y la primera pavimentación de las calzadas; el establecimiento y sustitución del alumbrado público y la instalación de redes de alcantarillado y desagüe; el desmonte, terraplenado y construcción de muros de contención; la realización de obras de desecación y saneamiento, o de defensa de terrenos contra inundaciones; la regulación y desviación de cursos de agua; etc.

[367] Téngase en cuenta que si un terreno se obtuvo siendo rústico y adquiere posteriormente la condición de urbano, el periodo computable para la determinación de la base imponible es el que media entre la adquisición y la transmisión, sin que deba considerarse como inicio del periodo el del momento de la clasificación del suelo como urbano.
[368] La cuestión fundamental que suscita este tributo en relación con el urbanismo es su compatibilidad y diferenciación de las cuotas de urbanización. Sobre este extremo vid. MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *Aspectos económicos y*... cit. pp. 167-168.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.4.2. Ingresos no tributarios procedentes de la actividad inmobiliaria

Bajo este epígrafe estudiaremos principalmente dos instrumentos puestos en manos de los ayuntamientos, cuya finalidad, a diferencia de los tributos, no es propiamente la de obtener recursos. No obstante, dichos instrumentos, a raíz de todo el boom urbanístico español, han permitido a los municipios recabar ingentes cantidades de aquéllos por vías que no siempre se han adaptado al tenor o al espíritu de la ley, de ahí su relevancia en nuestro estudio.

2.4.2.1. Los patrimonios municipales de suelo: la posible perversión de la ley

Los patrimonios municipales del suelo (PMS en lo sucesivo) son definidos como un instrumento de intervención en el mercado inmobiliario que tiene por objeto, según la propia ley, "*regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística*" (art. 38 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo. En adelante TRLS). Dejando a un lado el prolífico debate sobre la bondad o maldad de su existencia, o sobre su eficacia para la consecución de los fines que la Ley le otorga, lo cierto es que es una figura tradicional de nuestro derecho urbanístico que nació con la Ley del Suelo del 56 y que ha perdurado hasta nuestros días como contenido básico en las diferentes leyes estatales, siendo a su vez recogida por la totalidad de las legislaciones urbanísticas autonómicas como una figura de establecimiento obligatorio para determinados municipios[369].

El artículo 38.1 TRLS caracteriza escuetamente a este instrumento como un "*patrimonio separado"*. Tal afirmación conlleva únicamente que estos bienes, considerados patrimoniales por la gran mayoría de la doctrina[370], deben estar debidamente controlados y deben cumplir las limitaciones que la Ley les impone en cuanto a destino, enajenación o cesión[371]. Los PMS están integrados por una serie

[369] Sobre la regulación detallada de cada Comunidad Autónoma vid. CHOLBÍ CACHÁ, F. A. *Los principales instrumentos de financiación procedentes del urbanismo (Aspectos jurídicos y económicos).* El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados. Madrid, 2004. pp. 281-384.

[370] Vid. al respecto TORRES MARTÍNEZ, J. "Instrumentos de intervención en el mercado del suelo. Legislación estatal y autonómica madrileña", en *Revista especializada el Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados.* N° 3. 15 de febrero de 2002. En otro sentido, asignándoles un carácter autónomo sometido al estatuto de los bienes demaniales (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad), SERRANO VALIENTE, M. J. "Los instrumentos de intervención en el mercado inmobiliario" en *Revista de estudios locales*. N° extraordinario de julio de 1999. p. 486 y ss.

[371] CHOLBÍ CACHÁ, F. A. *Los principales instrumentos de*... cit. p. 351;

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

determinada de bienes, principalmente, a los efectos que aquí nos interesan, terrenos y construcciones provenientes de las cesiones obligatorias de aprovechamientos urbanísticos, bienes adquiridos con el dinero sustitutivo de esas cesiones, terrenos patrimoniales de la Administración que hayan sido calificados por el planeamiento como urbanos o urbanizables, e ingresos obtenidos por la venta de los anteriores entre otros[372].

Con respecto al destino de los bienes integrantes de este patrimonio, el artículo 39.1 del TRLS señala que "*deberán emplearse en la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con lo que dispongan los instrumentos de ordenación urbanística, sólo cuando así lo prevea la legislación en la materia especificando los fines admisibles, que serán urbanísticos o de protección o mejora de espacios naturales o de los bienes inmuebles del patrimonio cultural."* Si nos referimos a bienes pertenecientes al PMS, llamémosles "materiales" —suelos y construcciones principalmente—, el tenor legal es claro y no existen muchos problemas más allá de interpretar a la luz de la ley estatal y de las autonómicas qué debe entenderse por "uso de interés social" aplicado a un terreno o una construcción[373].

Mucho más controvertido es el asunto cuando nos hallamos ante dinero en metálico procedente de la enajenación de aquellos bienes que hemos denominado materiales, el cual pasa a formar parte del PMS según hemos visto. En este caso, la ley estatal también señala claramente con carácter básico que los ingresos obtenidos mediante la enajenación de los terrenos que los integran o la sustitución por dinero de los aprovechamientos *se destinarán a la conservación, administración y ampliación del mismo, siempre que sólo se financien gastos de capital y no se infrinja la legislación que les sea aplicable, o a los usos propios de su destino* (art. 38.2 *in fine*). Es decir, se

[372] Aunque exista cierta homogeneidad normativa en este aspecto, habrá que estar a lo que dispongan las respectivas legislaciones urbanísticas autonómicas para saber con exactitud qué bienes integran los PMS en cada territorio. Este extremo era regulado originalmente en el artículo 277 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, no obstante la STC 61/1997, de 20 de marzo lo declaró nulo por no ostentar el Estado la competencia para dirimir tal cuestión, la cual declaró el alto tribunal exclusiva de las Comunidades autónomas. Sobre qué bienes integran específicamente el PMS en cada comunidad autónoma, vid. nuevamente CHOLBÍ CACHÁ, F. A. *Los principales instrumentos de*... cit. pp. 281-384.

[373] Este tema, a pesar de su indudable interés, entendemos que excede el objeto del presente apartado y por ello, aparte de su mención, no le dedicaremos una mayor atención, dejando su tratamiento a obras específicas en la materia.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

establece una suerte de subrogación real entre los bienes de los PMS y el dinero obtenido por su enajenación o a cambio de aprovechamientos urbanísticos.

A pesar de lo acabado de indicar, las previsiones legales han sido abiertamente contradichas: en contra del destino que la ley señala muy claramente para los PMS, los municipios los han utilizado habitualmente como un recurso de financiación extraordinario. Es decir, el producto de la venta de estos bienes patrimoniales no se ha destinado a los fines señalados en la ley, sino a sufragar gastos ordinarios de los municipios. De otro lado, los propios ayuntamientos se han convertido en un especulador más[374], utilizando para ello este "patrimonio separado" y contribuyendo precisamente a aquello que los PMS trataban de evitar: el alza de los precios del suelo. Este último fenómeno se ha producido como consecuencia de que los municipios utilizaban el sistema de la subasta pública a la hora de enajenar los terrenos[375]. De tal modo, se los hacía salir al mercado con el máximo valor posible y se contribuía al encarecimiento del suelo y la vivienda, al mismo tiempo que se dificultaba enormemente el control del precio del suelo. Afortunadamente, en la actualidad la mayoría de las normas autonómicas han fijado el concurso como medio de disposición genérico de los terrenos del PMS. No obstante, sigue existiendo aún en muchas de ellas la posibilidad de la subasta e incluso de la adjudicación directa, con los riesgos que ello puede conllevar en aquellos Ayuntamientos necesitados de ingresos a cualquier precio.

Otra circunstancia que se añade a las anteriores y coadyuva a la utilización perversa de los PMS es el principio contable de *unidad de caja* que rige en la tesorería municipal. Según este principio, todo recurso que obre en las arcas municipales puede destinarse al pago de cualesquiera obligaciones de la entidad. No existen reservas reales de dinero, ya que las afecciones se realizan en el ámbito de los derechos y las obligaciones, pero no en la tesorería material. Por lo tanto, el importe que se obtiene de la enajenación de bienes integrantes del PMS o como sustituto de los aprovechamientos urbanísticos no se inmoviliza en una cuenta corriente hasta que se cumple la obligación

[374] El sistema urbanístico español ha sido denominado por el recientemente finado GARCÍA BELLIDO, "*paradigma de la especulación legalizada*". En "Por una liberalización del paradigma urbanístico español (III): el tsunami urbanístico que arrasará el territorio", en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*. Ministerio de Vivienda. XXXVII N° 144. Año 2005 p. 283.

[375] El propio artículo 168 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976, derecho supletorio estatal tras la STC 61/2007, de 20 de marzo, establece este sistema de enajenación como general, e incluso permite la adjudicación directa siempre que se trate de ubicaciones sin "propósito especulativo", obviamente a juicio del Ayuntamiento otorgante. El riesgo de fraude estaba servido.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de reinversión de los mismos, sino que este monto se integra en la corriente monetaria del Ayuntamiento. El municipio, no obstante, deberá realizar los ajustes presupuestarios necesarios si al final del ejercicio no se ha producido la reinversión de las cantidades obtenidas. En la práctica, lo que ocurre es que, ante la inexistencia de suficientes derechos pendientes de cobro para garantizar el conjunto de las obligaciones de la entidad, es prácticamente imposible reponer esas cantidades que ya han sido gastadas físicamente. De este modo, las tesorerías de muchos Ayuntamientos españoles se han convertido en una especie de "agujero negro" en el que ha desaparecido mediante este mecanismo una buena parte del PMS que debería haberse acumulado a lo largo de los años de gestión urbanística[376].

El origen de este uso desviado de los PMS se encuentra en el endeudamiento de los Entes Locales y su falta de recursos. La coexistencia en un mismo ámbito de decisión de un régimen de financiación deficiente y de una fuente de recursos económicos (la gestión urbanística) abundantísima en los últimos tiempos, pero muy restrictiva en cuanto a sus posibilidades de uso, se convierte en una invitación a la vulneración de las restricciones para atender necesidades más urgentes desde el punto de vista de la gestión política[377].

Algunos autores, apoyándose en esa realidad social, han defendido una interpretación menos estricta de la obligación de reinversión, en el sentido de considerar que ésta se cumple también cuando el producto de las enajenaciones se destina a obras de infraestructuras urbanísticas o a inversiones en materia de urbanismo y vivienda necesarias para el municipio de que se trate[378]. El Tribunal Supremo rechaza abiertamente esta interpretación sociológica de la norma ante el riesgo de que la misma acabaría convirtiendo —no le falta razón, visto lo visto a posteriori— al PMS en una "financiación general e indiscriminada de las necesidades municipales". Dicha doctrina

[376] MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *Aspectos económicos y*... cit. p. 108.
[377] MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *Aspectos económicos y*... cit. p. 98.
[378] IVARS BAÑULS, J. A. y GARCÍA GARCÍA, S. La financiación del urbanismo y el urbanismo como financiación de las entidades locales. Tirante Monografías. Valencia, 2005. p. 79; en el mismo sentido LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. de B. *Los Patrimonios Municipales de Suelo: Sus caracteres y operatividad.* Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial (CEMCI). Granada, 1992. p. 173.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

se inició con la STS de 2 de noviembre de 1995 y se ha mantenido de forma perfectamente pacífica hasta la actualidad[379].

Como conclusión, siguiendo a CHOLBI CACHÁ[380], entendemos que una cosa son las intenciones doctrinales y otra las realidades. En tal sentido, el apartado segundo del artículo 38 TRLS señala muy claramente la obligación de reinversión del metálico y, por tanto, ésta es la única interpretación legalmente posible, por muy útiles o bienintencionadas que puedan ser las demás. Cualquier otra interpretación supondría conferirle al PMS un fin que no ha querido asignarle el legislador[381].

Un último problema a tratar en relación a los PMS es el de qué ocurre con el metálico procedente de la venta de bienes cedidos al Ayuntamiento, como consecuencia de la gestión urbanística en aquellos municipios en los que, en virtud de la ley autonómica, no existe obligación de constituir PMS y por tanto, tampoco, obligación legal de reinversión. La solución a este interrogante hay que buscarla en el artículo 5 de la Ley reguladora de las haciendas locales (LHL). Según el mismo, no sería posible destinar el producto de la venta de bienes patrimoniales a sufragar gastos corrientes, sino sólo a inversiones reales. Este artículo apoyaría por otro lado la tesis que hemos mantenido de que el legislador no admite una despatrimonialización de los Ayuntamientos como fuente de financiación genérica.

2.4.2.2. Los convenios urbanísticos: especial mención a los de planeamiento

El convenio urbanístico es un instrumento negocial y flexibilizador que la ley pone al servicio del urbanismo para agilizarlo. No se trata de una mera declaración de intenciones, sino que es una convención negocial, un auténtico negocio jurídico patrimonial generador de obligaciones para las partes firmantes. Los intervinientes en el mismo pueden ser tanto públicos (en tal caso hablaríamos de convenios interadministrativos), como privados. Son precisamente estos últimos, los convenios

[379] Entre las más recientes vid. STS de 3 de julio de 2008. Recurso 4921/2005; STS de 7 de noviembre de 2005. Recurso 7053/2002; STS de 7 de noviembre de 2002. Recurso 10703/1998.
[380] CHOLBÍ CACHÁ, F. A. *Los principales instrumentos de*... cit. p. 355.
[381] Téngase en cuenta, no obstante, que, a pesar del supuesto carácter básico del artículo 38 TRLS, algunas Comunidades Autónomas —léase Madrid por ejemplo— han acogido en su normativa una concepción más amplia del concepto de reinversión. Es por ello que, salvo un eventual recurso de unificación de doctrina planteado por algún Tribunal Superior de Justicia que resuelva el conflicto, parece que de hecho habrá que estar realmente a lo que dispongan las diversas legislaciones autonómicas sobre este particular, aún a pesar del riesgo que ello pudiera conllevar para el fin originario del instituto que tratamos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

suscritos entre la Administración y los particulares —propietarios o promotores—, los que serán el objeto del presente apartado.

El convenio, pese a esa configuración negocial, tiene una clara naturaleza administrativa. Por ello, se someterá al ordenamiento administrativo y no al civil, y los litigios que surjan en torno al mismo serán objeto de conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa y no por la jurisdicción ordinaria. A pesar de todo lo dicho, debe tenerse muy claro que el convenio urbanístico no es un contrato administrativo y, por tanto, no deberá respetar ciertas estipulaciones establecidas para éstos en materia de selección del contratista, publicidad, etc. Así lo ha señalado la STS de 15 de marzo de 1997, en la que se habla del "*carácter convencional*" de este instrumento, distinguiéndolo de los contratos públicos.

Siguiendo la legislación urbanística autonómica[382] —la única regulación expresa existente sobre esta figura—, los convenios deberán contener las partes que los suscriben, encabezados por la Administración y los particulares, sean estos propietarios o no. Asimismo el convenio deberá contener una memoria en la que se expresa el objeto y contenido de la actuación a llevar a cabo, las obligaciones asumidas por cada parte, las consecuencias en caso de incumplimiento y cualquier consideración suplementaria que se considere de interés, rigiéndose en todo momento por los principios de transparencia y publicidad.

Los convenios urbanísticos pueden tener por objeto, fundamentalmente, tanto la gestión como el planeamiento. En el primer caso, el particular conviene con la Administración los plazos y las condiciones concretas de ejecución de un área determinada de planeamiento. En el segundo, por el contrario, lo que se negocia es una futura aprobación o modificación de aquel[383]. En ambos supuestos, a cambio de que la Administración ceda a sus pretensiones, el particular ofrecerá una contraprestación o mejora consistente en una cantidad en metálico, una cesión de inmuebles, obras de urbanización, etc. A simple vista, llama la atención el grave riesgo que existe en los convenios de planeamiento de que se dé un sometimiento del interés público al individual.

[382] Sobre la misma en detalle vid. CHOLBÍ CACHÁ, F. A. *Los principales instrumentos de*... cit. pp. 477-504.
[383] Normalmente se tratará de una reclasificación o una recalificación de terrenos acorde con los intereses económico-empresariales del particular.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En efecto, teniendo en cuenta el endeudamiento crónico que afecta a los entes locales, no conllevaría un gran esfuerzo intelectual tratar de imaginarse un Ayuntamiento que, a cambio de una suculenta cantidad, sea capaz de prescindir de toda consideración al interés público y convierta de un plumazo una zona verde en una floreciente promoción de pareados para sanear un poco sus maltrechas cuentas.

Teóricamente, el convenio no vincula a la Administración en el ejercicio de sus competencias sobre planeamiento, pudiendo no aprobar las modificaciones del mismo que en el convenio se hayan propuesto a cambio de indemnizar al particular por los perjuicios irrogados. En otras palabras, el convenio no es una modificación por sí y realmente sólo obliga al Ayuntamiento a resarcir en caso de incumplimiento. A pesar de ello, el hecho de que el Ayuntamiento sea el sumo intérprete de qué deba entenderse por interés general y que tenga que indemnizar si falta a lo estipulado —lo cual le supone un gasto a cambio de nada—, nos hace temer que sólo se desviará de lo convenido con el particular ante casos muy exagerados de vulneración del interés público. En los supuestos menores (y en según qué Ayuntamientos puede que también en los no tan menores) será muy fácil que el brillo del dinero eclipse al interés general. La frecuente implicación de este instrumento en los casos de corrupción no hace otra cosa que confirmar nuestros temores.

Para evitar en la medida de lo posible los riesgos mencionados, sobre todo cuando nos encontramos ante mejoras consistentes en una cantidad de dinero en metálico, nos parece más recomendable la supresión de la figura en su aspecto de planeamiento. A falta de esta posibilidad, es interesante la propuesta de CHOLBI CACHÁ. Según este autor, para los ingresos procedentes de los convenios debe jugar el artículo 5 LHL, que ya conocemos, y, por tanto, la prohibición de destino de los fondos a gastos corrientes de la corporación, evitando así que los municipios endeudados acudan a esta abundante fuente de financiación. Además, *de lege ferenda* apunta a la posibilidad de darles una finalidad parecida a los fondos y bienes integrantes del PMS, posibilidad que ha sido recogida por la ley autonómica canaria y que también compartimos plenamente[384].

[384] CHOLBÍ CACHÁ, F. A. *Los principales instrumentos de*... cit. pp. 522-523.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.4.3 Recapitulación

Como hemos podido observar en las líneas anteriores, son abundantes las fuentes de ingresos municipales, tanto tributarios como sin este carácter, que encuentran su causa en el fenómeno urbanístico-constructivo.

Este hecho, unido a una deficiente financiación de los entes locales y a su endeudamiento tradicional, conlleva importantes riesgos para un recto desarrollo de la actividad urbanística y puede conducir fácilmente a un sobredimensionamiento de la actividad, que siempre será bien recibido por los municipios en virtud del aumento de ingresos que ello les reporta, con independencia de la necesidad de aquélla.

En el supuesto de los ingresos tributarios, al depender su recaudación fundamentalmente de la cantidad de hechos imponibles realizados, el principal riesgo en coyunturas con demanda de vivienda potente es precisamente el segundo que hemos mencionado, el de que los ayuntamientos intenten promover la actividad constructiva a fin de que su territorio sea atractivo para las promotoras inmobiliarias, ya que ello redundará en un mayor volumen de actividad y a su vez de ingresos. Medios potencialmente peligrosos que podrían usar los municipios para lograr este fin podrían ser la previsión de más suelo urbanizable del necesario, la relajación de los requisitos para conceder las licencias o la suavización del rigor en la inspección.

En el caso de los ingresos no tributarios los riesgos acechan más bien al cumplimiento de las funciones propias del urbanismo. De este modo, la necesidad imperiosa de fondos puede hacer que, con clara vulneración de la ley, el municipio utilice como un medio de financiación de sus propias arcas los suelos con los que debería cumplir el mandato constitucional de interdicción de la especulación a través de su introducción a bajo precio en el mercado o su destino a la construcción de vivienda protegida sustitutiva. Con ello, no sólo se vulnera la letra de la ley como hemos visto con anterioridad, sino también su espíritu. El Ayuntamiento, a la búsqueda del mayor beneficio posible, estará participando precisamente en esa dinámica especuladora que tan devastadoras consecuencias tiene sobre los precios de la vivienda y sobre el acceso a la misma, a la vez que estará detrayendo fondos destinados a luchar contra ella.

En lo que respecta a los convenios, sobre todo en los de planeamiento, el riesgo es también el de que sea la penuria económica, cuando no la mera avaricia personal y no el

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

interés general, el que guíe el desarrollo de la actividad inmobiliaria de la ciudad. El lamentablemente famoso caso de Marbella, donde el convenio urbanístico era la forma habitual de actuación, es un arquetipo de muchos otros casos que confirman claramente este riesgo y nuestra desconfianza.

Por todo lo anterior, parece que será necesario dotar a los municipios de un sistema de financiación suficiente y acorde con sus necesidades que destierre para siempre las tentaciones a las que hemos aludido, y que los inmunice frente al reclamo de los grandes beneficios que una etapa de boom urbanístico como la que hemos sufrido les ofrece para intentar atraerlos hacia sus intereses desviándolos así de los generales del urbanismo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

2.5. Recapitulación crítica

Como hemos tratado de poner de manifiesto a lo largo del presente capítulo, el fenómeno urbanístico-constructivo ha tenido una participación decisiva en el —al menos en apariencia— "milagro económico español" de los últimos diez años. Tal contribución se ha manifestado en variables económicas centrales, como son la producción o el empleo entre otras. En la primera de ellas, el fenómeno inmobiliario, tanto en su aspecto de actividad como de inversión, ha participado directamente mediante el incremento paulatino de su volumen en el grueso de la economía hasta obtener un peso muy superior al que tiene en la mayoría de países desarrollados[385]. Tal hecho lo ha llevado a actuar de "locomotora" del sistema, a través de los efectos de arrastre ya analizados. Del mismo modo, ha contribuido al crecimiento de una manera indirecta, mediante la potenciación del segundo dinamizador de la economía en este período: el consumo. Este impulso se ha producido como consecuencia del aumento de la riqueza inmobiliaria de las familias, y por la mejor situación laboral que ha promovido el boom urbanístico. En este último sentido, como ya tuvimos ocasión de contemplar, las reducciones de la tasa de paro y las cifras de creación de empleo en el sector han sido las más positivas de nuestra economía, las cuales se han contagiado al resto de sectores productivos mediante cauces que, por extensos, no consideramos conveniente detallar ahora.

El modelo de crecimiento nacional descrito, cuyo epicentro es la inversión en la actividad constructiva, es criticable por razón de su sostenibilidad en el largo plazo. En este sentido, el Consejo económico y social, en sendos documentos de abril y octubre de 2005[386], señalaba el riesgo de un desvío excesivo de inversión hacia aquel sector procedente de otras ramas en busca de beneficios inmediatos. Tal hecho —señalaba el Consejo— podía comprometer el crecimiento general de la economía si se hacía a expensas de la inversión en otras actividades catalizadoras de crecimiento o generadoras de externalidades positivas, como puede ser la inversión en I+D+i o en bienes de equipo, las cuales, a corto plazo, ofrecen escasos rendimientos, pero, con un horizonte

[385] RECIO ANDREU, A. y BANYULS I LLOPIS, J. "¿Crecimiento del empleo sin tecnología? La paradoja..." cit. p. 12.
[386] ÁREA DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS. CES. "Los sectores económicos en 2004", en *Panorama económico-social de España*. N° 124. Abril de 2005. p. 1; ÁREA DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS. CES. "El sector de la construcción en España", en *Panorama económico-social de España*. N° 128. octubre de 2005. p. 2.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

temporal más amplio, resultan esenciales para el mantenimiento de la actividad. En este aspecto, a pesar de que nuestro país ha avanzado en la innovación y el desarrollo en los últimos tiempos, parece haberse quedado rezagado respecto a la media de la UE. Concretamente nuestro esfuerzo en I+D (un 1,2 % del PIB en 2006, un 1,27% en 2007 y un 1,35% en 2008, según el INE[387]) supone escasamente la mitad de la media europea de los quince y nos sitúa entre los diez países de la Unión peor clasificados en esta materia[388].

Desde el punto de vista laboral, tampoco es digno de alabanza el sistema desarrollado en nuestro país. En efecto, se han obtenido unas reducciones de la tasa de paro y unas cifras de creación de empleo históricas; no obstante, ello se ha logrado a través de una flexibilización del mercado laboral impulsada desde posiciones neoliberales[389] que ha desembocado en una profunda precarización del empleo. Buena muestra de esta inaceptable situación son las tasas de temporalidad existentes en nuestro país, las cuales son las más altas de Europa y han contribuido a crear un mercado de trabajo fragmentado que está compuesto por un segmento de empleo estable (unas 2/3 partes) y otro sometido a un importante grado de rotación, que sufre rápidamente las consecuencias de los ciclos económicos[390]. Por otra parte, como también ya señalábamos páginas atrás, el empleo creado no ha contribuido —más bien, todo lo contrario— al crecimiento de la productividad, ya que la mayoría del mismo era un empleo con bajos requerimientos de cualificación. En resumen, con el sistema de crecimiento adoptado se ha dado lugar a un modelo laboral de baja calidad y productividad reducida en el que la competitividad de las empresas se basa no tanto en aquella, sino en el incumplimiento de derechos sociales, regulaciones administrativas,

[387] Vid. INE. *Estadística de I+D 2012. Indicadores de Ciencia y Tecnología. Gastos internos totales en actividades de I+D en relación con el PIB por años y sectores de ejecución*. El valor máximo se alcanza en 2010 con un 1,4% comenzando a descender desde entonces a un ritmo elevado.
[388] ÁLVAREZ, I. Investigación, desarrollo e innovación, en Economía española. Estructura y... cit. pp. 138-139.
[389] Buena muestra de estas demandas de mayor flexibilidad laboral como panacea de todos los males económicos es el Informe del instituto de estudios económicos de 2008, titulado "Es urgente cambiar el modelo de crecimiento" cit., vid. especialmente p. 24 y ss. En un sentido escéptico respecto a los mismos posicionamientos, vid. PIORE, M. J. "En busca de un sistema de regulación flexible en Latinoamérica y Estados Unidos, en *Seminario sobre aplicación de las normas laborales: una perspectiva comparada*, Buenos Aires, 28-30 de noviembre de 2005. http://econ-www.mit.edu/files/1128 .
[390] RUESGA, S. M. "El mercado de trabajo…" cit. p. 113.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

urbanísticas, etc.[391]. Es un sistema insostenible en el largo plazo y tremendamente débil ante ciclos negativos.

El origen de este modelo económico sustentado en el fenómeno urbanístico-constructivo se encuentra en un importante aumento de la demanda de bienes inmobiliarios, principalmente residenciales. Algunos autores han defendido que ello era consecuencia natural de una serie de factores estructurales (cambios en la composición de la sociedad, inmigración, etc.). No obstante, aunque no les falte una parte de razón, la realidad es que lo acontecido en nuestro país parece inscribirse en una tendencia general a nivel global en la que los capitales especulativos, huidos de los mercados bursátiles como consecuencia del estallido de la burbuja —ésta financiera— de las nuevas tecnologías en el año 2000, han encontrado en el sector inmobiliario un refugio seguro donde perpetuarse[392]. Esta teoría halla respaldo en la gran afluencia de capitales internacionales con destino al sector inmobiliario español, con fines exclusivamente inversores (fondos de pensiones, de inversión e inmobiliarios), la cual se cifra en casi la mitad de toda la inversión extranjera que entra en nuestro país[393]. Tal componente especulativo, apoyado en el aumento "real[394]" de demanda originado por causas estructurales y alimentado y extendido por unas condiciones financieras muy benignas, ha dado lugar a un proceso de incremento de precios que se alimenta a sí mismo y ha degenerado en una burbuja especulativa inmobiliaria, independiente ya de toda demanda real de vivienda[395].

Hasta momentos muy próximos a la debacle económica, desde diversos foros[396] se defendía el que nos encontrábamos ante una simple "sobrevaloración" de la vivienda por razones coyunturales específicas. Ésta se desaceleraría ordenadamente debido a la fortaleza de los fundamentos de la economía española y a que, en esta ocasión, se "habían hecho mejor las cosas" que en otras coyunturas de revalorización inmobiliaria. Tal afirmación pecaba de demasiado optimista, ya que la misma se basaba en un

[391] RECIO ANDREU, A. y BANYULS I LLOPIS, J. "¿Crecimiento del empleo sin tecnología? La paradoja..." cit. pp. 24-25.
[392] Se han producido fenómenos inmobiliarios análogos al español en EE.UU. Irlanda, Gran Bretaña, Australia, etc. que han terminado de manera abrupta.
[393] FERNÁNDEZ DURÁN, R. *El tsunami urbanizador español y...* cit. p. 26.
[394] Con real queremos referirnos a aquella demanda de vivienda que tiene como objetivo habitarla.
[395] Este proceso se describe en detalle *supra,* pp. 54-56; de idéntica opinión a la nuestra, FERNÁNDEZ DURÁN, R. *El tsunami urbanizador español y...* cit. p. 28.
[396] Por todos, vid. SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Inmobiliaria*. Diciembre de 2007. pp. 12-15.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

escenario internacional inmutable y no tenía en cuenta la posibilidad, como finalmente ha resultado, de una funesta evolución exterior (crisis de liquidez internacional, incremento del precio del crudo, etc.). Es por ello que parece que realmente no se ha sido tan cuidadoso, sino que nos hemos encontrado simplemente ante una burbuja gigantesca que, debido a una serie de factores —la persistencia de tipos de interés bajos fundamentalmente— aun no había reventado, aunque estaba irremediablemente condenada a ello. La realidad ha colocado a cada quien en su lugar.

En resumen, el modelo económico español de los últimos diez años parece haber estado guiado por una burbuja especulativa que se ha erigido en locomotora de la economía. Este hecho ha dado lugar a un peso del sector de la construcción y a una especialización de la economía claramente insostenibles y con un gran riesgo de frenazo brusco si desaparecían las condiciones —la demanda de vivienda principalmente— que articulaban todo el proceso, ya que el mismo no estaba basado en la mejora del capital humano o de la productividad. La administración, ante todo ello, desgraciadamente miraba hacia otro lado porque ella misma se beneficiaba del fenómeno a través de las vías que ya hemos analizado. Se ha adoptado así un sistema que permite adquirir unos resultados económicos extraordinarios. No obstante, el problema radica en que el mismo se detiene en el momento en el que el "combustible" (los tipos de interés) para la locomotora comienza a escasear (subir) o en el momento en el que el nivel de precios es tan elevado que la demanda cae naturalmente, iniciándose entonces un proceso destructivo igualmente rápido en sentido contrario.

No puede cerrarse este capítulo sin resaltar el hecho de que el sector de la construcción es objeto de regulación principalmente por parte del derecho urbanístico. Es por ello que, indirectamente, la regulación urbanística y su desarrollo a través del planeamiento y la ejecución del mismo tienen una poderosa influencia sobre la economía: dependiendo del modelo de urbanismo que se adopte, podrá fomentarse, bien una economía como la descrita en el presente capítulo, bien una economía en la que este sector no adquiera este protagonismo insostenible y artificial, mero generador de beneficios. De este modo, parece que un modelo de urbanismo liberal y que dé más entrada al mercado fomentará un mayor peso del sector y animará un modelo de economía como el presentado. Por el contrario, si el derecho urbanístico y su ejecución son estrictos y buscan embridar adecuadamente este sector económico y la satisfacción

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de fines como el acceso a la vivienda, la protección del paisaje, etc. se contribuirá a hacer esta actividad mucho menos atractiva para los capitales especulativos y se evitarán las tendencias económicas tan peligrosas que los mismos generan a la búsqueda de beneficios extraordinarios. Igualmente es esencial asegurar una respuesta contundente a la violación de esa normativa urbanística "responsable" a través del derecho sancionador (administrativo y penal). El supuesto contrario —que desafortunadamente ha sido lo habitual en nuestro país— permite obtener cuantiosos beneficios a bajo coste e instala la idea de que todo vale a la hora de obtenerlos. Ello fomenta irremediablemente la vorágine especulativa y sus desastrosos efectos económicos.

En realidad, todo el proceso estudiado se ha desarrollado con una legislación de corte neoliberal que pretendía poner el máximo suelo posible a disposición de los promotores reduciendo el ámbito del suelo no urbanizable, que ha permitido a los particulares convenir reclasificaciones y recalificaciones con los Ayuntamientos, que reducía las cesiones de suelo para fines sociales y las áreas reservadas a vivienda protegida.... Se ha presenciado asimismo, una adaptación de la planificación a la presión de la demanda con una orientación expansiva sin tener en cuenta si esa demanda respondía a causas naturales o era simplemente especulativa[397]. Este urbanismo favorece claramente la expansión de la construcción residencial y actúa contra las exportaciones provocando la desaparición de actividades productivas y rentables. El mismo supone por tanto un debilitamiento económico a largo plazo, aunque a corto ejerza un papel momentáneamente impulsor, más del crecimiento que del desarrollo[398].

Se deduce pues de todo lo anterior la fundamental importancia de una regulación administrativa y penal adecuada que tenga en cuenta todos estos aspectos económicos a la hora de elaborar su objeto de protección, así como la importancia de asegurar su efectiva aplicación para evitar, en el plano económico, la profunda inestabilidad económica a que dan lugar estos procesos inflacionarios y los riesgos sociales que la misma conlleva, principalmente desempleo, miseria e inestabilidad social.

[397] SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Inmobiliaria*. Diciembre de 2007. p. 23.
[398] RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. "Urbanismo, vivienda y economía en..." cit. p. 88.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 3

DIVERSAS IMPLICACIONES SOCIOLÓGICAS DEL FENÓMENO INMOBILIARIO Y DEL URBANISMO

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 3
DIVERSAS IMPLICACIONES SOCIOLÓGICAS DEL FENÓMENO INMOBILIARIO Y DEL URBANISMO

En los capítulos anteriores hemos analizado las influencias del urbanismo desde una perspectiva psicológica y económica. Para dar una visión acabada y completa de las implicaciones extrajurídicas del fenómeno urbanístico y su regulación, las cuales constituyen el objeto general de estudio de esta primera sección, ahora, nos centraremos en analizar diversos aspectos sociológicos de dicho fenómeno.

Un análisis detallado y pormenorizado de todas las imbricaciones de este tipo que posee el urbanismo y las normas que lo regulan, aparte de ser prácticamente inabarcable debido a su elevado número, excedería manifiestamente las humildes ambiciones de estas páginas, cuyo objetivo es meramente introductorio o contextualizador. Es por ello que, sin ningún ánimo de exhaustividad, nos centraremos únicamente en los aspectos sociológicos que nos han parecido más interesantes o relevantes de cara al estudio jurídico penal posterior, al que sirven de base.

De acuerdo con estos principios orientadores, los temas sobre los que detendremos nuestra atención estarán constituidos fundamentalmente por la relación entre el urbanismo y el medio ambiente; la influencia del urbanismo en el acceso a la vivienda, sobre todo de los más jóvenes; los riesgos del urbanismo para la democracia y las instituciones, y, por último, las relaciones entre el urbanismo, la seguridad y la vida social de la ciudad.

Con todo lo anterior intentamos ofrecer una radiografía sociológica amplia que se aleje de las visiones más tradicionales del fenómeno urbanístico, las cuales, en este ámbito de estudio, suelen vincularlo casi exclusivamente al medio ambiente. Ello nos parece una visión demasiado simple y reduccionista de la realidad, que cercena la amplitud de conexiones que muestra el urbanismo con múltiples elementos sociales y que limitaría las posibilidades de interpretación posterior de los tipos penales correspondientes.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

3.1. La urbanización y sus consecuencias medio ambientales

3.1.1. El suelo como recurso natural

Dediquemos un par de segundos a contemplar brevemente en qué consiste el proceso por el que un suelo "silvestre" o natural pasa a convertirse en un solar urbano apto para edificar y para formar parte integrante de la ciudad: la urbanización.

A través de dicho mecanismo el suelo ve fuertemente transmutada su naturaleza y sus principales atributos configuradores. Se consigue que un área específica, que era en origen completamente natural, adquiera una serie de características determinadas y una serie de servicios básicos (alcantarillado, luz, asfaltado...) que permiten la construcción en ellas y el "enganche" con el resto del espacio urbanizado.

Como puede observarse, nos hallamos ante una realidad análoga a una especie de manufactura o proceso industrial. La mano humana toma un terreno, le aplica capital y trabajo para transformarlo y da lugar a un nuevo producto, a un nuevo tipo de suelo denominado "urbanizado", que se convertirá en soporte de todo el fenómeno constructivo-inmobiliario que venimos analizando. Dicho de modo más tosco, mediante la urbanización, se transforma el campo en ciudad. La materia prima en todo este "proceso industrial" de creación de nueva ciudad, como se deduce fácilmente de los párrafos anteriores, será el suelo.

Una visión del proceso urbanizador como la propuesta resalta convenientemente el carácter de recurso natural que posee el suelo, muchas veces olvidado o apartado a un segundo plano[399]. En efecto, no puede olvidarse nunca que el suelo, dejando a un lado la artificial, así como tradicional, conceptualización patrimonial del mismo, es la parte de la superficie terrestre que actúa como sustento de la mayor parte de las actividades que

[399] La nueva ley del suelo del 2008, afortunadamente, por fin recoge estos planteamientos en su exposición de motivos, frente a la concepción reinante hasta ahora del suelo exclusivamente como un bien patrimonial y susceptible de generar riqueza. En concreto alude el texto de la ley a que "*el suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente. Y el suelo urbano -la ciudad ya hecha- tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso*".

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

acontecen en la biosfera, es decir, el suelo es el soporte básico de la vida en nuestro planeta. Su importancia, no obstante, no se agota en esta función "de escenario". En tal sentido, además de ser el sustrato de la vegetación y el hábitat de gran parte de la fauna, cumple otras importantes funciones como pueden ser, entre otras, el regular el ciclo del agua o intervenir en los flujos de energía e intercambio de gases con la atmósfera[400]. Ello pone de manifiesto los flujos interactivos que este elemento mantiene con los otros componentes de los ecosistemas terrestres y acentúa aún más ese carácter holístico del mismo que se ha impuesto en los últimos años a las visiones puramente patrimoniales o "escenográficas".

Este recurso requiere de un largo proceso para formarse a partir de la roca madre. Por ejemplo, en los trópicos se necesitan doscientos años para que se forme un suelo a partir de una base arenosa. Asimismo, se calcula que cada centímetro de suelo se forma en un lapso de cien a cuatrocientos años y que los suelos productivos que sostienen la agricultura tardaron entre tres mil y doce mil años para formarse[401]. Por ello, pese a que teóricamente el suelo es un recurso renovable, la increíble lentitud de dicha renovación unida al muy superior ritmo actual de degradación, le confieren a escala temporal humana el carácter de limitado y no renovable. Tal carácter deberá inspirar en todo momento cualquier uso del mismo.

El suelo, desde la perspectiva natural con la que aquí lo estamos analizando, tiene una serie de funciones de gran importancia. De entre ellas, algunas son puramente ecológicas y otras socioeconómicas. Siguiendo a RUBIO DELGADO y RACATALÁ BOIX[402], distinguiremos 5 funciones principales:

+ *Producción de biomasa*. El suelo contribuye a crear un medio que resulta básico para la producción primaria de los ecosistemas terrestres. Aunque todas las funciones del suelo son importantes, la producción de biomasa es probablemente la más crucial desde el punto de vista ambiental, tanto en términos de actividades agrícolas y forestales, como en su proyección para proporcionar biodiversidad y diferenciación paisajística.

[400] RUBIO DELGADO, J. L. y RECATALÁ BOIX, L. "El suelo: un recurso natural amenazado", en *Revista valenciana d´estudis autònomics*. n° 23. Segundo trimestre de 1998. p. 331.
[401] CARO LODOÑO, H. "El suelo, un recurso natural que debemos cuidar" [en línea], en *Revista Luna Azul*. Universidad de Caldas. Colombia, 2007. Disponible en la página web: http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=234&Itemid=234
[402] RUBIO DELGADO, J. L. y RECATALÁ BOIX, L. "El suelo: un recurso natural..." cit. pp. 337-340.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

+ *Filtrado, amortiguación y transformación*. Estas tres funciones pueden considerarse como parte de una función más general de regulación. Tal función opera sobre los procesos de movimiento, transporte y transformación de flujos de sustancias y energía. Puede ser considerada como un conjunto de mecanismos internos del suelo que influyen para la génesis, evolución y diferenciación del perfil del suelo, y también como la función para regular el intercambio de componentes con la atmósfera, cobertura vegetal, hidrosfera y ecosistemas circundantes. Entre los muchos procesos implicados en esta función pueden incluirse: filtrado de sustancias procedentes de la lluvia, capacidad amortiguadora para sustancias químicas, infiltración y drenaje, capacidad de almacenamiento de sustancias y nutrientes, regulación del intercambio de energía, y su papel como fuente y sumidero de gases.

+ *Hábitat biológico*. Dicha función se refiere a la virtualidad del suelo como nicho en el que se desarrollan diversas cadenas tróficas. La importancia del suelo como hábitat para otros organismos y los procesos afectados por ellos están sin embargo insuficientemente estudiadas.

+ *Medio histórico*. El territorio y los paisajes actuales constituyen la herencia de procesos climáticos, geomorfológicos y edafológicos pasados. Sobre esos escenarios el hombre ha desarrollado numerosas actividades (agricultura, ganadería, usos forestales, usos socio-económicos, usos culturales, usos de recreo), cuya reconstrucción es de gran interés para los estudiosos que tratan de conocer la historia y los acontecimientos paleoambientales importantes. De otro lado, los suelos preservan los yacimientos arqueológicos, registrando el momento de abandono del lugar a través de la adición de una nueva capa de suelo al yacimiento. Esto permite la consolidación del paisaje cronológicamente y la génesis y evolución de un nuevo suelo. El suelo también actúa como una especie de testimonio en el registro de la evolución del paisaje, clima, sucesos catastróficos, impactos antrópicos,…, y permanentemente incorpora nuevos factores o datos, los cuales serán considerados históricos en el futuro.

+ *Fuente de materias primas*. El suelo es también fuente de materias primas para numerosas actividades. La extracción de turba, grava, arena, arcilla, rocas, etc. es una importante y creciente función económica del suelo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

+ *Medio físico*. Esta función se refiere a la producción de bienes y servicios. Bajo esta perspectiva el suelo tiene una función económica, la cual es más o menos intensa dependiendo del uso del territorio: tierras productivas versus áreas marginales, pastos, producción forestal, presas, carreteras, etc. La selección entre estos usos es generalmente llevada a cabo sin tomar en consideración la calidad y productividad del suelo, sino exclusivamente la rentabilidad de la operación. Como consecuencia, muchas hectáreas de terrenos de alta productividad situados alrededor de los núcleos urbanos están siendo irreversiblemente eliminadas por la expansión urbana e industrial que cubre la superficie del suelo con edificaciones, carreteras y otras infraestructuras.

Entre estas funciones, en los últimos tiempos las dos últimas han eclipsado a todas las demás, es decir, se ha producido una drástica mercantilización del suelo y se han relegado a un segundo plano, cuando no olvidado completamente, otras importantes funciones de este recurso que no tienen tanta relevancia económica. Dicha deriva en la utilización del suelo puede poner en serio peligro el equilibrio ecológico, ya que esas funciones, al contrario que las demás, empujan a una explotación cada vez más voraz del suelo natural que redunda precisamente en perjuicio de aquéllas.

3.1.2. El proceso de artificialización del suelo y sus consecuencias ambientales

El resultado del predominio de la contemplación puramente económica del recurso natural suelo acabada de señalar ha consistido en que éste se ha dedicado al uso económico que pudiera reportar un mayor beneficio, lo cual, en nuestra coyuntura pasada de boom inmobiliario, ha hecho que casi la totalidad del suelo disponible se destinara a la urbanización; a esa "cadena de producción" de ciudad a que nos referíamos al principio de este apartado.

De tal modo, se ha llevado a cabo una intensa "artificialización" del suelo cuyas consecuencias medioambientales no son en absoluto inocuas y, en muchos casos, tampoco reversibles. De entre las más relevantes podemos destacar[403]:

- Pérdida de terrenos fértiles.

[403] Según los expone OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA (OSE). "Usos del suelo", en *El ecologista*, n° 51. Sostenibilidad en el estado español. Madrid, marzo de 2007. p. 38.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- Pérdida y fragmentación de hábitats. Con dicha fragmentación se impide en muchos casos la comunicación entre ecosistemas, la cual es clave en la supervivencia de muchas especies.
- Sellado del suelo. Este proceso supone una alteración de sus propiedades y en muchos casos su destrucción por pérdida de la capa fértil superior. Este sellado se produce cuando, como consecuencia de los procesos de urbanización, se impide la aireación y el drenaje de agua, haciendo que el suelo pierda gran parte de su fertilidad, aún después de eliminada la construcción.
- Aumento del impacto de las inundaciones. Este efecto se produce como consecuencia de la compactación del suelo, ya que un suelo de estas características no filtra bien el agua y hace que ésta fluya por su superficie en lugar de drenarse. Por otra parte, el aumento del impacto de las inundaciones se debe a la alteración de los cauces de los ríos que, en las crecidas, tienden a volver a sus cauces naturales.

En nuestro país, como ya hemos comentado, la situación se ha vuelto tremendamente alarmante. La superficie artificial ha experimentado un aumento del 29,5% en el período 1987-2000, con cargo principalmente a la periferia de las áreas metropolitanas y a la costa mediterránea. Dicho aumento de la superficie artificial en ningún caso ha mantenido una relación proporcional con el aumento de la población[404], dándose los mayores desniveles en los dos extremos: pequeños municipios rurales (< 1.000 hab.) y grandes áreas metropolitanas (> 250.000 hab.). La magnitud del despropósito nacional es más patente si se comparan las cifras con las de la Unión Europea, en la que, en el mismo periodo (1987-2000), las zonas artificiales sólo han experimentado un aumento del 5,4%[405].

El proceso de creación de suelo artificial ha tenido una especial relevancia en la pérdida de áreas agrícolas. En el periodo a que nos estamos refiriendo, unas 174.028 ha. (casi un 2,3% de dichas áreas) se han destinado a la creación de zonas artificiales. En

[404] La ocupación urbana del suelo ha experimentado un aumento de aproximadamente el 30% entre 1987 a 2000, frente a un aumento de la población de tan solo un 5% en el mismo período. Es decir, la artificialización ha sido unas seis veces superior al aumento de población. En el caso concreto de Málaga la superficie urbanizada se ha multiplicado por siete en los últimos 50 años según indica *El País* de 14 de junio de 2007.

[405] Todos los datos que utilizamos han sido obtenidos en OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA. *Sostenibilidad en España 2007*. Mundiprensa. Madrid, 2007. pp. 355-356.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

concreto, un 26,39% a tejido urbano discontinuo, un 22,96% a redes viarias y ferroviarias, un 21,64% a zonas industriales y comerciales y otro 28,99% a otros usos artificiales según datos del proyecto CORINE LAND COVER[406].

Las áreas forestales también se resentido por el proceso y han visto disminuir su extensión en unas 70.000 ha. (aproximadamente un 0,3% del total) para destinarse a usos artificiales. En este aspecto también existen diferencias con respecto a Europa, que ha visto aumentar levemente su superficie forestal.

No obstante todo lo anterior, sin lugar a dudas, el mayor impacto de la artificialización en nuestro país ha recaído sobre el litoral, en el cual se ha concentrado casi la mitad del total de creación de zonas artificiales del país (un 48%). A ello ha contribuido poderosamente el hecho de que en España los municipios de la costa representan escasamente el 7% de la superficie y, por contra, aglutinan al 44% de la población.

La costa mediterránea es la que presenta el uso más intenso. En ella las áreas artificiales representan el 31,3% de la superficie total, frente al 17% de la costa cantábrica. Al analizarse la ocupación artificial de las franjas costeras, se observa que en los primeros cien metros de costa, el 36,52% del suelo está ocupado por zonas artificiales. Si ampliamos esta franja hasta los 200 m; la proporción de suelo artificial aumenta hasta un 41%. Por último, si consideramos 500 metros de costa, la tendencia cambia muy poco, con un porcentaje del 40,19%. A esta dinámica ha contribuido el planeamiento urbano, ya que la clasificación urbanística de los terrenos colindantes con la primera línea de litoral en el Mediterráneo está definida de forma que incentiva la ocupación de estas áreas. Un 47% del suelo de estas características es susceptible de

[406] El proyecto CORINE (*Coordination of Information on the Environment*) Land Cover está dirigido por la Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA) y tiene como objetivo fundamental la captura de datos de tipo numérico y geográfico para la creación de una base de datos europea a escala 1:100.000 sobre la cobertura y uso del territorio mediante la interpretación a través del imágenes recogidas por la serie de satélites LandSat y SPOT. Aún así, aunque se fundamenta en este tipo de imágenes de teledetección como fuente de datos, es en realidad un proyecto de fotointerpretación y no de clasificación automatizada. Su metodología es común, lo que permite evaluar los cambios en el territorio desde que se inició el citado proyecto, allá por 1987. Su principal fin es facilitar la toma de decisiones en materia de política territorial dentro de la Unión Europea.
Aunque *CORINE Land Cover* finalizó en el año 2000, en la actualidad tiene su continuación en el proyecto denominado *Image & CORINE Land Cover 2000* (I&CLC2000), cuyo objetivo es actualizar la base de datos *CORINE Land Cover* (CLC). Para más información sobre el mismo vid. la página web del Ministerio de Fomento: http://www.fomento.es/MFOM/LANG_CASTELLANO/DIRECCIONES _GENERALES/INSTITUTO_ GEOGRAFICO/ Teledeteccion/corine/clc/

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

urbanización (urbano y urbanizable) frente a un 32% de espacios protegidos y un 21% de no urbanizable común. Dicha realidad se opone abiertamente a lo estipulado por la Ley de Costas (Ley 22/1988), la cual establece el carácter demanial de la playa, seguido de una servidumbre de 6 metros y otros cien metros de protección, en los que no se pueden realizar construcciones residenciales. No obstante, el gran retraso en el proceso de deslinde de la costa y la disposición transitoria 3° de la Ley han contribuido a hacer menos efectivas estas previsiones protectoras del litoral[407].

Con respecto a la evolución posterior al año 2000, el informe sobre cambios de ocupación del suelo del Observatorio para la sostenibilidad en España (OSE)[408] señala que entre 2000 y 2005 las tendencias analizadas se han intensificado y acelerado. No se aportan datos exactos, puesto que los resultados del nuevo proyecto CORINE aún no han visto la luz; no obstante, se indica que en el inicio del presente decenio se ha producido un desarrollo urbanístico desaforado que se manifiesta con especial contundencia en el interior (Madrid y su área de influencia) y en el litoral, en el cual se está produciendo una extensión del fenómeno también hacia las costas atlántica y cantábrica.

En dicho informe, utilizando una hipótesis de proyección lineal del crecimiento de las superficies artificiales ocurrido hasta el año 2000, se concluye que la tasa de aumento de suelo artificial podría llegar a ser del 40% en 2005 y de más del 50% en 2010, un 2,52% del total de superficie. Tales cifras podrían ser todavía más alarmantes puesto que, como ya se ha reseñado, el crecimiento a partir del año 2000 no ha sido lineal, sino que se ha acelerado fuertemente.

Una tasa de crecimiento de las zonas artificiales como la que se ha producido en nuestro país y como la que se prevé es claramente insostenible desde un punto de vista medioambiental y puede contribuir a magnificar la degradación natural del suelo hasta cotas insoportables por el ecosistema.

[407] En la disposición transitoria mencionada se establece que, en aquellos terrenos que a la entrada en vigor de la ley estuvieran clasificados como urbanizable programado con plan parcial aprobado, se respetarán sus indicaciones a pesar de las servidumbres de protección y de la zona de influencia. Por su parte, en aquellos suelos que estuvieran clasificados como urbanos a la entrada en vigor de la ley, sí se respetará la servidumbre de protección, pero ésta se reducirá exclusivamente a 20 metros.

[408] OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA. *Cambios de ocupación del suelo en España. Implicaciones para la sostenibilidad*. *Estudio realizado a partir del proyecto CORINE LAND COVER*. Mundiprensa. Madrid, 2006. pp. 439-441.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Los procesos más importantes de degradación del suelo son la desertificación, la erosión, la contaminación y la salinización. En todos ellos, un aumento como el acaecido de las zonas artificiales mediante la urbanización tiene influencias multiplicadoras; no obstante, es en los dos últimos aspectos donde muestra una influencia digna de mención específica[409].

En lo que se refiere a la contaminación[410], la extensión desaforada del tejido artificial supone una mayor cantidad de residuos procedentes tanto de los procesos industriales como de la eliminación de desechos de la ciudad. Esta mayor afluencia de residuos puede fácilmente superar la capacidad de absorción del medio y convertirse en fuente de incorporación de sustancias tóxicas al suelo, alterando así su composición y sus propiedades originarias. Posteriormente el agua o los procesos físico-químicos del suelo pueden hacer que tales sustancias se liberen y pasen a otros elementos del medio (entre ellos al hombre) con consecuencias manifiestamente graves.

Por lo que respecta a la salinización[411], en las zonas del litoral existe un frágil equilibrio entre el agua dulce de los acuíferos y el agua marina. Los acuíferos reciben unas cantidades de agua, constantes a grandes rasgos, que se equilibran con la presencia de las aguas salinas. No obstante, el aumento del consumo de agua dulce que conlleva de por sí la extensión de la superficie artificial[412] hace que desciendan los niveles de agua dulce y se produzcan fenómenos de intrusión marina, con la consiguiente salinización del agua de consumo urbano, industrial o agrícola. Esta última sobre todo, puede afectar enormemente al suelo a largo plazo. Una alta concentración de sodio acabará dificultando el drenaje del suelo y la penetración de las raíces. Un suelo antes fértil acabará degradándose en un barro fluido y viscoso que cuando se seca se convierte en una costra dura y yerma, totalmente inútil para la agricultura y solo apta para plantas muy adaptadas a condiciones tan extremas.

[409] Siguiendo de nuevo a RUBIO DELGADO, J. L. y RECATALÁ BOIX, L. "El suelo: un recurso natural..." cit. pp. 348-349.
[410] Por contaminación debemos entender la incorporación al suelo de sustancias extrañas (tóxicas o no) que pueden alterar la calidad del mismo al interferir en sus funciones y propiedades tanto físicas como químicas y biológicas.
[411] Este proceso de degradación se caracteriza por una concentración de sales en un nivel tal que comienza a afectar a las características del suelo o a la absorción de nutrientes por parte de las especies vegetales, afectando así a su crecimiento.
[412] Según la sección dedicada a la "Extracción de agua" en *El ecologista*, n° 51...cit. p. 31; el consumo de agua se ha incrementado un 8,7% en el período 1997-2001. En este contexto la zona de levante y las grandes aglomeraciones urbanas están en una situación de consumo por encima de la disponibilidad de recursos hídricos renovables.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Como puede observarse, una voraz e inconsciente utilización del recurso natural suelo, regida exclusivamente por sus virtualidades económicas y que deja de lado otros de sus importantes valores —quizás los más valiosos—, conlleva una serie de distorsiones en su funcionamiento ecológico como soporte de la biosfera y como cuna de diversos procesos fundamentales para la vida. A la vista de todo ello, es patente que el proceso urbanizador, la creación de ciudad, no es inocuo desde el punto de vista medio ambiental, sino que tiene unas consecuencias evidentes sobre el entorno natural en el que se produce.

3.1.3. Modelo urbano compacto vs. modelo urbano difuso

Consecuencia necesaria de todo lo anterior es que el urbanismo y la ordenación del territorio, en cuanto directores y reguladores de ese proceso de creación de ciudad, tienen una poderosa influencia en el medio ambiente. Dependiendo del modelo de urbanización y crecimiento urbano que se adopte, se podrá fomentar esa artificialización tan nefasta desde el punto de vista ambiental o minimizar sus consecuencias y plantear un desarrollo urbano compatible en la medida de lo posible con la función natural del suelo y respetuoso con las exigencias ambientales del entorno en que dicho desarrollo se va a llevar a cabo.

Desde este punto de vista, dos son los modelos principales de desarrollo territorial que puede adoptar el urbanismo o la ordenación del territorio en un determinado ámbito espacial: el modelo de ciudad compacta o mediterránea o el modelo de ciudad difusa o dispersa.

El primero de ellos es un sistema en el que la ciudad adopta una forma densa, con una continuidad formal en la que todo componente está conectado con el conjunto. Además, la ciudad compacta es multifuncional, heterogénea y diversa en toda su extensión. En tal modelo organizativo-territorial se fomenta una mayor diversidad de usos en los barrios, los cuales vuelven a ser el corazón de la vida urbana y, a la vez, una mayor densidad residencial y de actividades económicas y servicios. Esta mixtura de usos y la mayor densidad de los mismos redundan en una mayor proximidad que hace innecesario el uso del transporte privado. Se evita así la congestión circulatoria y la emisión de gases y ruidos por el tráfico, que ya no es el elemento que guía el desarrollo urbano, y se pueden restar infraestructuras al mismo en beneficio de la comunidad

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

(zonas verdes, equipamientos…). La ciudad mediterránea, por tanto, es una ciudad de baja velocidad, concebida y diseñada para las personas, aunque, no obstante, también los vehículos tendrán cabida con las debidas precauciones[413]. En este tipo de ciudades es el crecimiento demográfico real el que guía la posible expansión de la ciudad, pues ésta sólo se producirá cuando sea necesario más espacio, una vez se hayan agotado las posibilidades de rehabilitación de espacios interiores de la trama urbana.

En síntesis, las características definitorias fundamentales del modelo de ciudad compacta vendrían a ser las de multifuncionalidad, densidad, proximidad y rehabilitación. Con tales principios inspiradores, se permite un aumento de la complejidad de la ciudad y de sus partes integrantes sin necesidad de un gran consumo de energía y recursos naturales. Se ahorra sobre todo en suelo y energía y se preservan los sistemas agrícolas naturales, contribuyendo así a una mayor sostenibilidad ambiental de la ciudad.

El supuesto antagónico al modelo que hasta ahora hemos comentado es el de la ciudad difusa, el cual se caracteriza por una simplificación de cada una de las partes integrantes de la ciudad al mismo tiempo que ésta se difumina globalmente en el campo como una mancha de aceite, artificializando áreas cada vez más extensas. Todos los servicios están separados funcionalmente e interconectados a través de una densa red de carreteras y vías destinadas al transporte privado, lo cual multiplica el consumo de suelo, energía y recursos.[414] Tal forma de organización territorial es un sistema utilizado principalmente en el mundo anglosajón; no obstante, el capitalismo globalizador se ha encargado de transmitirlo —cual si de una enfermedad se tratase— al resto del mundo[415], destruyendo con ello las formas tradicionales de organización territorial que existían en cada región originalmente. Con él, el mercado se convierte en el principal generador de la ciudad, destronando a los tejidos sociales que antes cumplían esa función.

---

[413] SALINGAROS, N. A. "La ciudad compacta sustituye a la dispersión" [en línea], en *La ciudad de baja densidad* (Ed. INDOVINA, F.). Diputació de Barcelona. Colección Territorio y Gobierno, Visiones nº 6, Barcelona, 2007. Disponible en la página web: http://www.arqchile.cl/ciudad_compacta.htm

[414] RUEDA, S. "La ciudad compacta y diversa frente a la conurbación difusa" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Hábitat II. Ministerio de Fomento. Madrid, 1997. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a009.html

[415] A tal respecto vid. MARÍN COTS, P. "La configuración de la ciudad. Ciudad compacta *versus* ciudad dispersa" [en línea]. Ponencia inicial de la *II Reunión anual de la red 6*, celebrada en Málaga en junio de 2002. Observatorio del medio ambiente urbano (OMAU). Disponible en la página web: http://www.omau-malaga.com/portal/index.php?id=174

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En la ciudad difusa cada función (universidad, residencia, industrias, ocio, etc.) está separada espacialmente de las demás y esto convierte a la ciudad en un conjunto poco cohesionado de espacios monofuncionales que quedan desaprovechados y desprovistos de todo vestigio de vida urbana en ciertos periodos (vacaciones, festivos, horario laboral…). En tal contexto, la multifuncionalidad del modelo compacto se sustituye por medios mecánicos o de telecomunicación que posibilitan esa separación funcional a cambio de consumir energía y recursos de manera indiscriminada. Como consecuencia de ello, el área de uso cotidiano de las personas se extiende a una escala kilométrica dependiente del automóvil[416]. La reflexión de ESTEVAN y SANZ recoge magníficamente el fenómeno. "*Se han comparado las consecuencias del automóvil en la ciudad a los de una bomba lenta, una bomba cuya onda expansiva tuviera la virtud de trasladar edificios y actividades, aparentemente intactos, a muchos kilómetros a la redonda* (...)[417]"

Llegamos así al verdadero elemento vertebrador de este sistema: el transporte y el automóvil. La ciudad difusa es una ciudad para transitar, no para vivir[418]. En ella lo realmente importante son las redes[419], las cuales han dado lugar a una "*máquina autogeneradora de la dispersión*[420]" a través del uso generalizado del vehículo. El mecanismo consiste en que la existencia de ambos —redes y automóvil— posibilita un alejamiento progresivo entre las zonas/funciones de la ciudad, lo que exige aún más desplazamientos motorizados. Posteriormente, ante el colapso de las redes originado por este mayor volumen circulatorio, acaban creándose nuevos espacios para mantener la fluidez y velocidad del tráfico. Las nuevas redes creadas para evitar la congestión atraen nuevos asentamientos dispersos cuyos usuarios al desplazarse vuelven a colapsar la red

[416] RUEDA, S. "La ciudad compacta y diversa frente a..." cit. No puede dejarse de lado en este aspecto el apunte que realiza PESCI, O. R. "¿Ciudad concentrada o ciudad dispersa? Sustentabilidad y desarrollo urbano, en *Petrotecnia. Revista del Instituto argentino del petróleo y del gas*. Año XLV, n° 5. Octubre, 2004. p. 13; según el cual ya no hablamos de un coche por familia, sino casi de uno por habitante, ya que cada miembro de la familia debe alcanzar en distintos horarios y para distintas funciones la multiplicidad de puntos de servicios y equipamientos existentes en la ciudad y para ello necesitan una movilidad independiente.

[417] ESTEVAN, A. y SANZ, A. "La estabilización ecológica del transporte en España", en Informe *sobre el estado del mundo en 1993*. Worldwatch Institute (Ed. Española), 1994.

[418] CORTÉS, L. "La ciudad difusa" [en línea], ponencia presentada en **las** jornadas "*Ciudad, vivienda y ciudadanía*", organizadas por la RED DE LAVAPIÉS. Madrid, 25 de junio de 2002. Disponible en la página web: http://es.geocities.com/laboratorio_urbano/charla_04.htm; de idéntica opinión MARTÍNEZ BERRIEL, S. "Sociología urbana «on line»" [en línea]. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. 2006. Disponible en la página web: http://telepresencial.ulpgc.es/moodle2006/course/info.php?id=3045

[419] RUEDA, S. "La ciudad compacta y diversa frente a..." cit.

[420] SALINGAROS, N. A. "La ciudad compacta sustituye a..." cit.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

y reproducen el fenómeno hasta el absurdo, consumiendo con ello vastas extensiones de terreno y extendiendo la ciudad casi sin límite[421].

De esta forma, en este sistema el vehículo privado y las redes necesarias para su circulación se anteponen al peatón y transmutan el diseño de la urbe. En una ciudad que depende del coche automáticamente se genera una morfología "urbana" adecuada al mismo. Se sacrifica la ciudad al tráfico rodado generándose una geometría dendrítica (en forma de árbol), apropiada para los vehículos, pero que no anima a caminar. Del mismo modo, cualquier centro que aglutine personas debe disponer de amplios aparcamientos. Se da lugar así a un panorama consistente en un archipiélago de centros de actividad (centros comerciales, oficinas, universidad, etc.) alejados de los demás y rodeados de extensos aparcamientos —otra forma más de consumo de suelo—. Por último, la maximización de la fluidez y velocidad necesarias para permitir subsistir a este sistema se proyectan también al interior de las ciudades, destruyendo lo que de urbano quedara en ellas y relegando al peatón a escuetas aceras que lo mantienen "a salvo" de la marea mecánica. Un paisaje realmente desolador en el que las redes de movilidad han cuarteado, segregado y desnaturalizado al auténtico tejido urbano y los sistemas naturales adyacentes[422].

3.1.3.1. Consecuencias ambientales del modelo de movilidad difuso

La importancia del vehículo y de las vías necesarias para la circulación del mismo, aparte del ingente consumo de suelo cuyas desastrosas consecuencias medioambientales ya hemos analizado, produce unos nuevos perjuicios ambientales que podemos denominar "*de segunda vuelta o derivados*", ya que provienen, no tanto de la propia expansión de la ciudad sobre el territorio, sino del aumento increíble del transporte horizontal motorizado, como consecuencia de la misma. Entre estos efectos ambientales de segunda vuelta podemos reseñar el despilfarro energético, la emisión de partículas o la emisión de gases contaminantes entre otros.

---

[421] Se refieren también a este mecanismo de autoalimentación NAREDO, J. M. "Sobre la insostenibilidad de las actuales conurbaciones y el modo de paliarla" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Hábitat II. Ministerio de Fomento. Madrid, 1997. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a007.html; SALINGAROS, N. A. "La ciudad compacta sustituye a..." cit.; RUEDA, S. "La ciudad compacta y diversa frente a..." cit.

[422] NAREDO, J. M. y RUEDA, S. "La "ciudad sostenible": Resumen y Conclusiones" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Hábitat II. Ministerio de Fomento. Madrid, 1997. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a010.html

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En concreto, en nuestro país, que se ha amoldado indiscutiblemente al sistema de la ciudad difusa en el último decenio, el Ministerio de Medio Ambiente estima que unos doce millones de personas viven en zonas con un aire contaminado, principalmente en grandes urbes[423]. Uno de los contaminantes que más efectos nocivos tiene para la salud son las denominadas partículas menores (PM)[424], especialmente las de menor tamaño (las PM inferiores a 2,5 micrómetros[425]), cuyo origen se encuentra principalmente en el tráfico rodado. En este aspecto, la evolución española es preocupante ya que, junto a una dudosa reducción de las partículas finas (PM_{10})[426] hasta 2005, se ha producido un aumento de las partículas muy finas ($PM_{2,5}$) como consecuencia del aumento del parque automovilístico, especialmente el diesel[427].

En lo que se refiere a la emisión de gases de efecto invernadero (GEI), según la revista *World Watch* el transporte por carretera aportó en 2006 el 21,12% del total[428]. Los que más contribuyen a esta cantidad fueron los turismos, con un 52,71%, seguidos de los vehículos pesados y de los ligeros. También en la emisión de otros gases contaminantes, como los precursores del ozono[429], el transporte por carretera muestra un papel protagonista. Así, contribuye con el 27% al total de emisiones y en porcentajes elevados en cada uno de los diferentes precursores, principalmente en lo que se refiere al monóxido de carbono (CO) y a los óxidos de nitrógeno[430] (NOx)[431]. Nuevamente el

[423] OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA. *Sostenibilidad en España 2007*...cit. p. 195

[424] Este contaminante está formado por partículas en suspensión que afectan principalmente al tracto respiratorio, y al sistema cardiovascular, teniendo una alta incidencia en los casos de cáncer de pulmón...

[425] 0,001 milímetros, es decir 10^{-3} mm.

[426] A pesar de esta dudosa reducción el OSE estima que aproximadamente un 72% de la población estuvo expuesto en 2004 a concentraciones de PM_{10} superiores a 50 $\mu g/m^3$ como valor medio diario por más de 7 días al año.

[427] OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA. *Sostenibilidad en España 2007*...cit. p. 187

[428] La importancia del dato es más patente si se lo compara con las aportaciones de otros segmentos del transporte. Así, frente al transporte rodado, el transporte aéreo nacional solamente aportó un 1,58% y el marítimo un 0,58% del total de GEI.

[429] El ozono es un gas altamente reactivo capaz de causar problemas respiratorios en humanos y animales y daños en los materiales. Además es tóxico para las plantas y puede causar daños en las hojas y defoliación. A nivel del suelo (troposfera) es un contaminante secundario que se forma a partir de los NOx, los COVNM, y, en menor medida, el CO y el CH4, principalmente en época estival con el aumento de la temperatura y de la radiación solar. El ozono troposférico también contribuye al cambio climático.

[430] Los óxidos de nitrógeno se forman en el interior de los motores de combustión. Aparte de su función de precursor de ozono produce directamente problemas respiratorios, contribuye a la formación del smog fotiquímico, la lluvia ácida, la formación de partículas, el cambio climático y la eutrofización de los ecosistemas (Este fenómeno consiste en la abundancia anormalmente alta de nutrientes en un ecosistema, la cual produce un aumento de la producción primaria —fotosíntesis— con importantes consecuencias

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

turismo de uso particular es el principal responsable de la emisión de precursores del ozono dentro del conjunto del transporte[432].

Por último, en lo que respecta al consumo energético, el transporte por carretera acaparó la mayor parte del consumo total de energía utilizada en el transporte[433]. Exactamente el 80,5% del consumo de energía final para transporte en 2004 correspondió al tráfico de personas y mercancías por carretera. Asimismo, este sector es el que ha experimentado un mayor crecimiento en consumo energético en los últimos años: un 5% entre 2000 y 2004. De esa energía, un 98,2% proviene de combustibles fósiles derivados del petróleo. Todos estos datos demuestran que el modelo español de ciudad difusa exige para mantener la movilidad dentro del mismo ingentes cantidades de energía provenientes de combustibles fósiles no renovables[434]. Tal dependencia tiene un fuerte impacto medioambiental, ya que fuerza a intensificar las extracciones, lo cual conlleva, por un lado, esquilmar un recurso natural finito y, por otro, fomentar nuevas prácticas agresivas contra el suelo, como es la propia extracción. Todo ello sin contar, además, los riesgos medioambientales que conlleva el transporte de dichos materiales *per se*.

3.1.4. Breve síntesis final

En definitiva, puede constatarse en el caso español cómo un urbanismo extensivo inspirado en el modelo de la ciudad difusa conlleva unos fuertes impactos medioambientales que no pueden ser camuflados o minimizados a la sombra de las increíbles plusvalías urbanísticas que dicho modelo produce, las cuales, por otro lado, como ya pudimos observar en el capítulo anterior, tampoco eran sostenibles desde el punto de vista económico. En un modelo como el citado la propia ordenación del territorio y el planeamiento promueven un sistema basado en los asentamientos aislados y en el desplazamiento horizontal de personas y mercancías entre los mismos mediante

sobre la composición, estructura y dinámica del ecosistema. A grandes rasgos, se produce un aumento de la biomasa y un empobrecimiento de la diversidad)

[431] De estos gases, el sector del transporte aporta el 44% y el 34% respectivamente. A su vez contribuye en menor medida a las emisiones de COVNM (14%) y CH4 (0,5%).

[432] Los turismos aportan el 80% del CO, el 55% del CH4, el 51% del NOx y el 39% del COVNM total emitido por el sector del transporte.

[433] Orientativamente, en 2006 el consumo energético del transporte representaba un 38,2% del consumo total de energía en nuestro país.

[434] OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA. Sostenibilidad en España 2007...cit. p. 399.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

la implantación de extensas infraestructuras de transporte con cargo a los presupuestos estatales y a las ayudas europeas[435]. Asimismo, se superponen los valores puramente económicos o patrimoniales a los de conservación y, como consecuencia de ello, no se preservan de la "*lengua de lava urbanizadora*[436]" aquellos espacios o ecosistemas que, a pesar del alto valor ecológico que puedan poseer (el ejemplo más claro es el litoral), presenten unas expectativas económico-urbanísticas interesantes. Tal manera de obrar conlleva por un lado, una intensa artificialización del recurso natural suelo que lo priva de sus importantes funciones medioambientales, así como una profunda fragmentación e insularización de los diversos ecosistemas naturales en virtud de esa enorme malla de vías destinadas al transporte. De otra parte, el gran volumen de tráfico rodado que dicha malla circulatoria permite y fomenta supone un enorme despilfarro de energía —proyección de entropía al entorno— y la liberación de ingentes cantidades de contaminantes que provienen de la producción de aquella, lo que hemos denominado "efectos ambientales de segunda vuelta".

[435] RUEDA, S. "La ciudad compacta y diversa frente a..." cit.; en la misma dirección FERNÁNDEZ DURÁN, R. *Destrucción global versus regeneración local. La necesidad de frenar y revertir el proceso incontrolado de urbanización planetaria* [en línea]. Madrid, 2004. p. 13. Disponible en la página web: http://www.ucm.es/info/ec/jec9/pdf/A08%20-%20Fern%E1ndez%20Dur%E1n,%20Ram%F3n.pdf. Esta última obra constituye, con alguna modificación, la Introducción a LÓPEZ GARCÍA, D. y LÓPEZ LÓPEZ, J. A. *Con la comida no se juega*. Ed. Traficantes de sueños. Madrid, 2003.

[436] Gráfico símil empleado por FERNÁNDEZ DURÁN, R. en *Destrucción global versus*...cit.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

3.2. El papel del urbanismo en el acceso a la vivienda por parte de la juventud: consecuencias sobre el proceso emancipatorio

3.2.1. Ideas previas

El artículo 47 de la CE asegura a todos los ciudadanos españoles el derecho a *disfrutar de una vivienda digna y adecuada*, y encomienda a los poderes públicos la labor de hacer efectiva tal previsión. De entre esos "ciudadanos españoles", una importante proporción[437] está constituida por jóvenes, los cuales, normalmente, son los más necesitados de una vivienda para iniciar su andadura vital en solitario y los que más dificultades tienen para ello debido principalmente a sus escasas posibilidades socioeconómicas, como tendremos oportunidad de observar con más detalle en las líneas que siguen. La dificultad de la juventud en seguir un proceso vital de forma lineal debido a esta causa demuestra la especial importancia sociológica que posee el análisis de la relación entre juventud y acceso a la vivienda y las posibles influencias que sobre ello pueda tener todo el fenómeno urbanístico y su regulación.

Antes de continuar con el análisis, sería conveniente realizar unas precisiones terminológicas para poder centrar debidamente el objeto de estudio. Esto es, sería muy recomendable aclarar qué es lo que se debe entender a los efectos del presente apartado como población joven o juventud.

En un principio dicho término nos inclina intuitivamente a prestar atención a la edad para definirlo. Todos afirmaríamos que el periodo de la juventud se prolonga desde los 16-18 años hasta los 30 más o menos; no obstante, desde una perspectiva sociológica puede afinarse un poco más este concepto. En tal sentido, la literatura especializada se refiere a la juventud como aquella etapa de la vida en la que se pasa de la dependencia propia de la infancia a la independencia propia de la edad adulta[438]. Esta etapa del ciclo vital cumple una importante función social, cual es la reproducción de la

[437] Según datos del INE, a uno de julio de 2008, la población joven constituía algo menos del 30% de la población total. Téngase en cuenta, no obstante, que el INE trabaja con datos provenientes del padrón municipal y, por tanto, no se refiere exclusivamente a "ciudadanos españoles", pero consideramos suficiente esa aproximación universal a la juventud en nuestro país a los efectos del presente apartado.

[438] Por todos vid. LÓPEZ BLASCO, A. "Familia y transiciones: individualización y pluralización de formas de vida" [en línea], en *Informe de juventud en España 2004*. Instituto de la juventud (INJUVE). Madrid, 2004. p. 7. Disponible en la página web: http://www.injuve.mtas.es/injuve/contenidos.item.action?id=1729623244

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sociedad y, por tanto, va más allá de una mera cuestión de calendario[439]. De acuerdo con lo comentado, la juventud estará constituida por aquellas personas que se hallan en tránsito desde la adolescencia hasta la condición adulta con una cierta independencia de la edad que ostenten. No obstante, tal como nos muestra MIRET GAMUNDI[440], lo cierto es que este proceso tiene lugar en la mayoría de los casos en la amplia horquilla comprendida entre los 15-16 años y los 30-34[441], y de ahí el solapamiento entre ambas concepciones.

El proceso de transición vital que caracteriza sociológicamente a los jóvenes es lo que se conoce como emancipación. La misma puede ser de dos tipos[442], emancipación familiar o emancipación residencial. La primera es la que lleva al joven a obtener una total autonomía con respecto a la familia de origen, mientras que la segunda se refiere al abandono del hogar familiar por primera vez. Habitualmente ambas suelen ir de la mano y, en todo caso, la primera exigirá necesariamente de la segunda. Se va perfilando ya la profunda conexión entre emancipación y acceso a una vivienda.

3.2.2. El proceso de emancipación en nuestro país

Es una opinión prácticamente unánime en la doctrina[443] el que el proceso emancipatorio ha sufrido un retraso en nuestro país en los últimos tiempos. Según un informe del CES sobre emancipación y vivienda en España[444], en el último cuarto del

[439] MARTÍNEZ GOYTRE, E. "Emancipación y estrategias residenciales de los jóvenes en Madrid", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. p. 362. En sentido opuesto, niega este carácter sociológico de la juventud MARTÍN CRIADO, E. *Diccionario crítico de las ciencias sociales* (obra citada por la autora). Vid también en este sentido crítico MARTÍN CRIADO, E. *Producir la juventud: crítica de la sociología de la juventud*. Ed. Istmo. Madrid, 1998.

[440] MIRET GAMUNDI, P. "Vivir aún en casa o tener una casa propia: emancipación residencial en España, 1976-2007, en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. pp. 303-304.

[441] Esta amplitud conlleva el que bajo la denominación "juventud" se abarquen sujetos y situaciones de lo más heterogéneos (en función de la clase social, el género...). Tal falta de homogeneidad no contribuye en absoluto a obtener un concepto claro con el que poder trabajar. En tal sentido, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 68; GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. *La intervención administrativa en la vivienda*... cit. p. 391.

[442] MARTÍNEZ GOYTRE, E. "Emancipación y estrategias..." cit. p. 363.

[443] Entre otros, GARCÍA MASIÁ, A. "Emancipación, mercado hipotecario y residencial", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. p. 585; RAYA VILCHEZ, J. M. "Emancipación y vivienda: una identidad con tres componentes", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. p. 471; CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 70; MARTÍNEZ GOYTRE, E. "Emancipación y estrategias..." cit. p. 363; JURADO GUERRERO, T. "Los jóvenes: Un potencial para el cambio de modelo de vivienda", ponencia presentada en las Jornadas *Vivienda, urbanismo y sostenibilidad en la ciudad de hoy*. Foro Civitas Nova. 2006. p. 4.

[444] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y la situación de la vivienda en España*. Informe 3/2002, de 23 de octubre de 2002. p. 16.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

siglo XX la proporción de jóvenes emancipados de entre 20 y 34 años se ha reducido un 10% aproximadamente —del 44 al 33%—. Por edades, en el grupo entre 25 y 29 años es en el que se ha verificado una mayor reducción en la proporción de emancipados (aproximadamente un 50%), seguido de las cohortes de 30-34 años (un 10% de reducción) y de la de 20-24 (un 6,5%). En lo que se refiere a la evolución, a finales de los 70, un 30% de los varones y un 55% de las mujeres de 25 años se había establecido en su propio hogar. Esta proporción subía hasta el 65% y 70% respectivamente al llegar a la treintena y hasta el 70 y 75% a los 35 años. En los ochenta se observa un retraso en estas cifras que se acentuará progresivamente hasta finales del siglo. De este modo, en la segunda mitad de los noventa los varones de 25 años con un hogar propio se había reducido a un 13% y las mujeres a un 27%.

El inicio del siglo XXI está marcado, por el contrario, por una tímida recuperación en las cifras de emancipación, sobre todo en los más jóvenes (menores de 25 años), los cuales, entre el año 2000 y el 2006 aumentaron su tasa de emancipación desde el 28% al 40% en el caso de las mujeres y del 15 al 27% en el de los hombres[445]. Sin distinción de sexo, según los datos disponibles en el Observatorio joven de vivienda en España (OBJOVI), la tasa de emancipación de los menores de 25 años se habría situado en el último trimestre de 2007 en un 13% (aproximadamente el doble que en el último trimestre de 2002)[446]. Entre las causas de esta leve recuperación, se alude al incremento de renta experimentado en los años anteriores, a la reducción de las tasas de desempleo juvenil o al hecho de que estaban empezando a salir del hogar familiar las generaciones de jóvenes procedentes de familias de pequeño tamaño, que cuentan con mayores posibilidades de ayuda por parte de los padres[447]. A ello añadimos nosotros como factor explicativo la reducción en 8 puntos porcentuales de los matriculados en estudios universitarios desde el curso 2000/2001 hasta el 2006/2007[448]. Tal hecho habría

[445] MIRET GAMUNDI, P. "Vivir aún en casa o tener una casa propia..." cit. p. 306.
[446] CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 21. Cuarto trimestre de 2007. Disponible en la página web: http://www.cje.org/C13/C18/OBJOVI%2021%20(cuarto%20trimestre%20de/default.aspx?lang=es-ES
[447] Así, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. Las políticas públicas de vivienda... cit. p. 75.
[448] Vid. INE. "Alumnado matriculado por tipo de presentación, clases de enseñanza y curso académico". *Estadística de la enseñanza universitaria en España. Curso 2006/2007*. Series anuales.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

permitido a un mayor sector de la población acceder con anterioridad al mercado laboral y disponer de medios económicos[449].

A la vista de estos datos, MIRET GAMUNDI ha llegado a afirmar que la formación de hogares y la emancipación en nuestro país no se encontraban en modo alguno en una situación de crisis, sino todo lo contrario. Del mismo modo, ha sostenido que la emancipación no constituía un problema social de primera magnitud[450]. Estas optimistas conclusiones sin embargo han sido puestas en tela de juicio por los últimos datos suministrados por el OBJOVI. En tal sentido, la tasa de emancipación de la población en España ha ido reduciéndose a lo largo de los años siguientes[451]. Igualmente, RAYA VILCHEZ ha puesto de manifiesto la circunstancia de que, si se prescinde de la contribución inmigrante, la tasa de emancipación de la juventud española habría descendido de hecho[452]. En la misma dirección el OBJOVI ha apuntado que no puede obviarse el papel destacado que ha desempeñado la inmigración en todo el proceso, ya que han llegado a nuestro país muchas personas jóvenes en situación de independencia que sesgan al alza las estadísticas sobre el particular. Es sintomático que los primeros síntomas de freno de la emancipación del conjunto de jóvenes en España coincidieran con un ligero descenso trimestral, del 1,63%, en el volumen de población joven con menos de cinco años de residencia en España[453].

---

[449] Es cuanto menos curioso observar que, desde 2000, se ha producido un aumento en la tasa de emancipación de los menores de 25 años de aproximadamente unos 7 puntos al tiempo que la matriculación en los estudios universitarios en el mismo periodo ha caído precisamente en ocho puntos porcentuales. Esta significativa correlación podría otorgar cierta consistencia a nuestra propuesta explicativa del fenómeno.

[450] MIRET GAMUNDI, P. "Vivir aún en casa o tener una casa propia..." cit. p. 324.

[451] Según los datos del OBJOVI, la tasa de emancipados menores de 25 años ha sido del 12,8% en 2008, del 11,8% en 2009, del 10,1% en 2010 y del 9,9% en 2011. Vid. CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 25. Cuarto trimestre de 2008. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-25-cuarto-trimestre-de-2008/; CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 29. Cuarto trimestre de 2009. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-29-cuarto-trimestre-de-2009/; CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 33. Cuarto trimestre de 2010. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-33-cuarto-trimestre-de-2010/; CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 37. Cuarto trimestre de 2011. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-37-cuarto-trimestre-de-2011/.

[452] RAYA VILCHEZ, J. M. "Emancipación y vivienda: una identidad con..." cit. p. 471.

[453] CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 19. Segundo trimestre de 2007. Disponible en la página web: http://www.cje.org/C15/C15/OBJOVI%20(segundo%20trimestre%202007/default.aspx?lang=es-ES

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Si acudimos a datos europeos, observamos que también en el conjunto de la Unión una parte importante de los jóvenes de entre 14 y 29 años viven todavía con sus padres; no obstante, la edad de emancipación depende realmente del país que analicemos. Los datos parecen confirmar un retraso generalizado en la emancipación. Así, mientras que en los años ochenta las personas jóvenes europeas, especialmente las de los países más al norte, tendían a abandonar el hogar familiar a una edad temprana, en los últimos años esta tendencia parece haberse modificado. A pesar de este retardo generalizado, siguen siendo los países del norte y del centro de Europa los que poseen un nivel de emancipación más elevado. En Dinamarca, Finlandia, Holanda y Francia es mayor el número de personas jóvenes que viven solas o en un hogar joven y estos países, junto con Reino Unido y Alemania, son también los que cuentan con el menor porcentaje de jóvenes entre 20 y 24 años que viven con sus padres. Una vez que nos acercamos al límite de los 30 años, la gran parte de los jóvenes de la Unión tienen una mayor probabilidad de vivir fuera del hogar paterno; no obstante, esta tendencia es mucho menos marcada en países del sur como Grecia, España, Italia o Portugal[454].

De este modo, podemos comprobar cómo en nuestro país asistimos a lo que en boca de ciertos autores[455] se ha denominado *bloqueo de la emancipación*. Esto es, a una situación en la que, pese a que ocho de cada diez jóvenes de entre 15 y 29 años preferirían residir en una vivienda independiente del núcleo familiar[456], las circunstancias socioeconómicas le impiden llevar a cabo de manera satisfactoria su proyecto vital. Este contexto está caracterizado por una desestandarización de las trayectorias de emancipación, las cuales están dominadas en todo momento por la incertidumbre y pueden dar lugar a lo que se han denominado "trayectorias yo-yo" (el joven sale del entorno familiar, pero las circunstancias cambiantes lo hacen volver una y otra vez frustrando sus pretensiones de independencia)[457]. Tal situación produce un alargamiento en cierta medida "artificioso" de la juventud, identificado por la ausencia de control sobre la propia emancipación y por la imposibilidad de planificación del presente y futuro. Dicha realidad queda perfectamente condensada en la

[454] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 71.
[455] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 69.
[456] Según se desprende de CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y*... cit. p. 27.
[457] MARTÍNEZ GOYTRE, E. "Emancipación y estrategias..." cit. p. 363.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

paradójicamente poética expresión de FEIXA[458]: "*Vivir la juventud consiste en experimentar lo errático del destino incierto*".

3.2.3. Las consecuencias sociológicas de una emancipación tardía

La situación que se da en nuestro país no es inocua desde el punto de vista sociológico, sino que la misma tiene una serie de importantes repercusiones sobre el conjunto de la sociedad. ALBAIGUÉS BLASI las expone detalladamente y al mismo nos ceñimos en su desarrollo[459].

El ambiente de dificultad para la emancipación hacen que la etapa de la juventud, tal y como la hemos conceptuado sociológicamente, se prolongue en el tiempo y deje de ser una etapa meramente de transición para convertirse en una etapa deseable por sí misma con una estabilidad revalorizada.

A pesar del enrarecido ambiente en el que se desenvuelve este periodo en la actualidad, la estabilidad se consigue a través del aplazamiento de las responsabilidades adultas y del hallazgo de espacios como el ocio, los cuales permiten dotar de contenido a este lapso vital, transmutando la accidentalidad del proceso juvenil en algo sustancial que merece ser vivido. Dicha ausencia de responsabilidades erige a la libertad y a la ausencia de vínculos como uno de los principales valores de esta nueva juventud. El relativismo moral en relación con las normas y las convenciones sociales, la voluntad de que los tiempos de obligaciones no interfieran los de ocio o la búsqueda de mayor autonomía son manifestaciones de tales valores juveniles.

Todo este proceso, en el fondo, no es más que el desarrollo de estrategias psicológicas de minimización de la disonancia cognitiva que tiene lugar en el joven. Es decir, estos individuos han sido socializados en unos modelos sociolaborales determinados (lineales, de contratación estable, etc.) que se ven frustrados cuando se enfrentan con la vida cotidiana. Ante tal realidad, desarrollan mecanismos psicológicos que normalizan la situación inestable que encuentran, considerándola una situación natural y necesaria para la incorporación a la vida "estable y confortable" propia del

[458] FEIXA, C. *Generació @. La juventut al segle XXI*. Colecció Aportacions n° 12. Secretaria general de juventut. Barcelona, 2001. Óp. cit. por ALBAIGÉS BLASI, B. "Construcción de valores en los procesos de emancipación juvenil", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. p. 405.
[459] ALBAIGÉS BLASI, B. "Construcción de valores en los procesos de..." cit. p. 405 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

adulto o incluso la valoran positivamente apelando a esos valores a los que ya nos hemos referido.

El dotar de contenido a esta fase de la vida mediante los valores de libertad y autorregulación podría considerarse en un principio positivo. El problema es que esa experiencia de libertad está casi exclusivamente centrada en el presente y en el yo. Es una falacia presentista, ya que, por contra, la libertad sobre el futuro o sobre los otros se diluye hasta hacerse prácticamente imperceptible. Se trataría de que "*se es libre de decidir sobre aquello sobre lo que se puede decidir*".

Como hemos señalado, la incertidumbre sobre el futuro desemboca en actitudes presentistas. Los cambios constantes en el entorno, la modificación continua de las expectativas, los comportamientos flexibles, etc. no ofrecen la posibilidad de planificar y comprometerse en proyectos de futuro porque las cosas pueden cambiar fácilmente. Como consecuencia de ello, los jóvenes viven al día, actitud tanto más habitual cuanto más precario sea el estatus socioeconómico. Del mismo modo, la incertidumbre reinante dificulta la proyección en los otros, ya que las discontinuidades y cambios constantes en las trayectorias de los jóvenes impiden hallar relatos o destinos compartidos.

Tanto la prevalencia de la autorregulación, centrada en las propias necesidades inmediatas y temerosa de establecer vínculos que no se sabe si se podrán mantener, como la ausencia de relatos compartidos, fomentan el individualismo en los procesos de emancipación. Este individualismo está marcado por la autorrealización y la búsqueda de la felicidad personal, que tiende a desvincularse de los vínculos sociales de integración cooperativa y da lugar a una mentalidad centrada en el yo y totalmente desinteresada por la *res* pública. Ello podría estar, entre otras causas, en el origen de los comportamientos desviados de nuestra juventud actual.

En resumen, actualmente, el periodo de la juventud se caracteriza por desarrollar mecanismos que "normalizan la anomalía" favoreciendo una actitud de aceptación pasiva de la provisionalidad de los procesos de emancipación, la cual hace posible la experiencia de tal provisionalidad sin frustraciones traumáticas en el presente. Ello se consigue a través de la asunción de modelos culturales que anteponen la autorregulación o la satisfacción de las necesidades inmediatas como medio parar revalorizar a dar significado a la propia experiencia. De todos modos, está claro que en ningún caso esa

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

revalorización de la juventud debe servir para justificar o encubrir el aumento de la precariedad en los procesos actuales de emancipación.

Las consecuencias puramente sociológicas no son las únicas que conlleva la actual situación de bloqueo de la emancipación, sino que el mismo también da lugar a indeseables consecuencias demográficas tales como la baja tasa de natalidad reinante en nuestro país, los desequilibrios demográficos o, en virtud de estos últimos, los riesgos para el mantenimiento del sistema de protección social[460].

3.2.4. El origen de la baja tasa de emancipación española

Según la doctrina[461], el origen de baja tasa de emancipación española puede buscarse en factores de diversa índole, tales como factores psicológicos, sociológicos o socioeconómicos. Desde un punto de vista psicológico, se alude, entre otros, a la inmadurez, el temor a la soledad o la reticencia al abandono de los padres. En el prisma sociológico, parece destacar como un factor decisivo la mejora de las relaciones intergeneracionales, las cuales otorgan un mayor espacio a la autonomía de los hijos y hace para éstos menos perentoria la necesidad de abandonar el hogar familiar para conseguir el desarrollo personal. Por último, los factores socioeconómicos se centran principalmente en las condiciones del mercado laboral y en las dificultades actuales del acceso a la vivienda. Será sobre estos últimos en los que nos centraremos por considerarlos los más relevantes de cara a nuestro estudio[462].

3.2.4.1. Las condiciones del mercado laboral

En lo que se refiere al empleo, en el Informe de juventud en España 2004, se constata que para un 65% de los jóvenes, la posesión de un empleo y unas rentas laborales estables constituyen el requisito más importante para abandonar el hogar paterno e iniciar una vida en solitario[463].

[460] En dicho sentido, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 69; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y la situación*... cit. p. 9; RAYA VILCHEZ, J. M. "Emancipación y vivienda: una identidad con..." cit. p. 471.
[461] Vid. por todos CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 70.
[462] Los datos que se suministren a continuación se refieren principalmente al contexto de boom inmobiliario que ha vivido nuestro país hasta 2008/2009.
[463] LÓPEZ BLASCO, A. "Familia y transiciones: Individualización y..." cit. p. 44.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Los posicionamientos neoliberales en las sociedades actuales han conseguido imponer al Estado una paulatina flexibilización de las condiciones laborales con la excusa de mejorar la competitividad y fomentar el empleo. Se ha olvidado así el componente social de este factor productivo y se lo ha equiparado a un coste de producción más que ha de ser reducido a la mínima expresión en busca de la máxima rentabilidad empresarial.

Tal evolución ha permitido de hecho mejorar las cifras laborales mediante la creación de una gran cantidad de empleo como hemos podido observar en el capitulo anterior, no obstante, al mismo tiempo, ha potenciado una degradación de las condiciones laborales de los trabajadores, sobre todo de aquellos que se encuentran en las periferias del proceso productivo como es el caso fundamentalmente de los jóvenes.

En la historia reciente de nuestro país puede constatarse un importante aumento de los ocupados entre la población de jóvenes, los cuales han pasado de una tasa de ocupación del 63% en 2001[464] a una del 69,5% a finales de 2007[465]. Sin embargo, este empleo no ha sido de la mejor calidad y ha estado marcado por una alta temporalidad a pesar de la paulatina reducción de la misma[466] y por una mayor incidencia del paro que ha ido a más tras el derrumbe económico.

De tal forma, a pesar de la mayor creación de puestos de trabajo, los jóvenes han asistido impotentes a un proceso de precarización[467] de su situación laboral en la que los puestos ofrecidos están sujetos a una elevada rotación, son poco cualificados, mal remunerados, sin una adecuada protección legal y sin perspectivas de promoción en la mayoría de los casos. Todo ello ha contribuido a poner en crisis y a obstaculizar los modelos tradicionales de emancipación, convirtiéndolos en procesos discontinuos que llevan a los jóvenes a diferentes e imprevisibles posiciones dentro de la estructura social y ocupacional.

---

[464] Según los datos suministrados por CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y...* cit. p. 41.

[465] CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea]. N° 21. Cuarto trimestre de 2007. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-21-cuarto-trimestre-de-2007/.

[466] En el cuarto trimestre de 2007 la tasa de temporalidad de los jóvenes ascendía a un 43,3%, 12,3 puntos más alta que la de la población general según los datos contenidos en el CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI).* N° 21. Cuarto trimestre de 2007.

[467] Según ALBAIGÉS BLASI, B. "Construcción de valores en los procesos de..." cit. p.403, esta precariedad se caracteriza por una situación de inseguridad sobre la continuidad de la relación laboral; por la vulnerabilidad de la situación de trabajo; por la incertidumbre sobre los ingresos salariales tanto en continuidad como en cuantía, y por la insuficiencia y reducción de la protección social.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La evolución del panorama laboral comentada unida al comportamiento ya analizado de la emancipación en el último cuarto de siglo y principios del presente demuestran que existe una relación entre empleo y emancipación que puede tildarse de condición necesaria, pero no suficiente[468]. Es decir, el empleo estaría correlacionado de forma negativa con la emancipación, de forma que la ausencia de empleo o el crecimiento del paro redundan en una reducción de la tasa de emancipación. El mecanismo, sin embargo, no funciona en el sentido inverso, ya que un aumento del empleo no conlleva necesariamente una mayor emancipación como se ha podido observar en la pasada coyuntura, en la que la reactivación de la tasa de ocupación juvenil no ha sido capaz de impedir el progresivo aumento de la edad de salida del hogar[469]. Queda claro así que la mera existencia de un empleo, a pesar de la importancia que le dan los propios jóvenes, no es garantía de emancipación y, por ello, habrá que analizar otros factores que incidan de manera positiva sobre el fenómeno que estudiamos. Éstos son principalmente la estabilidad laboral y, sobre todo, la situación del acceso a la vivienda, la más interesante para nuestros fines de estudio.

3.2.4.2. El acceso a la vivienda

Desde los años noventa hasta al menos finales de 2008 las condiciones de acceso a una vivienda han sustituido a la situación laboral en importancia explicativa a la hora de analizar el fenómeno de la emancipación juvenil[470].

Durante la época de bonanza económica, se ha producido una situación de progresivo endurecimiento de las condiciones de acceso a la vivienda de los más jóvenes que ha desembocado en una "*crisis de accesibilidad*"[471] caracterizada por una *"escandalosa dificultad*" para acceder a este bien básico[472].

[468] De la misma opinión, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y...* cit. p. 48.
[469] En el mismo sentido también, MARTÍNEZ GOYTRE, E. "Emancipación y estrategias..." cit. p.366.
[470] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda...* cit. p. 77; CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y...* cit. p. 56.
[471] JURADO GUERRERO, T. "Los jóvenes: Un potencial para el cambio de..." cit. p. 7.
[472] "El CES tacha de "escandalosa" la dificultad para acceder a una vivienda en España", en *El País* de 21 de enero de 2003.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Desde el punto de vista del *indicador de solvencia*[473], cuando nos hallamos ante un sólo perceptor de renta joven (entre 16 y 29 años), este dato en ningún momento desde 1997 se ha ubicado dentro del rango apropiado que señalan las entidades financieras, el cual únicamente se roza en algún momento cuando tenemos en cuenta la existencia de dos perceptores[474]. En ambos casos —uno y dos perceptores— puede apreciarse un paulatino empeoramiento del indicador desde 1999 que ha desembocado en que, en el segundo trimestre de 2007, su nivel para los jóvenes sea tres veces y medio superior (12,7 años de salario) al máximo tolerable[475].

Más habitual a la hora de analizar el acceso a la vivienda es el llamado *indicador de esfuerzo financiero*[476]. Desde este prisma, según señala el informe del CES sobre juventud y emancipación[477], en el caso de un joven en ningún año y a ningún plazo habría sido posible el acceso a una vivienda en condiciones óptimas de contar sólo con sus propios ingresos salariales. En el caso de una pareja sí sería factible dicho acceso con un plazo de 25 años y —salvo en algún momento— también de 20 años. Esta aparente mejora en el caso de las parejas entre 1997 y 2000 parece deberse a las mejoras salariales y el menor incremento del precio de las viviendas, pero, sobre todo, al descenso de los tipos de interés durante dicho periodo[478]. A partir de entonces el indicador ha ido empeorando nuevamente hasta situarse en el cuarto trimestre de 2007 en cifras absolutamente insostenibles. Según el OBJOVI[479], una persona joven tendría que destinar el 71,2% de su salario para sufragar el importe de una hipoteca y un hogar joven el 44,5% de sus ingresos. La situación de los más jóvenes —18-24 años— es aún

[473] El indicador de solvencia se define como el cociente, en veces, entre el precio de la vivienda y el salario anual bruto, es decir, los años de salario medio que se han de destinar para el pago de una vivienda de precio medio. Las entidades financieras suelen situar el límite superior admisible para evitar riesgos de impago entre 2 y 3,5 veces.
[474] Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y*... cit. p. 93.
[475] CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea]. N° 19. Segundo trimestre de 2007. p. 13. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-19-segundo-trimestre-de-2007/
[476] El indicador de esfuerzo financiero se define como el porcentaje sobre la renta familiar que ha de destinarse periódicamente al pago de la hipoteca supuesto un principal del 80% del valor de la vivienda. El mismo puede considerarse de manera neta o bruta, teniendo en cuenta o no el importe de las deducciones fiscales por adquisición de vivienda. El nivel óptimo de este indicador se sitúa entre el 30 y el 35% de los ingresos mensuales según las entidades de crédito.
[477] Vid. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y*... cit. p. 98 y ss.
[478] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 80.
[479] OBSERVATORIO JOVEN DE VIVIENDA EN ESPAÑA (OBJOVI). N° 21. Cuarto trimestre de 2007... cit.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

más abrumadora, ya que deben destinar más del 80% de su salario para poder acceder a una vivienda media. Incluso en el caso de los jóvenes con un mayor poder adquisitivo —la cohorte entre 30 y 34—, no es cómoda la situación, cifrándose su esfuerzo mensual en un 41,6%. Si se observa la situación desde la perspectiva de los salarios, resulta que el sueldo que debería tener una persona joven para que la operación de compra no excediera del umbral máximo tolerable debería ser mínimo de 39.243,14 euros anuales, esto es, más de 3.000 euros al mes[480].

Ante este funesto panorama del acceso a la vivienda en propiedad el mercado del alquiler se ha mostrado completamente inútil como un mercado alternativo que pudiera facilitar la emancipación a un menor coste, ya que la escasez de oferta, los altos precios y la falta de compromiso público, junto con el descenso de los tipos de interés, han mantenido la propiedad como una opción más atractiva. Para darse cuenta de ello, sólo hay que observar el cálculo que realiza el CES en su informe sobre la emancipación, en el cual se constata que en los últimos años suponía un menor esfuerzo decantarse por la compra que por el alquiler[481].

Los factores que de forma más intensa han influido en la evolución de la accesibilidad a la vivienda y, por tanto, indirectamente en la de la emancipación juvenil, han sido los precios y los tipos de interés. Según muestra GARCÍA MASIÁ de forma estadística, uno de los factores más significativamente correlacionados con la emancipación es el precio de la vivienda que, al crecer, ha arrastrado consigo a los índices de esfuerzo, los cuales únicamente se han suavizado en virtud de la relajación financiera coyuntural[482]. En el momento en que se han tensado esas condiciones sobre la base de unos precios muy elevados, los índices de acceso se han hecho prohibitivos para la población juvenil[483] y les ha cerrado el paso a iniciar una vida independiente[484].

Como tuvimos la oportunidad de observar con detalle en el capítulo anterior, la fuerte subida de precios residenciales, culpable de todo el proceso social que

[480] "Los jóvenes necesitan un sueldo de 3.000 euros para comprar una casa de 100 metros", en *El País* de 3 de junio de 2008.
[481] CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA (CES). *La emancipación de los jóvenes y...* cit. pp. 81-82; en idéntico sentido JURADO GUERRERO, T. "Los jóvenes: Un potencial para el cambio de..." cit. p. 7.
[482] GARCÍA MASIÁ, A. "Emancipación, mercado hipotecario y..." cit. p. 590.
[483] TALLTAVULL DE LA PAZ, P. "Los jóvenes y la accesibilidad a la vivienda", en *Arquitectura, ciudad y Entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. p. 483.
[484] No comparte nuestra opinión MIRET GAMUNDI, P. "Vivir aún en casa o tener una casa propia..." cit. p. 324.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estudiamos, se ha debido a que el mercado inmobiliario se ha visto colonizado en los últimos años por una ingente cantidad de capitales especulativos de toda índole[485], los cuales han desposeído a la vivienda de su valor de uso como bien básico, arrogándole exclusivamente un valor patrimonial de inversión o de cambio.

Esta lamentable situación especulativa es aún más patente, si no más sangrante, a la vista de la enorme cantidad de viviendas vacías que existen en nuestro país a la espera de una revalorización en contraste con el problema de acceso que hemos constatado. Según los datos del último censo de vivienda (2001) del INE, la cantidad de viviendas que no se destinan a residencia principal ni estacional asciende a 3,1 millones (un 14,8% del total). Estas viviendas inútiles se concentran principalmente en Madrid, Barcelona y en el litoral mediterráneo, especialmente en Valencia, Málaga y Alicante; curiosamente, los lugares en los que más se han incrementado los precios de los pisos durante el boom[486]. En un sentido opuesto parece manifestarse VINUESA ANGULO, el cual demuestra que, cuanto mayor es el precio medio, menor es la proporción de parque desocupado[487]. Esta aparente contradicción puede resolverse si atendemos a que, en aquellas ciudades en las que está aumentando el precio, los especuladores tenderán a retener los inmuebles en espera del mayor valor posible, mientras que, en aquellas en las que el precio es muy alto —y ya puede incrementar en poca cuantía los beneficios marginales—, el comportamiento será el opuesto, es decir, tratarán de capitalizar la inversión efectuada mediante la venta de los inmuebles y su salida al mercado.

La actuación pública durante todo el proceso de fraguado de este desolador panorama se ha caracterizado por la indolencia, cuando no por el decidido apoyo a la misma. En tal sentido las instituciones oficiales han permitido al mercado actuar libremente con la vivienda mediante unas políticas legislativas y fiscales que han favorecido la propiedad en detrimento del alquiler, potenciando de esa forma la

---

485 Según GARCÍA MASIÁ, A. "Emancipación, mercado hipotecario y..." cit. p. 589, incluso "*los sectores más vulnerables han participado de este ejercicio de inversión provocando endeudamientos que comprenden la totalidad de la vida labora*l".

486 "El gobierno frena el gravamen a las viviendas desocupadas", en *La Gaceta de los negocios* de 22 de marzo de 2005 http://www.elsoto.org/urbanismo-prensa-viviendas-desocupadas.pdf

487 VINUESA ANGULO, J. "La vivienda vacía en España: un despilfarro social y territorial insostenible" [en línea], en *Diez años de cambios en el mundo, en la geografía y en las ciencias sociales, 1999-2008.* X Coloquio Internacional de Geocrítica. Universidad de Barcelona. 26-30 de mayo de 2008. p. 10. Disponible en la página web: http://www.ub.es/geocrit/-xcol/74.htm

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

concepción patrimonial de la vivienda frente a su valor de uso como derecho básico[488]. Tal actuación, aparte de desoír incluso el mandato constitucional del artículo 47, ha llevado a KOTHARI, relator especial de las Naciones Unidas por el derecho a una vivienda adecuada, a denunciar la situación española como un "*problema humanitario inaceptable*" y a exigir medidas por parte del Gobierno para atajarlo[489].

En nuestro país el gasto público en vivienda ha venido disminuyendo desde 1997 (un 1,36% del PIB) hasta 2003 (0,96%) según señala el Centro de documentación y estudios SIIS[490]**.** Durante ese período, se han utilizado principalmente las ayudas indirectas fiscales en lugar del instrumento más habitual en el ámbito europeo de las ayudas directas[491] y, en la gran mayoría de las ocasiones, en favor de la tenencia en propiedad[492].

En lo que se refiere a la vivienda de promoción pública —conocida como Vivienda de protección oficial (VPO) en nuestro país—, aunque existen algunos promotores públicos (los institutos de la vivienda por ejemplo), el panorama está dominado por la promoción privada con ánimo de lucro subvencionada mediante fondos públicos. El sistema se configura en torno a viviendas de nueva construcción que se ceden en propiedad mediante un sistema de préstamos cualificados y subvenciones varias, tanto al promotor como al adquirente en función de su nivel de ingresos, de las características de la construcción y del precio máximo de venta. Otra característica de esta vivienda es la provisionalidad de su régimen de protección, el cual decae pasado un plazo máximo y una vez recaída resolución administrativa al efecto[493]**.**

---

[488] GARCÍA MASIÁ, A. "Emancipación, mercado hipotecario y..." cit. p. 588.

[489] "La ONU advierte que la situación de la vivienda en España es un problema «humanitario inaceptable»", en *Libertad Digital* de 28 de noviembre de 2006. http://www.libertaddigital.com/index.php?action=desanoti&cpn=1276293682

[490] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 158.

[491] Nuestro país únicamente destina a ayudas directas para la vivienda el 0,1% del PIB, frente al 0,65 de media europea.

[492] Únicamente existió una deducción fiscal al alquiler en el período 1991-1998 que fue eliminada por la reforma del IRPF de 1999 y que fue reintroducida con la reforma del 2002. Esta deducción estaba dirigida al arrendador de la vivienda como incentivo económico para aumentar la oferta.

[493] Este hecho es un potente distorsionador del mercado de la vivienda y ha fomentado como pocos la especulación inmobiliaria y el mercado negro de este tipo de viviendas por razones obvias. En este sentido son de agradecer iniciativas como las de la Ley andaluza 13/2005, de 11 de noviembre, de medidas para la vivienda protegida y el suelo, la cual intenta poner coto a este fenómeno mediante el alargamiento del plazo para descalificar la vivienda (30 años) y mediante la constatación de que los posteriores adquirentes de la misma dentro del plazo de calificación deben poseer las mismas características socioeconómicas que los beneficiarios originales.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Si se analiza la evolución del porcentaje de VPO construida se observa un comportamiento claramente descendente desde 1997, que la ha situado en un porcentaje inferior al 10% y la pone al alcance de una proporción muy pequeña de la población[494]. Este descenso se debe a la vorágine constructiva, ya que a los promotores no les resulta interesante dedicarse a la construcción de este tipo de vivienda cuando la demanda de vivienda libre —que genera muchos más beneficios— está asegurada. Se constata así que los promotores tienden a utilizar interesadamente los planes de vivienda cuando se encuentran en fases recesivas de actividad, y los dejan de lado cuando la marcha económica es expansiva[495].

El volumen de la vivienda pública en alquiler es aún más irrisorio con unas 10 viviendas por cada 1.000 habitantes, lo cual nos sitúa claramente a la cola de Europa en este aspecto y contrasta con la realidad española hasta la década de los 50.

Desde un punto de vista estrictamente urbanístico, tanto el proceder legislativo español como la práctica diaria en el pasado reciente parecen haber estado regidas por las directrices neoliberales que fomentan la desregulación, el dominio absoluto del mercado y la contemplación puramente patrimonial de la vivienda. Esta orientación puede constatarse en las disposiciones estatales a partir de la Ley 6/98 de régimen del suelo y valoraciones, en las cuales se inicia un proceso de liberalización del suelo y de mengua del urbanismo como función pública que culmina con la Ley 10/2003 sobre medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes. En lo que a nosotros respecta, dicha legislación se caracteriza —como ya se ha visto *supra*— por la ausencia absoluta de previsiones o reservas de suelo para vivienda protegida y por una reducción de las cesiones de los propietarios destinadas a patrimonios municipales del suelo a un 10 % del aprovechamiento lucrativo.

En lo que se refiere a la práctica, sólo hay que observar la enorme deficiencia de parque residencial social o la utilización ilegítima de los patrimonios municipales de suelo como medio de financiación para darse cuenta de la absoluta dejadez administrativa a la hora de afrontar el problema del acceso residencial y de la concepción exclusivamente mercantil del mismo que ha imperado.

---

[494] Vid. Gráfico n° 44 en CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 165.
[495] CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda*... cit. p. 166.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La situación podría tildarse de aberrante, ya que los poderes públicos no sólo han dejado completamente de lado el mandato constitucional que les dirigía el artículo 47, sino que han actuado en contra del mismo, reduciendo la importancia de los instrumentos legales previstos para su fomento (cesiones de aprovechamientos, reservas de suelo...) cuando no pervirtiendo su finalidad. El ejemplo más palmario de esta última actuación es la ya aludida contribución de los municipios a la escalada de precios del suelo y a la consiguiente dificultad en el acceso residencial mediante la especulación con suelos cuya finalidad legal era precisamente la opuesta.

Afortunadamente, en la actualidad, la orientación legislativa parece haber cambiado de derrotero y haber apostado de una manera más decidida por el fomento del acceso a la vivienda y por una limitación del mercado como rector exclusivo del quehacer urbanístico. En este sentido, la nueva ley del Suelo y el Texto refundido que le ha dado redacción definitiva —el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo—, han establecido una reserva mínima del 30% de la edificabilidad residencial del suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización para viviendas de protección oficial (art. 10.b), han aumentado hasta un 15% la cesión del aprovechamiento lucrativo (art. 16.1 b.) y han regulado con mayor rigor el destino de los patrimonios públicos del suelo para evitar su utilización como un medio de financiación (arts. 33 y 34).

Como puede observarse, aunque la política de ordenación urbanística es un factor que coactúa con otros a la hora de mejorar el acceso a la vivienda y a la emancipación (empleo, estabilidad, situación económica, planes de vivienda...), su importancia podría calificarse de ciertamente destacada. Una previsión generosa de terrenos destinados a VPO en el planeamiento general —tanto en propiedad como sobre todo en alquiler— y una política de fomento de estos alojamientos harían factible controlar de forma adecuada el precio de las viviendas y coadyuvar por tanto a un más fácil acceso a este bien básico, el cual, como hemos visto, es un requisito básico de la emancipación de los jóvenes. Del mismo modo, el recto discurrir de los ayuntamientos en la práctica diaria de la actividad urbanística es una necesidad fundamental para garantizar una política de vivienda que cumpla con el mandato del artículo 47 de la constitución y que restaure el valor social de la propiedad de la vivienda, alejándola de su componente especulativo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Una política urbanística que no siga estos principios no conseguirá mejorar las cifras de emancipación de la juventud en nuestro país como hemos podido comprobar.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

3.3. El fenómeno inmobiliario y la corrupción[496]: los riesgos del modelo actual para la democracia

Un simple vistazo a los titulares de los principales medios de nuestro país en los últimos años es suficiente para comprobar cómo paulatinamente los supuestos de corrupción ligadas al mundo de la construcción han ido adquiriendo un desafortunado protagonismo. Este fenómeno es muy peligroso sociológicamente, ya que corrobora la tradicional visión cínica de la población española sobre los gobernantes. Con ello se contribuye a deslegitimar las instituciones, originando una serie de efectos perniciosos para nuestro sistema democrático que intentaremos desarrollar con detalle a continuación.

3.3.1. La caracterización del fenómeno de la corrupción

3.3.1.1. Concepto

El primer paso ineludible al abordar el problema que tratamos es precisamente el de obtener una definición certera de qué debemos entender por corrupción pública. Son incontables las definiciones que se han dado para tratar de acotar este concepto en la doctrina[497]. De entre ellas, nos parece interesante la formula que nos ofrece KJELLBERG, por ilustrativa.

Según el mismo, la corrupción es una quiebra de las normas legales o de las normas éticas no escritas —pero que disfrutan de apoyo social generalizado— relativas a cómo se debe ejercer el servicio público, para proporcionar de forma oculta servicios o beneficios a ciertos grupos o ciudadanos, con voluntad de ganancia directa o indirecta[498]. De dicha definición pueden extraerse cuatro tipos de actuaciones corruptas

[496] Debe hacerse notar que en este apartado nos referiremos en exclusiva a la modalidad pública de la corrupción. Nuestro legislador en la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, ha introducido en el artículo 286 bis el delito de corrupción entre particulares. En contra de tal posibilidad, CACIAGLI, M. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1996, p. 55.

[497] En la doctrina española vid, entre otros, NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España democrática*. Ariel. Barcelona, 1997. p. 7; MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Gedisa. Barcelona, 2002. p. 35; SABAN GODOY, A. *El marco jurídico de la corrupción*. Civitas. Madrid, 1991. p. 16…

[498] KJELLBERG, F. "Corruption as an Analytical Problem: Some Notes on Research in Public Corruption" Memorial article presentado en el *International Political Science Association XVIII World Congress*, Quebec 1-5 de agosto de 2000. Citado en VILLORIA, M. Y OSET, M. "La corrupción

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

posibles: En primer lugar, aquellas que infringen **normas legales** con el resultado de **beneficios directos** para el corrupto, bien sean estos inmediatos bien diferidos en el tiempo. Una segunda modalidad sería aquella en la que también se infringen **normas legales** como tales, pero el **beneficio es indirecto** para el corrupto, en la mayoría de casos será para su partido político. Los otros dos tipos de conductas son más difíciles de detectar y probar, y están conformadas por violaciones de **normas éticas** socialmente aceptadas, ya sea con **beneficio directo** para el corrupto, ya sea **indirecto.** Un claro ejemplo de las primeras sería la autorización *contra legem* de una determinada actuación urbanística a cambio de una cantidad, bien para el autorizante, bien para su partido. Una muestra de las segundas sería, por su parte, otorgar directamente un contrato público a cambio de financiación para el partido o de determinadas prebendas personales.

Otra definición de corrupción pública, de entre las múltiples existentes, es la que entiende por ella el uso ilegítimo de potestades públicas para el interés privado cuando este difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato de la Constitución[499].

En general, de todas las definiciones se deducen una serie de elementos comunes[500]:

- Una persona que ocupa una posición en una organización pública de la cual se derivan una serie de derechos o privilegios que deben ejercerse en pro de la colectividad.
- Un incumplimiento del deber de usar esos privilegios en beneficio de la comunidad otorgante de los mismos. Es decir, un abuso de la confianza otorgada, una deslealtad.
- Por último, del incumplimiento de ese deber se deduce para el ocupante del puesto un beneficio directo o indirecto, actual o futuro, el cual no está previsto entre los beneficios legítimos que otorga dicha posición. Será suficiente, no obstante, la tendencia subjetiva de obtener el beneficio, aunque éste finalmente no se logre.

urbanística: conceptos básicos", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. p. 22.
[499] SABAN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 16.
[500] Vid. VILLORIA, M. Y OSET, M. "La corrupción urbanística:..." cit. p. 25.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

No resulta ocioso precisar, además de lo ya dicho, que la corrupción no siempre será corrupción criminal o delictiva. Es común, como señala NIETO GARCÍA, el error de identificar corrupción con corrupción penal o afirmar que las únicas conductas corruptas son las que un juez ha afirmado en una sentencia condenatoria[501]. Sin embargo, nada impide que la corrupción contravenga únicamente la legislación civil o administrativa. Sólo cuando la violación del sistema legal resulte intolerable deberá intervenir el derecho penal. En algunos casos, incluso, ni siquiera será posible una sanción jurídica por no estar previstos los comportamientos en la legislación civil, administrativa o penal. En tales supuestos, la única responsabilidad posible será la política o el reproche social[502].

3.3.1.2. Percepción social del fenómeno

Una vez tenemos claro qué debemos entender por corrupción, no es muy complicado identificar en nuestro pasado reciente[503], lamentablemente, supuestos en el desarrollo de la actividad urbanística e inmobiliaria en los que las características comentadas se reflejan en mayor o menor medida. Es por ello que se ha creado entre la población de nuestro país una insana percepción negativa sobre la política. En la fase final del boom inmobiliario —año 2007—, cuando ya habían saltado a la palestra numerosos escándalos urbanísticos[504], el barómetro del Centro de investigaciones sociológicas (CIS) arrojaba una valoración negativa de la situación política muy superior a la de los años anteriores. En ese período, un porcentaje de la población en torno al 40% opinaba que la situación política era mala o muy mala y, en torno a un

[501] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 85; MALEM SEÑA, J. F. "El fenómeno de la corrupción", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 78.

[502] GONZALEZ, J. *Corrupción y justicia democrática*. Clamores. Madrid, 2000. p. 99.

[503] A pesar de que nos referiremos a nuestro pasado reciente, no puede dejar de puntualizarse que es un hecho incontestado el que la corrupción es un fenómeno consustancial a cualquier organización en mayor o menor medida. "*La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo*" ha aseverado el profesor NIETO GARCÍA. Vid. NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 7. Como señala LAPORTA, "la corrupción es algo que existe siempre, cualquiera que sea el sistema político y el tiempo en el que pensemos. Según los sistemas políticos, los contextos económicos o los distintos caldos de cultivo, la corrupción será mayor o menor, pero lo que se ha demostrado necio al tomar posición sobre el problema es negar que exista o pueda existir en alguna medida". LAPORTA, F. J. "La corrupción política: introducción general", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 19; así también, TORTOSA, J. M. *Corrupción*. Icaria. Barcelona, 1995. p. 17.

[504] Pueden observarse algunos de los más sonados en la Costa del Sol en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y GÓMEZ-CÉSPEDES, A. "La corrupción urbanística: Estrategias de análisis" [en línea], en *Revista Española de investigación Criminológica*, Vol. No. 6. p. 29 y ss. Disponible en la página web: http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano6-2008/a62008art5.pdf

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

70%, creía que en el año siguiente la situación política sería igual o peor, lo cual nos da idea del desengaño que atenazaba a la población en cuanto a la política[505].

En lo que se refiere específicamente a la corrupción, el informe global sobre la corrupción en España en 2007 de TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA corrobora que, entre los expertos, ejecutivos y empresarios, se ha venido produciendo un empeoramiento de la percepción de la corrupción en nuestro país. Así, el índice de percepción de la corrupción de esta agencia, conocido como CPI[506], sitúa a nuestro país en 2013 en el puesto 40 de más de 160 países[507] con una puntuación de 5,9[508]. Estos datos suponen la culminación de una senda descendente que se inició entre 2005 y 2006[509]. En tales años la puntuación de España pasó de un 7 a un 6,8, quebrándose de este modo la tendencia positiva que nos situaba desde 1996 en una continua mejora y, desde el año 2000, en una puntuación de 7[510].

La visión de los ciudadanos es más negativa aún que la de los expertos[511]. En el ámbito popular, desde los noventa, no se ha producido esa mejora de percepción que

[505] Vid. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS (CIS). *Barómetros de opinión del año 2007*. Disponible en la página web: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/2_barometros/depositados.jsp

[506] El CPI únicamente mide un concepto de corrupción de los que hemos señalado al principio de este apartado, concretamente, el incumplimiento de normas legales contra el soborno o el cohecho para beneficio directo o indirecto. Como puede observarse, el indicador no presta atención a la violación de normas éticas; no obstante, a pesar de sus limitaciones, da una información muy relevante sobre los supuestos más graves de corrupción.

[507] Vid. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2013. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2013/INDICE_IPC_2013.htm

[508] En este índice e "0" significa la percepción de una alta corrupción y "10" su opuesto.

[509] Vid. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2006. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2006/IPC_2006.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2007. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2007/IPC_2007.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2008. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2008/IPC_2008.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2009. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2009/IPC_2009.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2010. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2010/INDICE_IPC_2010.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2011. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2011/INDICE_IPC_2011.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2012. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2012/INDICE_IPC_2012.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción.* 2013. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2013/INDICE_IPC_2013.htm.

[510] VILLORIA MENDIETA, M. *Informe global 2007 sobre la corrupción en España* [en línea]. Transparency International España. Madrid, 2007. p. 3. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/Informe%20global%20sobre%20la%20CORRUPCIÓN%20EN%20ESPAÑA%202007.pdf

[511] Téngase en cuenta, no obstante, que las encuestas de TRANSPARENCY INTERNATIONAL miden exclusivamente "percepciones" de corrupción y, por tanto, las mismas —sobre todo en el caso del gran

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

acabamos de observar en el plano experto[512], centrándose la peor percepción en los partidos y el poder legislativo[513]. Tal situación contrasta, sin embargo, con su experiencia directa, ya que cuando son preguntados por la manifestación más concreta de la corrupción, el pago de sobornos, únicamente un 2% de la población responde de manera afirmativa en 2013[514]. Esta aparente contradicción puede hallar su causa en que los ciudadanos consideran corrupción no solamente el soborno, sino también aquellos actos en los que se incumplen compromisos éticos que la ciudadanía estima irrenunciables, como, por ejemplo, el no aprovechar el cargo para sí o para el partido, o la vocación de servir siempre al interés general, conceptos que no han sido respetados escrupulosamente en los últimos tiempos, especialmente en nuestro ámbito de estudio[515].

En definitiva, la situación es altamente preocupante en nuestro país, ya que, como señalan los informes de Transparency International, se ha asistido a un importante incremento de la percepción de que existe corrupción y de que ésta afecta a amplias estructuras del gobierno y de los negocios. Igualmente, se han generalizando los escándalos en relación a la corrupción en el nivel local de gobierno, en especial la vinculada al ámbito urbanístico[516]. A pesar de ello, la ciudadanía española no es muy

público— pueden estar distorsionadas por la importancia que otorguen los medios a las noticias referentes a este tema. A pesar de ello, una muy alta percepción de corrupción puede ser una pista válida de la existencia real de este fenómeno.

[512] VILLORIA MENDIETA, M. *Informe global 2007 sobre la corrupción*... cit. pp. 9-10.

[513] En los dos últimos barómetros de la corrupción, de 2013 y 2010, el nivel de corrupción percibido en los partidos políticos asciende a 4,4 puntos sobre 5, lo que supone un aumento de 0,5 puntos desde 2007.Vid TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Barómetro Global de la corrupción* 2013. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/Bar%C3%B3metro_Global_2013/Indice_Barometro_2013.htm; TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Barómetro Global de la corrupción* 2010. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/BAROMETRO%20GLOBAL%202010 /INDICE%20BAROMETRO%20GLOBAL%202010.htm.

[514] Vid. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Barómetro Global de la corrupción 2013.* p. 34. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/ Bar%C3%B3metro_Global_2013/Indice_Barometro_2013.htm. A pesar de lo bajo de esta cifra, no debe soslayarse el hecho de que en los barómetros globales anteriores, en especial el de 2010, el porcentaje ha llegado a ser del 5%. Vid. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Barómetro Global de la corrupción 2010…*cit. p. 29.

[515] Una documentada demostración del desconocimiento de estos valores en el ámbito urbanístico en nuestro país en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L; PRIETO DEL PINO, A. M; GÓMEZ-CÉSPEDES, A; STANGELAND, P; y VERA JURADO, D. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística. Un estudio de la Costa del Sol*. Instituto andaluz interuniversitario de criminología. Ed Tirant. Valencia, 2004.

[516] Es una posición común en la doctrina referente a la corrupción, la especial relación entre estos tres fenómenos: corrupción, nivel local de administración y urbanismo. En este sentido, afirma NIETO GARCÍA de manera ilustrativa "*donde la corrupción florece con mas bríos, donde esta como en su casa, es en los Ayuntamientos medianos y grandes. (...) Y si esto era así antes, ahora con el urbanismo ha aparecido en el cortijo un pozo de petróleo.*" NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p.133; en el mismo sentido URQUIZA MORALES, J. M. *Corrupción municipal. Por que se produce y como*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

crítica con el actual gobierno en esta materia y España es uno de los tres países de Europa donde los ciudadanos dan una puntuación más alta al gobierno en sus actividades de lucha contra la corrupción[517]. Con todo, todavía aproximadamente un 60% de la población está insatisfecho con la respuesta gubernamental, lo que exige mayores esfuerzos[518].

3.3.2. El surgimiento de la corrupción

Son variadas las condiciones que posibilitan el surgimiento de la corrupción. Un esfuerzo explicativo de primer nivel y de gran utilidad para comprender el surgimiento del fenómeno que estudiamos es el realizado por KLITGAARD. Según este autor, existen una serie de condiciones estructurales que crean un caldo de cultivo idóneo para el desarrollo de la corrupción. Tales condicionamientos estructurales aparecen en su llamada ecuación básica de la corrupción[519]. Según la misma:

Corrupción = monopolio del poder + discrecionalidad del poder – control del poder[520].

Es decir, a mayor existencia de espacios de concentración de poder y de amplitud discrecional en el ejercicio del mismo e, inversamente, menor control, será más probable que ciertas circunstancias puntuales catalicen la aparición de la corrupción. No es que esas condiciones generales aseguren su producción y sean sus causas directas,

---

evitarla. 2ª Ed. Almuzara.2005. p. 53. Tal hecho se explica a juicio de SANCHEZ MORON por la progresiva debilitación de los controles internos (funcionarios de habilitación nacional) y la práctica desaparición de los externos (control administrativo superior) en pro de una malentendida autonomía municipal. SANCHEZ MORON, M. "La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. pp. 200-201; En sentido opuesto, SABAN GODOY desmitifica el urbanismo como fuente de corrupción. Vid. SABAN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 39.

[517] No puede afirmarse, sin embargo, que dicha lucha sea en modo alguno una prioridad de nuestros gobernantes, como demuestra la demora en ratificar ciertos instrumentos internacionales contra la corrupción; así, hasta el año 2010 no se han ratificado los convenios civil y penal contra la corrupción del consejo de Europa. Esta falta de iniciativa era puesta de manifiesto en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. *Informe global 2009 sobre la corrupción en España* [en línea]. Transparency International España. Madrid, 2009. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/INFORME%20GLOBAL%202009%20y%20anteriores/GCR2009_spanish%20oK.pdf

[518] VILLORIA MENDIETA, M. *Informe global 2008 sobre la corrupción en España* [en línea]. Transparency International España. Madrid, 2008. p. 3. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/INFORME%20GLOBAL%202008/INFORME%20GLOBAL%20ESPAÑA%202008.pdf ; VILLORIA MENDIETA, M. *Informe global 2007 sobre la corrupción*... cit. p. 14.

[519] Cit. en LAPORTA, F. J. "La corrupción política…" cit. p. 27.

[520] Debe señalarse que hemos modificado el tenor literal de la ecuación simplificándola para adaptarla mejor a los objetivos del presente apartado. En el original la redacción era la siguiente: "*Corrupción = Monopolio de la decisión pública más Discrecionalidad de la decisión pública menos Responsabilidad (en el sentido de obligación de dar cuentas) por la decisión pública*." Igualmente, debe resaltarse el hecho de que, dado que la responsabilidad resulta precisamente de un control del poder, hemos utilizado este último término por ser más útil a efectos expositivos y sistemáticos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sino que, como decimos, aumentan sensiblemente la probabilidad de la aparición de prácticas corruptas, generando con ello un riesgo que no debe pasarse por alto. Veámoslas una a una.

3.3.2.1. El monopolio del poder

En lo que se refiere a este aspecto, es imprescindible analizar la cuestión de los partidos políticos y del protagonismo que tales agrupaciones han adquirido en nuestro sistema democrático.

En la actualidad, en sociedades tan densamente pobladas como las occidentales, es un hecho difícilmente contestable el que resultan complicadas formas de democracia no representativas[521]. Precisamente ésa es la razón de ser de los partidos políticos. Se trata, teóricamente, de grupos organizados en torno a una ideología que representan a diferentes segmentos de la población y que, mediante la deliberación racional con las demás organizaciones partidistas, deben llegar a soluciones que plasmen el interés general. Tal es la razón de su valor y de su reconocimiento constitucional. A pesar de ello, dichas organizaciones han experimentado una evolución que parece dar por cierta la fatal predicción weberiana de que "*quien hace política se entrega a las fuerzas diabólicas que rondan en torno a la violencia*"[522]. En efecto, desde el surgimiento de las democracias modernas, los partidos políticos, única posibilidad fáctica de acceso a la política, han ido tomando conciencia de dicha realidad y han ido abandonando paulatinamente su función de catalizadores de las opiniones de los ciudadanos para convertirse en los auténticos titulares del poder[523]. Los partidos han visto factible prescindir de las bases y de sus contribuciones[524] y se han convertido en maquinarias autónomas regidas por una burocracia que crece sobre sí misma y que desarrolla intereses propios orientados a su reproducción y expansión[525]. Tales maquinarias únicamente se relacionan con los ciudadanos en los periodos electorales, momento en el

[521] No obstante, la progresiva extensión de las TICs y su velocidad e inmediatez podrían empezar a dar argumentos en sentido contrario en un esperanzador futuro próximo.
[522] WEBER, M. "La política como profesión", 1976. cit. en GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*…cit. p. 31.
[523] Hasta tal punto ha llegado este protagonismo que numerosos autores hablan del "Estado de partidos" o de la "partitocracia" para referirse a nuestro sistema.
[524] Paradójicamente, gracias en gran parte a las suculentas subvenciones públicas que se les otorgan en virtud de su labor constitucional de representación política de esas bases a las que acaban traicionando.
[525] PRADERA, J. "La maquinaria de la democracia. Los partidos en el sistema político español", en LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S. (eds.) *La corrupción política*. Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 171.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

cual utilizan groseramente la participación ciudadana y los compromisos programáticos[526] como fuentes de legitimación para seguir ostentando su poder autárquico durante el subsiguiente periodo interelectoral. La lesión del principio de la representación es palmaria.

Dicho proceso ha llevado a que este sistema —la llamada partitocracia— sea en realidad una reinvención del caciquismo del siglo XIX en el siglo XX, como ha señalado NIETO GARCÍA. Para este autor, los militantes —generalmente deseosos de ver recompensada su militancia con un puesto público— saben perfectamente que no van a poder ser elegidos sino por la inclusión en una lista electoral[527] y que la retirada del apoyo por parte de la cúpula supone la salida de aquella y, consecuentemente, de la vida política al ser el partido el que, con total independencia de los ciudadanos, designa a los candidatos. Por tanto, el partido no tiene dificultad en gobernar a través de los hombres que previamente ha colocado en los órganos de gobierno públicos —los cuales constituyen su moderna clientela—, ya que estas personas deben su pan a quien los ha nombrado —el partido— y saben que, del mismo modo, pueden perder el puesto que les da de comer[528]. Estos sujetos, pues, no dudarán en realizar desde su cargo político las labores que el partido les demande con tal de mantenerse en su poltrona. De otro lado, el hecho de la profesionalización de los políticos no hace sino profundizar en esta lógica diabólica, ya que, al ser la política su principal medio de subsistencia[529], no les

[526] En cuanto al programa debe hacerse referencia a la progresiva desideologización que ha acompañado al proceso que relatamos. Los partidos han ido suavizando sus posturas ideológicas en pro de una mayor irradiación que asegure un éxito electoral más rápido. El mercado ha llegado de esta forma también a la competencia política y los partidos se convierten en una suerte de "grandes superficies" políticas en las que cualquier ciudadano puede encontrar la respuesta que busca para sus demandas políticas. Este nuevo partido "gran superficie" es lo que se ha denominado partido *catch all* por KIRCHHEIMER, aludiendo a su vocación de captar a todo el pueblo.

[527] Como recuerda PRADERA, el sistema español de lista cerrada potencia aun más a las cúpulas dirigentes frente a los votantes, ya que éstos no pueden personalizar —salvo para el senado— sus preferencias por candidatos individuales. El sistema de listas cerradas y bloqueadas, como es sabido, obliga a los votantes a elegir a sus representantes para el Congreso, los parlamentos autonómicos y los ayuntamientos entre unas candidaturas fabricadas o supervisadas por las direcciones centrales de las organizaciones que son presentadas como un hecho consumado e inmodificable. PRADERA, J. "La maquinaria de la democracia…" cit. p. 162. De otro lado, este sistema no asegura en nada, más bien al contrario, la calidad personal del candidato. Según URQUIZA, acceden a los cargos públicos demasiadas personas que no están preparadas, ni política, ni técnica, ni intelectual, ni moralmente. Según este autor, un reciente estudio sobre la gestión de ayuntamientos y diputaciones, editado y apoyado por la Junta de Andalucía, muestra que los políticos andaluces no están en condiciones óptimas para gestionar los asuntos públicos. Vid. URQUIZA, J. M. *Corrupción municipal*… cit. p. 60.

[528] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*…cit. pp. 23-24.

[529] Max WEBER afirma que los nuevos políticos "viven de la política" y no "para la política". Para estos nuevos políticos que vienen de las capas medio-bajas, en demasiados casos, la política es una

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

temblará el pulso a los representantes públicos cuando deban someter el interés general a lo que señale la cúpula partidista para continuar en la actividad que los mantiene a ellos y sus familias[530]. Es una cuestión de simple supervivencia en términos naturales.

Se llega así a una situación en la que los partidos se convierten en empresas "profesionales" de poder y en la que ya no hay independencia de los poderes públicos. La fundamental división de poderes del Estado es ficticia[531]. Las palabras del profesor SABÁN GODOY son elocuentes por sí solas: El poder ejecutivo es, "*no ya preponderante, sino casi único del presunto Estado de Derecho, y actúa, además, como origen del resto. El ejecutivo posee en exclusiva las claves técnicas del funcionamiento del Estado; de él parte la actividad legislativa que, en virtud de esas claves, se presume incontrolable; hacia él recaen las remisiones normativas que el mismo provoca y, cuando éstas no bastan, tiene la titularidad de la potestad reglamentaria; la decisión de oportunidad es de su competencia y, entre ellas, ocupa un lugar principalísimo el nombramiento de cargos que son decisivos para la suerte profesional de sus titulares. Por último, la actividad económica, (...), se encuentra de hecho sometida en gran medida a sus designios*"[532].

En virtud de este panorama, los partidos políticos no parecen tener ya como fin elevar a la categoría de legisladores a ciertas personas, sino el control del ejecutivo. El legislativo se convierte en un apéndice del gobierno adscrito a sus fines y las cámaras acaban por reducirse a un simple escenario donde representar grandilocuentes debates de cara a la palestra y donde dotar de legitimidad legal a las previas decisiones del ejecutivo manifestadas en la forma de proyectos de ley[533].

---

oportunidad de ascenso social y enriquecimiento. Vid. CACIAGLI, M. *Clientelismo, corrupción y*… cit. p. 75.

[530] SABÁN llega a equiparar este comportamiento con la inmoralidad de los líderes militares que organizan golpes de estado en los que "*aprovechan el efecto intimidatorio de las armas que el pueblo les confía para reprimir a ese pueblo en su propio beneficio.*" Como acertadamente apunta: el pueblo confía a los partidos mediante su voto la facultad de gobierno de sus intereses y el partido se apropia de éstos en su beneficio para poder mantenerse en el poder y seguir manejando lo ajeno en su beneficio. "*Es el grado máximo de engaño concebible en el marco de las relaciones de poder*". Vid. SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 97.

[531] URQUIZA, J. M. *Corrupción municipal*… cit. p. 33.

[532] SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 61.

[533] SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 65; Así tb. GONZÁLEZ, J. "*Corrupción y justicia*… cit. pp. 136-137.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Por su parte, el poder judicial tampoco es inmune a la influencia del ejecutivo. Su actuación se desenvuelve en el marco normativo que el gobierno diseña a través del legislativo y, además, sus altos órganos de gobierno son elegidos por las cámaras controladas por el ejecutivo. Junto a ello, este poder carece de autonomía normativa reglamentaria y presupuestaria, y, por último, tiene que enfrentarse a dos trabas significativas, la dependencia del ministerio fiscal del gobierno y la imposibilidad de ejecutar las sentencias en el orden contencioso contra la administración[534].

Todo este poder aguarda a aquel partido que consiga arribar a los puestos de gobierno y ello hace que estas organizaciones no escatimen esfuerzos ni recursos de ningún tipo para conseguir dicho objetivo. Tal empeño en acceder al poder acarrea una serie de gastos desorbitados (desde vastas campañas electorales "a la americana" hasta el mantenimiento ordinario de las abultadas maquinarias partidistas) que genera otro hecho no menos preocupante para el sistema democrático: el contacto de la política con el capital en busca de financiación.

En un contexto global neoliberal como el actual, la preeminencia del poder económico sobre el político es cada vez más evidente. "*El poder, más que político, es económico*[535]", se ha escrito[536]. En tal tesitura existe el peligro cierto de que los partidos políticos se "dejen querer" por los *señores del dinero*[537] para obtener las importantes cantidades que financien su continua lucha por el acceso al poder o por el mantenimiento en el mismo, objetivo fundamental de su existencia como acabamos de ver. Ello hace surgir la oportunidad de que estos señores del dinero obtengan políticas favorables a sus intereses a cambio de esa ayuda económica, haciendo pasar su propio interés por el general, con la connivencia y hasta el agradecimiento de los partidos financiados[538]. Se crea así una segunda red clientelar, esta vez externa al partido, que es el germen de la corrupción, ya que se convierte al Estado en un instrumento partidista que impide la búsqueda del interés general y que lesiona gravemente los principios de

[534] SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la…* cit. p. 66.
[535] GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las administraciones publicas*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006. p. 27.
[536] Esta afirmación puede comprobarse igualmente mediante la multitud de cambios normativos que en la actualidad son "exigidos" por los mercados. Entre ellos incluso una reforma constitucional.
[537] LÓPEZ CALERA, N. "Corrupción, ética y democracia", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 130
[538] URQUIZA, J. M. *Corrupción municipal…* cit. p. 19.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

igualdad y de representación[539]. Mucho más escabrosa resulta la situación si se tiene en cuenta que esos grandes entes económicos no se limitan a intentar imponer sus influencias a una única fuerza política, sino que ofrecen análogas ayudas a todos los partidos, determinando con ello sus programas de acción reales y dando lugar a una auténtica captura de la política[540], así como a una supresión efectiva de las alternativas posibles. Ello mata al sistema democrático, pues se acaba con el pluralismo político y con la esperanza de regenerar al sistema desde dentro mediante un cambio de opción. Si las opciones ofrecidas son iguales, se rompen las condiciones democráticas por muchas elecciones que se celebren y por muy reñidas que parezcan[541].

Se da lugar así a la aparición de una casta dirigente integrada por políticos y por empresarios privados que constituyen realmente un único "contubernio"[542], el cual se apropia de los resortes del poder, defraudando a los titulares originales del mismo, los ciudadanos. Como señala NIETO GARCÍA, el sistema democrático se caracteriza por la gestión del poder, lo cual excluye su patrimonialización por ningún sector. Sin embargo, lo que ha venido sucediendo es que ese poder, se ha patrimonializado por la casta política hecha una con los intereses económicos, la cual, a través de los distintos partidos, se va turnando en su explotación, convirtiendo al estado en un coto particular del que obtener ventajas. Además, para blindar su posición, esta casta se autoproclama defensora del interés democrático y utiliza sin escrúpulos la falacia de que quien discute su dominio está erosionando la democracia[543].

Toda la fenomenología reseñada acaba por privar a la política de su carácter de actividad participativa, abierta a todos los ciudadanos y orientada al interés general de la sociedad para convertirse en un mercado en el que partidos-empresa permutan votos por promesas electorales, reduciendo con ello al ciudadano a la mera condición de

[539] CACIAGLI, M. *Clientelismo, corrupción y*… cit. p. 50.
[540] MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción*…cit. p. 123.
[541] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 267.
[542] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 275
[543] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. pp. 268-272. Esta actitud nos recuerda a la de los sumos sacerdotes de la antigüedad. Estos personajes eran los únicos hombres habilitados para proclamar la palabra de los dioses, ya que eran los únicos que afirmaban poder conocer sus designios. En la actualidad, la casta política se ha autoerigido en una suerte de sacerdocio democrático. Ellos son los únicos capaces de captar la esencia democrática y transmitirla a la sociedad. No existe más democracia que la que ellos representan.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

consumidor político[544]. El ciudadano, así, es empujado a considerar a los políticos como algo distinto y distante a sí mismo[545] y a la política como un terreno alejado de su realidad donde sus inquietudes cotidianas no tienen cabida. De esta forma, el ciudadano se desmoraliza y se retira pacíficamente de la arena política dejando las manos libres a los políticos para que perseveren en su proceso de monopolización del poder[546]. Esta actitud aumenta la desconfianza hacia los demás y socava el valor de la solidaridad, de forma que las personas se preocupan sólo de aquello que les produzca cierta gratificación y sustituyen los criterios morales por el principio "primero yo", por la cultura del "sálvese quien pueda"[547]. El sistema, además, es blindado a través de la legislación, dificultando la presentación de candidatos no vinculados a un partido hasta hacerla casi imposible[548] o reduciendo a mera retórica la eficacia de la iniciativa legislativa popular[549].

---

[544] GONZALEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 134.

[545] URQUIZA, J. M. *Corrupción Municipal*… cit. p. 26; GONZÁLEZ PÉREZ nos muestra que esa especial consideración de los políticos es algo que ellos mismos han interiorizado. En este sentido, valgan las palabras que pronunció Indalecio Prieto en el debate en torno al suplicatorio para proceder contra José Antonio Primo de Rivera por reunión ilegal y tenencia de armas en 1934. "*Nosotros somos ciudadanos de una categoría distinta, con más deberes que el resto de los ciudadanos, pero también con más derechos que ellos, y no se ha de escandalizar la Nación por el hecho de que generosamente la Cámara exima de todas las responsabilidades de culpabilidad a un Diputado*". Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las*… cit. p. 57.

[546] TORTOSA, J. M. *Corrupción*… cit. p. 89.

[547] MALEM SEÑA, J. F. "El fenómeno de la…" cit. pp. 72 y 88.

[548] El profesor SORIANO, en *Democracia vergonzante y ciudadanos de perfil* (2002), ha señalado que la legislación electoral está concebida para los partidos. No existe una prohibición expresa para la presentación de candidaturas fuera de los partidos, pero un candidato aislado no puede hacer nada si no es dentro de una estructura de partido porque carece de la infraestructura material y técnica, los recursos humanos y la capacidad económica que poseen los partidos. Fuera del partido no hay posibilidad electoral para un candidato, pero dentro tampoco, a no ser que cuente con el favor de la élite que es la que hace las listas cerradas y bloqueadas, llave de acceso a cualquier cargo. Citado en URQUIZA, J. M. *Corrupción Municipal*… cit. p. 59

[549] URQUIZA señala muy acertadamente cómo el legislador ha convertido en ilusoria la posibilidad conferida por el artículo 87.3 CE de que los ciudadanos participen en la tarea legislativa cuando estimen que sus representantes políticos no son sensibles a sus demandas. Se ha negado la confianza al pueblo, condenándolo a una minoría de edad democrática permanente. En este sentido, se excluyen por principio determinadas materias sensibles (derechos fundamentales, tributos, asuntos internacionales, presupuestos, reforma constitucional), negando el hecho de que los ciudadanos pueden forjar sus propias convicciones de manera responsable al margen de lo establecido por la casta dirigente. De otro lado, se exigen al menos 500.000 firmas y la mesa del Congreso puede rechazar de plano las iniciativas porque versen sobre materias diversas carentes de homogeneidad o porque ya exista un proyecto o proposición de ley en el Congreso o en el Senado con el mismo objeto (nuevamente se prioriza la opinión política frente a la opinión popular). Como consecuencia de todo lo anterior, la iniciativa popular ha devenido impracticable en una sociedad articulada unilateralmente en lo político a través de los partidos, los cuales no sólo no colaboran, sino que obstaculizan la iniciativa a fin de que solamente su voz sea oída como única expresión posible de la voluntad popular. Vid. URQUIZA, J. M. *Corrupción municipal*… cit. p. 33. Esta situación, al menos en lo tocante al ámbito legislativo penal, es valorada positivamente por DIEZ RIPOLLÉS como un medio para evitar los arrebatos populistas. Ello no atentará en su opinión al criterio democrático siempre y cuando se garantice un adecuado tratamiento de la realidad social y un contacto

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En definitiva, con la monopolización del poder por parte de la casta política se produce una separación entre una minoría altamente politizada, encuadrada en los partidos y atrincherada en sus puestos dirigentes, y una amplia mayoría despolitizada, situada al margen de la vida pública y relacionada con el poder a través de la sumisión. Ello debilita profundamente los fundamentos del sistema democrático y hace que la defensa gremialista de los intereses particulares ocupe el lugar de la participación orientada hacia los intereses generales[550].

3.3.2.2. La discrecionalidad del poder

La discrecionalidad consiste *grosso modo* en un margen de actuación no reglado del que disponen ciertos órganos administrativos o de gobierno para llevar a cabo sus funciones. Tal mecanismo supone una cierta excepción al principio de legalidad; sin embargo, no debe pensarse que toda discrecionalidad es perversa per se.

Como indica GARZÓN VALDÉS, el sistema democrático está interesado en respetar la autonomía individual y los intereses particulares. Para ello, asegura un amplio margen de discrecionalidad de los decisores, a fin de que los mismos puedan ser flexibles y puedan tener en cuenta las circunstancias particulares y los intereses concretos de los ciudadanos en cada momento sin las rigideces y la necesaria generalidad de un texto legal. Ahora bien, no sólo deben tomarse en cuenta todos los intereses, sino que los mismos deben ser valorados equitativamente, es decir, debe procurárseles la mayor igualdad posible de oportunidades de influencia[551]. Aquí radica el mayor riesgo de la discrecionalidad. En tal sentido, deben tomarse especiales cautelas frente al riesgo efectivo de que ciertos grupos con especial potencia económica aprovechen la posibilidad democrática de influencia en el poder político para dirigir la discrecionalidad en su favor mediante el empleo, precisamente, de ese mayor poderío económico[552]. La discrecionalidad se presenta así como el medio idóneo para ejercer el poder ilegítimamente concentrado en manos de la casta político-económica sin levantar demasiadas sospechas.

---

significativo con los agentes sociales en la elaboración legislativa experta. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales.* Trotta. Madrid, 2003. pp. 49-50.

[550] PRADERA, J. "La maquinaria de la democracia…" cit. p. 172.

[551] GARZÓN VALDÉS, E. "Acerca del concepto de…" cit. pp. 59-60

[552] Se estaría utilizando en definitiva la discrecionalidad para contribuir a la monopolización del poder que ya hemos analizado.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La constatación de lo anterior permite explicar satisfactoriamente las actuales tendencias desreguladoras neoliberales. Con todo el desarme normativo que se postula se pretendería evitar soluciones jurídicamente tasadas para camuflar bajo el halo legitimador de la discrecionalidad democrática decisiones que defraudan corruptamente el interés general sin incurrir abiertamente en ilegalidades. En este sentido afirma NIETO GARCÍA que *la discrecionalidad es el mejor caldo de cultivo de corrupciones, puesto que no todos los administradores públicos están dispuestos a cometer una ilegalidad y, en cambio, parece muy fácil inclinar la discrecionalidad en el sentido que interesa al corruptor*[553].

El proceso relatado ha desembocado en una perversión de la discrecionalidad que transmuta a ésta en pura arbitrariedad, es decir, en un *acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho* del decisor[554]. Cuando se llega a este punto, se produce un desplazamiento del interés común y el titular del poder es el que distribuye a su antojo los bienes entre los ciudadanos sin atenerse a otro patrón que su voluntad. En este contexto, las personas o grupos de interés que necesitan los recursos otorgados por el poder y que no saben a ciencia cierta si los obtendrán porque no existe seguridad jurídica sobre los mismos, se ven empujados a congraciarse con el poder o a ser sumisos al mismo para obtener esas prestaciones que se reparten arbitrariamente[555].

Esto que comentamos tiene un fiel reflejo en el marco regulador del urbanismo. Con el sistema normativo que poseemos en la actualidad, el enriquecimiento de un particular está vinculado muy directamente a una decisión —en gran medida discrecional— de la administración[556]. Ello refuerza la presión sobre la misma y hace muy atractivos para quien tenga la capacidad económica para ello los intentos de extorsión. De igual manera, la posibilidad de los convenios urbanísticos de planeamiento es otro riesgo de primer orden en este aspecto. Mediante tales instrumentos se permite directamente a los particulares "tentar" a la administración con

[553] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 195.
[554] *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. 22ª Edición. 2001.
[555] Vid. CACIAGLI, M. *Clientelismo, corrupción y*… cit. p. 20.
[556] LÓPEZ CALERA apunta que una de las causas de las carencias morales de los políticos puede ser el exceso de potestades discrecionales. LÓPEZ CALERA, N. "Corrupción, ética y…" cit. p. 132; en el mismo sentido, GARZÓN VALDÉS, E. "Acerca del concepto de corrupción", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F. J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 53.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ciertas contraprestaciones para intentar obtener una decisión urbanística que les beneficie. La opacidad de estos acuerdos dificulta además saber si junto a la administración también se "tienta" personalmente a su representante.

3.3.2.3. El control del poder

El control puede definirse como las actuaciones de vigilancia y análisis de la acción de los poderes públicos que tienen por función comprobar si esta se ajusta a los fines preestablecidos, así como descubrir las posibles irregularidades que se cometan y abrir la vía a posteriores medidas de castigo, desmotivando igualmente a eventuales corruptores ante el riesgo de ser sorprendidos[557].

Existen diversos tipos de control, pero nosotros, a efectos expositivos, creemos oportuno clasificarlos en torno a dos grupos principales: el control formal o institucional y el control informal. El primer grupo está constituido por el control político, el control técnico-administrativo y el control represivo. El segundo, por su parte, está integrado, entre otros, por el control popular que se realiza a través de los medios de comunicación y a través de la necesaria transparencia de toda actuación pública.

A) El control institucional

i) El control político

Con este tipo de control se trata, al menos teóricamente, de que los miembros del parlamento fiscalicen la acción pública para comprobar que la misma se ajusta a los intereses generales y no a cualquier otro motivo particular ilegítimo o corrupto. Dicho control no es específico ni se limita a determinados procedimientos ni fases, sino que toma como objeto la totalidad de la actuación política. Por ello, tanto en las interpelaciones al gobierno como en la discusión de un proyecto de ley o de los presupuestos se lleva a cabo la función que comentamos[558]. Este control, al ser político, se caracteriza a su vez porque carece de un canon fijo y predeterminado de valoración, es decir, el juicio que se haga es libre y puede verse afectado por las circunstancias concretas que lo motiven y por la ideología de aquellos que lo lleven a cabo. El

[557] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 225
[558] MORA-DONATTO, C. *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político*. Cámara de Diputados, LVII Legislatura-UNAM, México, 1998. p. 33-34

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

resultado de la fiscalización, por último, no es una sanción directa, sino que la misma se difiere al momento en que los ciudadanos ejercen su derecho al voto en las elecciones. Si el ejercicio del control ha puesto de manifiesto una actuación desviada del gobierno, los ciudadanos —se supone— le retirarán su confianza para futuras legislaturas.

Un instrumento tradicional de este nivel de control son las comisiones parlamentarias de investigación. Las mismas son órganos políticos auxiliares del parlamento, de duración limitada, que tienen por objeto la investigación de unos hechos determinados para llegar a unas conclusiones en las que se declare si existe o no responsabilidad política de los implicados[559]. Tales comisiones pueden versar sobre cualquier asunto de interés público; no obstante, dada la división competencial y territorial que nuestra carta magna prevé, su ámbito no podrá exceder de las competencias atribuidas al parlamento ni de los órganos sometidos a su control y, por tanto, no podrá investigar por ejemplo, materias propias de las comunidades autónomas o de las provincias o municipios[560]. Para llevar a cabo sus funciones tienen atribuidas ciertas potestades como la de convocar ante sí a cualquier persona bajo apercibimiento de pena en caso de incomparecencia (art. 502 CP), así como la de consultar documentos y requerir información de todo tipo. En general, sus sesiones son públicas mediante la asistencia de los medios de comunicación acreditados (no del público en general), pero, en determinados supuestos, pueden llevarse a cabo sesiones secretas sin publicidad mediática e incluso con una escasa referencia taquigráfica en el diario de sesiones correspondiente.

A la vista de lo expuesto, el control político parece existir de una manera más o menos razonable. Sin embargo, lo que así aparece sobre el papel, en la práctica acaba desvirtuándose, limitando su operatividad real. Con frecuencia, ya desde el mismo origen, el objetivo del control político se pervierte. En muchos casos dicho objetivo no es la depuración política con el horizonte del interés general, sino que se utiliza el control como un arma política cuya única finalidad es desgastar al gobierno para

[559] Ello sin perjuicio de la posibilidad de poner los hechos en conocimiento del Ministerio fiscal, para que sea éste el que juzgue si es oportuno iniciar acciones judiciales penales.
[560] TORRES MURO, I. "Artículo 76", en *Comentarios a la Constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. p. 1438. No obstante, MORA-DONATTO sí que admite que las comisiones puedan versar sobre cuestiones autonómicas cuando las mismas afecten al "interés público" por atañer a dos o más comunidades. Vid. MORA-DONATTO, C. *Las comisiones parlamentarias de…* cit. p. 153 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

acceder al poder en su lugar. Se logra con ello una perversión de la figura que la deslegitima a los ojos de la sociedad y le resta en eficacia y resultados.

Las comisiones de investigación, aunque puedan ser propuestas por las minorías en la oposición[561], van a ser aprobadas finalmente por la mayoría de la cámara[562]. Ello favorece que el partido mayoritario, que se encuentra en el poder —y que va a ser el investigado generalmente—, las más de las veces haga imposible su constitución o inútil su funcionamiento. Según NIETO GARCÍA, sólo se suelen permitir aquellas comisiones que estén convenidas políticamente y en las cuales existe un condenado de antemano que es denostado públicamente con el fin de aliviar la presión de la "caldera política". Los ejemplos de Mario Conde o de Rubio son buena muestra de ello[563]. Para evitar esta circunstancia, algunos autores proponen la obligatoriedad de la creación de la comisión de investigación a instancia de cualquier grupo minoritario, como ocurre en Alemania con muy buenos resultados[564].

Por lo demás, en lo que se refiere a las facultades de las comisiones, las mismas distan mucho de ser perfectas.

En cuanto a la capacidad de solicitar información a la administración, no siempre se consigue obtener toda la necesaria para llevar a cabo un control serio y eficaz. Las palabras de SOLÉ TURÁ son ilustrativas: "*la capacidad misma de control que podamos tener, por ejemplo, en las comisiones y no digamos ya en las comisiones de encuesta, depende fundamentalmente de la buena voluntad del gobierno o de la administración, o de los "enchufes" que cada partido tenga en la propia administración; es decir, de la capacidad de obtener información, que siempre será*

[561] Lo cual es lógico, ya que es la oposición la que mayor interés tendrá en el control político al gobierno y en que se depuren las responsabilidades políticas oportunas. En este sentido MORA-DONATTO, C. *Las comisiones parlamentarias de*… cit. p. 71.
[562] En la actualidad, en el supuesto de que lo solicite un quinto de los diputados, la proposición estaría en manos de 70, que es un número razonable, pero la decisión la ostentarían 176 diputados.
[563] Vid. NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 225
[564] Vid. por todos MORA-DONATTO, C. *Las comisiones parlamentarias de*… cit. pp. 142-143. Para esta autora, debiera ser suficiente para convocar una comisión de investigación la solicitud de 50 diputados (1/7 de la cámara) o de un grupo parlamentario. Con ello, se obtendrían dos resultados positivos. Por un lado, se exige del gobierno y de la mayoría parlamentaria —que le apoya o le es afín— precaución, atención y un autocontrol permanente respecto de todas sus actividades y, por otro, la oposición minoritaria deberá ser también muy prudente en el empleo de las mismas a fin de que la opinión pública las acoja con seguridad y con expectativas de que las mismas aclararán las posibles irregularidades que se hayan podido cometer en el ámbito de actuación del gobierno. Con el diseño planteado, las comisiones se convierten en un arma muy potente en manos de las minorías, cuya "potencia" dependerá de la inteligencia con que las mismas aprendan a emplearlas.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

parcial evidentemente, pero nunca tenemos una información global de manera autónoma. Y esto es algo que repercute tremendamente en nuestra capacidad de control."[565]. La situación se complica aún más cuando la información versa sobre determinadas materias reservadas o secretas.

En lo que atañe a la posibilidad de llamar a las personas a declarar, la facultad se agota en que dichas personas se personen y declaren, pero no se les exige juramento como ocurre en Francia[566]. En este mismo contexto, no faltan voces que aconsejan, si bien no la equiparación a las facultades judiciales como se ha hecho en otros países de nuestro entorno (*v. g*. Portugal), sí una ampliación de las posibilidades de las comisiones de investigación, aunque sea con mediación judicial, a otras técnicas como el registro domiciliario, las inspecciones, etc., a fin de que dichas comisiones ostenten todos los poderes necesarios para cumplir efectiva y eficazmente su cometido[567]. Si este paso hacia delante no se da, estos instrumentos, que tantos resultados positivos pueden aportar al sistema democrático y a la lucha anticorrupción, quedarán ciertamente minusvalorados.

Como puede deducirse de lo expuesto, la práctica hace que —lamentablemente— el control político sea poco más que nominal y, en muchos casos, rechazado tanto por las mayorías como por las propias minorías, llegando a hacer del mismo un ámbito casi fraudulento hacia la colectividad[568].

ii) El control administrativo

Este control es el que realizan los propios órganos de la maquinaria administrativa y es, por tanto, un control interno al sistema que, de realizarse como debiera, reduciría a mínimos los fenómenos corruptos. Además, desde el punto de vista de las consecuencias, es un control de mayor entidad que el que acabamos de ver, puesto que conlleva resultados y responsabilidades que van más allá de las meras valoraciones políticas y puede dar lugar a sanciones o imposibilidades de actuación.

[565] MORA-DONATTO, C. *Las comisiones parlamentarias de*… cit. p. 161.
[566] En la actualidad, esta crítica debe hacerse con la boca pequeña, ya que, aunque sigue sin existir una previsión legal del juramento, el apartado 3 del art. 502 CP castiga al que faltare a la verdad ante una comisión parlamentaria. Ello puede entenderse como un concluyente sustitutivo del juramento.
[567] MORA-DONATTO, C. *Las comisiones parlamentarias de*… cit. p. 159
[568] GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las*… cit. p. 120.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Un primer instrumento *sui generis* de este tipo de control es el Tribunal de cuentas[569]. Este órgano ostenta una doble función. En primer lugar, se ocupa de la fiscalización externa de la actividad económica financiera del sector público. En dicho apartado, se dedica a la verificación de que la actividad de los órganos públicos en esta materia se ajusta a los principios de legalidad, eficiencia y economía. En segundo lugar, es también tarea suya el enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; esto es, juzga la responsabilidad de las personas que, con dolo, culpa o negligencia graves, hayan causado algún menoscabo a los caudales públicos que debían velar[570].

Según NIETO GARCÍA, "*durante siglos ha dormitado este tribunal con los ojos deliberadamente cerrados ante todo lo que pudiera perjudicar al rey y al gobierno. Un puesto en este organismo es uno de los cargos más codiciados del aparato estatal y en los últimos años los beneficiarios eran conscientes de lo que de ellos se quería y aceptaban que no eran nombrados para controlar sino para tolerar*". No obstante —a decir del mismo autor—, sería injusto negar que el Tribunal ha puesto de manifiesto en el ejercicio de sus funciones en numerosas ocasiones que las cuentas públicas adolecen de falta de claridad y que se cometen infracciones, abusos o prácticas irregulares en la inversión o aplicación de los fondos públicos. El problema es que siendo un instrumento técnico de las cortes, su función se limita a informar a éstas del resultado de sus comprobaciones, de tal manera que, por muy graves que sean sus acusaciones, el congreso (en manos de los partidos mayoritarios) puede darles carpetazo sin dificultad[571].

Junto al Tribunal de cuentas, resultan asimismo dignas de mención en este apartado la inspección y la intervención administrativas[572].

La inspección es un tipo de control administrativo que no actúa permanentemente ni de manera automática, sino que es una actuación que se centra en órganos o procedimientos concretos ante sospechas de irregularidad.

[569] La calificación de *sui generis* obedece a que este órgano depende de las cortes generales y no del ejecutivo y, por tanto, es difícil tildarlo de control interno. No obstante, es el máximo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del estado y, por ello, en virtud de esta labor de control económico, nos parece oportuna su inclusión en este apartado a pesar de su distinta vinculación orgánica.
[570] URQUIZA, J. M. *Corrupción Municipal*… cit. pp. 97-98.
[571] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 228.
[572] En su análisis nos adherimos a NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. pp. 229-232.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A pesar de que dispone de una información mucho más próxima y completa de la que podrá disponer un juez *a posteriori*, su eficacia es limitada porque sólo se activa si lo ordena el superior correspondiente, de modo que, si éste pretende ocultar un caso de corrupción, no requerirá la actuación de la inspección. De otro lado, su función es exclusivamente informativa o reveladora, remitiéndose los resultados obtenidos al superior, el cual podrá archivarlos sin más cuando le interese, por graves que sean los hechos puestos de relieve por el servicio.

La intervención, por su parte, es un servicio que existe en todos los organismos públicos, el cual se encarga, entre otras funciones, de fiscalizar con carácter previo las órdenes de pago y los expedientes de gasto de dichos entes. Cuando una autoridad ordena un pago, la intervención comprueba que el mismo es legal y que hay fondos suficientes para cubrirlo. Igualmente debe verificar en el caso de los pagos que el servicio o el bien de que trae causa dicho pago se ha realizado o entregado efectivamente.

Si este sistema funcionara correctamente, sería muy difícil que un solo céntimo se empleara de forma ilegal, sin embargo, las autoridades corruptas se encargan de mermar la efectividad del servicio saturándolo de trabajo, relajando la disciplina o, incluso, aunque en casos aislados, introduciéndolo en la propia trama corrupta.

Un ejemplo particular que refleja esta deliberada relajación en el control administrativo es la situación que encontramos en el nivel local de administración. En este ámbito, era tradicional el control de los funcionarios de habilitación nacional; sin embargo, su actuación se ha ido devaluando hasta hacerlos inoperantes en muchos casos. Con la excusa de la autonomía local, el legislador ha desmontado prácticamente los controles al nivel local de gobierno. De este modo, alcaldes elegidos democráticamente se han convertido en auténticos déspotas que deben rendir muy pocas cuentas[573].

En lo que se refiere a los secretarios, su función de asesoramiento legal ha quedado reducida a la emisión de informe previo no vinculante cuando lo solicite el alcalde o un tercio de concejales, cuando se trate de asuntos que exijan para su aprobación una mayoría especial o cuando lo exija un determinado precepto legal.

[573] URQUIZA, J. M. *Corrupción Municipal*… cit. p. 93 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Igualmente ha desaparecido el deber de advertencia de ilegalidad. De este modo, se producen numerosas ilegalidades en expedientes administrativos sin que el secretario haya tenido la oportunidad de intervenir para oponer los reparos oportunos. Si a todo lo anterior unimos el dato de que el puesto de secretario puede ser cubierto hoy en día por el sistema de libre designación, se concluirá en la escasa virtualidad de este filtro para impedir actuaciones desviadas.

Si nos fijamos en la intervención el panorama tampoco es muy esperanzador. La ley excluye de intervención previa los gastos de material no inventariable, los contratos menores, los de carácter periódico, así como otros gastos menores de 3.005,06 euros que se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija. Por otra parte, el pleno puede acordar limitar la intervención previa a comprobar simplemente si existe crédito presupuestario y a que las obligaciones o gastos se generan por órgano competente[574]. Al margen de estas cuestiones, en el desarrollo de su función el interventor se limita a formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo que sea. Si el órgano a que afecte el reparo no está de acuerdo, resolverá la discrepancia el alcalde con el riesgo que ello conlleva. Otra tara del sistema de intervención consiste en que el reparo no suspende la tramitación del expediente, ya que ello fue suprimido por la ley de haciendas locales con la excusa de acelerar las obras e inversiones. El efecto de esta supresión ha sido nefasto después de años de experiencia.

Lo que acaece con el control interno, como hemos podido ver en la serie de ejemplos planteados, se ha calificado por NIETO GARCÍA como "*contraorganización*". El gobierno se encarga de hacer prácticamente ineficaces las instituciones de control existentes y, con ello, se desmotiva y se desestimula a sus titulares ante el panorama de la inutilidad de sus esfuerzos. En tal contexto se dificultan, por pura desazón, los esfuerzos de dichos funcionarios por mejorar la organización en que trabajan[575].

iii) El control represivo

Bajo esta denominación se pretenden abarcar aquellos mecanismos estatales con los que se responde coactivamente a los actos desviados de personas situadas en una

[574] Vid. art. 219 del Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales.
[575] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 231.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

determinada posición de poder o pública, y se intenta deshacer la conducta ilegítima llevada a cabo.

Este tipo de control se ha de llevar a cabo, en principio, desde la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la instancia natural de control de la actividad administrativa desviada. No obstante, esta jurisdicción choca con obstáculos a la hora de desarrollar la función que tratamos e, incluso, se le puede acusar de no ser demasiado diligente en ciertas ocasiones[576]. Así, por ejemplo, muchos actos administrativos en los que se confunden intereses públicos y particulares son aparentemente conformes a la legalidad. Otras veces, las actuaciones ilegales generan beneficios ilegítimos para algunos, pero no producen un perjuicio directo a nadie y se quedan sin recurrir[577]. Además, a todo ello hay que unir obstáculos como la tradicional exigencia contencioso-administrativa de un acto formal sobre el que pronunciarse[578] o la presunción de validez de las actuaciones administrativas[579].

Desde el punto de vista de la exigencia de responsabilidad de los agentes el panorama tampoco es reconfortante. En muchos casos, dicha responsabilidad se analiza en un cotexto competencial de fuerte discrecionalidad, de modo que para afirmarla se exige una actitud acreditadamente dolosa o negligente[580]. De otro lado, resulta llamativa la distinción entre políticos y funcionarios. Mientras que para éstos últimos existe un régimen disciplinario general, para los políticos, únicamente en la ley de altos cargos de la nación (LAC), se establece un régimen de sanciones, el cual es de mucha menor gravedad que el de los funcionarios, pese a que las consecuencias de sus incumplimientos son más graves[581].

---

[576] Un ejemplo real y palpable de esta poca diligencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito urbanístico puede constatarse en DIEZ RIPOLLES, J. L; GOMEZ CESPEDES, A. y AGUILAR CONDE, A. *Los Merinos norte. Fenomenología de un macroproyecto urbanístico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. pp. 92-94. Vid. tb. sobre el particular, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L; PRIETO DEL PINO, A. M; GÓMEZ-CÉSPEDES, A; STANGELAND, P; y VERA JURADO, D. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística…*cit.

[577] SÁNCHEZ MORÓN, M. "La corrupción y los problemas…" cit. p. 204

[578] A pesar de que en la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa se contempla también la posibilidad del control de la vía de hecho, como señala GONZÁLEZ, acreditarla exige una indagación en el terreno psicológico que resulta de muy difícil prueba. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las*… cit. p. 118.

[579] SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 78.

[580] SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 77.

[581] Las faltas más graves de los funcionarios se castigan con el traslado de residencia, la suspensión de funciones y hasta con la separación del servicio en los casos muy graves. Por el contrario, las sanciones previstas para los políticos consisten en la declaración y publicación en el BOE del incumplimiento de la ley y la imposibilidad de ser nombrado para altos cargos *a posteriori* durante un periodo de entre tres y

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Así las cosas, el grueso de este control se lleva a cabo por el derecho y la jurisdicción penal[582], pero su labor no está tampoco exenta de problemas.

Uno de los primeros obstáculos con los que se encuentra es la dificultad de delimitar los actos estrictamente políticos. Tradicionalmente, ha existido una reticencia judicial a conocer de actos que se tilden como tal con el argumento de que sólo el control político es el adecuado para su fiscalización. Como consecuencia de ello, tal calificación se utiliza por los corruptos como una simple excusa para evitar en la medida de lo posible la responsabilidad por actos que sólo responden a una finalidad estrictamente económica o para encubrir errores o comportamientos delictivos[583].

Otro escollo en la actuación judicial penal frente a la corrupción viene dado por las inmunidades políticas[584]. Esta institución, consagrada por la constitución en su artículo 71, impide el encausamiento y la inculpación de los representantes electos en tanto la cámara correspondiente no haya emitido la debida autorización. Del mismo modo, impide la detención a no ser que se trate de supuestos de flagrancia. El fundamento de la misma obedece a razones históricas de protección del parlamento frente al monarca absoluto, que han ido perdiendo peso desde el surgimiento del parlamento liberal hasta convertirse hoy en día en un instrumento que, sin demasiada justificación, inmuniza al poder político frente a la acción de la justicia. Esta realidad se ha intentado cubrir decorosamente con el principio de separación de poderes, aduciendo que protege a los parlamentarios de los procedimientos judiciales para asegurar su libertad e independencia y para evitar que se obstaculice por motivos políticos la

diez años. Si se tiene en cuenta además que el órgano competente para incoar el procedimiento sancionador es el consejo de ministros si el infractor es miembro del gobierno o secretario de estado, y el Ministerio para las administraciones públicas en los demás casos, a los que se reserva asimismo la competencia para la imposición de sanciones, no causará sorpresa la ineficacia de este régimen sancionador. Vid GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las*… cit. p pp. 119-120. En este contexto es de destacar la necesidad, puesta de manifiesto por LAPORTA, de sancionar o separar con celeridad mayor y más alcance simbólico a los responsables y agentes públicos de mayor rango. Según este autor, los sacrificios de personal de alto nivel son necesarios, ya que nada mata más y más rápidamente la confianza pública que la creencia en que el esfuerzo anticorrupción se dirige solamente hacia aquellos que están por debajo de un cierto nivel en la sociedad. LAPORTA, J. "La corrupción política…" cit. p. 33.

[582] GONZALEZ no duda en advertir de que un planteamiento que resida todo el control de la corrupción en el derecho penal es "*desastroso para la funcionalidad del conjunto y provocara, junto con su inflación e ineficacia, una sensación general de impotencia y fatalismo*" que llevará, en definitiva, a una mayor corrupción. Vid. GONZALEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 208. Esta situación, no obstante, parece estar empezando a mejorar últimamente, según ponen de manifiesto DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y GÓMEZ-CÉSPEDES, A. "La corrupción urbanística: Estrategias..." cit. p. 29 y ss.

[583] GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. pp. 209-210.

[584] Vid. in extenso GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. pp. 293-299.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

participación de los representantes en la formación de la voluntad popular. Sin embargo, la misma puede cobijar abusos originados en la circunstancia de que los integrantes de un órgano son a la vez juez y parte de sus propios actos. Precisamente por ello el Consejo de Europa se pregunta si esta figura sigue teniendo sentido, especialmente respecto de parlamentarios bajo sospecha de corrupción[585]. En todo caso, parece lógico que la inmunidad, por su propio fundamento, no debería abarcar ni la investigación del supuesto delito, ni el enjuiciamiento del mismo, ni siquiera la ejecución de la eventual pena pecuniaria y de la correspondiente responsabilidad civil, sino únicamente la privación de libertad, ya sea cautelar o punitiva, o la pena de inhabilitación para el cargo. Ante tal panorama, no es aventurado afirmar que la misma supone un privilegio —del que carecen los miembros de los restantes poderes del estado— que constituye una "*burla del espíritu constitucional y una flagrante contradicción con el conjunto de principios y valores de nuestra carta magna*", y que no puede ocultar la inaceptable premisa en la que halla basamento: "*los legisladores, dada la sublime función que les ha sido confiada, se sitúan al margen de la ley y quedan exclusivamente sometidos al juicio de la política*"[586].

La propia naturaleza garantista del derecho penal también conlleva ciertas dificultades a la hora de controlar las conductas corruptas. En primer lugar, la rigidez exigida por el principio de tipicidad impide a veces captar de forma aceptable la polimórfica actividad desviada de los servidores públicos[587]. Del mismo modo suele ser difícil probar fehacientemente la relación de causalidad entre la desviación de poder y el soborno (porque este no aparece) o entre el enriquecimiento y la desviación de poder (que suele hacerse a través de terceras personas en vez de directamente por el beneficiado)[588]. El derecho penal se muestra así en general poco ágil para el control de conductas ilícitas que se desarrollan en la delgada línea entre la legalidad y la ilegalidad, la cual es el terreno propio de las conductas corruptas[589].

[585] Igualmente, desde foros internacionales de cierto prestigio se reclama la supresión de esta institución. Es el caso de la llamada Declaración de París (www.parisdeclaration.org), la cual se firmó en junio de 2003 en la Universidad de la Sorbona por un grupo de jueces, abogados, profesores universitarios y otros representantes de diversos estamentos sociales. Vid. URQUIZA, J. M. *Corrupción Municipal*… cit. p. 20.
[586] GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 298.
[587] En ese sentido, SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 69.
[588] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. pp. 219-222
[589] SABÁN GODOY, A. *El marco jurídico de la*… cit. p. 75.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La dependencia del Ministerio fiscal con respecto al gobierno supone otro lastre a las posibilidades de control del poder político. Así, la actitud disciplinada del fiscal lo aparta de su fuente última de legitimación (la sociedad) y lo convierte en agente tutelar de unos intereses generales que son establecidos e interpretados de manera exclusiva por el ejecutivo. De este modo, la defensa de la legalidad que está llamado a realizar el Ministerio fiscal se convierte en ocasiones en la protección de la política. Ello conlleva un riesgo de desactivación de las causas por corrupción que no es insignificante y que supone un obstáculo a la operatividad de este medio de control[590].

Para concluir, no puede dejarse en el tintero la importante barrera que supone el propio freno del poder a la acción de la justicia en materia de corrupción[591]. Así, en algunos casos, se intenta mermar la eficacia de los jueces dotándolos de muy escasos medios materiales; en otros, se les dificulta el acceso a determinados documentos oficiales, se les satura de trabajo hasta que les resulta casi imposible desenvolverse[592], etc. En definitiva, se trata nuevamente de medidas de contraorganización. Como señala NIETO GARCÍA, el gobierno es el gran interesado en que la corrupción no sea perseguida, ya que, al cometerse forzosamente por quienes ostentan el poder, habrá de responder en último término el ejecutivo, por lo que se tiende a ocultarla y, llegado el caso, a intentar esquivar el castigo correspondiente[593].

Esta situación en lo que se refiere al control se puede enmarcar en lo que PRIETO DEL PINO ha denominado muy agudamente "*derecho penal del amigo*". Es decir, se transforma el instrumento punitivo en un tigre de papel frente a personas de determinada posición social, económica o política. Se hacen completamente inservibles las normas previstas para reprimir la corrupción mediante la interposición de múltiples obstáculos legales y mediante la dejadez jurídico-política en su aplicación[594]. Ello da lugar a una sensación de impunidad que no deja de constituir otra causa del

[590] Vid. GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. pp. 278-286
[591] Vid. NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. pp. 214-218.
[592] Dicha situación trae causa en muchas ocasiones de la saturación de los tribunales inferiores con asuntos referentes a seguridad vial, tráfico menor de drogas, violencia doméstica, etc.
[593] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 207.
[594] Vid. PRIETO DEL PINO, A. "Aspectos criminológicos y político criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol", en *Corrupción y urbanismo*. *Cuadernos penales José María Lidón, nº 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008. p. 105.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

asentamiento de la corrupción[595]: la percepción de que quien comete una de estas irregularidades no recibe una gran reprobación social y puede quedar completamente impune[596].

B) El control popular

i) Los medios de comunicación

Los medios de comunicación son fundamentales en una democracia para que la población se mantenga informada sobre la realidad política y para que, a partir de dicha información, pueda juzgar de manera razonada y coherente la labor de los representantes políticos y actuar en consecuencia en su participación pública. Para ello es necesario que los media pongan a disposición de la población información veraz de modo que sean éstos los que sea ésta la que saque sus propias conclusiones, creándose así una opinión pública seria, responsable y autónoma que ejerza efectivamente ese control popular o difuso al que nos referimos.

La deseable situación descrita, sin embargo, no se da siempre en nuestra realidad social cotidiana. Existen ciertos hechos distorsionadores que, en no pocos casos, impiden a los medios cumplir con la importante función que les hemos asignado. En primer lugar, no puede olvidarse que los principales medios de comunicación son grandes empresas y que, en el actual contexto capitalista, su función informativa se ha supeditado con cierta frecuencia a la producción de beneficios. Como consecuencia, la

[595] Alude también a la impunidad como causa de la corrupción MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción*… cit. p. 126.

[596] En este sentido, el Instituto andaluz interuniversitario de criminología (sección Málaga) ha observado que las multas urbanísticas no tienen el efecto disuasorio deseado sobre los infractores y que existe una inaplicación generalizada de la demolición de construcciones en todos los casos. Con ello se fomenta la convicción de que, una vez finalizada la construcción, todas las irregularidades en que se haya incurrido van a poder ser legalizadas. Igualmente se constata una intencionada dejadez en la inspección urbanística, así como el recurso a los convenios urbanísticos para "allanar legalmente el terreno" todo lo que se pueda. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L; PRIETO DEL PINO, A. M; GÓMEZ-CÉSPEDES, A; STANGELAND, P; y VERA JURADO, D. Prácticas ilícitas en la actividad...cit. p. 233. Muy peligroso a estos efectos resulta la aprobación del Decreto 2/2012, de 10 de enero, por el que se regula el régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la comunidad autónoma de Andalucía, ya que el mismo reafirma esa percepción a la que se acaba de aludir. Vid. a este respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "Sólo era un espejismo", en Diario SUR. 12 de marzo de 2011. Otro ejemplo más de esta impunidad manifiesta en el ámbito urbanístico nos lo muestran YUS y TORRES, los cuales ponen de manifiesto una práctica relativamente común de los ayuntamientos de la Axarquía malagueña para evitar la subrogación de la Junta de Andalucía en la potestad sancionadora ante la pasividad municipal. Dicha práctica consiste en abrir efectivamente expedientes sancionadores a las obras ilegales y luego dejarlos caducar conscientemente o, incluso, modificar sus normas urbanísticas para dar cobertura legal al hecho. Vid. YUS, R. y TORRES, M. A. Urbanismo difuso en suelo rustico. Deterioro ambiental y corrupción en la provincia de Málaga (el caso de la Axarquía). Gabinete de estudios de la naturaleza de la Axarquía (GENA-Ecologistas en acción). Málaga, 2010. pp. 443-455.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

información referida a las prácticas corruptas, cuando sale a la luz, se presenta de una forma sensacionalista y poco matizada, a fin de obtener la mayor atención de la audiencia y poder mantenerla durante el mayor tiempo posible. Esto es, se suele presentar en forma de escándalo.

El escándalo político puede definirse como una reacción de la opinión pública contra un agente político al que se considera responsable de una conducta que es percibida como un abuso de poder o una violación de la confianza social sobre la que se basa la posición de autoridad que mantiene, y que busca estigmatizar a dicho agente dotándolo de un status moral inferior[597]. El problema de esta clase de reacción es que la misma no surge naturalmente de la población, sino que es auspiciada por los propios medios de comunicación en función de sus intereses[598]. Los medios en muchos casos no se comportan —como sería deseable— como meras instancias de recepción y difusión de acontecimientos, sino que añaden a la difusión elementos que hipertrofian determinados sucesos o que omiten detalles. Se da lugar así a una percepción de la realidad transfigurada e interesada[599]. En la actualidad, aunque sea la prensa escrita la que da comienzo a estos escándalos[600], los mismos acaban difundiéndose al gran público a través de la televisión, en la que, constreñida a unos tiempos muy reducidos, la imagen se impone a la palabra. Ello produce la sustitución de la reflexión interna por una conciencia colectiva dada externamente y construida a partir de la mera apariencia, la cual acaba convirtiendo a los escándalos en un producto prefabricado, preparado, dosificado y especialmente presentado[601].

A lo anterior se une el efecto pernicioso consistente en que los medios, en su lucha por los índices de audiencia, emprenden una competencia en pos del escándalo rentable, ya que el efecto escandaloso necesita cada vez de mayores estímulos para

[597] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. "Posibilidades y límites del escándalo político como una forma de control social", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 298.
[598] La doctrina especializada apunta que los medios de comunicación no reflejan pasivamente la opinión pública existente, sino que actúan como sus conformadores activos a través de la llamada "mediación cognitiva". Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. "Posibilidades y límites del escándalo…" cit. p. 304 y ss._; Así tb ARROYO MARTÍNEZ, L. "Fábulas y fabuladores. El escándalo político como fenómeno de los medios de comunicación", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ÁLVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 336; GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*…cit. p. 181
[599] GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*…cit. p. 188; ARROYO MARTÍNEZ, L. "Fábulas y fabuladores…" cit. p. 356.
[600] ARROYO MARTÍNEZ, L. "Fábulas y fabuladores…" cit. p. 339.
[601] GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*…cit. p. 191.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

mantenerse[602]. Lo que hoy llama la atención mañana es indiferente. Como tal escalada no puede mantenerse indefinidamente, acaba por producir en la población hastío e incluso indiferencia ante el problema de la corrupción[603].

Por último, un problema que no puede dejar de mencionarse por su gravedad, es el de la manipulación política de los escándalos. Como señala GONZÁLEZ, las élites políticas se encuentran presentes en los consejos de administración de las empresas de comunicación y desde ahí ejercen influencias partidistas en la programación y los intereses de los medios en un contexto de interdependencia y mutua cooperación[604]. El escándalo se convierte en una pieza más de la encarnizada lucha política por el poder en el improvisado escenario de los medios de comunicación; una suerte de artificio teatral tendente a crear entre la población un determinado estado de opinión favorable políticamente[605]. De este modo, los escándalos parlamentarios raramente carecen de una clara motivación política. En muchas ocasiones, se orquestan con el fin de destruir políticamente a un personaje o para desprestigiar a su partido e, incluso, se pueden llegar a utilizar tácticamente como cortinas de humo para prevenir ataques a personajes u objetivos más importantes. Un síntoma de esta manipulación política la ostensible proliferación de los escándalos en los períodos electorales. Los escándalos se convierten en armas arrojadizas con las que los partidos pretenden descalificarse hasta que llega un punto en que toda la clase política queda desprestigiada. A decir de NIETO GARCÍA, para la clase política, sin embargo, esto es un mal menor ya que nadie sufre dicho desprestigio de forma particular y, por lo tanto, no existen desventajas en la cita electoral, que es lo "realmente importante". "Mal de muchos, consuelo de tontos" que diría el sabio refranero español[606].

Como puede observarse, los escándalos acaban constituyendo una lucha entre las élites políticas, las cuales definen de forma distinta lo ocurrido para tratar de inclinar de

[602] Según la ley de Fechner-Weber, los estímulos han de crecer en progresión geométrica para que las sensaciones lo hagan de forma aritmética. Vid. http://www.e-torredebabel.com/Psicologia/Vocabulario/Ley-Fechner.htm
[603] NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 57; en el mismo sentido, GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 195.
[604] GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 181.
[605] GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 192.
[606] Vid. NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. pp. 57-59; en el mismo sentido respecto al desprestigio general de la clase política. Vid. ARROYO MARTÍNEZ, L. "Fábulas y fabuladores…" cit. p. 356.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

su lado a la opinión pública mediante la creación de un clima de opinión propicio[607]. En este juego de las élites, la opinión pública juega únicamente un papel pasivo que, aunque fundamental, no va más allá de dejarse convencer por la versión de unos o de otros con olvido de la realidad material de los hechos que han dado lugar a todo el proceso[608]. El individuo, lejos de ser el centro del sistema, se convierte una vez más en su instrumento[609] y se produce así una perversión la forma de control popular que analizamos.

ii) La transparencia y publicidad de la actuación pública[610]

La transparencia general, el pluralismo de las fuentes y una información abierta a cualquier destinatario producen indudables efectos positivos. Por una parte se incrementan las posibilidades de detección de irregularidades, desincentivando con ello las tentaciones corruptas. Por otra, esa multitud de "jueces" dificulta y contrarresta las posibilidades de manipulación de los hechos por sectores interesados[611]. Este tipo de control, por tanto, es de los más eficaces para mantener a raya debidamente al poder y para limitar las manifestaciones corruptas, pero, precisamente por ello, las élites políticas se afanan en dificultarlo y obstaculizarlo utilizando medios de decisión no públicos, limitando los datos o debates que se publican oficialmente, impidiendo el acceso de los particulares a ciertos datos, etc.

Un ejemplo de esta obstaculización es la proliferación del secreto oficial, el cual sirve como refugio a los agentes del poder con el argumento de la defensa de los intereses generales. Un tipo de este secreto es el llamado "de estado", el cual, con la excusa de la supervivencia y seguridad estatales, puede ayudar a camuflar el ejercicio del poder en contra de los principios del pacto social. Se abre así la puerta a la corrupción, blindando al poder frente a la sociedad, la cual queda relegada a la

[607] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. "Posibilidades y límites del escándalo…" cit. p. 307
[608] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. "Posibilidades y límites del escándalo…" cit. p. 317. En el mismo sentido señala ARROYO MARTINEZ que esta forma de operar da lugar a disfunciones de polarización dado que simplifica hechos complejos limitando su significado a un mero enfrentamiento personal o institucional que no parece tener más sentido que la oposición en sí misma. ARROYO MARTÍNEZ, L. "Fábulas y fabuladores…" cit. p. 344. Subraya asimismo el papel pasivo de la ciudadanía GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 192.
[609] GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 194.
[610] Con este título nos queremos referir al control consistente en el acceso directo de la población a la actuación de los organismos que regentan el poder sin el filtro previo de los medios de comunicación. Dicho acceso se produce a través de los boletines oficiales, diarios de sesiones, publicaciones de acuerdos, debates, etc.
[611] LAPORTA, F. J. "La corrupción política…" cit. p. 32.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

condición de espectadora pasiva de cualesquiera abusos. Con ello se esfuma toda posibilidad de fiscalizar y controlar a quienes deciden en nombre de los integrantes de la nación[612].

A nivel particular en el ámbito del urbanismo son habituales la opacidad en la tramitación administrativa[613] y la falta de apego de la administración a los principios de buen gobierno predicados, entre otros lugares, en el Libro blanco sobre la gobernanza de la Comisión Europea[614] (transparencia, participación, rendimiento de cuentas, eficacia y eficiencia, y coherencia). Las dificultades en acceder a la información pública y lo técnico del ámbito urbanístico limitan de una manera importante las posibilidades de fiscalización por el grueso de la población y hace más fácil el disimular las actuaciones desviadas[615]. A ello se une el uso de ciertos instrumentos que facilitan ese secretismo, de los cuales el ejemplo característico es el convenio urbanístico[616], al cual ya nos hemos referido en varias ocasiones.

3.3.2.4. Otras causas puntuales o circunstanciales de la corrupción urbanística

Además del clima general propicio para el surgimiento de la corrupción que otorgan las características estructurales acabadas de analizar, en nuestro ámbito concreto de estudio pueden identificarse también una serie de condiciones que constituyen catalizadores de la aparición de la corrupción, es decir, circunstancias que, en un medio favorable para ello, determinan el surgimiento final del fenómeno en un ámbito particular.

Una de las principales causas particulares —en nuestra opinión la determinante— es la importancia económica que ha adquirido la actividad constructiva en nuestro país[617]. Como tuvimos ocasión de analizar *supra*, la actividad urbanística española ha

[612] Vid. GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. pp. 210-211.
[613] Una valoración sobre este aspecto a partir de una serie de casos reales la encontramos nuevamente en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L; PRIETO DEL PINO, A. M; GÓMEZ-CÉSPEDES, A; STANGELAND, P; y VERA JURADO, D. *Prácticas ilícitas en la actividad*...cit. p. 229 y ss.
[614] JIMÉNEZ HERRERO, L. y LÓPEZ HERNÁNDEZ, I. "Desarrollo sostenible y urbanismo", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. p. 95.
[615] Vid. YUS, R. y TORRES, M. A. *Urbanismo difuso*… cit. p. 448.
[616] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L; PRIETO DEL PINO, A. M; GÓMEZ-CÉSPEDES, A; STANGELAND, P; y VERA JURADO, D. *Prácticas ilícitas en la actividad*...cit. p. 229.
[617] DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y GÓMEZ-CÉSPEDES, A. "La corrupción urbanística: Estrategias..." cit. p. 7 y ss. Según LAPORTA, la magnitud económica de las consecuencias de la decisión a tomar, o el efecto de creación de riqueza de la misma, constituyen un poderoso estimulo a la corrupción entre el agente

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estado marcada por un componente desarrollista y especulativo que ha conseguido que se pervierta profundamente el propio concepto de planeamiento urbanístico. Se ha dado lugar a unos procesos de creación de ciudad imparables, guiados casi exclusivamente por espúreos intereses económicos que han hipertrofiado el sector hasta límites poco sostenibles y lo han convertido en el motor indudable de nuestra economía reciente. En dicho contexto, a pesar de ser considerada una función pública, el planeamiento, y no sólo la ejecución material de la ciudad mediante actividades de urbanización y construcción de edificios ha, quedado en su mayor parte en manos de la iniciativa privada, reservándose la administración exclusivamente la dirección "nominal" del proceso[618].

Todo este potencial económico ha servido rápidamente de polo de atracción para capitales ajenos al mundo de la construcción interesados en obtener beneficios cuantiosos e inmediatos, y ello es un caldo de cultivo inmejorable para la corrupción[619]. Esos poderosos capitales especulativos, en muchos casos no demasiado limpios, no dudarán en intentar conseguir unas políticas favorables a sus intereses que les aseguren la rentabilidad de sus inversiones mediante la presión económica, sea sobre los políticos y gestores del urbanismo a nivel personal, sea sobre los partidos en los que éstos se inscriben[620].

Otra de las causas que han posibilitado el desarrollo de la corrupción urbanística es la participación directa o indirecta de la práctica totalidad de los agentes sociales en los beneficios de este urbanismo atroz, lo que incita a seguir alimentando el sistema y a normalizarlo socialmente[621]. En este contexto, las empresas obtenían grandes beneficios

público y el particular. Ello explicaría sobradamente el anidamiento de la corrupción en nuestro urbanismo en la situación de boom inmobiliario. LAPORTA, F. J. "La corrupción política…" cit. p. 26.

[618] Utilizamos el adjetivo "nominal" porque, en la mayoría de los supuestos, la dirección a la que nos referimos no ha ido más allá de la mera titularidad de la misma, observándose en la administración una actitud de complacencia ante cualquier actividad promotora, cuando no un decidido apoyo a cualesquiera proyectos urbanísticos sin atender a su ajuste o no al debido interés general. Vid al respecto el interesante estudio de un caso real en DIEZ RIPOLLES, J. L; GOMEZ CESPEDES, A. y AGUILAR CONDE, A. *Los Merinos norte. Fenomenología de*… cit.

[619] FERRÁNDIZ MAGAÑA, J. P. y LÓPEZ VALDÉS, F. "Visiones de profesionales y expertos", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. p. 31; GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. p. 12.

[620] En tal sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L; PRIETO DEL PINO, A. M; GÓMEZ-CÉSPEDES, A; STANGELAND, P; y VERA JURADO, D. *Prácticas ilícitas en la actividad urbanística*… cit. p. 102.

[621] Este fenómeno entronca directamente con la indiferencia o doble moral que algunos autores achacan a la ciudadanía. Para GONZALEZ PEREZ, "*ese mismo ciudadano que postula airado contra la corrupción, es incapaz de respetar las señales de tránsito, de mantener limpias las ciudades o de*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

y los propietarios de viviendas miraban encandilados cómo el valor de su propiedad no paraba de aumentar[622]. No había muchas razones para poner coto al fenómeno, especialmente en los niveles de gobierno, los cuales también se beneficiaban electoralmente por el desarrollo que este modelo producía. Ello los ha llevado a fomentarlo abiertamente con desastrosas consecuencias de todos conocidas.

Junto a las anteriores, otros acicates de la corrupción urbanística han sido la presencia de actividades de delincuencia organizada vinculada de algún modo a la actividad urbanística, el rápido crecimiento de la población, el asentamiento de población extranjera, la presencia de población transeúnte, las insuficiencias financieras locales, etc.[623].

3.3.3. Riesgos que comporta la corrupción para el sistema democrático

Una vez hemos arrojado luz sobre el conjunto de factores que han potenciado el desgraciado protagonismo de la corrupción urbanística en nuestro país en los tiempos recientes, es hora de abordar en esta última parte una clase de efectos que, en muchas ocasiones, quedan eclipsados por los daños medioambientales y sociales directamente ocasionados con el resultado urbanístico de la acción corrupta. Nos referimos a los riesgos de un modelo corrupto para las instituciones y la propia democracia, base última de nuestra sociedad[624].

El modelo urbanístico especulador, corrupto, desarrollista y poco participativo en que se ha desenvuelto nuestro país ha conllevado, entre otros efectos funestos, una muy

entender que si desea un buen funcionamiento de los servicios públicos debe pagar impuestos" GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las…* cit. p. 40; en similar sentido LÓPEZ CALERA, N. "Corrupción, ética y…" cit. pp. 128-129. Mucho más ácido es NIETO GARCÍA, el cual afirma que "*la sociedad española no se asombra de la corrupción política porque ella misma esta corrompida hasta los huesos. (…). La sociedad española no se escandaliza de las corrupciones políticas porque no considera aberrantes tales conductas. Para el corrupto la corrupción de los demás no merece reproche alguno. El español medio está identificado con el corrupto pues percibe que este obra como obraría el mismo si se encontrara en la misma situación*". NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España…* cit. p. 55. Sin llegar al juicio radical de NIETO GARCÍA, consideramos que esta situación se da en mayor o menor medida, pero la misma trae causa, más que de una especial condición de los españoles, de la situación de anomia en que estos pueden encontrarse ante la percepción de una corrupción generalizada. Sobre el concepto de anomia volveremos en profundidad *infra*. Una posible explicación histórica a la indolencia patria la encontramos en SABAN GODOY, A. *El marco jurídico de la…* cit. p. 103 y ss.

[622] FERRÁNDIZ MAGAÑA, J. P. y LÓPEZ VALDÉS, F. "Visiones de profesionales y..." cit. p. 33;

[623] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y GÓMEZ-CÉSPEDES, A. "La corrupción urbanística: Estrategias... cit.

[624] NIETO GARCÍA, en su línea fatalista, ha afirmado la imposibilidad lógica del sintagma democracia corrupta y que, por tanto, "*donde hay corrupción no puede haber democracia*". NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España…* cit. p. 263

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

perniciosa acentuación de las desigualdades sociales en derechos y en saberes[625]. Se ha dado lugar a un negocio fácil y enormemente lucrativo para algunos, mientras que para una gran mayoría se cerraba la puerta a derechos básicos como el de la vivienda, reduciendo con ello a meras declaraciones programáticas derechos recogidos en nuestra carta magna.

Desde la perspectiva de la igualdad en el tener, la política corrupta incrementa la desigualdad de ingresos y la pobreza[626], ya que las personas próximas a los dirigentes se beneficiarán de las actividades públicas, obteniendo con ello cuantiosos beneficios económicos a expensas del resto de la población[627].

En lo que se refiere a la igualdad en el poder, un contexto de corrupción, como ya hemos analizado, también coloca en posiciones de monopolio a ciertos sectores sociales frente al grueso de la población[628], sin que sea posible exigir responsabilidad por los actos de aquellos de manera eficaz. Esto es lo que se conoce como la captura del estado, es decir, los individuos corruptores aprovechan su poder, influencias, amistades, etc. para condicionar la acción de una determinada agencia pública mediante la instalación de personas afines en los cargos clave del organismo controlado. De esta forma, como puede constatarse, la corrupción mina los procesos democráticos en cuanto a representación e igualdad[629]. Asimismo, se perjudica la transparencia del proceso político ya que, cuando la corrupción es un factor determinante de las políticas

[625] VILLORIA, M y OSET, M. "Efectos de la corrupción urbanística sobre la democracia", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. p. 154.
[626] TORTOSA, J. M. *Corrupción…* cit. p. 23; en este sentido, LAPORTA apunta que la corrupción distorsiona la asignación eficiente de bienes, introduce externalidades negativas, rompe la confianza económica, mina los criterios de merito y economía, crea castas de buscadores de rentas fáciles, desvía recursos hacia actividades improductivas, etc. LAPORTA, F. J. "La corrupción política..." cit. p. 24.
[627] Vid al respecto la "anécdota" introductoria que cita NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España…* cit. p. 5
[628] Según GARZON VALDES, la corrupción crea lazos de cooperación entre todos los beneficiarios del sistema de la corrupción, lo que da lugar a "camarillas" a través de las cuales se produce una distorsión de los criterios de decisión impuestos por el sistema normativo, sobre la base de relaciones de reciprocidad excluyentes. GARZÓN VALDÉS, E. "Acerca del concepto de…" cit. p. 49; VILLORIA MENDIETA, por su parte, afirma que con la corrupción se generan actores privilegiados a los que se garantiza una posición relevante en la toma de decisiones que no es fruto del apoyo popular ni de la coincidencia de sus intereses con los mayoritarios, sino de la utilización de métodos fraudulentos para garantizarse un beneficio inmerecido. VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción política*. Ed. Síntesis. Madrid, 2006. p. 256.
[629] MALEM SEÑA indica que cuando el gobierno toma alguna medida en cumplimiento de un pacto corrupto se dejan de lado las preferencias de los votantes. Se decide porque así lo ha dispuesto el corruptor. Esto implica que el derecho que tienen todos los ciudadanos a ser tratados con igual consideración y respeto y a que sus preferencias valgan por igual no se cumple. De este modo, la idea de autogobierno colectivo desaparece. MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción…* cit. p. 121.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

adoptadas, una de las primeras manifestaciones es la opacidad de las decisiones para dificultar en la medida de lo posible el control político sobre las mismas[630]. Tal aumento de la opacidad da lugar a su vez a una trivialización de la política[631] y a un favorecimiento del clientelismo[632]. Se ataca así directamente a una de las características definitorias de la democracia como tal.

Finalmente, se llega a una situación de desigualdad en los saberes, es decir, se crea un sentimiento de inseguridad y de dominación internalizada que acaban instalando la anomia en la sociedad[633]. La anomia alude a una situación psicológica 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. Se genera un estado de profundo malestar social y se produce un incremento de la tendencia a la violación de las normas ante el cual las instituciones se muestran impotentes. Se llega así a instaurar una "cultura de la desconfianza" que conlleva grandes riesgos para el funcionamiento democrático[634].

Los escasos niveles de confianza social generan un bajo capital social[635] que dificulta la implicación y participación políticas. Las personas dejan de preocuparse por

[630] Para justificar las acciones políticas se han de invocar razones que sean persuasivas para todos. Para ser aprobadas, dichas razones han de ser conocidas y defendidas en la arena pública. Sin embargo, la corrupción exige que se oculten las verdaderas razones por las que se toman ciertas decisiones, tergiversándolas o impidiendo los debates en torno a las mismas. MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción*… cit. p. 122.

[631] La corrupción sustrae de la agenda publica aquellas materias que forman parte de la transacción ilegitima, las cuales se llevarán a cabo sin dialogo político. Además se pone en riesgo también el principio del pluralismo político, ya que los medios económicos ejercen sus influencias frente a todos los partidos y, por lo tanto, determinan sus programas de acción efectivos, destruyendo así la competitividad política y las alternativas reales. MALEM SEÑA. F. J. *La corrupción*… cit. p. 123.

[632] La corrupción hace inútil la prohibición constitucional de mandato imperativo, ya que los representantes ejecutarán exclusivamente las órdenes de ciertos representados, precisamente de aquellos que más han contribuido a sus campañas o a sostener el partido al que pertenecen. MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción*…cit. p, 121.

[633] La "*anomia boba*" que diría NINO. Citado en LAPORTA, J. F. "La corrupción política…" cit. p. 24.

[634] Esta podría ser la situación a la que se ha llegado en España, ya que la desconfianza generalizada hacia los demás en nuestro país es de más del 60% y la participación política tanto convencional como no convencional es una de las más bajas de los países desarrollados. Según el barómetro del CIS de enero de 2007, el 65% de los encuestados afirmaron que, normalmente o casi siempre, todas las precauciones son pocas a la hora de tratar con gente y el 70% está de acuerdo con la afirmación de que "los políticos no se preocupan mucho de lo que piensa la gente como yo". Igualmente es sintomático de esta situación el que en el barómetro de este organismo de enero de 2008, un 70,6% de los encuestados (1,7 puntos más que hace un año) compartían la aseveración de que "esté quien esté en el poder, siempre busca sus intereses personales**".** Vid. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS (CIS). *Barómetros de opinión*. Enero de 2008. Barómetro n° 2749.
http://www.cis.es/cis/opencms/-Archivos/Marginales/2660_2679/2672/e267200.html

[635] El capital social puede concebirse como el conjunto de características de la organización social que pueden mejorar la eficiencia de la sociedad al facilitar las acciones coordinadas. El capital social da lugar

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

el control sobre la política y el gobierno, reduciendo la calidad de la democracia a sus mínimos nominales: la mera emisión periódica del voto[636]. Se retrae asimismo la acción colectiva de control y la exigencia de honradez al poder. Por último, la desconfianza genera también permisividad social ante la corrupción, a partir de la creencia de que no merece la pena ser honrado o de que todos haríamos lo mismo si pudiéramos[637].

Otro efecto muy perjudicial de la corrupción para la democracia desde un punto de vista político es la deslegitimación de las instituciones. Al dejar de garantizar las reglas del juego, las instituciones pierden su credibilidad y comienzan a generar la desconfianza que alimenta todo el proceso. De este modo, el sistema democrático sufre un profundo descrédito y la carrera política deja de considerarse una vocación de servicio para convertirse en un ámbito en el que lucrarse personalmente[638]. Se llega así a un escenario de decadencia institucional y a una profunda distorsión de las instituciones de gobierno que fomentan aun más esa anomia social de la que ya hemos hablado. El mayor problema en estos casos es la propia falta de voluntad política para acabar con el problema, ya que quienes poseen el poder político no pretenden cambiar un sistema del que son los máximos beneficiarios. Como puede observarse, se acaba cayendo en un círculo vicioso de ingobernabilidad y destrucción de las bases de la convivencia en el que la corrupción engendra más corrupción. Este círculo vicioso solo puede hallar su fin si la clase política y las élites sociales se embarcan en la reconstrucción de la integridad política[639]. En situaciones como esta es real el riesgo de salvadores o iluminados que, con el pretexto de acabar con la corrupción imperante, impongan soluciones totalitarias que el pueblo, hastiado por la corrupción, reciba sin grandes reparos[640].

En resumen, en el ámbito político, la corrupción genera una dinámica pública alejada de las necesidades sociales en la que los más débiles resultan los más

a extensas redes de asociaciones voluntarias y potencia un círculo virtuoso en el que se genera confianza, la cual permite generar más redes. Tales redes estimulan el buen gobierno por su control del mismo.

636 Vid. NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España*… cit. p. 265.

637 VILLORIA, M y OSET, M. "Efectos de la corrupción urbanística sobre..." cit. p. 156. Vid al respecto, la interesante explicación de la corrupción acudiendo a la teoría económica del "dilema de prisioneros" que ofrece MALEM SEÑA, J. F. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Gedisa. Barcelona, 2000. pp. 126-129; del mismo parecer, TORTOSA, J. M. *Corrupción*… cit. p. 86.

638 Según LÓPEZ CALERA, "*la corrupción política, más aun cuando llega a ser mera delincuencia común, está promoviendo una crisis de legitimidad en el estado social y democrático de derecho (...). Las gentes se quejan —y con razón— de los políticos, pero terminan quejándose del Estado a quienes esos políticos dicen representar*". LÓPEZ CALERA, N. "Corrupción, ética y…" cit. p. 131.

639 VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción*… cit. p. 279.

640 En tal sentido, vid. TORTOSA, J. M. *Corrupción*… cit. p. 89; MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción*… cit. p. 127.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

perjudicados, ya que estas actuaciones sustraen dinero público que podría emplearse en políticas sociales. Se articulan oligarquías que capturan al Estado, manipulan la formulación de políticas y configuran nuevas reglas del juego para su propio beneficio. Cuanto más se deteriora el sistema, los incentivos para la captura del Estado son mayores, pues los beneficios son más evidentes y más fácilmente alcanzables y menor la reacción social ante los mismos.

Además del daño a la democracia que produce la corrupción, y que hemos puesto de relieve hasta ahora, la corrupción también incide negativamente en otros muchos aspectos. De entre ellos consideramos interesante destacar su incidencia en la ruptura del pacto intergeneracional[641].

En el ámbito urbanístico muchas decisiones se han tomado sin pensar en las generaciones futuras y en la sostenibilidad. En España se ha generado una ideología de la "*crecimanía*"[642] en la que impera la idea de que cuanto más se construya, cuanto más se urbanice, mejor. No obstante, no está claro que eso vaya a beneficiar a las generaciones futuras, las cuales se encontrarán una pérdida de bienestar y calidad de vida, así como de capital natural con respecto a la generación presente. Tal cultura del crecimiento a toda costa está claramente impulsada por la voluntad de obtener el máximo beneficio económico en el menor tiempo posible, al decir de algún autor, por una *clara voluntad de rapiña rápida que esquilma recursos naturales, sociales y culturales*[643]. En un sistema como el descrito, las personas involucradas en el entramado corrupto se ponen de acuerdo para construir cómo y dónde sea con tal de obtener suculentos ingresos a costa del medio ambiente y la calidad de vida de las generaciones futuras.

El desprecio del modelo urbanístico corrupto por el pacto intergeneracional puede observarse también en el ámbito ya analizado de la emancipación juvenil. Como ya hiciéramos mención, un sistema basado en la especulación y animado por la corrupción, hace subir el precio del suelo de tal manera que el precio de la vivienda deja de ser razonable e impide el acceso a una vivienda digna a aquellos jóvenes que desean emanciparse. La generación que adquirió su vivienda antes de los años del boom

[641] Así tb. YUS, R. y TORRES, M. A. *Urbanismo difuso*…cit. p. 227.
[642] VILLORIA, M y OSET, M. "Efectos de la corrupción urbanística sobre..." cit. p. 152.
[643] VILLORIA, M y OSET, M. "Efectos de la corrupción urbanística sobre..." cit. p. 153.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

inmobiliario y de la burbuja son los que han obteniendo todos los beneficios de la especulación y del abuso medioambiental, a costa de la dificultad de la siguiente generación para acceder a un bien básico y para sobrevivir en un mundo sobreexplotado que ha superado en mucho la capacidad de carga de los ecosistemas. Como afirma Manuel VILLORIA, la corrupción ha generado un entorno moral en el que ni siquiera somos capaces de mostrar solidaridad con nuestros hijos; de ahí que sea imposible que la tengamos con generaciones futuras.

Debe aclararse, de cara a evitar posibles equívocos, que la ruptura del pacto intergeneracional puede darse también en un modelo carente de corrupción por completo. Si hemos aludido a dicha ruptura es porque la corrupción multiplicará la magnitud de la misma, ya que desposee al sistema de cualquier consideración moral o ética, frente a las puramente económicas y referentes al beneficio particular. Por ello debe considerarse a la corrupción como un factor de riesgo que potenciará las consecuencias negativas de un urbanismo salvaje, permitiendo que éste se desboque cada vez más.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

3.4. Las interacciones entre la ordenación urbana, las relaciones sociales, el delito y la inseguridad en las ciudades

3.4.1. La ciudad y el fenómeno urbano

La ciudad, tal cual la entendemos hoy en occidente, tiene su origen en la ciudad medieval. En ella surge la figura del mercado como un centro que aglutina en torno a sí las actividades comunes y las relaciones sociales. En dicho contexto, se inicia una forma de relación social característica. Se van a producir una serie de contactos someros, voluntarios y fugaces entre individuos que no tienen entre sí más lazos que la confianza e identidad mantenida durante el breve lapso de tiempo que dura la interacción comercial. Tal forma de relacionarse se contrapone claramente a la existente en las sociedades rurales tradicionales, en las que la confianza se establece en función de un conocimiento personal exhaustivo y duradero[644].

3.4.1.1. Las primeras concepciones sobre la ciudad

Esta nueva forma de relación da lugar originariamente a una "*percepción gris*" de la ciudad que concibe a ésta como fría y en cierta manera hostil. En dicha línea de pensamiento encontramos posturas sociológicas como las de SIMMEL, MILGRAM o WIRTH.

Para el primero, el habitante de la ciudad se encuentra ante un ambiente donde la desconfianza y el desconocimiento dan lugar a relaciones marcadas por la indiferencia, el aislamiento y el conflicto. Se genera así en las personas una actitud *blasé*[645] (indiferente o hastiada) que tiene como consecuencia una interacción social distante, utilitarista y sin implicaciones afectivas; una actitud de reserva y desconfianza que refuerza el desinterés hacia los demás.

MILGRAM sostiene el llamado "modelo de la sobrecarga". Esta aproximación parte de SIMMEL y atribuye ese carácter urbano utilitarista y frio a una estrategia adaptativa para afrontar la sobreestimulación del ambiente urbano. El sistema cognitivo

[644] FERNÁNDEZ RAMÍREZ, B. "El medio urbano", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002. p. 262.
[645] Vid. SIMMEL, G. "The Metropolis and Mental Life", en *Cities and society* (Eds. HATT, P. K. y REISS, A. J.). Free press. New York, 1905.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

humano tendría una capacidad limitada frente a una demanda ambiental excesiva, de tal forma que la atención se centra únicamente en los estímulos más importantes[646].

Para WIRTH, la ciudad es una" localización permanente, relativamente extensa y densa, de individuos socialmente heterogéneos"[647]. Dicha definición encierra una serie de características negativas. Cuanto mayor es la ciudad, más amplia es la diferenciación social, lo que debilita los lazos comunitarios y los reemplaza por mecanismos de control formal. Asimismo, la multiplicación de las interacciones debida al aumento del tamaño produce rasgos de la personalidad como el anonimato, la superficialidad, el carácter transitorio de las relaciones sociales, la anomia y la falta de participación. La *densidad* refuerza la distancia interpersonal, ya que, cuanto más próximo se está físicamente, más distantes son los contactos. Se produce como consecuencia de todo ello una yuxtaposición en lugar de una coordinación, que desemboca en el salvajismo individual y la agresividad. Por último, la *heterogeneidad* produce una importante movilidad social que hace que la pertenencia a los grupos no sea estable sino transitoria, dando lugar al predominio de la asociación (basada en la afinidad racional y egoísta de intereses) sobre la comunidad. Todo ello da lugar a una fuerte desorganización de la personalidad que conduce a las más variadas patologías sociales como la delincuencia, el suicidio, la corrupción, la locura…[648]

3.4.1.2. La ciudad como núcleo social: el contacto y la complejidad como sus elementos definitorios

Las aproximaciones pesimistas al fenómeno urbano han ido perdiendo peso paulatinamente y estudios posteriores han demostrado que la ciudad posee una vida social tan rica, positiva y saludable como la de las sociedades tradicionales, la cual se desenvuelve intensamente en los ámbitos públicos, aunque no estuvieran diseñados específicamente para ese fin. Lo único que sucede es que, en las ciudades, la vida social, las formas de relacionarse, se ha adaptado a la presencia constante de extraños, característica propia ausente en las pequeñas sociedades rurales[649], dando lugar a una nueva forma de interacción social típicamente urbana.

[646] Vid. MILGRAM, S. "The experience of living in cities", en *Science*. nº 167. 1970. pp. 1461-1468.
[647] Vid. WIRTH, L. "Urbanism as a way of life" en *American Journal of Sociology*, nº 44. pp. 1-24.
[648] CASTELLS, M. *La cuestión urbana* (Trad. de OLIVÁN I. C.). 2ª Ed. Siglo XXI. Madrid, 1976. p. 98.
[649] JACOBS, J. *The death and life of great American cities. The failure of town planning*. Peregrine books. New York, 1961. pp. 39-40. En la misma dirección, LOFLAND, J. *Analyzing social settings*. New

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Según JACOBS, las relaciones en la ciudad se caracterizan por una serie de infinitos pequeños contactos públicos. Gracias a ellos, las personas pueden salvaguardar un atributo muy preciado: la privacidad. Los urbanitas consiguen alcanzar un equilibrio voluntario entre la protección de su intimidad y su deseo natural de establecer diversos grados de contacto, esparcimiento y ayuda con los vecinos. Los contactos informales permiten tener vida pública en lugar de una mera extensión de la vida privada a la calle[650]. Con este mecanismo se evita la disgregación social y la pérdida de complejidad en la urbe, ya que, cuando se hace optar entre demasiado contacto o ninguno con los vecinos y no se puede ser muy selectivo con quiénes son estos —como suele ocurrir en las ciudades—, la solución más habitual es evitar el contacto social, con la consiguiente merma de la complejidad de la vida social y el aumento de la desconfianza y la segregación. No obstante, para que este proceso pueda funcionar con normalidad, es necesario un entorno adecuado. La tolerancia y la aceptación de grandes diferencias entre vecinos sólo son normales y posibles cuando las calles de las ciudades se han dotado de un equipamiento tal que permite a los desconocidos coexistir en paz en términos civilizados[651].

BAUMAN, en el mismo sentido, se refiere a la "civilidad" como una habilidad de las personas que les permite relacionarse satisfactoriamente en un mundo poblado de extraños. El propósito de dicha habilidad es permitir la sociabilidad ajena a las diversas circunstancias personales de los individuos; "proteger a los demás de la carga de uno mismo[652]". Según dicho autor, la civilidad debe predicarse también del entorno, es decir, el espacio físico debe permitir a las personas comportarse y relacionarse como personas públicas, sin que se las obligue a expresarse y a mostrar sus sentimientos. Ello supone que la ciudad se presenta como un bien común que no puede reducirse a la

York, 1973, describe la ciudad como un mudo de extraños. El urbanita se ha acostumbrado a caminar y convivir entre personas desconocidas teniendo relaciones superficiales pero, no obstante, plenamente satisfactorias, así tb. BAUMANN, Z. *Modernidad líquida* (2000) (Trad. de ROSENBERG, M. y ARRAMBIDE SQUIRRU, J.). Fondo de cultura económica. Buenos Aires, 2009.

[650] La autora señala expresamente: "*Nadie tiene su casa abierta en una gran ciudad. Nadie quiere hacerlo. Empero, si todos los contactos interesantes, útiles y significantes entre las personas se reducen a amistades adecuadas para la vida privada, las ciudades acabarían totalmente embrutecidas. Las ciudades están llenas de gente con las que, desde el punto de vista de ustedes, del mío o del de cualquiera, es útil y divertido establecer un determinado grado de contacto, pero con las que no se quiere estar a partir un piñón. Y ellas tampoco quieren partirlo contigo*". JACOBS, J. The death and life of… cit. p. 66.

[651] JACOBS, J. *The death and life of*… cit. p. 67 y ss.

[652] SENNETT, R. *The Fall of Public Man: on the Social Psychology of Capitalism*. Vintage Books. New York, 1978. P. 264 cit. en BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*… cit. p. 103.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

amalgama de los intereses individuales y que tal forma de sociabilidad urbana mediante "máscaras" es más bien un acto de participación y compromiso que de "descompromiso"[653] como señalaban los autores de la que hemos llamado "perspectiva gris".

Como consecuencia de lo expuesto, se observa que las visiones pesimistas del entorno social urbano carecen de una base sólida. En la ciudad, crisol de gentes, diferencias étnicas, rentas…, el individuo se relaciona —aunque sea de forma "civil"— con grupos sociales de lo más variado, ampliando su grupo de pertenencia para satisfacer distintas necesidades y contribuyendo así a una riqueza social y de relaciones sin parangón en otros ámbitos espaciales. De este modo, la ciudad, el fenómeno urbano en general, se caracteriza por la diversidad, la complejidad, la interacción social y el intercambio entre los ciudadanos y sus actividades e instituciones.

Según señala CASTELLS, lo "urbano" designa una forma particular de ocupación del espacio por parte de una población, es decir, sería el producto resultante de una fuerte concentración y de una densidad elevada que tendría como correlato una diferenciación funcional y social cada vez mayor[654]. La ciudad, por tanto, es un fenómeno que sugiere la mezcla de usos, personas, roles, la aglomeración, el contacto, el intercambio, la actividad el bullicio, la diversidad, etc. Esta rica mezcolanza social se asienta sobre el espacio y da lugar a los medios urbanos, los cuales deben ser comprendidos como productos sociales. "*La ligazón espacio-sociedad debe establecerse más como objeto de estudio que como explicación de la vida social que se asienta en él*"[655]. Es decir, el espacio típicamente urbano trae su causa de las relaciones sociales que en él se instalan y no viceversa; el espacio vendría a ser una especie de amplificador de las relaciones sociales que se asientan sobre él, dando forma perceptible a un cúmulo de interacciones sociales previas. En el mismo sentido LEFEVBRE afirma que la esencia de la ciudad reside en la "*negación de la distancia*"[656]. Es la concentración, la centralidad lo que aumenta la interacción y la comunicación favoreciendo la sociabilidad. La ciudad realmente no crea nada, sino que al centralizar

[653] BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*… cit. pp. 104-105.
[654] CASTELLS, M. *La cuestión*… cit. p. 16.
[655] CASTELLS, M. *La cuestión*… cit. p. 133.
[656] LEFEBVRE, H. *La révolution urbaine*. Gallimard. París, 1970. p. 159. cit. en CASTELLS, M. *La cuestión*… cit. p. 111.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

las fuentes de creación, las hace brotar. Difícilmente puede tacharse toda esta riqueza y este intercambio creativo típicamente urbano como algo negativo.

La ciudad es un sistema que, para mantener su estructura y su esencia a lo largo del tiempo, desarrolla necesidades crecientes de un intercambio de información constante, así como de un progresivo aumento de la complejidad. Es decir, para mantener su competitividad y su "alma urbana", la ciudad precisa maximizar su complejidad de forma continuada. Ello se consigue aumentando de manera progresiva la probabilidad de contactos entre diferentes portadores de información; esto es, fomentando el contacto social entre personas e instituciones en un ámbito territorial dado[657].

Según demuestran diversas investigaciones, los contactos sociales se ven favorecidos por la *proximidad*. En los estudios realizados se comprueba repetidamente cómo las relaciones entre vecinos decrecen a medida que aumenta la distancia entre ellos. Incluso dentro de los edificios, la distancia entre los apartamentos se relaciona estrechamente con la elección de "conocidos". La causa de este fenómeno se encuentra en que un contacto frecuente con las personas debido a esa proximidad hace que éstas acaben siendo un rostro familiar y favorece el intercambio de saludos y breves frases —el ejercicio de la "civilidad urbana" en definitiva—, lo que fomenta la relación entre ellas[658]. FESTINGER ha puesto de manifiesto asimismo que, además de la distancia lineal, también la distancia funcional tiene una importante influencia entre la gente en el desarrollo de relaciones sociales. Es decir, la posibilidad real para el contacto que exista en virtud de la disposición de las viviendas, de los pasillos, de los servicios comunes, etc.[659].

Frente a los que mantienen que la distancia —física o funcional— es el factor determinante de las relaciones sociales, otro sector doctrinal es partidario de considerar

[657] RUEDA, S. "La ciudad compacta y diversa frente a..." cit.
[658] SANGRADOR, J. L. "El medio físico construido y la interacción social", *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza, Madrid, 1986. p. 160
[659] Es muy ilustrativo el ejemplo que nos da el propio FESTINGER: "*Para que pareciera que había "vida en la calle", diez de las viviendas que daban a la misma fueron modificadas de tal modo que su fachada quedara de frente a la calle y no al patio como la otras viviendas. Este cambio aparentemente pequeño afectó mucho la vida de las personas que, por accidente, ocupaban esas casas. Tenían menos de la mitad de amigos que los de las viviendas que daban al patio. La consistencia de este hallazgo permite afirmar que al quedar las casas hacia la calle se habían aislado involuntariamente a quienes las habitaban*." Vid. FESTINGER, L. "Architecture and group membership", en *Journal of Social Issues.* nº. 7, 1951. p. 159.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

a la homogeneidad, es decir, a la existencia de intereses y antecedentes similares entre los individuos un predictor más certero del contacto social[660]. Según RAPOPORT, a la gente le gusta vivir con otros de su cultura, con los cuales comparte una misma simbología, valores, etc. Ello les hace sentirse "en casa" e interaccionan más[661]. Del mismo modo, dicha homogeneidad percibida anima a la asimilación de nuevas culturas y favorece el contacto inter grupos[662].

Una tercera vía sincrética sugiere finalmente que tanto la proximidad como la homogeneidad influyen positivamente en el mantenimiento de relaciones sociales y en la formación de amistades entre las personas sin que exista una relación antagónica entre la una y la otra. Dentro de esta opción teórica, GANS aclara que la proximidad ayudaría al individuo a iniciar el contacto social y a mantener relaciones, pero que, por sí sola, no sirve de base para establecer amistades íntimas y profundas. Para que éstas se den sería necesaria la homogeneidad[663]. A nuestro entender, esta postura parece la más acertada dado que, cuando se observan fenómenos sociales, es atrevido —y raramente correcto— señalar una causa única que excluya a las demás en el origen de los procesos estudiados. Por ello, nos parece más apropiado entender las relaciones sociales como el fruto de una serie de circunstancias concatenadas, todas las cuales contribuyen en su propia medida al resultado final.

El potencial explicativo de ambas variables no obsta, sin embargo, al hecho de que consideremos más apropiado priorizar una sobre la otra dado el modo en que evolucionan las relaciones en la urbe. En este sentido, hemos visto que la ciudad experimenta naturalmente una necesidad progresiva de aumentar su complejidad y que, para satisfacer dicha tendencia, no son imprescindibles las amistades profundas, sino el

[660] Vid. HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 367.
[661] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos de la forma*… cit. pp. 236-237.
[662] RAPOPORT, A. *Aspectos humanos de la forma*… cit. p. 239. Esta última afirmación no está exenta de controversia. Existen estudios que parecen negar la predisposición a interactuar con personas de otros grupos diferentes si los individuos residen en ambientes con una alta homogeneidad interna. En un experimento llevado a cabo en residencias interraciales en Nueva York y Newark se comprobó que cuando existía una separación espacial clara entre las residencias de los blancos y las de las personas de color, los contactos iterraciales eran muy escasos. Esto cambiaba en residencias en las que había una mayor proximidad (mezcla) entre viviendas de ambos tipos. Estos estudios parecen otorgar mayor significación a la proximidad que a la homogeneidad como precursor del contacto social. Vid. para más detalle, HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 366.
[663] Vid. HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 369.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

mero contacto casual e informal entre las personas portadoras de información[664]. Por tanto, parece que es preferible la promoción de la proximidad frente a la homogeneidad para dar cumplimiento a esa deriva natural. Todo ello sin olvidar que existen indicios razonables de que un fomento excesivo de la homogeneidad puede conducir a la segregación y al aislamiento social, con la consiguiente pérdida de complejidad y, por tanto, de esencia urbana.

3.4.2. La nociva tendencia actual a la difusión urbana

En los esquemas actuales de diseño, sin embargo, cada vez más se prima la homogeneidad y la monotonía frente a la proximidad de acuerdo a los principios funcionalistas de la Carta de Atenas. Las diversas funciones de la ciudad se separan espacialmente y se generan amplios sectores monofuncionales que empobrecen la vida social, ya que en ellos únicamente existe posibilidad de intercambio de información entre iguales en determinados periodos concretos del día[665]. Los obreros contactan únicamente con otros obreros en los polígonos, los estudiantes con los estudiantes en el campus universitario, etc. Con la actual tendencia a la dispersión de la ciudad el espacio se especializa y el intercambio y la comunicación diversificada, así como el contacto social, esencia del fenómeno urbano, se van empobreciendo poco a poco en virtud de una homogeneización perniciosa de los portadores de información, la cual reduce la complejidad de cada una de las partes de la ciudad. En este sentido, JACOBS asegura que cualquier actividad dominante en la que se imponga un solo tipo de usuarios y horarios conllevará irremediablemente el despoblamiento del área en el que se ubique. Cualquier zona en la que rija la monotonía funcional es realmente un espacio vacío durante una parte importante del día, lo cual conlleva que ejerza muy poca atracción debido a su muy limitada fuente potencial de usuarios y al aburrimiento consiguiente. En las ciudades, la animación y la variedad atraen más animación y variedad; la monotonía y la sordidez repelen la vida[666].

[664] Debemos recordar aquí que, como ya sabemos, favorecer exclusiva o excesivamente los contactos íntimos y profundos en detrimento de los contactos superficiales puede llevar precisamente al aislamiento y actitudes evasivas entre las personas por falta de privacidad.
[665] RUEDA, S. "Modelos de ordenación del territorio más sostenibles" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Barcelona, 2003. p. 5. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es /boletin/n32/asrue.html
[666] JACOBS, J. *The death and life of…* cit. pp. 108-109.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

No es que en el enfoque de la ciudad dispersa se haya olvidado o renunciado a la proximidad, sino que la misma se interpreta erróneamente en un sentido temporal y no físico. Es decir, en dicho modelo lo que se intenta no es que las zonas o usos estén unos cerca de otros, sino que el tiempo para recorrerla, independientemente de la distancia que los separe, sea cada vez más reducido para, de este modo, poder satisfacer a nivel global las necesidades urbanas de complejidad. Para ello es imprescindible la ayuda del automóvil y de toda la infraestructura viaria que le da soporte, los cuales se convierten en un elemento consustancial a la propia ciudad difusa, e inseparable de la misma.

3.4.2.1. El automóvil como elemento vertebrador de la actual ciudad en proceso de difusión

El automóvil privado se ha popularizado hasta convertirse prácticamente en una "necesidad básica" de las modernas sociedades. El coche hace posible una residencia alejada de los lugares de trabajo, del comercio y de los lugares de ocio, pero, asimismo, una vez reestructurado el espacio para darle cabida, se convierte en el medio de conexión prácticamente obligado[667]. Como hemos visto, los espacios se distancian y se especializan y se dota a los mismos de un acceso reservado a los vehículos y prácticamente vedado a los peatones. De este modo, a medida que se generaliza, el automóvil contribuye a transformar el hábitat, la organización económica y la distribución espacial de las actividades humanas de forma que se retroalimenta la necesidad del mismo para poder conectarse con los nodos de la ciudad [668]. En este contexto, la creciente cantidad de vehículos compiten por el espacio con los demás usos y acaban obteniendo más terrenos para evitar el colapso[669]. Cuanto más espacio

[667] En este contexto de automovilidad privatizada y progresiva fragmentación urbana aquellos que no poseen los recursos necesarios para poder tener un automóvil (o una flotilla de los mismos) quedan al margen de la sociedad y ven reducidas sus posibilidades de acceso a las oportunidades —laborales, de servicios, ocio, etc.— que ofrece la experiencia urbana. De este modo, la dispersión urbana basada en la movilidad privada aparece como un elemento desintegrador o excluyente, como una nueva forma de exclusión social. Se habla de un "apartheid a la contra" o una "segregación al revés". Aquellos que pueden permitírselo abandonan el "quinto piso" y la miseria de las zonas en las que los que no pueden afrontar este movimiento quedan estancados. Se reconstruyen las ciudades conectando selectivamente sus residentes y lugares y generando mundos sociales exclusivos. Al respecto vid. OLIVA SERRANO, J. "La ciudad autoflexible. Narrativas de la prisa y la exclusión", en *Revista Internacional de Sociología (RIS)*. Vol. 69, nº 1. Enero-abril, 2011. p. 37 y ss.

[668] JACOBS, J. *The death and life of…* cit. p. 363.

[669] No solamente vías, sino también una inmensa cantidad de terreno destinado al estacionamiento de los vehículos. En las ciudades difusas, al ser el desplazamiento pendular y concentrarse la población en determinados momentos en las mismas zonas, debe preverse en cada una de ellas una cantidad de

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

obtienen, más se necesita usarlos y, por tanto, necesitarán aun más espacio[670]. Se da lugar así a una progresiva pero inexorable erosión de la ciudad por parte de los vehículos; un círculo vicioso sin fin que crea una forma de ciudad "*difícil de usar, cada vez más dispersa, más molesta, que hace perder más tiempo, más cara e incómoda para el uso cruzado*[671]". En ciudades de este tipo, el tráfico rodado cada vez sustrae más espacio a los peatones y lo imposibilita para cualquier otro uso que no sea exclusivamente el transporte y la velocidad. Se reducen las aceras y se merman con ello los contactos informales de los ciudadanos en las mismas, los cuales son la base de la confianza y las relaciones sociales en la ciudad[672]. Se ataca así al órgano más vital de la ciudad y se crea un espacio público en el que no se puede estar, sino únicamente circular. La comunicación se resiente y se crean "no lugares[673]" que pueblan gran parte del espacio intermedio entre los centros funcionales, fragmentando el territorio y diluyendo la esencia de lo urbano. De este modo, el tráfico masivo actual se ha convertido en un potente elemento de destrucción urbana. Como señala JACOBS, para albergar al tráfico, las calles de la ciudad se han desgarrado y hecho jirones incoherentes y sin sentido para quien vaya a pie[674].

3.4.3. Elementos que fomentan el contacto y la diversidad urbanos

3.4.3.1. El diseño prosocial de JACOBS

Ante las tendencias actuales hacia la dispersión y el riesgo de reducción de la complejidad, lo más correcto para adecuarse a la naturaleza urbana y potenciar el dinamismo social en la ciudad es promover la proximidad en un sentido físico y no

estacionamiento muy elevada que, en conjunto, superará al número de vehículos existente en la propia ciudad.

[670] Según los datos suministrados en SEMPERE, J. y RIECHMANN, J. *Sociología y medio ambiente*. Ed. Síntesis. Madrid, 2004. p. 95, la ocupación por vías urbanas en Madrid en 1987 era del 24% del suelo urbano total. En las zonas de urbanización dispersa, la ocupación era aun mayor: del 33% en Chamartín. En Los Ángeles, la ocupación es de aproximadamente el 60% y en Barcelona en 1990, del espacio viario total, distinguiendo calzadas de aceras, a cada vehículo le correspondían 9,3 m^2 y a cada habitante sólo 3 m^2.

[671] JACOBS, J. *The death and life of*… cit. p. 369.

[672] JACOBS, J. *The death and life of*… cit. p. 39 y ss.

[673] BAUMAN explica que los "no lugares" son lugares ostensiblemente públicos, pero enfáticamente no civiles, es decir, lugares que desalientan cualquier idea de permanencia activa, imposibilitando la colonización o domesticación del espacio. En realidad, los "no lugares" aceptan la permanencia prolongada de extraños, pero esa presencia es meramente física, vaciándose o anulándose cualquier atisbo de subjetividad idiosincrática mediante la obligación de seguir religiosamente los mismos patrones de conducta. BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*… cit. pp. 110-111.

[674] JACOBS, J. *The death and life of*… cit. p. 352.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

temporal, es decir, intentar que las diferentes manifestaciones sociales y los distintos portadores de información diversa se encuentren concentrados a escala del peatón o de transportes de tracción natural como la bicicleta. De cara a la consecución de esa mayor proximidad, tanto física como funcional, el diseño urbano puede jugar un papel muy importante mediante diversas soluciones a las cuales podemos designar "diseño prosocial".

A) Espacio público

Como se ha visto, el contacto social en la ciudad se basa en los múltiples encuentros breves e informales entre desconocidos en los espacios públicos. Por ello, lo primero que debe asegurarse desde el planeamiento es la existencia de suficiente espacio público o semipúblico donde ese encuentro público típicamente urbano pueda tener lugar[675]. De acuerdo con esta idea, son criticables las orientaciones de planeamiento que tratan de reducir lo que se considera "espacio desperdiciado", es decir, el espacio semipúblico entre los edificios y fuera de cada uno de los pisos. Este espacio semipúblico ofrece áreas que los residentes pueden controlar y en los cuales se sienten confiados para interaccionar[676].

B) Multifuncionalidad

Una segunda medida que debe fomentar el planeamiento para promover el contacto y la complejidad es que en ese espacio público intermedio confluyan la mayor cantidad posible de portadores de información de diversa índole, de cara a enriquecer los contactos casuales y a aumentar la diversidad y complejidad de los mismos. Para ello el recurso más útil es prever espacios multifuncionales, es decir, se trata de combinar usos diversos que saquen a la gente a la calle a diferentes horas del día[677]. Un uso primario (*v.g*. oficinas) es por sí solo relativamente ineficaz para crear diversidad urbana. Igualmente, si se lo combina con otro uso primario que lleve a la gente a entrar y salir o transitar por la calle en el mismo periodo (*v. g.* fábricas) no se consigue mucho; es casi como si siguiéramos ante un único uso en términos fácticos. No obstante, cuando se combinan usos primarios capaces de sacar a la gente a la calle a diferentes horas

[675] En este sentido, RAPOPORT ha afirmado que las redes de contacto social informal parecen depender de la existencia de espacios semipúblicos. Si dichos espacios no existen, las redes se disuelven. Vid. RAPOPORT, A. *Aspectos humanos de la forma*… cit. p. 251.
[676] HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 379
[677] Vid. JACOBS, J. *The death and life of*… cit. p. 164 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

(oficinas y ocio, *v.g.*), el ambiente es más fértil para la diversidad secundaria, la cual se refiere a las empresas que surgen para responder a las necesidades de las personas atraídas por los usos primarios. De esta forma, con la combinación escalonada de usos primarios y la consiguiente atracción de usos secundarios, muchos tipos distintos de establecimientos llegarán a la zona en un proceso de retroalimentación positiva. Cuanto más combinados sean los usos, más personas se verán atraídas primariamente y estas personas demandarán a su vez nuevos servicios secundarios, aumentando de manera explosiva la diversidad urbana en la zona y las posibilidades de contactos entre gente de lo más variopinto[678].

C) Diversidad de inmuebles e itinerarios

En un sentido análogo al de la multifuncionalidad, parece que puede propiciar también la riqueza urbana el hecho de favorecer la combinación de inmuebles de diferentes edades[679]. Ello permite un abanico amplio de precios que posibilita a su vez el que los mismos sean ocupados por personas de diversas rentas o negocios de diferente rentabilidad o carácter experimental. Todo ello redundará nuevamente en mezcla y combinación y en riqueza social e intercambio en definitiva.

Otra medida favorecedora del contacto social consiste en el diseño de manzanas no muy grandes, de forma que la gente tenga posibilidad de doblar esquinas con mayor frecuencia[680]. Normalmente las manzanas muy grandes restringen a los residentes a una sola ruta; en cambio, las pequeñas ofrecen varias rutas posibles. Esta disponibilidad de rutas alternativas permite que se mezclen los itinerarios de muchas personas y, por tanto, las aproxima funcionalmente.

D) Densidades elevadas

Es interesante también la propuesta de densidades relativamente elevadas, ya que éstas son necesarias para mantener la cordialidad y la informalidad característica de los sectores centrales de las ciudades. A pesar de ello, para las teorías clásicas del

[678] Para que todo el proceso se inicie es necesario que la combinación de usos primarios sea eficaz, lo cual requiere una serie de condiciones: Que los usos de horas diferentes se sitúen en las mismas calles, que quienes usan las mismas calles a diferentes horas tengan la posibilidad de usar las mismas instalaciones y que la mezcla de personas en una calle a una misma hora del día sea proporcional con la existente a otras horas. Vid. JACOBS, J. *The death and life of…* cit. pp. 175-176.
[679] JACOBS, J. *The death and life of…* cit. p. 200 y ss.
[680] Vid. JACOBS, J. *The death and life of…* cit. pp. 191-200.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

urbanismo, las altas densidades no tienen muy buena reputación[681]. Nada más lejos de la realidad. Los que viven en una zona son una porción importante de la gente que usa las calles, las zonas públicas y los comercios y, por tanto, una cierta densidad es requisito inicial de un distrito diverso y animado.

A pesar de lo dicho, tampoco no hay que asumir que la relación entre densidad de vivienda y diversidad se da incondicionalmente; la densidad es solo uno más de los factores que deben coexistir para promover el contacto y la vida (*v. g.* existencia de espacio público, multifuncionalidad, etc). Ninguna densidad residencial es suficiente por sí sola si otros elementos obstaculizan la diversidad. Incluso, en el extremo opuesto, la densidad excesiva puede llegar a ser contraproducente, obstaculizando la complejidad. Esto puede ocurrir cuando para acomodar muchas viviendas en una zona limitada se acude a una edificación en serie o estandarizada. Ello da al lugar un aspecto uniforme y monótono que inhibe directamente otro de los favorecedores de la diversidad cual es la mezcla de edificios distintos. Por consiguiente, las densidades serán demasiado altas no cuando se supera un determinado número de viviendas asentadas sobre el suelo, sino cuando esa concentración frustra la diversidad en vez de estimularla. En este sentido, señala JACOBS que las densidades son como las calorías y las vitaminas; las cantidades son adecuadas o no según como funcionen en el caso concreto[682].

E) Espacios abiertos

Las altas densidades que se proponen, unidas a la recomendación de una alta ocupación de suelo, obligan a incluir ciertas cantidades de espacio abierto para no llegar a crear ambientes opresivos. En primer lugar, deben asegurarse abundantes calles. Éstas, al constituir aperturas entre los edificios, compensan la alta ocupación de terrenos y contribuyen a crear múltiples manzanas pequeñas, cuya necesidad ya vimos más arriba. Igualmente, deben incluirse parques y plazas públicas como otro tipo de espacio abierto para "airear" la concentración. Ahora bien, estos lugares deben estar proyectados y diseñados para evitar su desuso.

[681] La razón principal de la mala prensa de la densidad es la confusión que suele tener lugar entre la alta concentración de vivienda y la superpoblación de las mismas. Sin embargo, la alta densidad de vivienda significa gran cantidad de viviendas por hectárea de tierra, mientras que superpoblación significa demasiada gente en una sola vivienda. Por tanto, de lo que se trata es de conseguir muchas viviendas en una zona y no demasiadas personas por habitación.
[682] JACOBS, J. *The death and life of…* cit. p. 221.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La urbanística tradicional suele venerar los espacios verdes y abiertos de una manera muy poco crítica. Es como si los parques por sí solos pudieran mágicamente ennoblecer una zona decadente. Muy a pesar de los urbanistas, estos espacios no "triunfan" de manera incondicional; no se utilizan simplemente porque estén cerca de las viviendas ni porque los diseñadores así lo hayan proyectado. En realidad, son las vecindades las que influyen sobre los parques más que éstos sobre aquellas[683]. De este modo, el éxito de un parque como lugar de encuentro suele estar relacionado con la diversidad de usos y usuarios en sus alrededores y con los factores que conducen a dicha diversidad. Cualquier zona verde situada en el ámbito de un espacio monofuncional probablemente se encontrará vacía importantes periodos del día, lo cual generará rechazo y decadencia del lugar[684]. Mucho más grave aún es el caso de aquellos parques que se sitúan en lugares en claro desuso. De hecho, existen muchos parques en las ciudades que no se justifican o que no se adaptan a las características de los entornos que los encierran. Tampoco tiene ningún sentido llevar parques a donde está la gente si, en el proceso, las razones por las que la gente va a esos lugares se eliminan y se sustituyen precisamente por el parque[685].

Por tanto, los parques, para ser atractivos, deben respetar una serie de principios de diseño. Al diseñarlos, hay que pensar en la multitud de usuarios que deben tener, evitando actuar en contra de la diversidad. Para ello, los parques deben ser intrincados, centrados, tranquilos y tener una buena iluminación natural[686]. Asimismo, un factor principal para que estos espacios funcionen como ambientes sociales es la disponibilidad de asientos y su ubicación en aquellos lugares en que atraigan a una mayor variedad de personas[687]. Debe prestarse atención también al hecho de que estas zonas no deben ser excesivas en número ya que si no, se dejaría muy poco espacio para edificios y, para conseguir densidad, habría que acudir irremediablemente a grandes edificios seriados con la consiguiente merma de la diversidad y sus desastrosos resultados para todo el conjunto. Finalmente, hay que evitar que los espacios libres de

[683] Según JACOBS: "*Convencionalmente, se considera que los parques o espacios verdes vecinales son bendiciones que caen sobre las empobrecidas poblaciones urbanas. Pensémoslo de otra manera y consideremos que los parques urbanos son unos empobrecidos lugares que necesitan que les caiga la bendición de la vida y el aprecio*". JACOBS, J. *The death and life of…* cit. p. 99.
[684] JACOBS, J. *The death and life of…* cit. p. 105.
[685] JACOBS, J. *The death and life of…* cit. p. 111.
[686] JACOBS, J. *The death and life of…* cit. p. 113.
[687] HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque…* cit. p. 378.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

los que hablamos se conviertan en vacios fronterizos, en barreras incapaces de ser atravesadas, lo cual acontece con algunos parques a ciertas horas del día[688]. Si esto ocurre, los espacios abiertos cuartean y fragmentan la ciudad en islas incomunicadas y tienden a simplificar el uso que la gente da a los terrenos contiguos. Frente a ello, debe buscarse que las fronteras actúen más bien como "costuras", hilando las distintas partes de la ciudad en lugar de segregándolas. Para ello, según Kevin LYNCH, hay que permitir la penetración visual y de movimientos y estructurar dichos espacios en profundidad con las regiones situadas a ambos lados. Es decir, se trata de establecer actividades en los bordes que atraigan hacia ellos a los ciudadanos de ambos lados y de que se abran a la vista sus elementos aptos para la contemplación (esculturas, fuentes, lugares de juego, etc.) de forma que constituyan centros de animación de las zonas adyacentes y no un gris "final de trayecto" de cada una de ellas.

F) Reestructuración urbana a escala del peatón

En último término, el diseño prosocial pasa por un replanteamiento del tráfico rodado en nuestras ciudades[689]. No se trata de establecer una guerra entre automóviles y peatones y señalar ciertos lugares sólo para los peatones y otros accesibles sólo para vehículos, sino de una cuestión mucho más ambiciosa. El problema consiste en reducir en cifras absolutas el número de vehículos y en minorar su dominio actual del espacio público. Como hemos visto ya, cuanto más espacio se da a los automóviles, más se necesita usarlos y más espacio vuelven a demandar. Por tanto, hay que invertir la tendencia y dar cada vez más preferencia a los peatones creando progresivamente condiciones menos cómodas para los automóviles privados. Debe emprenderse un sacrificio gradual y firme[690] de éstos a favor de las personas y de otros medios de locomoción como la bicicleta o el transporte público, el cual no puede ir acompañado de medidas compensatorias en otras zonas, ya que, de ser así, no estaríamos ante una reducción del tráfico, sino ante un mero reajuste. La consecuente reducción de la

[688] Vid. JACOBS, J. *The death and life of*… cit. p. 271 y ss.
[689] Vid. JACOBS, J. *The death and life of*… cit. pp. 352-385.
[690] Debe hacerse hincapié en el hecho de que este proceso debe ser implantado de forma gradual para que las personas puedan interiorizar el nuevo sistema de movilidad y para ir permitiendo al transporte público y otros medios alternativos el ir floreciendo y ocupando el espacio que vayan dejando vacío los automóviles. Si se hiciera de otra manera, estas maniobras podrían percibirse como un castigo a los automóviles y estarían abocadas al fracaso.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

velocidad y de la compartimentación en los desplazamientos constituye un fuerte apoyo para el contacto y la comunicación en los espacios públicos.

Entre las medidas a tomar para conseguir el sacrificio al que aludimos pueden señalarse, entre otras, el otorgamiento de preferencia a los vehículos pesados más eficientes como los camiones o los autobuses, mediante la reserva de carriles exclusivamente para ellos; la reserva de espacios para carriles bici, o la ampliación de las aceras. Todo ello a costa de las actuales calzadas, las cuales deben ver reducido su tamaño. En el mismo sentido, las manzanas pequeñas y la multitud de cruces y semáforos acompañados de frecuentes pasos de peatones también son útiles para restar fluidez al tráfico y otorgar un lugar preferente al desplazamiento de los peatones. Todas estas medidas vuelven el tráfico más engorroso e incómodo y las personas van desistiendo de usar el automóvil por propia iniciativa, lo cual, a su vez, redunda en un tráfico más fluido para el transporte público y otros vehículos más necesarios y eficientes como los de carga. Tal reducción del tráfico, asimismo, tendría un efecto potenciador de la diversidad y la proximidad en las diferentes zonas y reduciría la necesidad de usar el vehículo para acceder a cualquier servicio.

Una solución poco apropiada es la esgrimida habitualmente por los diseñadores, consistente en crear autopistas o circunvalaciones para sacar el tráfico de las calles y aliviar así la presión de los automóviles sobre las mismas. Como señala JACOBS, en la vida real esto sólo funciona en el caso de que las autopistas se usen muy por debajo de su capacidad, pues no se contempla el destino posterior —fuera de la autopista— de esa incrementada riada de vehículos[691]. Es decir, la mayor capacidad de la autopista atrae a un mayor volumen de vehículos, pero los coches no se dedican a dar vueltas por la misma, sino que van a algún lugar y, cuando se "vuelcan" en esa zona, acaban saturándola y ahogándola en lugar de aliviarla. Del mismo modo, las autopistas elevadas son desaconsejables porque crean vacios fronterizos que simplifican la diversidad y no pueden usarse en ningún caso como "costuras" urbanas.

3.4.3.2. La sensación de seguridad

A pesar de todo lo dicho hasta aquí, no puede caerse en un determinismo ambiental absoluto y pensar que el diseño urbano es una suerte de varita mágica que

[691] JACOBS, J. The death and life of… cit. p. 381.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

puede conseguir por sí solo y de forma automática una explosión de vida social y contacto entre las personas. De una forma mucho más modesta, el diseño sólo consigue poner la base, favorecer o, incluso, no entorpecer las tendencias urbanas naturales hacia el contacto, el intercambio y la diversidad. Además del diseño, otros muchos factores influyen en el desarrollo de la vida urbana. Entre ellos, nos parece digna de destacar la seguridad. Por muy prosocial que sea el diseño de una ciudad, las personas no se relacionarán si no se sienten seguras en sus calles. Es más, la característica principal de una zona urbana sana y animada es que cualquier persona pueda sentirse segura en la calle en medio de todos los desconocidos típicos de la urbe[692].

A) Delito y miedo al delito

Al hablar de seguridad hay que distinguir entre dos realidades que suelen confundirse. Una cosa es la delincuencia y otra distinta el miedo al delito[693]. La delincuencia designa, como es obvio, la mayor o menor comisión real o material de hechos delictivos. Por su parte, el miedo al delito tiene una naturaleza distinta. El "miedo al delito" se refiere al temor a convertirse en víctima de uno de ellos[694]. Es, por tanto, a diferencia del anterior, un sentimiento, una percepción personal y subjetiva. Obviamente existe una relación entre ambos fenómenos, pero ésta no es tan lineal como pudiera parecer. No todas las personas que viven en un área con gran número de delitos se sienten inseguras ni, al contrario, las zonas libres de delito están exentas de sentimientos de inseguridad. Este curioso hecho tiene su explicación en que las personas experimentan el miedo de forma diferente según su edad, estilo de vida, sexo, nivel de contacto social, percepción del declive o la rehabilitación del barrio, antecedentes socioeconómicos o culturales o experiencias personales como víctimas de delitos[695]. De

[692] JACOBS, J. *The death and life of*… cit. p. 40.
[693] Podemos considerar ambas realidades respectivamente como las vertientes objetiva y subjetiva de la seguridad. Así tb, CURBET, J. "La ciudad: El hábitat de la (in)seguridad", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. p. 137
[694] Un concepto conexo al miedo al delito y que debe distinguirse del mismo es la llamada "preocupación por el delito", la cual se refiere al juicio personal sobre la existencia de delincuencia en general en la sociedad. Sobre el miedo al delito y sus conceptos conexos , vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad*… cit. p. 23 y ss.
[695] En este sentido, GARRIDO, V; STANGELAND, P y REDONDO, S. *Principios de criminología*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006. pp. 146-148; RUIDÍAZ GARCÍA, C. "Los españoles ante la justicia penal: actitudes y expectativas", en *Revista española de investigaciones sociológicas.* nº, 67, 1994. pp. 233-234; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad*… cit. p. 24; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar: convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo", en

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

esta manera, el delito es sólo uno de los aspectos que pueden provocar sentimientos de inseguridad y, por tanto, actuar sobre el mismo no significa necesariamente que aquellos vayan a disminuir[696]. A pesar de ello, ambas problemáticas —cada una en su justa medida— deben ser objeto de profundo interés, debido a que suponen una merma real de la calidad de vida y pueden llegar a generar importantes tensiones sociales. Por poner un ejemplo, en el caso del miedo al delito, aunque la relación entre éste y el riesgo real de comisión a veces no es coherente o ni siquiera existe, el mismo puede hacer que las personas tiendan a restringir sus propias actividades y se aíslen con duras consecuencias, entre otras, para la vitalidad social de las calles o la cohesión social. Una buena muestra de la importancia de la seguridad urbana es su recepción en diversos textos[697] como la Carta urbana europea[698] o la declaración final de la conferencia internacional organizada por el Congreso de autoridades locales y regionales de Europa del Consejo de Europa de 1997[699].

B) El origen del delito y del miedo al delito

i) Las teorías explicativas del delito

Por lo que respecta al origen del delito, existen en la criminología tradicionalmente dos enfoques. Por un lado el enfoque estructural afirma que la delincuencia tiene su origen en carencias sociales, educativas, familiares, etc. Por otro lado encontramos el enfoque volitivo o de la decisión racional, según el cual es el sujeto el que decide actuar en función de los costes y beneficios percibidos de su acción. Es en este último enfoque en el que se ubican las llamadas teorías sobre estructuras de oportunidad para el delito. De entre ellas destacaremos la llamada teoría de las

Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. p. 23.

[696] VAN SOOMEREN, P. "El delito y la inseguridad colectiva desde la arquitectura y el urbanismo", en *Ciudades, urbanismo y seguridad*. Ayuntamiento de Madrid. Observatorio de la seguridad. Madrid, 2007. p. 252.

[697] ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS sugiere incluso que la seguridad formaría parte del derecho a la vivienda entendido como derecho a la ciudad recogido en nuestro art. 47 de la CE, Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. p. 49.

[698] Se recoge el derecho básico de los ciudadanos de las ciudades europeas a *"una ciudad segura libre, en lo posible, del delito, la delincuencia y las agresiones"*.

[699] *"La delincuencia, el miedo a la delincuencia y la inseguridad urbana en Europa son problemas de gran importancia que afectan al público (...) y encontrar soluciones satisfactorias es una de las claves para conseguir paz y estabilidad cívica."*

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

actividades rutinarias de FELSON y COHEN y la teoría del patrón delictivo de BRANTINGHAM y BRANTINGHAM.

α) Teoría de las actividades rutinarias

Esta teoría afirma que las sociedades modernas han producido un cambio en las actividades rutinarias de las personas. Las nuevas actividades les hacen estar más tiempo fuera de casa y aumentar el movimiento económico multiplicando de este modo las oportunidades delictivas al ser más posible la convergencia en un mismo espacio/tiempo de tres elementos fundamentales:

- Delincuentes motivados
- Objetivos apropiados
- Ausencia de eficaces protectores

Si se reduce alguno de estos elementos, se influirá en la prevención de delitos. Por el contrario, el aumento de alguno de ellos redundará en una mayor delincuencia. FELSON y COHEN ponen especial énfasis en el tercer elemento, el control preventivo. En la medida que se reduce el control de las personas sobre sí mismas o sobre sus propiedades, es muy probable que aumente su victimización.

De todo lo anterior se concluye que la actividad delictiva tiene una naturaleza ecológica, de interacción de elementos en el espacio/tiempo. Por tanto, juega un papel decisivo en la delincuencia la estructura espacial y temporal de las actividades rutinarias, esto es, el entorno físico[700].

β) Teoría del patrón delictivo

Este postulado, muy parecido a la doctrina anterior, parte de la base de que deben existir una serie de condiciones para la ocurrencia del delito. Nuevamente, la primera condición es la presencia de un individuo motivado. El segundo requisito es el surgimiento de una serie de oportunidades en el ámbito de las actividades rutinarias del

[700] Vid. en mayor profundidad FELSON, M y CLARKE, R. "La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito" (Trad. de DIAZ I PONT, M. y FELIP I SABORIT, D. del original "Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention", en *Police Research Series*, paper 98. Home Office, Policing and Reducing Crime Unit. Londres, 1998), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. Vid. tb. GARRIDO, V; STANGELAND, P y REDONDO, S. *Principios de criminología*… cit. pp. 427-436.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

individuo motivado, las cuales serán preferidas a otras más lejanas, debido a su conocimiento de la zona. En último lugar es necesario un hecho desencadenante que le lleve a actuar (una persiana abierta, la falta de vigilancia en un momento, una casa con un deportivo en la puerta…). La búsqueda de estos objetivos se produce siguiendo un guión desarrollado por el delincuente en función de su experiencia. A este esquema, GARRIDO, STANGELAND y REDONDO añaden el concepto de obstáculos (físicos, sociales…), que son los que deciden el curso de la acción según su ausencia, levedad o adecuación. En este último caso, pueden llegar a impedir el delito o, en el peor de los casos, a desplazarlo[701]. En cualquier caso, demuestra esta teoría así complementada que los factores ambientales (obstáculos) pueden prevenir eficazmente la delincuencia[702].

A mayor abundamiento, incluso desde otras teorías en las que se apunta en primer lugar al individuo y su capacidad de auto control (teoría del autocontrol o general de la delincuencia de GOTTFREDSON y HIRSCHI), se constata que las deficiencias en el autocontrol y las subsiguientes tendencias subjetivas a la delincuencia se pueden contrarrestar con factores situacionales del propio entorno[703].

Por tanto, parece quedar demostrado que el entorno tiene una influencia decisiva en la comisión de delitos.

ii) El surgimiento del miedo al delito

Con respecto al miedo al delito, como ya dijimos, la misma es una sensación subjetiva dentro de la cual debe distinguirse entre el miedo al delito y la preocupación por el delito. Uno y otro no tienen por qué coincidir y, es más, en la mayoría de las veces esto no sucede. Ahora bien, ambos tienen una importante repercusión social. La preocupación por el delito genera un clima político enrarecido en el que se sobrevalora la seguridad por encima de otros derechos, mientras que el miedo al delito lleva a las personas a retraerse del contacto social, lo cual puede ser muy perjudicial, como ya

[701] HESSELING, tras estudiar diversos proyectos de prevención, ha concluido que solamente la mitad de la delincuencia se desplaza a otros lugares, mientras que la otra mitad restante suele desaparecer efectivamente. Vid. HESSELING, R. "Functional surveillance in the Netherlands: Exemplary projects", en *Security Journal*, vol. 6. 1995. En el mismo sentido, FELSON, M y CLARKE, R. "La ocasión hace al ladrón…" cit. p. 224 y ss. Resultados en el mismo sentido se han obtenido en CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Videocámaras y prevención de la delincuencia en lugares públicos. Análisis jurídico y criminológico*. IAIC. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. p. 150 y ss.

[702] Vid. GARRIDO, V; STANGELAND, P y REDONDO, S. *Principios de criminología*… cit. pp. 436-442.

[703] Vid. GARRIDO, V; STANGELAND, P y REDONDO, S. *Principios de criminología*… cit. pp. 444-447.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sabemos, para la forma de vida y relación típicamente urbana[704]. Por ello debe prestarse a este fenómeno una atención análoga a la de la delincuencia material, lo cual sólo ha ocurrido recientemente debido a su paradójica ascensión en el seno de las ciudades.

Por lo que respecta a las causas del miedo del delito, debido al carácter subjetivo del mismo, éstas suelen ser de lo más variado y en ocasiones incluso poco aprehensibles. No obstante, sí que existe acuerdo, como ya comentamos más arriba, en la relativa independencia del miedo al delito con respecto a la tasa delictiva real y en su relación con las características personales (edad, sexo, corpulencia…).

Asimismo, hay pruebas muy evidentes, en lo que aquí nos interesa, de la relación entre el miedo al delito y el entorno edificado. Precisamente en diversos estudios se ha puesto de manifiesto que las características espaciales que determinan efectivamente a los delincuentes a actuar son semejantes a las que generan miedo al delito en las personas[705].

En este sentido, los factores puestos de manifiesto como generadores de miedo al delito son los siguientes:

- La monofuncionalidad y el subsiguiente abandono de la zona durante largos periodos del día. Las grandes zonas monofuncionales (zonas industriales, complejos de oficinas, carreteras secundarias aisladas…) están desiertas la mayor parte del día o de la noche y, como consecuencia de ello, en esos momentos no hay personas que puedan vigilar lo que allí pueda ocurrir. Decae el control social y el lugar se percibe como peligroso.
- El carácter público de la zona. Dicho status determina la implicación de las personas presentes. Si es una zona semipública se presupone un cierto control por parte de los usuarios implicados y ello confiere seguridad. Por el contrario, el carácter público hace suponer menor vigilancia natural y ello aumenta la inseguridad percibida.
- Las posibilidades de vigilancia. En este aspecto es fundamental la visibilidad de la zona desde otras ubicaciones, para lo cual es imprescindible la adecuada iluminación, la ausencia de escondrijos, el carácter diáfano… La falta de

[704] ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. pp. 22-23.
[705] Vid. CORNISH, D.B. y CLARKE, R.V.G. *The Reasoning Criminal*. Springer-Verlag, New York, 1986. cit. en VAN SOOMEREN, P. "El delito y la inseguridad colectiva…" cit. p. 253.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

vigilancia, ocasionada por una iluminación deficiente o por la presencia de pantallas o barreras visuales que podrían convertirse en potenciales escondites, hace que las personas se sientan inseguras, ya que las mismas tienen poco control de la situación y sienten que, si ocurriera algo, no podrían ser vistos por otras personas que podrían acudir a socorrerlas. En este sentido, también la ausencia o escaso número de ventanas en los edificios colindantes es un eficaz inductor del miedo al delito por la intranquilidad que produce la percepción de escasas posibilidades de ser observado por los demás en todo momento.

- La legibilidad de la zona y las posibilidades de orientarse. El no saber dónde se encuentra uno mismo y cómo salir de ahí rápidamente contribuye a sentir inseguridad, ya que, en situaciones de peligro personal, es importante encontrar la salida de la forma más rápida y corta. La inexistencia de rutas alternativas también hace percibir a una zona como peligrosa.
- Deterioro ambiental. La limpieza y el estado de las reparaciones de un lugar afectan a nuestras actitudes y sentimientos. Las zonas que están descuidadas o que tienen un mal mantenimiento pueden dar una impresión de peligro ya que la falta de ocupación puede ser el reflejo de un vecindario socialmente desorganizado y que no se preocupa por lo que ocurre en sus inmediaciones. Nuevamente, la persona se siente completamente despojada de un eventual apoyo social en situaciones peligrosas y experimenta un mayor temor. Igualmente, el aspecto descuidado puede atraer a la zona a actividades marginales que también son un potente predictor de miedo.

A grandes rasgos, serán las configuraciones espaciales "de misterio"[706] las que provoquen usualmente las reacciones de inseguridad ante el delito, es decir, lugares que se caractericen por la falta de iluminación, la presencia de sombras, la soledad, el descuido, la existencia de elementos que dificultan la visión como setos, esquinas, columnas, etc.

C) El diseño urbano como factor de prevención de la delincuencia

A la luz de lo dicho hasta aquí, parece quedar patente la importante influencia que puede ejercer el diseño ambiental a la hora de prevenir tanto el delito como el miedo al

[706] Sobre este concepto, vid. *supra,* Cap. 1. Apdo. 1.3.4.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

delito. A pesar de ello, la respuesta más intuitiva y común ha sido la de actuar de forma represiva e intimidatoria contra los sujetos responsables, dejando de considerar generalmente tanto el entorno que los rodea, como aquel en el que tiene lugar el delito. Este enfoque represivo tiene importantes limitaciones en el terreno preventivo y es problemático desde el punto de vista de la justicia material[707].

Desde el prisma de la prevención, el incremento de la magnitud de la sanción ha demostrado tener una eficacia reducida en la prevención del delito frente a la probabilidad de ser efectivamente sancionado. Por su parte, en términos de justicia, las intervenciones exclusivamente represivas parten de la existencia de individuos plenamente autónomos que se deciden por el delito libremente y sin ninguna constricción, a pesar de los múltiples estudios que evidencian correlación entre la delincuencia y las carencias sociales o afectivas.

Por ello, es esencial afrontar el delito con un esfuerzo integrado que no deje de lado los planteamientos reactivos contra el delito, pero que preste especial atención, además de a planteamientos sociales y distributivos, a técnicas de prevención del delito sofisticadas y nuevas como la prevención a través del diseño. En esta labor deben implicarse los diversos actores sociales en un enfoque coordinado y bien orquestado. El delito ya no es únicamente un asunto de la policía[708].

i) Las teorías clásicas sobre el diseño urbano y la delincuencia

A continuación mostramos una serie de teorías basadas en esta idea, las cuales analizan diversas fórmulas para prevenir los fenómenos que estudiamos a través del diseño urbano. En primer lugar mostraremos tres teorías que podemos denominar clásicas y que sentaron la base de los actuales planteamientos preventivos a través del entorno. Luego analizaremos las críticas que se han realizado a las mismas y concluiremos con un apretado resumen de de las principales directrices en esta materia en la actualidad.

[707] ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. pp. 15-16.
[708] VAN SOOMEREN, P. "El delito y la inseguridad colectiva…" cit. p. 247.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

α) La "*vigilancia natural*" de JACOBS (1961)

Para JACOBS[709], la seguridad no es algo que deba ser solicitado de forma pasiva por los ciudadanos, sino que ellos mismos tienen un papel activo en su producción y mantenimiento a través del uso de los espacios públicos, más concretamente, de las calles o aceras. La seguridad surge por una red densa y casi inconsciente de controles voluntarios llevada a cabo y reforzada por la propia gente, la llamada "vigilancia natural".

Dicha vigilancia natural puede estimularse ambientalmente mediante una serie de características. A saber,

En primer lugar, debe existir una clara demarcación entre el espacio público y el espacio privado sin que ambos espacios se confundan o entremezclen. Se trata de conseguir calles donde el espacio público sea inequívocamente público, separado del espacio privado y de la tierra de nadie, de forma que la zona necesitada de vigilancia tenga unos límites claros y practicables.

En segundo lugar, —este es el punto fundamental de su teoría— debe haber siempre "ojos que miren a la calle" (*eyes upon the street*), principalmente los ojos de los "propietarios" naturales de la calle, aunque también contribuyen a la vigilancia los transeúntes y visitantes de la zona. Los edificios deben estar orientados de cara hacia la vía pública para permitir a sus habitantes observar las aceras siempre que quieran. En este aspecto, las altas densidades, además, contribuirán a aumentar la probabilidad de vigilancia. La iluminación es importante también, pero no puede contribuir a la seguridad por sí sola, sino en la medida en que la misma aumenta las posibilidades de cada par de ojos vigilantes, haciendo su alcance mayor. Pero si los ojos no están allí y si en la mente tras esos ojos no está la casi inconsciente certeza de que la calle en general apoya el mantenimiento de la seguridad, las luces no harán nada. Los más horrendos crímenes pueden cometerse en zonas perfectamente iluminadas si no hay ojos eficaces presentes.

En tercer lugar, las calles han de tener usuarios constantemente para añadir más ojos a los que normalmente las observan y para inducir a los que viven en las casas a mirar hacia ellas periódicamente para contemplar su animado "*ballet urbano"*. Según la

[709] Vid. in extenso, JACOBS, J. *The death and life of*… cit. pp. 39-65.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

autora, para conseguir esto y aumentar la vigilancia natural, el requisito básico es que haya tiendas y otros establecimientos públicos desperdigados por las aceras, especialmente aquellos que abren por las tardes y por la noche (tiendas, bares, restaurantes, teatros…). Así, además del uso de las calles que los mismos proveen por sí solos y de la atención que despiertan en los residentes, llevan a otras personas a aceras donde no hay atracciones en sentido estricto, pero que son usadas como vías de acceso hacia los lugares donde sí existen tales focos de actividad. De igual manera, sus regentes ejercen las funciones de eficaces vigilantes naturales del área.

En definitiva, el axioma básico para JACOBS parece ser el de que una calle animada y concurrida es una calle segura, mientras que un área residencial segregada y aislada anima a los potenciales delincuentes y aparece como un mejor objetivo criminal.

β) El "*espacio defendible*" de NEWMAN (1972)

Oscar NEWMAN, arquitecto, afirma, al igual que JACOBS, que la seguridad de una zona no la proveen en exclusiva las fuerzas de orden público, sino que la misma se debe principalmente a la acción de la comunidad que comparte ese territorio y que controla el mismo de manera incontestada[710]. Dicho hecho —la influencia y el control de una comunidad sobre la zona en la que vive— puede mostrarse claramente a los extraños mediante un diseño físico que tienda a mantenerlos a raya y a cuestionar actividades no toleradas por la comunidad. El autor constata que diversas características de los edificios tales como el número de pisos, las características de los exteriores y los interiores, la disposición de los apartamentos, el tamaño de los proyectos, etc. pueden predecir la existencia de delincuencia. De todo ello deduce que ciertas clases de espacio y de diseño espacial favorecen las actividades delictivas. Por tanto, todo arquitecto, únicamente armado con una mínima comprensión de la estructura del fenómeno delictivo, puede evitar darle soporte espacial y puede ayudar a reducir las oportunidades para el delito[711]. A esta idea responde su concepto del "*espacio defendible*", el cual es un modelo para ambientes residenciales que inhibe el crimen por medio de crear la expresión física de un conglomerado social que se autodefiende. En este tipo de diseño el fin es un ambiente en el que la territorialidad latente y el sentido de pertenencia se

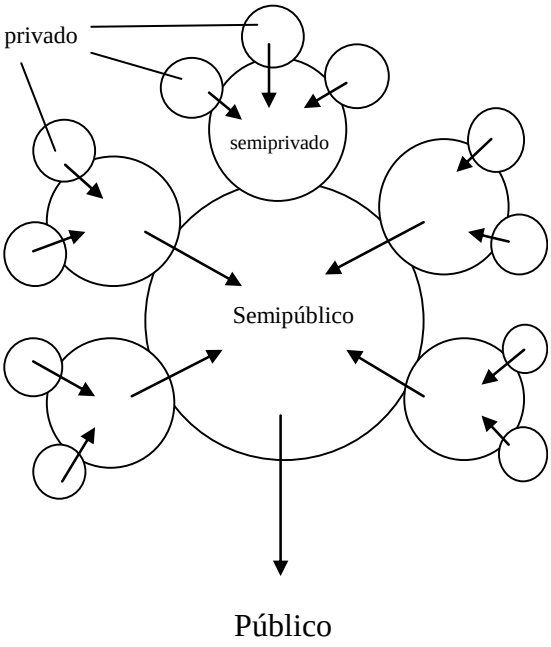
[710] NEWMAN, O. *Defensible Space. Crime Prevention Through Urban Design*. Colliers Books. New York, 1973. pp. 2-3.
[711] NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. p. 12.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

puedan traducir en la responsabilidad por mantener un espacio vital seguro, productivo y bien conservado[712]. El mismo se asienta en cuatro principios básicos que, tanto juntos como por separado, contribuyen a crear ambientes seguros:

1. Definición territorial[713].

Este parámetro es la piedra angular de su teoría. Se trata de establecer, desde las viviendas hasta la calle, una división jerárquica y clara del espacio en zonas privadas, semiprivadas, semipúblicas y públicas en las que la influencia de los moradores y su responsabilidad sea menor de manera progresiva (Vid. esquema 1). Tal demarcación puede realizarse a través de barreras físicas (muros, verjas, puertas, edificios en forma de U…) o bien simbólicas (cambios de textura, color, luz, altura, setos, etc.), pero, en definitiva, de lo que se trata es de mostrar interrupciones o hitos en las trayectorias de acceso que marquen claramente la transición desde los espacios públicos hasta los privados y que informen de que se está transitando desde un espacio público, donde la presencia no es cuestionada, a un espacio que es privado en el cual la presencia necesita de alguna justificación y las normas de comportamiento son marcadas por los residentes, de forma que cualquier conducta que no se adapte a las mismas (*v. g.* la actividad delictiva) es detectada rápidamente y su autor identificado como un intruso[714]. La percepción de dicho mecanismo por los potenciales delincuentes los disuadirá de actuar en la zona.



Esquema 1. Fte. Newman. Defensible space. 1972.

Entre las claves para conseguir esta clara demarcación de diferentes niveles espaciales, el autor sugiere reducir el número de apartamentos que comparten un mismo territorio o reducir el número de edificios que comprende un proyecto residencial. Deben crearse pequeños grupos de pisos que compartan una zona común no demasiado

[712] NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. p. 3.
[713] Vid. NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. p. 51 y ss.
[714] NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. p. 63.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

extensa (zonas semiprivadas) y que esos grupos desemboquen en otra zona compartida de dimensiones moderadas (zona semipública) que se encuentre separada —real o simbólicamente— del espacio público. La localización de servicios relacionados con las necesidades de los habitantes en esa zona reforzará aun más el sentido de pertenencia y la responsabilidad de los habitantes sobre dichos espacios.

2. Vigilancia natural[715]

La vigilancia natural es definida por NEWMAN como la capacidad de observar las áreas públicas del propio espacio residencial en todo momento y de sentir que uno mismo está constantemente observado por el resto de los residentes, tanto en los espacios abiertos del área residencial, como en las zonas semipúblicas y semiprivadas de los interiores. La misma tiene un importante efecto, al aumentar la seguridad fáctica y la psicológica o subjetiva. El estado de vigilancia es percibido por los potenciales delincuentes, los cuales dejan de contemplar el área como un golpe fácil y optan por otros objetivos más sencillos o desisten de la acción. De la misma manera, los residentes sienten que, en función de la vigilancia, el entorno es más seguro y lo usan más, lo cual a su vez provee de mayor control.

La vigilancia está fuertemente relacionada con la territorialidad, ya que la eficacia de aquella depende en gran medida de la sensación del observador de que el área que observa está bajo su radio de influencia y responsabilidad. Igualmente, ayuda a aumentar la eficacia de la vigilancia natural el que se distinga fácilmente a los extraños de los residentes, lo cual guarda relación con el número de personas que comparten una misma subdivisión espacial y con el vínculo de "coposesión" que los une.

Para conseguir el efecto de la vigilancia es necesario que los edificios den a las calles adyacentes y no a zonas comunes interiores. También es importante que las ventanas y puertas estén enfrentadas a las de otras viviendas para aumentar las posibilidades de control natural de lo que ocurre en los caminos de entrada, áreas de juego, etc. En los ambientes interiores, por su parte, el aspecto que tratamos debe observarse de manera muy estricta, ya que los mismos se han mostrado como las zonas más peligrosas de las áreas residenciales por las obvias dificultades que entrañan para la observación general. Por tanto, en los mismos deben implementarse los mecanismos

[715] Vid. NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. p. 78 y ss

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

constructivos oportunos que permitan contemplar desde el exterior todo lo que suceda en ellos (acristalamientos, ventanas, puertas amplias, buena iluminación, evitar corredores en zig-zag…).

3. Imagen

El diseño físico de un área residencial hace que la gente le preste atención y puede decir mucho sobre el status y el estilo de vida del mismo. Si la imagen que se proyecta es negativa (*v. g.* aislamiento, descuido, bajo nivel…) el conjunto será estigmatizado y sus habitantes tienen muchas posibilidades de ser señalados y de ser objeto de victimización. Por el contrario, si la imagen que se da es de buen mantenimiento y calidad, el mensaje que se envía es que el área está bien controlada por sus habitantes, lo cual supone un eficaz disuasor de la actividad criminal[716].

La buena imagen, una vez más, se relaciona con la territorialidad y el sentido de pertenencia. Cuando existe un sentimiento de territorialidad, la zona se siente como propia y los habitantes se esforzarán en mantenerla bien cuidada. A su vez, cuando un conjunto tiene una buena imagen, ello refuerza el orgullo de los habitantes y su deseo de mantener el área en buenas condiciones. Por el contrario, cuando no existe territorialidad, la zona se descuida y ello incrementa el miedo y el desuso la misma con el consiguiente descenso en el control y en la vigilancia natural sobre la zona.

Entre los elementos de diseño que NEWMAN propone evitar para no proyectar esa mala imagen pueden destacarse el cerramiento de espacios interiores que contribuyen al aislamiento y a la falta de vigilancia, alturas desmedidas, materiales o soluciones constructivas de baja calidad y que den un aspecto impersonal o institucional, iluminación demasiado fría, etc.[717].

4. Entorno

El área que rodea a un conjunto urbano tiene una importante influencia sobre el mismo. De este modo, si determinadas áreas urbanas o calles son consideradas seguras, las zonas que se sitúen en sus proximidades se benefician de tal seguridad, tanto en un sentido real como por asociación. Por ello, es posible aumentar la seguridad de las áreas residenciales situando sus zonas públicas y entradas de cara a zonas que, por una u otra

[716] Vid. NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. p. 102
[717] Vid. NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. pp. 103-105

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

razón, sean consideradas seguras[718]. Dichas zonas "seguras" suelen caracterizarse por un fuerte tránsito de personas y de vehículos, así como por una intensa actividad comercial o institucional. En definitiva, se trata de zonas en la que la presencia de muchas personas hace sentir que, ante un eventual percance, existen muchas posibilidades de que alguien opte por prestar auxilio.

Como ha podido observarse, tanto la vigilancia natural como la imagen y el entorno aparecen en la teoría de NEWMAN como componentes de la territorialidad que facilitan la misma. Todos ellos funcionan como instrumentos para mantener el entorno bajo el control de sus residentes. De esa forma, la relación entre la territorialidad y sus tres aliados fundamentales es claramente interactiva. El diferente fomento de cada uno de ellos desemboca bien en un encorsetamiento, bien en una ampliación de la territorialidad y, subsiguientemente, en un espacio más o menos defendible.

γ) Las "*ventanas rotas*" de WILSON y KELLING (1982)

Esta teoría, según se deduce de las palabras de sus propios autores, está más orientada a explicar e intentar evitar el miedo al delito que al delito en sí mismo. Es más, WILSON y KELLING parecen mostrar un cierto pesar por el hecho de que la policía vaya dejando de lado el control férreo del orden público para centrarse en el esclarecimiento del delito y en la lucha contra el mismo en sentido estricto[719].

Para los autores, el miedo al delito se produce principalmente por el temor que inspiran las actividades incívicas (beber en la calle, armar jaleo, reunirse un cierto número de personas…) y las personas de conducta poco "virtuosa" (borrachos, prostitutas, adictos, mendigos…) —*disorderly people*, en el original—[720]. El miedo que tales fenómenos engendran y el desorden o descuido que proyectan lleva a la gente a retraerse del uso del espacio público y del control informal sobre el mismo, facilitando con ello oportunidades al delito.

[718] Vid. NEWMAN, O. *Defensible Space*… cit. p. 108-109.
[719] WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas: la policía y la seguridad vecinal" (trad. de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I del original "Broken Windows", publicado en *The Atlantic Monthly*, marzo de 1982, pp. 29-38), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. p. 315. En el mismo sentido y más extensamente vid. KELLING, G. L. y COLES, C. M. *Fixing Broken Windows. Restoring order & reducing crime in our communities.* Free Press. New York, 1996. p. 21 y, especialmente, p. 49 y ss.
[720] WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas:…" cit. pp. 308-309.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Como puede observarse, se trata de una teoría "de escalada" que afirma que si no se controla el mero desorden, el mismo indefectiblemente desembocará en delincuencia[721]. La metáfora de la que toma nombre la teoría es ilustrativa de la lógica que lo guía: *"si en un edificio se rompe una ventana y se deja sin reparar, pronto se romperán las demás*"[722]. "*El mendigo sin controlar es, de hecho, la primera ventana rota*"[723]. El razonamiento en lo ambiental, en esencia, es idéntico al que realiza NEWMAN en torno a la imagen. Si un área está descuidada y se deja que existan signos de deterioro físico, se envía el mensaje de que "a nadie le importa" y de que existe una conducta "*pasota*" que permite a la delincuencia campar a sus anchas[724]. Frente a ello se propone una actitud policial muy preventiva y en cierto sentido populista, de intenso apoyo al control comunitario, incluso sin una adscripción muy rígida a la legalidad, para controlar actividades incomodas sin demasiada dañosidad social[725] a fin de evitar la supuesta escalada criminal que esta teoría adopta como presupuesto lógico.

ii) Objeciones a las teorías clásicas

Como ya advertimos, estos planteamientos teóricos han sido objeto de diversas críticas o puntualizaciones por parte de la doctrina posterior.

Los postulados teóricos de JACOBS, al menos en cierta medida, han encontrado el escollo de lo afirmado por la teoría de la oportunidad delictiva. Dicha teoría da

[721] Los autores lo ejemplifican del siguiente modo: "*Un barrio estable de familias a las que les preocupan sus casas, donde todos se ocupan de los niños de cada uno y donde las personas fruncen el ceño con confianza ante los intrusos no deseados puede cambiar en unos años, o incluso en unos meses, para convertirse en una jungla inhóspita y aterradora. Se abandona una propiedad, crecen los hierbajos, se rompe una ventana. Los adultos dejan de regañar a los niños alborotadores; éstos, envalentonados, alborotan más. Hay familias que se mudan y en su lugar llegan adultos sin vínculos. Los adolescentes se reúnen frente a la puerta de la tienda de la esquina. El tendero les pide que se vayan y éstos rehúsan. Hay peleas. La basura se acumula. La gente empieza a beber enfrente de la tienda; con el tiempo, un sujeto en estado de ebriedad se desploma en la acera y se le deja dormir la mona. Los mendigos abordan a los viandantes. En este momento el florecimiento de los delitos graves y los ataques violentos a los no residentes no es inevitable. Pero muchos residentes pensarán que el delito está en alza, especialmente el de carácter violento, y probablemente modificarán su conducta en tal sentido. Usarán las calle menos a menudo y cuando estén en ella se mantendrán alejados de otras personas, moviéndose con ojos precavidos, labios cerrados y pasos apresurados. (...) Una zona así es vulnerable a la invasión criminal. Que las drogas cambien de manos, las prostitutas hagan la calle y se desmonten los coches. Que los niños hurten a los borrachos como si fuera un juego y los clientes de las prostitutas sean robados por hombres que lo hacen de forma intencionada y quizás violenta. Que haya atracos. Aunque todo ello no es inevitable, es más probable aquí que en sitios donde la gente se siente segura y puede regular la conducta pública mediante controles informales*" Vid. WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas:…" cit. pp. 311-312.
[722] WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas:…" cit. p. 310.
[723] WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas:…" cit. p. 315.
[724] WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas:…" cit. p. 311.
[725] WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas:…" cit. pp. 310, 317-318 y 320.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

indicios sólidos de que la concentración de mayor cantidad de personas en la vía pública produce —o al menos estimula— un aumento de la delincuencia al proveer mayores oportunidades para el delito mediante un incremento de las posibilidades de combinación entre objetivos apropiados y delincuentes motivados. Del mismo modo, se hace eco del hecho de que determinados establecimientos como bares, pubs o restaurantes nocturnos pueden ser problemáticos y suministrar potenciales delincuentes. Todo ello parece oponerse a la idea central de JACOBS de que cuantos más ojos haya en la calle, más seguras serán éstas.

En esta misma línea, se ha criticado a la autora estadounidense el que sobrestime la influencia de la vigilancia natural y la influencia del entorno sobre el comportamiento humano. Las mejores oportunidades para la vigilancia natural no generan automáticamente un control efectivo real[726]. Como veremos en profundidad más adelante, para que las medidas físicas cumplan su cometido securitario es necesario que a las mismas las acompañe una cierta actitud de las personas y que se tome en consideración el proceso de toma de decisiones de los posibles delincuentes.

En lo que respecta a NEWMAN, el mismo ha recibido críticas sobre la validez de sus métodos de investigación y sobre la cientificidad de sus conceptos, a los que se acusa de ser meras conjeturas sin base empírica sólida[727].

Así, en primer lugar, se le acusa de un cierto determinismo ambiental, ya que su concepto de espacio defendible está desprovisto de un sustrato socio-psicológico o comportamental. El hecho de que un área reúna las características para ser defendible no significa que sea defendida o controlada de forma automática o que todos los potenciales delincuentes vayan a captar las señales del ambiente en el sentido que refiere el autor y se vean inmediatamente disuadidos de sus propósitos. El propio NEWMAN tuvo en cuenta objeciones similares en desarrollos posteriores de su teoría[728] y prestó atención a la importancia de la homogeneidad social de las personas que comparten un determinado territorio y de las que se encuentran bajo algún régimen de protección estatal. No obstante, no termina de dejar muy claro cómo actúan tales

[726] VAN SOOMEREN, P. "El delito y la inseguridad colectiva…" cit. p. 257.
[727] REYNALD, D. M. & ELFFERS, H. "The Future of Newman´s Defensible Space Theory. Linking Defensible Space and the Routine Activities of Place", en *European Journal of Criminology*. Volume 6. Number 1. January 2009. p. 30.
[728] Vid. NEWMAN, O. y FRANK, K. A. *Influencing crime and stability in urban housing development*. National Institute of Justice, US Departament of Justice. 1980.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

factores en relación con el espacio y en su teoría parece darse por supuesta la cohesión y el compromiso de todos los residentes para con su entorno residencial.

En segundo lugar, se critica a NEWMAN el que no ajusta el concepto de territorialidad a una unidad espacial. Lo que sea el espacio está abierto a la interpretación y se supone que la territorialidad opera en cualquiera de ellos, pero, precisamente, no se deja claro cómo actúa en cada uno de los niveles espaciales (pisos, viviendas, calles, barrio…).

Por último se le achaca también que las corroboraciones empíricas de su teoría son conflictivas debido a que sus conceptos están muy abiertos a la interpretación. Un ejemplo de ello es lo que ocurre con la accesibilidad. Para NEWMAN, aunque admite la posibilidad del control externo al área, los extraños son concebidos más bien como posibles ofensores que como vigilantes, tal y como los entendía JACOBS. Cuanto más accesible es un área, más oportunidades tienen los extraños para usar ese espacio y, por tanto, existen más posibilidades de victimización. La premisa en la que se basa este razonamiento es que mayores niveles de actividad hacen más difícil para los residentes el distinguir a los extraños y controlarlos de manera efectiva. Por tanto, la accesibilidad tendría un efecto negativo en la vigilancia natural de los residentes y en su capacidad de ejercer control. En este ámbito existen, sin embargo, estudios empíricos que dan la razón a JACOBS y afirman que el hecho de que una zona cuente con muchos usuarios aumenta la vigilancia y la seguridad. Aunque también hay estudios que avalan que la delincuencia es mayor en áreas accesibles y muy utilizadas. Tales hallazgos contradictorios delatan la necesidad de más investigación en este tema[729].

Las principales críticas a la teoría de las ventanas rotas, por su parte, tienen que ver con la cientificidad del concepto de orden, ya que el mismo, según los propios autores, se basa en la sabiduría popular y el sentido común[730] y, debido a ello, su definición depende demasiado del contexto y de los sujetos implicados[731], lo cual lo

[729] Vid. REYNALD, D. M. & ELFFERS, H. "The Future of…" cit. pp. 37-39.
[730] Vid. WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas:…" cit. p. 315. En sentido crítico vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. p. 34; DIXON, D. "¿Por qué la policía no impide el delito? (trad. de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. del original "Why Don´t the Police Stop Crime?, en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology* vol. 38. Nº 1, 2005, pp. 4-24)", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.).. Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. p. 170
[731] ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. p. 38.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

hace discrecional —con el riesgo latente de convertirse en arbitrario— y poco operativo[732].

Una segunda crítica a estos postulados viene de la mano de sus corroboraciones empíricas. Así, por ejemplo, HARCOURT ha mostrado que el estudio citado habitualmente como demostración empírica de la tesis —*Disorder and Decline*, de Wesley SKOGAN— tiene defectos fundamentales y que los nexos causales entre desorden y delito no son demasiado claros[733]. En el mismo sentido, tanto TAYLOR como ORTIZ DE URBINA recalcan el hecho de que, aunque ambos fenómenos están conectados, la relación entre ambos no es determinante, dependiendo el surgimiento de la delincuencia más bien de una serie de condiciones sociales como la concentración de desventaja[734].

A pesar de las críticas, no obstante, debe reconocérsele a esta teoría el mérito de poner de manifiesto la gran importancia autónoma que tiene la sensación subjetiva de inseguridad (el miedo al delito) junto a la seguridad objetiva (el control efectivo de la delincuencia), que era la que había centrado la atención hasta entonces.

iii) El enfoque actual: "CPTED" o "prevención situacional"

En la actualidad, a partir de todas las aportaciones de estas teorías clásicas y de las objeciones formuladas a las mismas, se ha desarrollado lo que se conoce como *Crime Prevention through Environmental Design* —CPTED—[735], *Design Out of Crime* —

[732] TAYLOR, R. B. "La tesis de las incivilidades o de las «ventanas rotas»" (Trad. de LARRAURI PIJOAN, E. del original "The incivilities or «broken windows» thesis", en. *Encyclopedia of Law Enforcement* (Ed. SULLIVAN). Sage, Thousand Oaks. California, 2005.), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. p. 267.

[733] Vid. HARCOURT, B. E. "Reflecting on the subject: a critique of the social influence conception of deterrence, the broken windows theory, and order-maintenance policing New York style", en *Michigan Law Review*, nº 97.1998. pp. 291-389 y HARCOURT, B. E. *Illusion of order: The false promise of broken windows policing*. Harvard University Press. Cambridge, 2001. cit. en DIXON, D. "¿Por qué la policía no impide…" cit. p. 171.

[734] Vid. TAYLOR, R. B. "La tesis de las incivilidades…" cit. p. 269; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. pp. 37-38; SAMPSON, R. J. y RAUDENBUSH, S. W. "El desorden en los barrios: ¿conduce al delito? (Trad. de LARRAURI PIOJÁN, E. del original "Disorder in Urban Neighbourhoods-Does it lead to crime?", en *National Institute of Justice. Research in Brief.* Febrero de 2001. pp. 1-6), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. Pp. 254-256.

[735] El término CPTED no es actual, sino que el mismo se debe a C. Ray JEFFERY, el cual publicó un libro en 1971 argumentando que los sociólogos y criminalistas habían exagerado considerablemente las causas sociales del delito, negando los determinantes biológicos y ambientales. Jeffery sugirió entonces

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

DOC— o, de un modo más genérico, enfoque situacional[736]. Esta formulación, como sus predecesoras, se concentra en disminuir los delitos mediante la reducción de las oportunidades para delinquir, y la creación de condiciones que hagan que las personas se sientan seguras en su ambiente.

El enfoque CPETD se ha acogido con entusiasmo en Europa, en donde, además de al entorno físico en sentido estricto, se presta atención a temas sociales y organizativos. Dicho optimismo europeo queda patente en el acuerdo político alcanzado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea, en su sesión de 15 de marzo de 2001 en torno a la conclusión de la conferencia de expertos de la UE denominada "Hacia una estrategia basada en el conocimiento para prevenir la delincuencia". En dicho acuerdo se sentencia que: "*La Prevención del Delito a través del Diseño del Entorno o Designing out Crime (Crime Prevention through Environmental Design, or Designing out Crime (CPTED/DOC), ha demostrado ser una estrategia útil, efectiva, muy concreta y viable para prevenir el delito y los sentimientos de inseguridad, integrados en un enfoque multidisciplinar. Las mejores prácticas en relación a CPTED/DOC deberían reunirse, evaluarse y hacerlas accesibles a las partes. Este proceso debería utilizar una infraestructura común de conceptos y procedimientos y se deberían identificar los principios transferibles".* Esta conferencia de la UE también destacó*: "en relación a la prevención del miedo al delito, que el miedo al delito debería considerarse y tratarse como un problema social por derecho propio"*[737]

Desde finales de los años noventa se han emitido múltiples directrices prácticas en Europa en esta materia. Un ejemplo es el conjunto de criterios europeos emitidos por el comité técnico 325 (TC325) CEN (Comité europeo para la estandarización), como por ejemplo la propuesta de criterio europeo ENV 14383-2 (sustituido en 2007 por el documento CEN/TR 14383-2:2007, con estatus de informe técnico) sobre la prevención

que la prevención del delito debería centrarse en los factores relacionados con la biología del delito y especialmente en reducir las oportunidades ambientales para el mismo. A pesar de ello, en el presente estudio hemos elegido su denominación para referirnos a las tendencias contemporáneas sobre prevención de la delincuencia y del miedo a través del entorno, ya que es la que se utiliza comúnmente.

[736] VAN SOOMEREN, P. "Prevención de la delincuencia mediante el diseño ambiental", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. p. 282.

[737] Vid. VAN SOOMEREN, P. "El delito y la inseguridad colectiva…" cit. p. 251.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

del delito y el miedo al delito por medio de la planificación urbanística y el diseño de la construcción, y los estándares y directrices técnicas que siguen este criterio[738]. También existen guías sobre las viviendas, tiendas y oficinas y estándares sobre escuelas, transporte público, etc., que están en proceso de desarrollo. Asimismo, son interesantes una serie de iniciativas nacionales como el programa de "Seguridad a través del diseño" del Reino Unido y los holandeses "Certificado policial de casas seguras", "Informe sobre los efectos de las medidas de de seguridad físicas" y "Seguridad frente a actos delictivos" (*VeiligheidsEffectRapportage*). Aunque España forma parte de los países que trabajan en dicho estándar, la legislación técnica sobre edificación (Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código técnico de la Edificación) aún no ha recogido ninguna previsión referida a la cuestiones de prevención de la delincuencia. No obstante, en Cataluña comienzan a haber algunas iniciativas interesantes[739].

EL CPTED actual diferencia entre estrategias ambientales, CPTED propiamente tal, y las estrategias sobre el objeto delictivo. Tales medidas consisten en[740]:

Estrategias ambientales:

• Vigilancia natural: Es el pilar fundamental para que los espacios sean seguros, pues aumenta el control de éste por parte de la comunidad, disminuyendo la probabilidad de comisión de delitos.

[738] El estándar europeo se empezó a gestar a mediados de los años noventa y tenía como objetivo crear un estándar de procedimiento que debía centrarse en las posibilidades de reducir la delincuencia y el miedo a la delincuencia mediante el diseño y la planificación urbanística, por parte de autoridades, planificadores, arquitectos e ingeniero, en colaboración con la policía, las empresas de seguridad y los vecinos. Este estándar es un acuerdo voluntario entre todos esos sectores y, por ello, exige un consenso total que hace que el mismo no pueda avanzar a pasos agigantados. El estándar se desarrolla con respecto a una situación concreta y se establecen tres partes. La introducción, que se refiere al dónde, qué y quién. El desarrollo, que recoge las medidas a implementar y cómo llevarlas a cabo. Finalmente se articula una fase de evaluación y mejora. Dicho proceso recuerda los procedimientos elaborados en los estándares internacionales sobre gestión de calidad (ISO 9000). Vid. al respecto VAN SOOMEREN, P. "Prevención de la delincuencia mediante…" cit. pp. 297-301; VAN SOOMEREN, P. "El delito y la inseguridad colectiva…" cit. p. 275-277.

[739] Sobre las mismas en general vid. PONCE SOLÉ, J. "Programas de integración de jóvenes y prevención de la violencia" [en línea]. Ponencia en el taller sobre *Programa de mejoramiento de barrios (PMB). Análisis comparado de lecciones aprendidas y nuevos enfoques*. Organizado por el Banco Interamericano de desarrollo. Montevideo, Uruguay. 14, 15, 16 y 17 de octubre de 2008. Disponible en la página web: http://events.iadb.org/calendar/eventDetail.aspx?lang=es&id=82; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. pp. 49-61.

[740] Según GONZÁLEZ VEGA, P. A. "Desarrollo urbano del delito" [en línea]. Disponible en la página web: http://es.scribd.com/doc/24680279/Desarrollo-Urbano-del-Delito

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

• Refuerzo de la cohesión social: La vulnerabilidad se define por el abandono y el decaimiento por la ausencia de control. El reforzar los lazos de afectividad y de cohesión genera control social y, sobre todo, sentimiento de pertenencia de la comunidad en un área determinada.

• Control natural de los accesos: Busca fomentar, por medio del diseño, el control social o natural sobre determinados espacios. Se puede lograr por medio del alumbrado y de una infraestructura urbana que atraiga vigilantes naturales, así como por medio de la utilización de barreras simbólicas[741].

• Mantenimiento en buenas condiciones del espacio público: Es de vital importancia mantener los espacios nuevos o recuperar los existentes, tanto a través de programas municipales de mantenimiento como delegando parte de la responsabilidad a la vecindad, en una participación activa de la recuperación del espacio.

Orientadas al objeto del delito

• Neutralización: Se busca que, a través de distintas técnicas o medidas, se anule el esfuerzo asociado a la acción delictiva, el propio objeto o el lugar donde puede ser agredido potencialmente.

• Modificación: Se trata de cambiar las características del objeto delictivo, con el propósito de que pierda su atractivo para los potenciales delincuentes.

• Identificación: Se recurre a esta medida para poder reconocer el objeto tras la eventual sustracción e impedir su posterior venta o su utilización.

iv) El factor social como complemento indispensable de la prevención situacional

A la luz de los derroteros actuales de la prevención situacional acabados de analizar, hay que insistir en la importancia, sobre todo en los procesos de prevención

[741] Entendemos que las barreras simbólicas son las óptimas para demarcar los territorios puesto que lo hacen únicamente de manera psicológica y realmente no cuartean el territorio ni impiden el acceso a las demás personas. Sólo dan la idea a los que entran de que existen responsables sobre ese territorio y eso puede llevarlos a modular su conducta. De otra opinión MIDTVEIT, para el cual las barreras simbólicas son igual de excluyentes que las físicas, pero tienen el inconveniente añadido de que, al manifestar menos violencia, omiten el debate sobre las mismas Vid. MIDTVEIT, E. "Crime prevention and Exclusion: from Walls to Opera Music", en *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. Vol. 6, 2005. pp. 32-33. Nosotros entendemos que más que una cuestión de qué tipo de barreras se usen, se trata de la finalidad buscada con las mismas. La territorialidad es un rasgo comportamental humano y debe poder desarrollarse normalmente. Lo que habrá que intentar es que dicho comportamiento natural no degenere en exclusión, como parece sugerir NEWMAN y, para ello, nos parecen más apropiadas las barreras simbólicas debido a que cumplen ambas finalidades simultáneamente.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ambiental de la delincuencia real, de tomar tanto medidas físicas como medidas que tengan en cuenta a las personas. Precisamente en esa dirección apuntaban las principales críticas que se hacían a las teorías clásicas que han dado origen al CPTED actual. No puede caerse en un determinismo ambiental extremo que prescinda completamente de las actitudes de las personas (potenciales víctimas o autores) presentes en esos espacios. Como sentencia SOOMEREN, "*no puede olvidarse que el tango lo bailan dos*"[742] y, por tanto, además de un diseño físico determinado, será necesario fomentar una cierta actitud de las personas en él.

En este sentido, nos parece muy interesante la aportación teórica realizada por SAMPSON, el cual introduce el concepto de *eficacia colectiva*[743]. Dicho autor constata que, a pesar de la existencia de desorden físico y social en determinados barrios, la conversión de esta inestabilidad en delito no es automática, sino que está mediada por la existencia o inexistencia de un clima de confianza en la colaboración conjunta y de una disposición a actuar para conseguir el control social, que es lo que se denomina eficacia colectiva. Así, aquellos barrios que cuenten con una alta eficacia colectiva tendrán menos predisposición a la violencia y a la delincuencia en general[744].

Este concepto se aleja de las poco realistas visiones idílicas o utópicas de la sociedad tradicional y ello es otra de las razones de su profundo interés. La eficacia colectiva se amolda perfectamente al tipo de relación social entre extraños típicamente urbana que hemos visto al principio de este apartado, ya que, para la existencia de la misma, no es necesario que el vecino o el policía "sean mis amigos". Es decir, la eficacia colectiva no depende de las relaciones personales privadas ni de la densidad de las redes sociales. Lo que activa realmente este fenómeno es un conjunto de creencias compartidas en la capacidad de actuación del vecindario en un aspecto concreto —en este caso el control social— sin necesidad alguna de relaciones cercanas e íntimas entre los miembros.

[742] VAN SOOMEREN, P. "Prevención de la delincuencia mediante…" cit. p. 259.
[743] Las líneas que siguen se basan en el artículo SAMPSON, R. "Vecindario y comunidad: Eficacia colectiva y seguridad ciudadana (Trad. de LARRAURI PIOJÁN, E. del original "Neighbourhood and community. Collective efficacy and community safety", en *New Economy*, 2004 pp. 106-113)", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. pp. 235-246.
[744] En el mismo sentido, CURBET asegura que, para prevenir el delito, es una condición previa un clima de diálogo y tolerancia en el seno de la comunidad. CURBET, J. "La ciudad: el hábitat…" cit. p. 135.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La eficacia colectiva correlaciona negativamente principalmente con la pobreza y con la concentración de desigualdad social e inestabilidad residencial. Por tanto, para fomentar la generación de eficacia, deben evitarse los guetos y facilitarse la mayor mezcla posible de clases sociales e ingresos en una misma área e, igualmente, asegurar actuaciones públicas en pro de la cohesión social y la estabilidad residencial. En este último sentido, deben evitarse las eventuales "huidas" de las personas con recursos ante un incipiente repunte del desorden, ya que ello produciría una paulatina concentración de pobreza con la consiguiente merma de eficacia colectiva y el inicio de un círculo vicioso de desorden y reducción de eficacia que puede culminar en delincuencia grave.

Una infraestructura institucional fuerte también ayuda a fomentar una elevada eficacia colectiva. Por ello deben estimularse las asociaciones de base entre vecinos, tales como peñas, parroquias, clubes deportivos, asociaciones de vecinos, asociaciones culturales, etc. las cuales pueden ayudar a realizar actividades que no pueden ser resueltas sólo con el apoyo de individuos y a aumentar la confianza en las posibilidades de acción de la vecindad.

El apoyo institucional a través de la policía también es importante de cara a estimular la eficacia colectiva. Ahora bien, no se trata de instaurar una estrategia policial de tolerancia cero, al estilo de lo propuesto por la teoría de WILSON y KELLING, sino de fomentar una policía que actúe como catalizador para difundir un sentimiento de propiedad sobre los espacios públicos y para dar cobertura al ejercicio del control social por parte de los ciudadanos. Un autoritarismo excesivo de la policía le resta legitimidad y socava su capacidad para trabajar con el barrio, amén de estar atacando una consecuencia del problema y no su causa originaria. Los ciudadanos no quieren una policía inquisitiva o una comprensión de su labor que los trate exclusivamente como receptores pasivos de su actuación. Hay que ofrecer, por contra, estrategias innovadoras que establezcan relaciones legítimas y procedimentalmente justas. En esta línea sería recomendable que la policía se reuniera con los ciudadanos para escuchar sus inquietudes, les cediera información sobre los lugares conflictivos ("*hotspots*"), fuera dialogante con los infractores, adoptara una postura pedagógica cívica en lugar de meramente represiva, etc.

Por último, hay que llamar la atención sobre la necesidad de guardar las debidas precauciones para evitar que la vecindad, animada por una alta eficacia colectiva, ejerza

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

un control social que pueda llegar a restringir libertades de forma innecesaria mediante una vigilancia extrema que puede degenerar en actitudes xenófobas y excluyentes. Según SAMPSON, un buen vecindario es aquel que no es creado a través de la marginación ni la exclusión de los de fuera, sino aquel en el que la legitimidad del orden social proviene de un compromiso mutuo y negociado entre los residentes, las instituciones mediadoras y las agencias encargadas de aplicar la ley.

A la vista de todo lo dicho hasta aquí, podemos concluir que las medidas puramente ambientales no son suficientes por sí solas para reducir la delincuencia real, sino que además es necesaria una cierta actitud personal de los usuarios del espacio —la eficacia colectiva— que las ponga en valor. De poco sirven las actuaciones físicas que favorecen una mayor vigilancia visual o que expresan el sentimiento de propiedad y control sobre un espacio si las personas no confían en la capacidad de apoyo de su entorno social y, por lo tanto, no van a actuar ante las conductas desviadas que se produzcan confirmando los indicios ambientales. Por otra parte, se constata que la sensación de apoyo y confianza en la vecindad se basa en la cohesión social y el contacto natural entre las personas, las cuales, como tuvimos ocasión de ver al inicio de este apartado, pueden favorecerse también a través de determinados modelos de diseño urbanístico. De todo ello se deduce la pertinencia de introducir —como un elemento más en un enfoque CPTED integral— las soluciones ya vistas que dotan de "civilidad[745]" a los lugares, junto a las medidas de control de la delincuencia que acabamos de analizar. Con ello se conseguiría un control del delito mediante el diseño ambiental que no dejara de lado los aspectos personales y que fuera realmente eficaz. Se constata así que seguridad y cohesión social vendrían a ser dos caras de la misma moneda, dos elementos inescindibles para asegurar la paz y la vida social. Como hemos comprobado, no puede existir cohesión social sin seguridad, pero tampoco seguridad sin cohesión social. Ello abunda en la idea de un planteamiento integral de prevención situacional que aúne las medidas físicas que promuevan tanto uno como otro aspecto en aras de la consecución de una vida urbana armoniosa, sana y enriquecedora para las personas que habitan en las ciudades.

[745] Sobre este concepto, vid. *supra*. Apdo. 3.4.1.2. Vid. asimismo, BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*… cit. pp. 104-105.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

D) Epílogo: Los riesgos de exclusión social por medio de la prevención situacional del delito

Para finalizar, no puede dejar de resaltarse brevemente el importante riesgo de que, ante la utilidad que presentan las medidas exclusivamente físicas en la reducción de la sensación de inseguridad[746], y, dada la menor complejidad que presentan en relación a políticas integrales sociales, se abuse de las mismas para intentar acabar con el miedo al delito como un fin autónomo en sí mismo, descuidando la lucha contra la delincuencia real y sus causas, que es lo que parece estar aconteciendo en la actualidad de forma inaceptable.

No hace falta ser un gran observador para percatarse de que nuestras ciudades, a decir de muchos de sus habitantes, generan intranquilidad y hasta pánico en relación a la violencia y el delito. Ello no deja de ser paradójico, ya que una de las principales funciones de las ciudades era otorgar seguridad a sus habitantes y, desde una perspectiva histórica, los niveles actuales de seguridad en las mismas no tienen parangón con los de otras épocas pretéritas[747]. En la actualidad, al menos en el occidente desarrollado[748], no es peligroso aventurarse en el interior de las ciudades y no es necesario ir armado, refugiarse en subterráneos o graneros ni construir murallas. La consolidación de la policía y la justicia, el monopolio estatal de la violencia y la generalización del autocontrol de los impulsos nos ha llevado a cotas de seguridad objetiva desconocidas hasta ahora[749].

[746] VAN SOOMEREN, P. "Prevención de la delincuencia mediante…" cit. p. 259.
[747] En este sentido BAUMAN afirma, "*nosotros (...) vivimos sin duda en algunas de las sociedades más seguras que jamás hayan existido, y, aun así, contra toda evidencia objetiva, también somos nosotros (...) los que nos sentimos más amenazados, inseguros y asustados, los más inclinados a ser presa del pánico y los más apasionados por todo lo relacionado con la protección y la seguridad, de todos los miembros de cualquier sociedad de la que se haya tenido noticia*", BAUMAN, Z. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores* (Trad. de SANTOS MOSQUERA, A). Paidós. Barcelona, 2007. p. 131 y 167.
[748] ORTIZ DE URBINA señala acertadamente que "nuestras pesadillas de inseguridad urbana son el sueño inalcanzable de los habitantes de la mayor parte de las ciudades del mundo" ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. p. 14
[749] Vid. entre otros, BODY-GENDROT, S. "Grandes transformaciones sociales en las áreas metropolitanas", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008. p. 77; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. p. 13-14

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Por tanto, el aumento de la inseguridad subjetiva sólo puede deberse a un descenso del umbral de tolerancia a la inseguridad urbana[750], la cual la ha encumbrado a uno de los principales problemas sociales de nuestro tiempo. Este hecho, tristemente, es aprovechado por los políticos y las empresas, los cuales se han percatado de la rentabilidad —política y económica— de fomentar tal preocupación[751] para luego suministrar diversas soluciones, casi siempre improvisadas o coyunturales, que no atacan las causas profundas del fenómeno y que se desligan de la cuestión de la seguridad objetiva y de la criminalidad real, contribuyendo con ello de manera indeseable a desconectar aun más ambas cuestiones[752].

El núcleo del problema radica en que, para tratar de acabar con la sensación de temor, se acude en exceso —con descuido de otras medidas sociales— a soluciones de diseño como las que conocemos (vallas, muros, aumentar la vigilancia formal e informal, videovigilancia…). Ahora bien, la proliferación y profundización en las mismas genera un *simbolismo defensivo*[753] y un clima de tensión que hacen que, a cada medida que se tome, aumente aún más la apariencia de inseguridad y la sensación de peligro. Se instaura así la *percepción social de la amenaza*, una actitud en la que las demandas de seguridad son constantes y se retroalimentan permanentemente a sí

[750] BODY-GENDROT, S. "Grandes transformaciones…" cit. p. 78.

[751] Paul VIRILIO afirma que el miedo y el pánico a la inseguridad son los grandes argumentos de la política moderna. Actualmente, la ciudad ocupa la centralidad política que antes tenía el Estado; es en la ciudad donde se imbrican de una manera más clara la vigilancia y la política. Cit. en G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva. Control y vigilancia en el espacio urbano*. Akal. Madrid, 2010. p. 43; en el mismo sentido, BAUMAN señala que la seguridad personal y la tutela de la ley y el orden se ha convertido en un importante (si no el que más) argumento de venta en los programas políticos y las campañas electorales. Se saca partido del miedo obteniendo legitimidad y aprobación política aplicando el poderío estatal en una guerra al crimen y, en general, a las alteraciones del orden público ("*una amplia categoría que, en los escenarios modernos líquidos, probablemente no tenga fondo y dé cabida a toda una gama de otros, desde los sin techo, que duermen a la intemperie hasta los alumnos que faltan a clase*"). BAUMAN, Z, *Miedo líquido*… cit. pp. 186-187; En un sentido idéntico vid. tb. PEIXOTO, P. "Anatomía y percepción de la falta de seguridad urbana en tres ciudades de dimensión media", en *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad. Investigación interdisciplinaria del medio urbano* (Eds. FRAILE, P y OTROS). Dykinson. Madrid, 2006. p. 139.

[752] LOÏC WACQUANT nos ofrece una metáfora muy aguda de este fenómeno. Así, comenta, "*la vorágine securitaria es a la criminalidad lo que la pornografía es a las relaciones amorosas", ya que ignora totalmente las causas y el significado de su objeto ostensible y reduce su tratamiento a una simple adopción de "posturas" seleccionadas exclusivamente por su espectacularidad.*" Cit. en BAUMAN, Z. Miedo líquido… cit. p. 187.

[753] Vid. GUERRIEN. M. "Arquitectura de la inseguridad, percepción del crimen y fragmentación del espacio urbano en la zona metropolitana del valle de México", en *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad. Investigación interdisciplinaria del medio urbano* (Eds. FRAILE, P y OTROS). Dykinson. Madrid, 2006. p. 111.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

mismas[754]. Todo ello desemboca en una *sociedad del control*[755] en la cual las cesiones de libertad a cambio de seguridad son cada vez mayores y se puede llegar a considerar libertad "*la sensación de estar siendo permanentemente vigilado*"[756].

En tal ambiente de paranoia securitaria, el miedo al delito se convierte en una socorrida excusa para una serie de tácticas urbanísticas que tienen nefastas consecuencias sobre la vida urbana social y para el propio desenvolvimiento democrático de las ciudades actuales.

Una de las principales consecuencias negativas del modelo es la segregación del espacio urbano. Para evitar la delincuencia, en virtud de un mal entendimiento del concepto de territorialidad[757], se intenta fortalecer dicha característica a través de limitaciones físicas al acceso de forma que las diversas áreas se aíslan del exterior y se impide o dificulta el acceso de los que no pertenecen a las mismas. El ejemplo paradigmático de este fenómeno son las urbanizaciones cerradas ("*gated communities*" en inglés). Dichas urbanizaciones se caracterizan por poseer un cerramiento perimetral (vallas, alambradas, muros, etc.) que las aísla del exterior; una única entrada controlada por un servicio de seguridad que se encarga de comprobar la identidad de los visitantes y anunciarlos, y una serie de áreas comunes interiores en las que pueden existir clubes, supermercados, instalaciones deportivas… Todo ello vigilado mediante sistemas de seguridad privados y generalmente con unas normas internas que regulan concienzudamente la convivencia. Tal tipo de asentamientos tiene como objetivo el control sobre los espacios propios para evitar la delincuencia, pero una arquitectura de

[754] Vid. G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 87. En el mismo sentido Mike DAVIS afirma "*la percepción social de la amenaza se convierte en una función de la propia movilización de seguridad, no de las tasas de delincuencia*". DAVIS, M. *Ciudad de cuarzo. Arqueología del futuro en Los Ángeles* (Trad. de REIG, R.). Lengua de trapo. 2003. p. 196.

[755] Ilustrativo de esta sociedad es el panorama que nos muestra GARLAND, "*Controles espaciales y controles situacionales, controles gerenciales, controles sistémicos, controles sociales, observamos ahora la imposición de regímenes de regulación, inspección y control más severos y, simultáneamente, nuestra cultura cívica se vuelve cada vez menos tolerante e inclusiva, cada vez menos capaz de tener confianza (…) el control está ahora recobrando su importancia en todas las áreas de la vida social, con la particular y sorprendente excepción de la economía, de cuyo dominio desregulado emergen habitualmente la mayor parte de los riesgos contemporáneos*." Vid. GARLAND, D. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa. Barcelona, 2005. p. 315.

[756] G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 33.

[757] Como tuvimos ocasión de comprobar en el capítulo 1, esta conexión psicológica con el entorno cada vez tiene menos que ver con los impulsos de exclusión física y de defensa frente a extraños, y se relaciona más bien con la personalización de los espacios, la responsabilidad y la supervisión y control sobre los mismos. El componente excluyente quedaría reservado exclusivamente para los territorios primarios o privados, pero no para los semipúblicos o públicos. Vid *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.3.5.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

esta clase puede tener además una serie de "objetivos solapados", ya que puede usarse la misma no solo para evitar la delincuencia, sino, como nos hace reparar MIDTVEIT, para excluir a determinadas personas o categorías de personas no deseadas[758]. Sobre ello nos pronunciaremos más adelante.

Fruto de la dinámica segregacionista que comentamos, se rompe la continuidad y fluidez del tejido urbano[759] y se produce simultáneamente una clara destrucción del espacio público accesible[760]. Se pasa del parque público al jardín privado, de la plaza al centro comercial, de la calle a las galerías privadas, etc.[761]. El espacio público, que antaño era creado y compartido por todos, sufre un proceso de vacuización y simplificación en el que los espacios de más valor se concentran en interiores de acceso restringido (o al menos fuertemente controlado) mientras que las fachadas se hallan desnudas y se vuelven cada vez más inexpresivas e impersonales al igual que los espacios intermedios, a los cuales se priva de cualquier elemento que invite a permanecer en ellos y a ejercer vida social[762].

Inmersa de lleno en este proceso se halla la sustitución de los espacios públicos por meros sucedáneos como son los espacios privados de consumo. Las plazas y otros lugares de convivencia públicos se están convirtiendo en lugares incómodos y peligrosos para la nueva mentalidad securitaria y, por ello, se sustituyen por los cálidos y acogedores espacios que los centros comerciales recrean en su interior. Muchos de los lugares de ocio, restaurantes, cines y tiendas comienzan a desaparecer del núcleo neurálgico de las ciudades para ir a concentrarse en centros comerciales "asépticamente" *purificados*[763] de todos los posibles inconvenientes que la convivencia ciudadana real pudiera irrogarles. De tal modo, la vida pública se recrea en un espacio artificial de cartón piedra que la encierra y la guarda bajo llave[764]. Pero en esos lugares la vida social únicamente se recrea o se representa. El gran tumulto existente no es más

[758] MIDTVEIT, E. "Crime prevention and Exclusion…" cit. p. 29.
[759] G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 117; en el mismo sentido, CURBET, J. "La ciudad: el hábitat…" cit. p. 144.
[760] DAVIS, M. *Ciudad de cuarzo*… cit. p. 196.
[761] G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 8.
[762] Un claro representante de esta nueva forma de construir es el afamado Frank Ghery, al cual pertenecen obras tan características de esta tendencia como el estudio Danzinger en Hollywood, la escuela americana de danza también en Hollywood, el centro urbano amurallado de Conchity Lake, en Nuevo México, etc. Vid. DAVIS, M. *Ciudad de cuarzo*… cit. pp. 206-209.
[763] BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*… cit. p. 107
[764] Vid. G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 88.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que una simple pantomima, ya que en estos centros la tarea a desarrollar es consumir de manera eminentemente individual o familiar. Por mucha gente que haya, no hay nada urbano a diferencia de lo que ocurre en los espacios públicos reales. Como señala BAUMAN, en dichos ambientes los encuentros —inevitables por la concentración— deben ser breves y superficiales para no entorpecer el propósito principal consumista. Para conseguirlo, el lugar está protegido contra todos los que puedan transgredir esa regla. Es una isla de orden libre de elementos distorsionantes (gente ociosa, pedigüeños…) en la que las personas no se apiñan para socializar ni convivir, sino exclusivamente para consumir[765].

Todo el vuelco de la vida social hacia los interiores degenera en lo que ha sido denominado de formas muy variadas, pero igualmente expresivas: bunkerización, blindaje, militarización, etc. del espacio urbano[766]. Lo que se trata de expresar en último término es que, en virtud del miedo inespecífico reinante, se camina hacia una ciudad perfectamente cerrada, sin ningún tipo de espontaneidad, en la que nada escapa a un control central "panóptico" que mantiene a los habitantes en un estado permanente de docilidad disciplinada. Estas tendencias se inician en las urbanizaciones de lujo y se van extendiendo al resto de la no-ciudad hasta convertirla en un amasijo de urbanizaciones fortaleza en la que sus habitantes se aíslan y tratan de protegerse de los otros y de sus propias fobias imaginarias o reales. Se desarrolla así un proceso de apropiación excluyente[767] de los espacios colectivos por parte del urbanismo del miedo que, en palabras de VIRILIO[768], transforma la *cosmópolis* tradicional, la ciudad abierta, en una *claustrópolis*, una ciudad cerrada en la que los miedos de cada uno acaban constituyendo una excusa para no convivir con los demás[769].

En una sociedad así, las masas, con sus necesidades básicas satisfechas y sin unas condiciones evidentes de opresión, son el instrumento más eficaz de su propio dominio, ya que no cuestionan ninguna regla y se transforman en fieros mantenedores del orden

[765] BAUMAN, Z. *Modernidad líquida*… cit. pp. 105-106.
[766] Vid. CURBET, J. "La ciudad: el hábitat…" cit. p. 144; DAVIS, M. *Ciudad de cuarzo*… cit. p. 212; G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 44.
[767] CURBET, J. "La ciudad: el hábitat…" cit. p. 145.
[768] Cit. en G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 43.
[769] BODY-GENDROT, S. "Grandes transformaciones…" cit. p. 78.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

establecido y en compulsivos detractores de cualquier atisbo de falta del mismo[770]. En dicho contexto —en el que el miedo es el que impone las reglas de convivencia—, el "otro", el distinto, el inadaptado, ya no es visto simplemente como una persona diferente, sino como un peligroso enemigo a temer y, dado el caso, erradicar[771]. De este modo, las medidas físicas de prevención del delito se comienzan a usar, más allá de su propósito originario, para prevenir o excluir el mero desorden o, de una manera mucho más amplia, para luchar contra la heterogeneidad o la multitud en general[772].

La mentalidad "teatral" de los centros comerciales se exporta al espacio público real y así, debido a intereses comerciales[773] de las marcas multinacionales que han conquistado el centro de las ciudades[774], o a intereses de imagen de la propia administración de la ciudad de cara a la "venta" de la misma en el mercado turístico[775], se inician políticas de exclusión e higienización del espacio público que impiden que las personas pobres o sin techo —los "indeseables" en general— puedan organizar su vida en él[776] y que tratan de expulsar cualquier "elemento" desordenado hacia guetos fuertemente vigilados, pero abandonados a su sino. El espacio público, por tanto, queda exclusivamente para circular o consumir y se establece una suerte de presunción de ilicitud, según la cual cualquier uso del mismo que no sea uno de los anteriores, tales como el deambular, el reunirse en grupo para pasar el rato, el conversar durante mucho tiempo, etc. son considerados peligrosos y deben justificarse satisfactoriamente. DAVIS

[770] G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 28. Este comportamiento carece de justificación a nuestro entender ya que, como hemos comprobado anteriormente, las relaciones entre delincuencia y desorden no están plenamente justificadas. Vid. *supra*. Apdo. 3.4.3.2. C) ii).
[771] G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 138.
[772] Vid. DAVIS, M. *Ciudad de cuarzo*… cit. p. 222.
[773] Vid. MIDTVEIT, E. "Crime prevention and Exclusion:…" cit. p. 36
[774] Sólo hay que fijarse en la identidad absoluta de las calles principales de los centros de las ciudades occidentales para corroborar esta afirmación.
[775] CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Videocámaras y prevención de la*… cit. p. 13; GALDÓN CLAVELL, G. "El derecho a la ciudad segura", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011. p. 80. En este sentido, LEFEBVRE advierte que la ciudad se funda en el valor de uso y que la conversión de la misma en una mercancía acaba por destruir la realidad urbana y sus manifestaciones típicas. Vid. LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad* (Trad. de GONZÁLEZ-PUEYO, J.). 2ª Ed. Ediciones Península. Barcelona, 1973 (original de 1968). p. 20 y ss. y 125.
[776] El mobiliario urbano juega un importante papel para impedir que la calle se convierta en lugar de reunión, con medidas como bancos inexistentes o incómodos que impidan tumbarse en ellos, colocación de aspersores de agua en plazas y jardines para evitar ser lugares de concentración, paradas de autobús especialmente incómodas, ausencia de lavabos y de fuentes públicas, etc. Vid. G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 72. A todo ello debe unirse la regulación jurídica con la misma finalidad de la que las "ordenanzas de civismo" últimamente aprobadas por diferentes Ayuntamientos son una muy buena muestra.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

nos da una imagen de Los Ángeles que representa muy bien el modelo que se extiende por occidente: "*los buenos ciudadanos, a salvo en sus burbujas privadas de consumo y con fuertes medidas de seguridad; los malos ciudadanos, en las calles (y por lo tanto llevando a cabo algún negocio ilícito), sometidos al escrutinio implacable, bíblico, del programa espacial de la policía de Los Ángeles*"[777].

Lo más nefasto de toda esta realidad de control extralimitado es que la misma no consigue en ningún caso reducir el miedo al delito y la sensación de desconfianza generalizada[778]. Como señala un importante sector de la doctrina, la segregación espacial en comunidades homogéneas socialmente y el control progresivamente mayor sobre el espacio público generan una supresión de la comunicación y el intercambio social que contribuye a generar una serie de percepciones distorsionadas y prejuicios sobre el propio ambiente urbano y sobre el resto de personas, que aumenta la tensión social y el sentimiento de inseguridad o temor hacia el delito[779]. Se produce un círculo vicioso en el que el aislamiento genera inseguridad y la inseguridad más aislamiento en una espiral sin fin[780].

A la vista queda que la solución al clima actual de inseguridad no vendrá a través de medidas de aislamiento espacial, exclusión social o control férreo sobre los espacios. Por tanto, habría que detener un momento la maquinaria de la paranoia securitaria que avanza desbocada y reflexionar sobre las causas profundas del miedo que nos invade para, desde ellas, poder recomendar soluciones eficaces al problema.

Según BAUMAN, el desmantelamiento liberal del estado social lleva a la reaparición de los temores existenciales que el mismo se había propuesto eliminar. La progresiva falta de protección comunitaria nos mueve hacia la búsqueda de soluciones individuales a problemas socialmente producidos utilizando herramientas de nuestra exclusiva propiedad que debemos hacer funcionar por nosotros solos[781]. Tal sensación

[777] DAVIS, M. *Ciudad de cuarzo*… cit. p. 219.
[778] Desmond TUTU, premio Nobel de la Paz en 1984, recuerda que "*nunca se consigue la seguridad con vallas, muros y armas*". Vid. "Desmond Tutu opina que Israel debería haber aprendido del Holocausto ", en *La Vanguardia.com*. 28 de agosto de 2009. En idéntico sentido, BORJA, J. "Espacio público y derecho a la ciudad", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011. p. 155.
[779] Entre otros vid. MIDTVEIT, E. "Crime prevention and Exclusion:…" cit. p. 30; GUERRIEN. M. "Arquitectura de la inseguridad…" cit. p. 97; G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 118.
[780] GUERRIEN. M. "Arquitectura de la inseguridad…" cit. p. 111.
[781] BAUMAN, Z, *Miedo líquido*… cit. pp. 175-176.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de soledad ante los problemas vitales, unida al desamparo social y a la desregulación económica, nos hace sentirnos completamente aislados como individuos independientes ante un sistema monstruoso[782] y engendra una profunda ansiedad vital que reconfigura los miedos nacidos de la inseguridad social colectiva en preocupaciones locales por la seguridad personal que no hallan límite[783].

Del mismo modo, el individualismo que se fomenta en la sociedad actual hace que las personas sólo cuiden de sus propios intereses y satisfacciones, atendiendo a las de los demás, únicamente en el caso de que afecten a los suyos propios. En la creencia de que los otros individuos actúan por motivaciones egoístas similares y de que, por lo tanto, no se puede esperar de ellos más compasión ni solidaridad desinteresadas que la que a ellos mismos se les ha aconsejado y enseñado a ofrecer, la compañía humana —máxime si es heterogénea— aparece como otra fuente de inseguridad existencial y un campo abonado a las emboscadas que hace a las personas retraerse del contacto social y no poner demasiada fe en los lazos humanos que crea[784].

Por último, la promesa moderna de derrotar todas las amenazas para la seguridad humana no se ha cumplido hasta el extremo prometido, que era acabar con ellas de una vez para todas. Este objetivo exagerado y obsesivo se convierte en la fuente más prolífica, autoabastecida e inagotable de la ansiedad y el miedo que nos invaden[785].

Como puede observarse, todas estas causas parten de un paradigma netamente antiurbano y antidemocrático[786] en el que se promueve la división, la exclusión, la homogeneización y el individualismo, y se destruye la confianza, la comunicación, la mezcla y la diversidad de la que la ciudad moderna es indiscutiblemente hija. Por ello, para salir del círculo vicioso del miedo al delito y el control securitario en el que nos encontramos inmersos, únicamente son válidas políticas públicas que promuevan los

[782] BAUMAN, Z, *Miedo líquido*… cit. p. 193.
[783] BAUMAN, Z, *Miedo líquido*… cit. p. 206.
[784] BAUMAN, Z, *Miedo líquido*… cit. pp. 170-171.
[785] BAUMAN, Z, *Miedo líquido*… cit. p. 168.
[786] Según BAUMAN, la democracia se nutre de la confianza de las personas en el futuro y en su propia capacidad de acción, mientras que el estado de la seguridad se inspira en el miedo y la incertidumbre, los dos archienemigos de la confianza. Y toda institución desarrolla unos intereses creados que le llevan a multiplicar las fuentes de las que se nutre, así como a colonizar terrenos nuevos, vírgenes hasta entonces, que pasa a convertir en sus plantaciones. En el proceso socava indirectamente los cimientos mismos de la democracia. Vid. BAUMAN, Z, Miedo líquido… cit. p.199.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

valores urbanos de mezcla, comunicación, heterogeneidad[787], transacción, etc. Hay que concienciarse de que la seguridad absoluta es un ideal inalcanzable y de que un cierto grado de caos e incertidumbre son consustanciales y hasta saludables para la existencia del fenómeno urbano[788]. Debe ponerse especial énfasis en la producción de espacios acogedores que inviten al uso compartido por todos ya que, cuando todas las personas usan los espacios públicos y se mezclan en ellos, las "aterradoras" —pero demostradamente minoritarias— conductas meramente desordenadas (no delictivas) pasan desapercibidas y no despiertan los temores ni los prejuicios irracionales de las personas. Si no se corrige el modelo que actualmente asumimos como único viable, se corre el riesgo de que se cumpla lo que nos advierte BAUMAN: "*Lo malo es que, además de la inseguridad, es posible que también desaparezcan de las calles las principales atracciones de la vida urbana, como la espontaneidad, la flexibilidad, la capacidad para sorprender y ofrecer aventura. El sustituto de la inseguridad no es el éxtasis de la calma, sino la maldición del aburrimiento*."[789]

[787] De una opinión contraria, RAPOPORT, A. Aspectos humanos de la forma… cit. p. 239 y ss. Este autor se posiciona claramente en contra de lo que él denomina "*los deseos de heterogeneidad forzada de los diseñadores*". En su opinión no es aceptable el argumento esgrimido habitualmente de que la heterogeneidad reduce los prejuicios, sino que mantiene que tal diversidad provocada de una manera artificial por la voluntad del diseñador los aumentará. Del mismo modo sostiene que la homogeneidad difícilmente conducirá a un aislamiento de las áreas o los subgrupos, sino más bien a lo contrario, a la interacción entre los mismos, la cual puede reforzarse mediante el diseño de lugares comunes de encuentro que sean verdaderamente neutrales. Aunque admitiéramos con importantes dudas este planteamiento del autor, debe destacarse que, igualmente, el modelo de ciudad difusa actual no se preocupa de crear esos espacios intermedios neutrales destinados al contacto entre grupos homogéneos, sino, como hemos repetido hasta la saciedad, al tráfico rodado o al consumo. Por esta razón entendemos que el modelo propuesto por RAPOPORT, basado en la homogeneidad de zonas y grupos claramente delimitadas, no puede funcionar para promover un aumento de la comunicación y el contacto social en la ciudad, sino para todo lo contrario, para fomentar una desmembración social en diferentes guetos con escasas posibilidades de interrelación y muchas oportunidades para la aparición de prejuicios y tensiones sociales.

[788] MIDTVEIT, E. "Crime prevention and Exclusion…" cit. p. 34. Es también partidario de esta idea BORJA, el cual señala que la conflictividad en el espacio público es casi siempre un indicador de la calidad de dicho espacio, de su polivalencia y de su capacidad de adaptarse a usos diversos y a cualquier hora. La convivencia en el espacio público no es fácil y se requieren unas pautas compartidas a fin de que sea posible, pero estas pautas deben surgir del propio conflicto, del dialogo y los pactos entre los actores que comparten el espacio. Por ello la misión de la administración pública debería centrarse más en la práctica de la mediación que en la de la regulación, más en la negociación que en la sanción y la represión. Vid. BORJA, J. "Espacio público y derecho a…" cit. p. 154.

[789] BAUMAN, Z. *Confianza y temor en la ciudad*, Arcadia 2006. cit. en G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva*… cit. p. 5.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 4

MODELO DE ORDENACIÓN TERRITORIAL ADOPTADO: UN MODELO DE INSPIRACIÓN CONSTITUCIONAL

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 4
MODELO DE ORDENACIÓN TERRITORIAL ADOPTADO: UN MODELO DE INSPIRACIÓN CONSTITUCIONAL

Como se ha tratado de poner de manifiesto hasta aquí, la ordenación territorial y el urbanismo van mucho más allá de la mera distribución mecánica del espacio. Tales disciplinas afectan o pueden afectar a multitud de realidades sociales. De tal modo, en función de los principios que los inspiren, pueden conseguirse unos determinados resultados socioeconómicos u otros. Ello hace que no sea en absoluto irrelevante el modelo de ordenación del territorio que se adopte y que el primer paso, ineludible a la hora de abordar la legitimidad u oportunidad de la protección penal de dicho modelo, sea precisamente el de optar, en función de los efectos que queramos conseguir, por un sistema determinado. Posteriormente comprobaremos si el derecho penal puede protegerlo.

Como conocemos, la ordenación espacial incide directamente en el territorio y en su articulación como sustento físico de todo el ecosistema humano y, por tanto, también incidirá finalmente sobre la persona y las condiciones en que ésta desarrolla su vida en comunidad. Por ello, una directriz básica que deberá guiar cualquier toma de postura sobre el tipo de ordenación territorial a adoptar la constituirá la finalidad de maximizar el bienestar personal. No obstante, tal finalidad no puede ser absoluta y deberá ponderarse adecuadamente con las exigencias sociales que se presenten, a fin de lograr un deseable equilibrio entre valores individuales y supraindividuales.

En un estado como el nuestro, la constitución recoge el compromiso básico sobre el que se sustenta el sistema social. Por ello, nos parece apropiado acudir a dicho instrumento normativo en busca de los principios que deban orientar el modelo de ordenación territorial, en función de ese equilibrio entre bienestar individual y social que hemos fijado como meta genérica. Obviamente, la constitución no dará ninguna pauta concreta sobre la propia ordenación, pero sí que podrán extraerse de ella orientaciones generales para cada uno de los aspectos a los que afecta la disciplina que estudiamos.

En consecuencia, la carta magna será el faro que presidirá la propuesta de modelo territorial que bosquejaremos a continuación. Ello nos permitirá contar con un modelo

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de ordenación territorial de base constitucional, desde el que partiremos y en el que apoyaremos las subsiguientes valoraciones de la presente investigación.

Debe puntualizarse para finalizar que, a la hora de llevar a cabo la tarea expuesta, se va a asumir, de acuerdo con un pujante sector doctrinal, que determinados preceptos contenidos en el capítulo tercero del título primero de la constitución son auténticos derechos fundamentales y no meros principios rectores o normas programáticas[790]. Ello ocurrirá en especial con los artículos 43, 45 y 47 de la carta magna entre otros[791].

En este tema existe una conciencia generalizada de que tales derechos son una especie de retórica jurídica o, en el mejor de los casos, una suerte de derechos disminuidos, lo que acaba por restarles operatividad y por negarles su fundamentalidad. Aunque se profundizará en ello más adelante —muy especialmente al hilo del análisis del modelo constitucional en materia de vivienda[792]—, no puede compartirse tal visión debido a que es palmaria la íntima conexión que presentan estos derechos con la dignidad humana, así como su carácter de presupuesto del disfrute de los derechos fundamentales de libertad[793]. Los ciudadanos no pueden ser libres y autónomos si pasan hambre, si no disponen de un lugar en el que cobijarse o si están trabajando en

[790] En este sentido, en la carta de los derechos fundamentales de la Unión europea se reconoce a los derechos sociales su carácter de fundamentales en pie de igualdad con los derechos liberales, si bien es cierto que después se reducen sus posibilidades de aplicación práctica con diversos detalles. Sobre el particular vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E. "Los derechos fundamentales sociales en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en *Revista del ministerio de trabajo e inmigración*, nº 92, 2011. pp. 57-58. De manera específica sobre el tema de la equiparación entre derechos liberales y derechos sociales vid. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales.* CEC. Madrid, 1993; ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales.* Legis. Bogotá, 2005; ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005; ESCOBAR ROCA. G. "Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración universal a la constitución", en *Lex social*, nº 2(2), 2012. pp. 47-61.

[791] En tal sentido tb., ARCOS RAMÍREZ, F. "La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental" [en línea], en *Cuaderno electrónicos de filosofía del derecho*, nº 3, 2000. Disponible en la página web: http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. "Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 14, 2010. p. 697.

[792] Vid. *infra*, Apdo. 4.3.2.

[793] Así, entre otros, TERRADILLOS ORMAETXEA, E. "Los derechos fundamentales sociales en…" cit. p. 71; MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma «pactada»", en *Lan Harremanak*, nº 8, 2003. P. 109; GAMBINO, S. "Derechos fundamentales y formas de estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI", en *Revista de estudios políticos*, nº 117, 2002. p. 14; ESCOBAR ROCA, G. "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", en *Revista de derecho político*, nº 71-72, 2008. p. 121; ESCOBAR ROCA. G. "Indivisibilidad y derechos sociales:…" cit. pp. 52-53; ALMEIDA, D. C. "A fundamentalidade dos direitos sociais no estado democrático de direito" [en línea], en *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, nº 15 (1), 2007. p. 2. Disponible en la página web: http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA /article/download/NOMA0707120367A/ 26574

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

condiciones opresivas durante la mayor parte del tiempo[794]. Como se observa, los derechos sociales son una condición esencial para conseguir la *igual* libertad y autonomía de todas las personas exigidas por su dignidad y, de tal manera, al igual que sucede con los derechos fundamentales en sentido estricto, si tales derechos no son reconocidos como inherentes a la persona y como previos a la ley —como fundamentales en definitiva—, podrían verse frustrados por el legislador ordinario y por las cambiantes mayorías parlamentarias[795].

De otro lado, el hecho de que —según se suele deducir del artículo 53.3 CE[796]— los derechos sociales no puedan ser aplicados directamente, no hace que necesariamente dejen de ser derechos como tales. De ellos se derivan una serie de pretensiones jurídicas que podrían llegar a ser directamente exigibles vía Tribunal constitucional en casos de inactividad palmaria del legislador[797]. Con ello tampoco existirían trabas a su carácter fundamental desde el punto de vista de la justiciabilidad.

[794]Vid. STRECK, L. L. "La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concreción de los derechos fundamentales sociales", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 11, 2007. p. 385.
[795] DE ALMEIDA, D. C. "A fundamentalidade dos direitos sociais…" cit. p.3.
[796] Una justificada oposición a esta interpretación puede hallarse en ESCOBAR ROCA. G. "Indivisibilidad y derechos sociales:…" cit. p. 57 y ss.
[797] En tal sentido, ARCOS RAMÍREZ, F. "La naturaleza del derecho al trabajo…" cit; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. "Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y…" cit. p. 698; STRECK, L. L. "La jurisdicción constitucional y las posibilidades de…"cit. p. 400; GAMBINO, S. "Derechos fundamentales y…" cit. p. 21.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.1. El modelo territorial desde el prisma psicológico

4.1.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional

4.1.1.1. Ideas previas

Como tuvimos la oportunidad de comprobar, la ordenación espacial que se lleve a cabo no es inocua para las personas desde un punto de vista psicológico. Muy al contrario, la misma puede tener consecuencias científicamente constatables en el estado anímico de los ciudadanos e, incluso, en la propia autocomprensión de sí mismos. Como consecuencia de ello, no es baladí el esfuerzo de averiguar si la constitución nos aporta pistas ciertas que dirijan la creación y el desenvolvimiento de los asentamientos humanos en este aspecto concreto, o si, por el contrario, ignora tales cuestiones y le son indiferentes las consecuencias psicológicas beneficiosas o dañinas que puedan acarrear unos determinados modelos de ordenación u otros.

Nuestra hipótesis de partida es que el constituyente no se ha desinteresado por las cuestiones psicológicas en el ámbito espacial, sino que, dada su importancia para el bienestar de las personas, les concede una alta valoración que hace de su respeto y fomento una de las metas a conseguir por el desarrollo urbano. A tratar de demostrar tal afirmación dedicaremos las líneas siguientes.

4.1.1.2. El derecho a un desarrollo psicológico sano y equilibrado como elemento integrante del derecho fundamental a la salud

No está de más iniciar esta exposición aclarando que, aunque habitualmente se hable del derecho a la salud, el mismo no debe interpretarse en este sentido literal. Como ha señalado mordazmente BORRAJO DACRUZ, tal derecho no puede hacerse valer frente al bacilo de Koch o contra la espiroqueta pálida[798]. A lo que nos referimos por tanto con esa expresión es a un derecho a grandes rasgos a la protección de la salud.

Ésta es precisamente la apuesta de nuestra constitución, la cual recoge el derecho que estudiamos en su artículo 43. Concretamente señala el texto fundamental que "*se reconoce el derecho a la protección de la salud* (apdo. 1)".

[798] BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la salud"; en *Comentarios a la Constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996. cit. p. 183.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Para comprender adecuadamente el alcance de tal afirmación es necesario saber a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de salud. A tal fin, es habitual acudir a la definición suministrada por el preámbulo de la constitución de la Organización mundial de la salud (OMS)[799]. Según dicho texto, la salud es *un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*.

A los efectos que aquí nos interesan, puede colegirse fácilmente de tal definición que el componente mental o psicológico es uno de los pilares básicos del concepto de salud, sin que el mismo pueda reducirse exclusivamente a las cuestiones orgánicas ni a la simple ausencia de enfermedades. Es más, la propia OMS desgaja de la definición general un concepto autónomo de salud mental. Ésta se definiría como un estado de bienestar en el cual el individuo es consciente de sus propias capacidades, puede afrontar las tensiones normales de la vida, puede trabajar de forma productiva y fructífera y es capaz de hacer una contribución a su comunidad[800]. Dicho sector de la salud estaría relacionado con la promoción del bienestar, la prevención de trastornos mentales y el tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por dichos trastornos[801].

Queda claro por tanto que no debemos tener reparos a la hora de afirmar que la constitución, cuando habla de la protección de la salud, se refiere igualmente a las cuestiones psicológicas y que parece fuera de toda duda que el desarrollo psicológico equilibrado y sano ocupa un lugar indiscutible dentro de la protección que nos brinda nuestra carta magna.

El apartado segundo del artículo 43 CE, por su parte, señala que *compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (...)*. De tal modo, el derecho a la protección de la salud enunciado en el apartado primero no es una simple declaración de intenciones o una bella fórmula programática, sino que la misma es un mandamiento positivo que se impone a los poderes públicos.

[799] La constitución de la OMS fue adoptada por la Conferencia sanitaria internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 2 de julio de 1946 por los representantes de 61 estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948. El texto de la misma puede consultarse en la pag. web de dicho organismo en la siguiente dirección: http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SP/constitucion-sp.pdf.
[800] OMS, http://www.who.int/features/factfiles/mental_health/es/index.html
[801] OMS, http://www.who.int/topics/mental_health/es/

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Existe cierta controversia doctrinal sobre si este derecho constitucional permite exigir al estado prestaciones curativas individualizadas o no[802], pero, en cualquier caso, es un lugar común en la doctrina el que su contenido al menos garantiza una serie de prestaciones *uti universi* mediatas e indirectas. El ciudadano tiene derecho en todo caso a que los poderes públicos se abstengan de llevar a cabo conductas inapropiadas desde el punto de vista de la salud y a que se ocupen de prevenir y evitar la degradación de la sanidad ambiental general en los ámbitos escolar, laboral, urbanístico, etc[803]. Ahora bien, dichos poderes no sólo están obligados a desarrollar acciones preventivas, sino que el artículo 43.2 CE, en nuestra opinión, también les encomienda otras medidas positivas entre las que pueden incluirse las de fomento y desarrollo[804]. De esta forma, el derecho a la protección de la salud presentaría una doble perspectiva. En la vertiente negativa, el ciudadano tendría derecho a que el estado se abstuviera de cualquier acto que pudiera lesionar su salud. En su aspecto positivo, por su parte, el derecho se concretaría en un conjunto de medidas que asegurasen la sanidad ambiental de modo preventivo o proactivo y en el desarrollo de programas específicos ante problemas epidemiológicos o similares (*v. g.* el plan que se puso en marcha para actuar frente a la gripe A)[805].

De todo lo expuesto hasta aquí puede deducirse sin problemas la conclusión de que la salud psicológica de los ciudadanos —como un componente esencial de la salud general— no es algo indiferente para los poderes públicos. Muy al contrario, la carta magna les conmina a desarrollar una política de prevención y de defensa de la misma y, lo que es más importante a nuestros efectos, de fomento y promoción. De tal forma, por imperativo constitucional, no sólo deberán aquellos abstenerse de realizar actividades que pongan en peligro la salud psicológica y llevar a cabo acciones encaminadas a salvaguardar la misma frente a los riesgos que la acechen. Deberán, yendo más lejos, ejecutar las políticas que estén en su mano para promocionar y maximizar el desarrollo psicológico equilibrado de los ciudadanos.

[802] Sobre este particular tendremos ocasión de profundizar *infra*.
[803] BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la salud", en *Comentarios a*… cit. p. 189
[804] En tal sentido, ACEDO PENCO, A. "El derecho a la protección de la salud, la seguridad, la calidad de vida y el medio ambiente: perspectiva comunitaria, constitucional y autonómica. Su proyección en la ley 6/2001, de 24 de mayo, del estatuto de los consumidores de Extremadura", en *Anuario de la facultad de derecho de la universidad de Extremadura*. Vol. XXI, 2003. p. 366.
[805] En este sentido, BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la salud", en *Comentarios a*… cit. pp. 195-196.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.1.1.3 Otras conexiones constitucionales del desarrollo psicológico sano y equilibrado

Ya hemos visto cómo el bienestar psíquico es uno de los contenidos a los que los ciudadanos tenemos derecho en virtud del derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 43 CE. No obstante, ésta no es la única conexión que la salud psicológica presenta en el texto fundamental. La misma aparece tangencialmente relacionada con otras previsiones constitucionales que apoyan su carácter de bien básico a defender por los poderes públicos, las cuales analizamos someramente a continuación.

A) Las relaciones de la salud psicológica con el medio ambiente y la calidad de vida

Como pusimos de manifiesto en el capítulo primero, determinados componentes ambientales físicos tales como el ruido, la temperatura, la contaminación, etc. pueden afectar al estado de salud psíquico generando cuadros de estrés o ansiedad.

La relación mediata de estas cuestiones con el derecho al medio ambiente es ostensible[806]. El artículo 45 CE se refiere tanto al derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo personal, como a la obligación institucional de asegurar una calidad de vida determinada. Por tanto, la prevención de determinados elementos ambientales desestabilizadores o inapropiados no solo tiene que ver con el derecho a la salud, sino que también es una consecuencia necesaria del propio respeto al derecho al medio ambiente y a la calidad de vida, ya que el mismo se ve conculcado cuando se consiente la degradación de las condiciones ambientales. Tal conexión entre ambos derechos ha sido resaltada por la jurisprudencia. Así, entre las últimas, la STC 150/2011, de 29 de septiembre señala en *obiter dicta* que la inactividad prolongada de la administración de la que derive una seria degradación medioambiental en virtud del ruido como factor *psicopatógeno*, será contraria al artículo 45 CE[807]. Puede apreciarse igualmente la relación mentada entre medio ambiente y salud en diversas leyes como la ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, o la ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera. Concretamente en la exposición de motivos de la primera de ellas podemos leer: "*En la legislación española, el mandato*

[806] En tal sentido, LEÓN ALONSO, M. *La protección constitucional de la salud*. La Ley. Madrid, 2010. p. 27

[807] STC 150/2011, de 29 de septiembre. Fundamento jurídico 6; Vid tb, entre otras STC 16/2004, de 23 de febrero. Fundamento jurídico 3; STC 119/2001, de 29 de mayo. Fundamento jurídico 5, y muy especialmente en el voto particular del magistrado D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

constitucional de proteger la salud (artículo 43 de la Constitución) y el medio ambiente (artículo 45 de la Constitución) engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica". Debe aclararse que, a pesar de que los ejemplos traídos a colación se refieren principalmente al ruido, no existe ningún impedimento para trasladar el razonamiento que le sirve de base a cualquier otro estresor ambiental como la contaminación atmosférica, la temperatura elevada, el hacinamiento…

Puede afirmarse por tanto, una relación innegable entre la calidad ambiental, el medio ambiente y el desarrollo psicológico personal como un componente fundamental del derecho a la salud.

B) Las relaciones de la salud psicológica con otros derechos fundamentales.

Las cuestiones psicológicas ambientales también presentan conexiones intensas con otros derechos fundamentales, lo cual no deja de representar otra prueba fehaciente de la importancia capital de dichas cuestiones.

En primer lugar, podemos encontrarse nexos entre la salud psicológica y el derecho a la *integridad física* recogido en el artículo 15 de nuestra constitución[808]. En dicho sentido, el tribunal constitucional ha desarrollado una asentada línea jurisprudencial según la cual, cuando un agente psicopatógeno ambiental (el ruido suele ser el más habitualmente citado) ponga en peligro grave e inmediato la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral[809]. Como recoge SANTIAGO REDONDO, el derecho a que no se dañe la salud queda por tanto comprendido en la esfera de protección del derecho a la integridad personal[810]. No obstante, este derecho fundamental únicamente recogería las formas de ataque más graves e inminentes a aquel.

Un paso hacia adelante en este aspecto lo es el planteamiento del magistrado JIMÉNEZ DE PARGA en el voto particular formulado a la STC 119/2001, de 29 de mayo (F. J. nº 2). Según el mismo, la lesión del derecho fundamental no requiere que se ponga en peligro grave e inminente la salud de las personas, sino que es suficiente con

[808] Vid. extensamente sobre este aspecto SANTIAGO REDONDO, K. "Artículo 43", en *Comentarios a la Constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. pp. 1072-1077.
[809] Vid. SSTC 119/2001, de 29 de mayo. F. J. nº 6; 16/2004, de 23 de febrero. F. J. nº 4; 150/2011, de 29 de septiembre. F. J. nº 6.
[810] SANTIAGO REDONDO, K. "Artículo 43"… cit. p. 1072.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

la constatación de la existencia de cualquier efecto nocivo del agente psicopatógeno. En cualquier caso, con independencia de la mayor o menor amplitud que la integridad personal brinde a la salud, creemos sobradamente demostrada la íntima relación existente entre ambos aspectos.

Es posible también hablar de una conexión entre la afección psicológica que producen los estresores ambientales y *el derecho a la intimidad familiar y a la inviolabilidad del domicilio* (art. 18 CE). En este sentido, la línea jurisprudencial a la que ya hemos hecho referencia ha señalado que, en ciertos casos, aun cuando no se ponga en grave peligro la salud de las personas (y no se afecte a la integridad física por tanto), una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido (o de cualquier agente ambiental psicopatógeno en nuestra opinión) que puedan calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario[811]. Tal corriente hermenéutica trae causa de la doctrina del Tribunal europeo de derechos humanos en aplicación del artículo 8.1 del Convenio de Roma, puesta de manifiesto a través de diversas sentencias como la de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra vs. Reino de España, la de 19 de febrero de 1998, caso Guerra vs. Italia o la de 8 de julio de 2003, caso Hatton y otros vs. Reino Unido.

Lo acabado de comentar tiene una ulterior conexión con valores constitucionales de primer orden. Como ha señalado el tribunal constitucional, ambos derechos —y muy especialmente el último— están estrechamente vinculados con la propia personalidad y con la dignidad de la misma consagrada en el artículo 10. 1 CE. De ello se deriva una dimensión positiva de tales derechos en relación con el libre desarrollo de la personalidad, lo que promueve la máxima efectividad de los mismos y su libre disfrute[812]. De acuerdo con esta idea, la intromisión de agentes psicopatógenos nocivos en el ámbito íntimo y reservado del domicilio, debido a la acción o inacción de los poderes públicos, afectaría al libre desarrollo de la personalidad, entendido éste como la libertad general de acción para desarrollar el respectivo proyecto vital[813]. Dicha

[811] Vid. SSTC 119/2001, de 29 de mayo. F. J. nº 6; 16/2004, de 23 de febrero. F. J. nº 4; 150/2011, de 29 de septiembre. F. J. nº 6.
[812] Vid. SSTC 202/1999, de 8 de noviembre. F. J. nº 2 y 119/2001, de 29 de mayo. F. J. nº 5.
[813] ROBLES MORCHÓN, G. "El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E.)", en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Coord. GARCÍA SAN MIGUEL, L.). Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 1995. p. 49.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

afectación se produciría, precisamente, debido a la incidencia de esos agentes sobre derechos tan esenciales para la personalidad como la intimidad domiciliaria o la integridad personal.

Más allá nuevamente va JIMÉNEZ DE PARGA, con el cual comulgamos plenamente. Para el magistrado del constitucional, la incidencia de los agentes ambientales estresantes no tiene que vincularse forzosamente al interior del domicilio. Desde el punto de vista del ruido razona de la siguiente manera: *"El ruido lesivo de los derechos fundamentales no es sólo el ruido que invade el ámbito domiciliario; es el ruido ambiental. El ruido como fenómeno unitario tiene efectos nocivos sobre la salud, con independencia de dónde y cómo se produce. El mismo no entiende de fronteras, sino que es una forma de energía que afecta nocivamente la salud de las personas en muy distintos lugares cuando existe una exposición más o menos continuada. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad no debe circunscribirse al ámbito estrictamente doméstico, sino que tal desarrollo se verá afectado negativamente si existe ruido nocivo en el entorno vital del ciudadano, quedando el mismo facultado en ese momento para recabar la tutela de sus derechos fundamentales*[814]".

En nuestra opinión, el nexo entre la salud psicológica y el desarrollo de la personalidad va incluso más allá de la parte de aquella que tiene que ver con los agentes psicopatógenos ambientales y que acabamos de analizar. El desarrollo de la personalidad exige también la posibilidad de gozar de un desarrollo psicológico integral en el que, además de la ausencia de estrés ambiental, se tengan en cuenta lo que hemos denominado "conexiones psicológicas con el ambiente". Tales conexiones con el entorno (territorialidad, identidad de lugar, satisfacción residencial….) dan lugar a un estado de equilibrio psicológico cuya ausencia redundaría en un serio ataque al libre desarrollo de la personalidad ya que, como ha señalado MARTÍNEZ DE PISÓN, la carencia de salud —psicológica en este caso— impide al individuo ser dueño de sí mismo como ciudadano y como persona[815]. De este modo, un ambiente circundante al individuo en el que se generara ansiedad por desorientación, en el que existieran agentes psicopatógenos estresantes o en el que la persona se viera imposibilitada para

[814] Vid. Voto particular concurrente del magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la STC 119/2001, de 29 de mayo. F. J. nº 3.
[815] MARTÍNEZ PISÓN, J. "El derecho a la salud: un derecho social esencial", en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 10, nº 14. p. 134 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desarrollar lazos psicológicos con su entorno espacial, estaría afectando a sus capacidad para desarrollar su proyecto vital de forma libre y, consiguientemente, al libre desarrollo de su personalidad.

4.1.1.4. Síntesis: un urbanismo atento al desarrollo psicológico.

A la vista de todo lo puesto de manifiesto en las líneas anteriores creemos suficientemente demostrado el que la salud en general y el desarrollo psicológico equilibrado en particular ostentan la categoría de bienes constitucionales innegables. Igualmente se ha intentado demostrar cómo la salud psicológica no es un bien autónomo y aislado, sino que la misma presenta importantes conexiones con derechos fundamentales en el marco del libre desarrollo de la personalidad como fundamento de nuestro orden político.

Si a todo ello unimos el mandamiento contenido en el artículo 53.3 CE, según el cual el derecho a la salud debe informar la legislación, la práctica judicial y, lo que es más importante a nuestros efectos, la actuación de los poderes públicos, es claro que el planificador no es absolutamente libre para llevar a cabo la ordenación espacial que mejor le plazca. En este sentido, los poderes públicos deberán abstenerse de políticas de ordenación que puedan generar ansiedad o estrés o un deficiente desarrollo psicológico. En definitiva, abstenerse de conductas que pongan en peligro el equilibrio psicofísico de las personas[816]. Para ello deberán evitar planeamientos que dificulten la orientación, que generen estresores… De otro lado, desde una perspectiva positiva, deben adoptarse medidas que fomenten el desarrollo psicológico equilibrado y que aseguren el saneamiento del medio desde esta perspectiva. En esta tarea, no bastará con abstenerse, sino que habrán de emprenderse políticas espaciales proactivas que aseguren buenas conexiones psicológicas con el ambiente, que faciliten la elaboración de mapas cognitivos o que traten de contener los agentes psicopatógenos estresantes.

4.1.2. Aplicación del patrón normativo propuesto a nuestro ámbito de estudio

Un modelo urbanístico como el que acabamos de proponer, a la vista de todo lo que expusimos en el primer capítulo, deberá facilitar los aspectos psicológicos que se detallan a continuación.

[816] LEÓN ALONSO, M. *La protección constitucional*… cit. p. 158

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.1.2.1. La percepción ambiental

Desde el punto de vista perceptivo, como ya pusimos de relieve, las personas, para poder aprehender la totalidad del medio, lo "empaquetaban" en unas imágenes o esquemas mentales que se denominaban mapas cognitivos. Estas construcciones mentales ayudaban a las personas a tomar decisiones acertadas sobre el medio, a no perderse, a realizar desplazamientos rápidos y a evitar la ansiedad producida por la desorientación. De este modo, la calidad de vida ascenderá si se posibilita desde la actuación urbanística el mejor conocimiento de la ciudad con un diseño que facilite la formación de estos esquemas mentales[817].

Una práctica urbanística acorde con este objetivo deberá buscar lo que LYNCH denominaba la *legibilidad*. Esto es, que la ciudad y sus partes resulten fáciles de reconocer y de presentar como un patrón unificado de elementos ambientales. Para conseguir esta propiedad deberá procederse como sigue con cada uno de los elementos que integran los mapas mentales, los cuales presentamos ya en el capítulo 1.

Por lo que respecta a las *sendas*, éstas deben tener una calidad de diseño que permita distinguirlas claramente del resto de características urbanas circundantes. Esto puede conseguirse en opinión de LYNCH mediante los usos que se les den, la textura del pavimento, la disposición de las jardineras, la iluminación, etc. De igual forma, las sendas deben estar claramente orientadas, lo cual se puede conseguir mediante la ubicación de elementos significativos en cada extremo de la misma o por elementos distintivos durante su trayecto.

En lo que se refiere a los *bordes*, los mismos deben tener continuidad de forma y deben ser visibles desde cierta distancia. Los bordes deben resaltarse por las diferencias de diseño entre las zonas que separan.

Los *hitos* son un elemento importantísimo en la formación de los mapas mentales y deben destacar poderosamente sobre el fondo ambiental. Deben caracterizarse por una gran riqueza en detalles que atraigan la atención de las personas e, igualmente, deben poder ser percibidos desde una distancia considerable. Para ello, habrá que intentar no

[817] ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Introducción a la psicología ambiental* (Comps. JIMÉNEZ BURILLO, F. e ARAGONÉS, J. I.). Alianza psicología. Madrid, 1988. p. 80.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

obstaculizarlos con otros elementos arquitectónicos y que su altura contraste con las construcciones circundantes[818].

Las *zonas de confluencia* deben dotarse de una definición muy clara, deben ser diferentes de cualquier otro lugar. Este rasgo puede obtenerse mediante un estilo original en la iluminación, el acabado del suelo, etc. También puede conseguirse un carácter marcadamente distintivo que ayude a la legibilidad mediante la delimitación indudable de dicha zona.

Por último, los *distritos*, para ser legibles, deben caracterizarse por su homogeneidad interna, la cual puede lograrse con calles estrechas, un tipo especial de construcción por sus materiales, colores, forma, etc. Ayuda asimismo a percibir claramente un distrito el que sus límites o bordes estén cerrados y sean perfectamente identificables[819].

En síntesis, LYNCH identifica diez puntos fundamentales que deben aplicarse a cada elemento ambiental para hacerlo legible, los cuales son recogidos por HOLAHAN[820]:

1. Singularidad. Su aspecto debe ser muy contrastante para diferenciarlo del fondo ambiental
2. Simplicidad. Los elementos deben ser claros y simples en su forma geométrica y en sus partes
3. Continuidad. El elemento debe tener continuidad en los bordes, en las características superficiales y en la forma.
4. Dominio. Una parte del conjunto debe predominar por su tamaño, interés o intensidad.
5. Claridad de unión. Las uniones deben ser muy visibles.
6. Diferenciación direccional. La dirección debe ser indicada por planos inclinados o límites radiales.
7. Alcance visual. El mismo debe aumentarse ya sea en forma real o simbólica.

[818] Un ejemplo paradigmático sería el de conservar el entorno de un bien significativo del patrimonio histórico-artístico y no asfixiarlo con nuevas construcciones a su alrededor.
[819] Es interesante a este respecto el ejemplo presentado por RAPOPORT en *Aspectos humanos de la forma*…cit. p. 150. El autor se refiere a la llamada Zona Rosa de México D. F. Dicha zona contiene 20 manzanas y está delimitada por la calle Insurgentes, la Avda. Chapultepec, el Paseo de la Reforma y un cuarto lado variable que se sitúa en la calle Varsovia, la calle Florencia o incluso otras. Esta variabilidad no es casual, puesto que los tres primeros lados están identificados por tres avenidas anchas, las cuales definen claramente un cambio físico y social de carácter. En cambio, el cuarto lado se define a través de una calle igual a muchas otras dentro del área, y de ahí la ambigüedad en su identificación.
[820] HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*…cit. p. 106.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

8. Conciencia de movimiento. La sensación de movimiento puede lograrse mediante señales visuales y cinestésicas
9. Orden temporal. Los elementos deben estar vinculados con una secuencia temporal.
10. Nombres. La identificación de las características debe facilitarse por medio de nombres, significados y referencias distintivas.

Estas recomendaciones tienen como objetivo conseguir la claridad en el diseño urbano. No obstante, CARR ha planteado con acierto que los urbanistas deben incluir también cierto grado de complejidad en el diseño para estimular a las personas a que visiten lugares desconocidos que les proporcionen nuevas experiencias. Sin embargo, un exceso de complejidad y novedad tampoco es recomendable, ya que las personas se verían imposibilitadas para conocer bien la ciudad y desenvolverse en ella. Por tanto, el objetivo del diseño orientado al desarrollo personal de los ciudadanos y a su bienestar deberá hallar un delicado equilibrio entre complejidad y orden que permita crear escenarios que, además de atractivos, sean reconocidos, identificados y recordados con claridad[821].

4.1.2.2. El estrés ambiental

Desde el punto de vista de los diversos estresores ambientales existentes en el seno de la ciudad, una ordenación territorial y urbana orientada teleológicamente al desarrollo personal y al buen estado de salud físico y psíquico del individuo procurará la minimización o eliminación de los efectos físicos y psicosociales de dichos elementos estresantes, o bien de las propias condiciones estresantes originarias.

Los elementos de mayor influencia, como ya sabemos, son la temperatura, la contaminación, el ruido y el hacinamiento. Centrémonos sobre cada uno de ellos por separado.

En lo que se refiere a la *temperatura*, como ya hiciéramos notar en el capítulo dedicado a las influencias psicológico-ambientales de la ordenación territorial, su mayor interés para nuestro estudio se da cuando nos encontramos ante sus rangos elevados, es decir, ante el calor.

[821] HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 108.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En las actuales conurbaciones metropolitanas la temperatura es bastante superior a la de las zonas colindantes y ello podía tener como resultado, sobre todo en las épocas más cálidas del año, cuadros de astenia debidos a la sensación crónica de calor, así como una serie de consecuencias sociales tales como la irritabilidad o incluso de forma extrema la agresión[822]. Esta sobreelevación de la temperatura se debe a factores tales como los materiales empleados en la construcción, la contaminación, el tráfico… De entre los mismos, el último aparece como uno de los principales responsables. Como ya sabemos, el modelo difuso actual está basado en las redes y en los desplazamientos múltiples entre las zonas funcionales diferenciadas de la ciudad. Tal circunstancia redunda en un aumento exponencial del parque automovilístico y del volumen de tráfico rodado y, con ello, de las emisiones de gases contaminantes de efecto invernadero y del calor generado por los propios vehículos y sus motores.

Del mismo modo, el tráfico que genera nuestro modelo actual es también uno de los principales responsables de los otros dos estresores que hemos destacado. Con respecto a la *contaminación atmosférica*, no hay duda de que la circulación es una de las causa principales —si no la que más— de la mala calidad del aire en nuestras ciudades debido a los gases emitidos por los motores de combustión de los vehículos[823]. A ello hay que añadir también las emisiones de fábricas, calefacciones, etc.

No es tampoco una contribución vana la que hace el tráfico rodado a la *contaminación acústica*. Tal aportación se produce a dos niveles. El nivel más obvio es el de la propia circulación, los embotellamientos, los cláxones…, sobre todo cuando la red viaria se hace discurrir por calles céntricas que no fueron diseñadas originalmente a tal fin, las cuales se ven literalmente desbordadas por una marea automovilística "estancada" que sólo genera gases, ruidos e irritabilidad en los conductores. La segunda aportación que realiza la circulación a la existencia de ruido en nuestras calles es más sutil, pero igualmente innegable. Se trata precisamente de la multitud de obras y reformas de gran envergadura que se acometen, sobre todo en las zonas ya consolidadas por la urbanización, para permitir o mejorar las infraestructuras viarias destinadas al tráfico o a otros medios de transporte con el fin de conectar las diferentes partes de esta "ciudad desconexa" de que nos hemos dotado, o de permitir acceder a los automóviles

[822] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.2.1.1.
[823] OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA (OSE). *Sostenibilidad en España en 2007*…cit. p. 188.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

con mayor comodidad hasta el último de los rincones. A mayor abundamiento, estas grandes obras obligan a cerrar vías durante los trabajos, contribuyendo igualmente a colapsar aun más la red y a producir más colapso y ruido[824].

Estas condiciones de estrés ambiental pueden minimizarse o eliminarse completamente mediante un diseño urbano que, entre otras cosas, busque recuperar el espacio urbano para el peatón. Se trataría de un diseño urbano contrario al actual modelo difuso, en el cual la multifuncionalidad y la proximidad serían las características definitorias. Con ello se conseguiría una importante reducción en el volumen de uso de los automóviles y, consecuentemente, una drástica reducción de las condiciones estresantes que los mismos provocan. Al mismo tiempo, deberían aprovecharse las infraestructuras existentes para dotarlas de un transporte público de calidad, barato y eficiente que desincentivara aún más el empleo privado del automóvil.

En cuanto al *hacinamiento*, la verdad es que el mismo no es hoy una sensación habitual en nuestras ciudades. No obstante, hay que tener la precaución de no permitir desarrollos urbanos en los que la densidad de población sea tan alta que desborde los servicios públicos o equipamientos existentes. Dicho riesgo existe claramente en un modelo especulativo en el que el principal fin sea el del lucro económico, ya que se buscará el máximo número de viviendas sobre el espacio. Por el contrario, un modelo de ordenación territorial como el que estamos planteando aquí tratará de hallar un delicado equilibrio entre una cierta densidad que destierre la difusión de la ciudad y una dotación suficiente de servicios y equipamientos que impida la sensación de hacinamiento y sus negativas consecuencias psicosociales.

4.1.2.3. La experiencia subjetiva del ambiente

Las conexiones psicológicas con el ambiente, al tratarse de unas relaciones que tienen su origen en el fuero interno de cada individuo, están marcadas por una profunda subjetividad y por una estrecha interdependencia entre todas ellas. No obstante, como tuvimos ocasión de observar, existen ciertas medidas y condiciones físicas que pueden facilitar el desarrollo de tales vínculos psicológicos con el contexto espacial. Dichas relaciones son muy positivas desde el punto de vista psicológico porque permiten al

[824] Un ejemplo que nos parece paradigmático en este sentido es el de Madrid y su plan de remoción de la M-30. Las mismas circunstancias pueden verificarse en Málaga a raíz de la construcción de las líneas de tren metropolitano.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

individuo una mejor adaptación, una mayor autoestima y, en general, una sensación de bienestar y plenitud. Por ello, el modelo de ordenación espacial que proponemos, basado en el desarrollo de la personalidad y en el fomento de la salud psicológica, deberá tener en cuenta cuáles sean esas circunstancias que facilitan el desarrollo de los vínculos psicológicos con el ambiente y proveerlos en cantidad suficiente para permitir a los ciudadanos experimentar esa sensación de bienestar a la que antes aludíamos.

En lo que respecta al *apego al lugar*, ya sabemos que la mayoría de estudios al respecto destacan las buenas relaciones sociales como un indicador muy fiable del mismo.[825] De tal modo, la creación de espacios urbanos de carácter sociópeta por parte de los diseñadores[826] favorecerá la existencia de buenas relaciones con los vecinos y, en consecuencia, una mayor propensión a desarrollar la sensación a la que nos referimos. Es decir, un vínculo de carácter afectivo y positivo que lleva a las personas a permanecer en el lugar y a no querer distanciarse de él[827]. Con medidas de este tipo se conseguirá una mayor estabilidad de las poblaciones y, a su vez, se potenciarán otras valiosas relaciones psíquicas con el ambiente espacial.

Otra importante conexión psicológica que desarrolla el individuo con su medio ambiente es la *territorialidad*. El ser humano es un animal territorial que necesita regular el contacto con otros individuos y delimitar o marcar de alguna manera los lugares que considera propios en un sentido psicológico. La principal manifestación de este aspecto comportamental era la llamada *apropiación del espacio*. Este mecanismo tenía un componente fundamental de transformación del ambiente para dotarlo de significado frente al individuo y frente a los demás, de manera que ese lugar aparezca claramente bajo la influencia de sus residentes[828]. En tal sentido, nuestro modelo urbanístico, para respetar esta tendencia natural del ser humano y facilitarla, deberá velar por una cuidadosa delimitación de las diversas situaciones territoriales[829]. Los individuos y los grupos no deben caer en confusiones sobre las zonas privadas, semipúblicas o públicas, que pudieran dar lugar a conflictos y roces que dificulten la

[825] Entre otros, los estudios de GERSON en 1977, TAYLOR en 1985, BROWN y WERNER en 1985, FUHRER y KAISER en 1993, o HARRIS en 1996. cit por HIDALGO, M. C. *Aspectos socioafectivos del ambiente*… cit. p. 166.
[826] Sobre cuáles sean esas medidas que favorecen el contacto social vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.4.3.1.
[827] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.3.2.
[828] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.3.5.
[829] HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 306.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

convivencia social. De la misma manera, el modelo de urbanismo que proponemos deberá facilitar los mecanismos de acción-transformación que permitan una apropiación del espacio y satisfagan las tendencias territoriales humanas, sirviendo asimismo de base a la identificación con el espacio.

En este aspecto, los estudios de psicología ambiental se refieren principalmente a ambientes como la casa o el barrio, sobre los que el individuo tiene una mayor posibilidad de acción. No obstante, cuando nos movemos en un nivel más general como es el del diseño urbano, al igual que ocurrirá con la preferencia ambiental, la solución consistirá en arbitrar una mayor participación de los ciudadanos en el diseño[830]. De tal forma, los mismos percibirán que su acción contribuye a la transformación de la ciudad, su barrio, etc., lo cual redundará en un sentimiento de pertenencia que les hará sentir como propio su ambiente y potenciará otras conexiones psicológicas como el apego al lugar, la satisfacción residencial, la identificación con el lugar, etc.

La *preferencia ambiental*, por otro lado, es algo muy subjetivo, ya que cada persona tiene su propio prototipo ambiental conforme al cual juzgará el ambiente. En este aspecto es complicado que el diseño físico pueda influir activamente. Por tanto, la única medida a adoptar por los planificadores será la de intentar tener un conocimiento más o menos certero de tales preferencias de los usuarios. Esto se podrá conseguir con un modelo de urbanismo participativo y transparente en el que los propios ciudadanos puedan manifestar sus opiniones y preferencias. A este respecto, la red ofrece posibilidades muy interesantes que ya se están poniendo en práctica en ciudades como Bologna con muy buenos resultados[831].

En lo que respecta a las *identificaciones con el lugar* —la interiorización de los lugares como un componente más de la autoconcepción de la persona tanto a un nivel individual como a un nivel grupal o social—, las mismas están mediatizadas por la existencia de otras conexiones psicológicas que las potencian o les sirven de base, así como por una serie de características físicas de las que el planeamiento debe

[830] BROWNER llega a sugerir que el planeamiento es un acto de apropiación. Vid. BROWNER. S. "Apropiación y comunidad", en *Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodológicos* (Eds. GARCÍA MIRÁ, SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002. p. 112.

[831] VILLA AVENDAÑO, A. "El papel de internet hacia un planeamiento territorial más participativo", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II . nº 6, febrero de 2008. pp. 749-758. Es también partidario de un modelo democrático real en lo que se refiere al planeamiento MARTÍN MATEO, R. *La gallina de los huevos de cemento.* Thomson-Civitas. Navarra, 2007. p. 262

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

preocuparse. Entre estas últimas ya destacamos en páginas anteriores la necesidad de límites claros[832], la calidad del medio urbano[833], el número de viviendas por edificio[834] y, sobre todo, el respeto a los espacios simbólicos del ambiente, tales como monumentos u otros elementos arquitectónicos o urbanísticos que sean significativos y propios para los residentes[835]. Las medidas de diseño en este último sentido deberán ir en la línea de promover la restauración frente a la renovación y de respetar fielmente los enclaves históricos y sus entornos. Del mismo modo, en las partes nuevas de la ciudad deberá fomentarse la existencia de espacios característicos susceptibles de adoptar ese carácter simbólico que permita a los nuevos residentes desarrollar la identidad personal de lugar y la identidad social de lugar. También es muy importante, de cara a la identificación con los lugares, la existencia de buenas relaciones sociales[836] que desarrollen el apego al lugar y, sobre todo, de mecanismos que faciliten la apropiación por parte de los residentes, ya que este mecanismo es la base de la identificación simbólica[837]. Sobre cómo el diseño puede potenciar estos mecanismos y relaciones nos remitimos a lo dicho *supra* en este apartado.

Por último, el desarrollo de la *satisfacción residencial* en la persona depende, según vimos, tanto de elementos objetivos del ambiente como de las características subjetivas del observador, el cual filtraba dichos elementos objetivos a través del llamado patrón de calidad residencial. A pesar de este fuerte componente subjetivo, los diversos estudios sobre la materia han identificado una serie de predictores físicos de satisfacción que, aún variando levemente según la idiosincrasia de los marcos residenciales y de sus habitantes, pueden constituir una guía fiable para orientar la

[832] VALERA, S. "Estudio de la relación entre el espacio simbólico urbano y los procesos de identidad social", en *Revista de Psicología Social. nº 12*, 1997. p. 19; VALERA, S y POL, E. "El concepto de identidad social urbana…" cit. p. 18. Estos autores lo denominan dimensión territorial de la identidad de lugar.
[833] LALLI, M. "Urban identity", en *Environmental Social Psychology*. nº 45, 1988. p. 308.
[834] TREINEN mantiene que el número de viviendas en un edificio es inversamente proporcional a la identificación con el lugar. Vid. TREINEN, H. "Symbolische Ortsbezogenheit. Eine sociologische Untersuchung zum Heimatproblem", en *Kölner Zeitschrift für Sociogie und Sozialpsychologie.* nº 17. Köln, 1965. pp. 73-97; En sentido contrario, THUM, K. "Soziale Bindungen an das Wohnviertel", en *Wo sind die Grossstädter daheim? Studien über Bindungen an das Wohnviertel* (Eds. BODZENTA, E; SPEISER, I. y THUM, K.). Böhlaus. Wien, 1981. pp. 33-108.
[835] VALERA, S y POL, E. "El concepto de identidad social urbana…" cit. p. 16 y 21; LALLI, M. "Urban-related identity: Theory…" cit. p. 293; VALERA, S. "Estudio de la relación entre el espacio simbólico urbano y…" cit. p. 20.
[836] LALLI, M. "Urban-related identity: Theory…" cit. p. 289
[837] Entre otros, POL, E. "El modelo dual…" cit, p 125; HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque*… cit. p. 297.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

planificación de futuros desarrollos urbanos. Entre dichos predictores físicos destacan el cuidado del lugar, la escasez de estresores ambientales, la calidad de las construcciones, etc[838]. Los elementos subjetivos y sociales, por su parte, tienen una gran importancia —incluso más que los físicos— a la hora de proveer dicha sensación de satisfacción con el ambiente residencial. Entre estos factores psicosociales pueden destacarse la percepción de seguridad, las relaciones sociales, el apego al lugar, la identificación con el mismo, la sensación de pertenencia…, factores todos que, como hemos visto, pueden lograrse o facilitarse en gran medida con el modelo de diseño que estamos planteando. En realidad, la satisfacción residencial vendría a ser el corolario lógico de todos los factores psicológicos que hemos resaltado hasta el momento y es ésta precisamente la que ha de buscarse por los diseñadores urbanos a la hora de conseguir un modelo urbanístico orientado a la consecución del desarrollo de la personalidad y de la salud de la persona entendida como lo hace la OMS, como un estado general de bienestar.

[838] AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial. Un análisis*… cit. p. 64 y 66.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.2. El modelo territorial desde el prisma económico

4.2.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional

4.2.1.1. Planteamiento del problema

En nuestro país, el planeamiento urbanístico es el marco jurídico dentro del cual se debe desenvolver la actividad inmobiliario-constructiva. Como pudimos comprobar en el capítulo segundo, este sector productivo ha tenido un protagonismo esencial en el devenir económico de los últimos años. En tal contexto, la disyuntiva que se nos plantea a priori a la hora de elaborar un modelo urbanístico desde el punto de vista económico es si ese marco debe ser lo más laxo posible, de forma que se deje al mercado actuar en completa libertad con sus consecuencias positivas o negativas, o si debe apostarse por un modelo de más control que se oriente a la satisfacción de fines que no sean exclusivamente los alcanzables por el libre juego de las fuerzas del mercado.

Dado que estamos intentando crear un modelo urbanístico de orientación constitucional, el primer paso para resolver tal controversia será el de acudir a la ley fundamental para analizar el sistema económico que en ella se diseña y, desde ese punto de partida, tratar de fijar las finalidades que debe perseguir nuestro modelo en el aspecto económico.

4.2.1.2. Breve reflexión sobre el sistema económico diseñado por la constitución

A) La constitución económica: concepto y clases

La constitución española contiene una serie de pronunciamientos expresos sobre aspectos socio-económicos que constituyen la llamada "constitución económica"[839].

[839] Según nos relata MARTÍN RETORTILLO, S. "La "constitución económica" en el texto de la constitución española de 1978", en *Constitución y constitucionalismo hoy* (Coord. FARÍAS, H.) Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 2000. p. 151, el concepto de constitución económica —Wirtschaftstverfassung— nace en Alemania a lo largo del s. XIX. En su formulación original es exclusivamente un concepto económico que no tiene ninguna relación con el mundo del derecho. Se refiere en general al fundamento, la ordenación, la estructura, la base misma del propio sistema económico. Sin embargo, durante la época de Weimar, el término adquiere un significado distinto mediante su juridificación. Se integra así el concepto de constitución económica dentro de las clásicas constituciones políticas mediante la positivización de una serie de derechos sociales y económicos que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica. Sobre la génesis de este concepto con mayor profundidad vid. FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Tecnos. Madrid, 1987. p. 132 (n. del a.). Asimismo, sobre el particular, vid. DE LOJENDIO, I. M. "Derecho constitucional económico", en *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Aunque ello no tiene por qué ser siempre así, lo cierto es que los textos constitucionales que no contienen pronunciamientos sobre esta materia —como ocurre en las constituciones liberales por ejemplo— también van a tener importantes repercusiones sobre la realidad económica. Tal hecho se debe a las innegables implicaciones económicas que posee el sistema político constitucionalmente diseñado[840].

De este modo, podemos decir que la constitución económica es el conjunto de los preceptos de la constitución que configuran el sistema económico[841] del que la sociedad en la que tiene origen dicho texto se ha dotado. Es decir, el acto mediante el cual la colectividad define y organiza las relaciones entre economía y sociedad; entre lo que pertenece a la esfera privada y lo que pertenece a la esfera pública; entre lo que de la vida comunitaria es gobernado según los principios de la racionalidad económica y lo que va gobernado según otras racionalidades (el interés colectivo, la utilidad social, etc)[842]. Se trata en definitiva de un subsistema del propio sistema constitucional[843].

Algunos autores distinguen entre un concepto formal y un concepto material de constitución económica. En el primer sentido, la constitución económica se integraría por normas contenidas exclusivamente en el texto fundamental, mientras que la concepción material o amplia integraría tanto normas de rango constitucional, como normas que, careciendo de dicho rango, poseen una cierta estabilidad, tales como los

en las constituciones occidentales)(Coord. SÁNCHEZ AGESTA, L.). Centro de estudios y comunicación económica. S. A. Madrid, 1977. pp. 82-85.

[840] PRIETO DEL PINO, A. "Una contribución al estudio de la delincuencia económica: El sistema económico diseñado por la constitución española", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED. 2ª época, nº 12, 2003. p. 107. En este sentido, BASSOLS COMA relata cómo el constitucionalismo clásico fue un constitucionalismo implícitamente económico y transformador radical de las estructuras económicas del Antiguo régimen a favor de un liberalismo universalista y optimista. Con dichos textos se aspiraba a construir un Estado de Derecho que eliminara la arbitrariedad y disciplinara el ejercicio de los poderes públicos. En sus libertades políticas se encerraban también sus libertades económicas, aunque no se hiciera mención expresa a ellas, en BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*. Tecnos. Madrid, 1985. p. 23.

[841] Nótese que usamos el término *sistema económico* en lugar del originariamente más extendido de *modelo económico* puesto que comulgamos con la afirmación de FONT GALAN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*…cit. p. 131 (n. del a.) de que dicha expresión es más correcta desde el punto de vista jurídico y económico. Esta corrección léxica proviene del hecho de que el vocablo "modelo económico" conlleva connotaciones excesivamente economicistas apegadas a las técnicas experimentales de verificación de hipótesis con las que trabajan los economistas. En su lugar la expresión "sistema económico" evoca el resultado final y abstracto de la interpretación global de la constitución económica.

[842] CANTARO, A. "El declive de la "constitución económica del Estado social", en *El constitucionalismo en la crisis del estado social* (Dir. GARCÍA HERRERA, M. A.). Universidad del País Vasco. Bilbao. 1997. p. 153.

[843] MARTÍN RETORTILLO, S. "La "constitución económica" en el texto de la constitución española de 1978", en *Constitución y constitucionalismo*…cit. p. 153.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

principios e instituciones contenidos en el código civil, código de comercio, etc[844]. Con SANTOS opinamos que, aunque dogmáticamente tal taxonomía puede llevarse a cabo, el concepto con el que deberemos operar a la hora de verificar cuál sea el sistema económico constitucional establecido en nuestro país debe ser el formal o estricto.

Aclarado lo anterior, vamos a tratar de mostrar la insuficiencia de una interpretación aislada y exclusiva de los preceptos constitucionales a la hora de determinar el sistema económico diseñado en el texto fundamental. En efecto, para conocer y comprender correctamente cuál sea el diseño económico que realiza la constitución, habrá de acudirse a una lectura omnicomprensiva de todos los preceptos de la misma —tanto económicos, como políticos— presidida por el principio hermenéutico de unidad constitucional[845].

B) Los preceptos puramente económicos

i) Breve enumeración

En lo que se refiere a los preceptos económicos, estos son abundantes y repartidos a lo largo del texto. El preámbulo de la constitución establece la aspiración de "garantizar la convivencia democrática, dentro de la constitución y de las leyes conforme a un *orden económico justo*" y de "promover el progreso de la cultura y la *economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*". Posteriormente, el artículo 7, dentro del título preliminar, atribuye a los sindicatos y a las asociaciones empresariales la tarea de contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios.

En la sección 2ª del capítulo II del título I, el artículo 33 reconoce el derecho de propiedad y la herencia, si bien se aclara que será la función social de la misma la que

[844] SANTOS, V. "Modelo económico y unidad de mercado en la Constitución española de 1978", en la obra colectiva *El desarrollo de la constitución española de 1978*, dedicada a la Universidad de Zaragoza en su IV Centenario, Zaragoza, 1982, pp. 367 y 368, citado en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. "Notas sobre el modelo económico constitucional español", en *El sistema económico en la constitución española (XV Jornadas de estudio).* Vol. I. Dirección General del servicio jurídico del Estado. Madrid, 1994. p. 35.

[845] En tal sentido, PRIETO DEL PINO, A. "Una contribución al estudio de la delincuencia económica: El sistema…" cit. p. 120; PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Thomson Aranzadi. Navarra, 2004. p. 54. Así también, BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. "Notas sobre el modelo económico constitucional español", en *El sistema económico en la constitución*…cit. p. 42; FONT GALAN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*…cit. p. 141; STC 1/1982, de 28 de enero (BOE 26 de febrero. Ponente Mg. Sr. Tomás y Valiente).

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

delimitará su contenido. Por su parte, el artículo 35 recoge el trabajo como un derecho y un deber de todos los españoles, el derecho a la libre elección del mismo y a la promoción laboral, así como el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades. También encontramos el artículo 38, que consagra la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, imponiendo a los poderes públicos el deber de garantizar y proteger su ejercicio y de defender la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

En el capítulo III del título I —los principios rectores de la política social y económica— se refrendan constitucionalmente importantes pretensiones sociales como la redistribución de la renta, el pleno empleo (artículo 40), la seguridad social(artículo 41), la calidad de vida (artículo 45), la defensa de los consumidores (artículo 51), etc.

De la misma manera, en el título dedicado a economía y hacienda, aparecen preceptos de importante contenido económico. En el artículo 128 CE se afirma la subordinación de toda la riqueza del país en sus distintas formas al interés general, con independencia de su titularidad. El apartado segundo de dicho artículo reconoce la iniciativa pública en la economía. El artículo 129 se refiere a la misión encomendada a los poderes públicos de facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. El artículo 131 recoge la posibilidad de que el estado, mediante ley, planifique la actividad económica general con el fin de atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, y estimular el crecimiento de la renta y la riqueza y su más justa distribución.

En el título VIII, el artículo 138 asigna al estado la función de velar por el equilibrio justo entre las diversas partes del territorio español sin que puedan existir entre las diferentes comunidades privilegios económicos o sociales (apartado 2).

Como puede observarse, son abundantes los preceptos constitucionales con relevancia económica. Desafortunadamente, también han sido abundantes las lecturas aisladas de los mismos; fenómeno que ha conducido a los autores a defender las más variadas posturas en torno al sistema económico constitucionalmente consagrado. Dichas interpretaciones abarcan todo el espectro de posibilidades. Desde quienes afirman la neutralidad de la constitución hasta aquellos otros que sostienen que ésta

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

última toma partido por un sistema puramente capitalista o socialista, pasando por todos los matices intermedios[846].

En nuestra opinión, la mera existencia de los preceptos que hemos reseñado refuta fácilmente las posturas que afirman la neutralidad de la constitución, ya que es manifiesto que nuestra carta magna se ha pronunciado abiertamente sobre el sistema económico y que lo ha hecho en un sentido determinado. Debe hablarse por tanto más de flexibilidad que de ambigüedad o neutralidad en esta cuestión[847]. Precisamente a intentar aclarar el sentido de esa flexibilidad nos dedicamos a continuación.

ii) La necesidad de una interpretación sistemática: la economía de mercado constitucionalmente diseñada

En nuestra opinión, el precepto que debe tomarse como punto de partida en la indagación sobre la orientación de nuestro sistema económico es el artículo 38 CE. En dicho precepto se consagra la libertad de empresa dentro de un marco general de *economía de mercado*. De esta manera, la libertad de empresa es la pieza central del sistema, pero la misma se encuentra encorsetada por la economía de mercado, que no es otra cosa que el sistema económico del que nos hemos dotado y cuyo sentido debemos desentrañar. Ahora bien, las características de tal corsé —que es lo que realmente buscamos— no pueden definirse de forma apriorística o mediante pautas heterointegradoras (extrajurídicas), sino que habrá que acudir, en palabras del tribunal constitucional, al "contexto proteico" de las normas económicas constitucionales en busca de las claves autointegradoras del significado jurídico de la fórmula "economía de mercado" contenida en el artículo 38 CE[848]. Es decir, para comprender qué quiere decirse con la expresión *economía de mercado*, habrá de acudirse a una interpretación sistemática de todos los preceptos económicos de la constitución.

[846] Una depurada clasificación de todas estas posturas la encontramos en PRIETO DEL PINO, A. "Una contribución al estudio de la delincuencia económica: El sistema…" cit. pp. 113-119.
[847] FONT GALAN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*…cit. p. 138
[848] PRIETO DEL PINO, A. "Una contribución al estudio de la delincuencia económica: El sistema…" cit. p. 122. En el mismo sentido, FONT GALAN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*…cit. p. 153.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Comenzando por el artículo 38, en el mismo se consagra implícitamente la libre iniciativa económica privada al reconocer la libertad de empresa[849]. Es cierto que la ubicación sistemática de tal precepto confiere a esa libertad una especial protección en virtud del artículo 53 CE, pero tal hecho no le otorga un valor jurídico preeminente con respecto a otras previsiones constitucionales económicas ni resta valor alguno a las mismas[850]. Así, junto a la iniciativa privada, y con la misma importancia que ésta, se reconoce también en nuestro texto constitucional la iniciativa pública en el artículo 128.2 CE. Por tanto, la libertad de empresa privada no es la única existente en nuestro ordenamiento ni los intereses privados los únicos susceptibles de participar en la economía. La *economía de mercado* se erige así sobre la base de dos principios —iniciativa privada e iniciativa pública— que participan de la misma naturaleza y cuya incardinación se hace en régimen de igualdad[851], dando lugar a un sistema basado en la competencia económica[852]. Es decir, empresa pública y empresa privada podrán concurrir libremente al mercado, pero no existe en principio la posibilidad para ninguna de escapar a los postulados de la libre competencia. Ésta se muestra como un valor constitucional, en la medida en que es un presupuesto necesario para el ejercicio efectivo de la libertad económica reconocida a los ciudadanos[853].

Este régimen general de competencia admite no obstante alguna excepción. El mismo artículo 128. 2. CE reconoce la posibilidad de alterarlo mediante ley que habilite un monopolio determinado o la intervención de empresas, cuando así lo exija el interés general. De otro lado, el régimen de competencia o de coiniciativa económica puede exceptuarse igualmente según el artículo 131 CE. En dicho precepto se contempla la posibilidad de que el estado planifique la economía general, lo cual, siempre que dicha planificación no tenga un carácter total y vinculante, será perfectamente compatible con el sistema competitivo constitucionalizado. Es patente por tanto que el texto

[849] De lo contrario no tendría sentido la explícita referencia a la iniciativa pública en el artículo 128.2 CE. Vid. BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. "Notas sobre el modelo económico constitucional español", en *El sistema económico en la constitución*…cit. p. 54.
[850] MARTÍN RETORTILLO, S. "La "constitución económica" en el texto de la constitución española de 1978", en *Constitución y constitucionalismo*…cit. p. 165.
[851] En sentido opuesto ARIÑO ORTIZ, G. "La empresa pública", en GARRIDO FALLA, F. *El modelo económico de la constitución*. Madrid, 1981. p. 92, citado por BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. "Notas sobre el modelo económico constitucional español", en *El sistema económico en la constitución*…cit. p. 47.
[852] FONT GALAN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*…cit. p. 160.
[853] PILOÑETA ALONSO, L. M. "Veinticinco años de constitución económica y derecho mercantil", en VV. AA. *Homenaje a la constitución española XXV Aniversario*. Universidad de Oviedo, 2005 p. 52

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

constitucional ha querido conciliar la competencia con la planificación como un instrumento de corrección del libre juego del mercado[854].

Por último, si a esos preceptos que consagran la intervención pública en la economía en régimen de igualdad con los sujetos privados, así como a la posibilidad de un dirigismo público justificado en el interés general, unimos la existencia en el capítulo III del título I de toda una serie de pronunciamientos sociales limitadores de la lógica mercantil, obtenemos una valiosa conclusión. El constituyente es consciente de que el mercado por sí solo no puede cumplir los objetivos contenidos en la carta magna, pues los mismos no responden a la lógica de aquel.

Es por todo ello que un recto entendimiento de la expresión "economía de mercado" —entendida como el campo de juego en el que se desenvuelve el derecho a la libertad de empresa— excluiría de su seno aquellos sistemas económicos puramente liberales que son partidarios de la libertad absoluta del mercado sin consideración de cualesquiera otras cuestiones[855]. Es decir, queda demostrado que en nuestro sistema económico el funcionamiento perfecto del mercado no es un objetivo supraordenado a cualquier otro, sino que existen bienes que justifican sobradamente el poner coto a las fuerzas económicas.

C) Los preceptos políticos y su influencia económica

Una vez llegados a este punto, tenemos claro que nuestra constitución económica construye un marco —la economía de mercado— que abraza a la libertad de empresa, y en el cual se admiten distintas formas de corrección pública del devenir económico, lo cual excluye el imperio absoluto de la lógica del mercado. Ahora bien, como ya advertimos, en la determinación del sistema económico no debemos quedarnos en esta contemplación puramente socioeconómica de la constitución, sino que deberemos tomar también en consideración los pronunciamientos de contenido político que, como ya sugerimos en páginas anteriores, tienen profundas implicaciones en el ámbito económico.

En el sentido apuntado, y a efectos de lo que aquí estamos tratando de dilucidar, son de especial importancia el artículo 1.1 CE y el artículo 9.2 CE. En el primero de los

[854] FONT GALAN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*…cit. p. 162.
[855] En el mismo sentido, PRIETO DEL PINO, A. "Una contribución al estudio de la delincuencia económica: El sistema…" cit. p. 124.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

artículos referidos se define a nuestro país como un "*Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*" En contra de las posturas doctrinales que sostienen que en tal afirmación se contienen principios contradictorios motivados por la voluntad de consenso que inspiró nuestra carta magna[856], opinamos que la misma es una fórmula aditiva con la que se quieren recoger los logros de cada uno de los sistemas que en la misma tienen reflejo. De tal modo, lo que se querría expresar es que nos encontramos ante un estado en el que existe una limitación jurídica frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos a la par que una búsqueda de la justicia social material y todo ello enmarcado en un sistema de gobierno democrático. Buena prueba de esta afirmación nos parece el hecho de que el artículo 9.2 CE asigne a los poderes públicos la función de hacer reales y efectivas la libertad e igualdad del individuo, así como la participación de los ciudadanos en la vida política y económica. Con esta afirmación se supera una visión meramente formalista-liberal de los principios superiores del ordenamiento jurídico contenidos en el artículo 1.1 CE y se postula la existencia de un estado interventor-corrector de las desigualdades. Nos encontramos por tanto, ante la fijación de un *heterogobierno político de la vida social y económica*[857], un "desbordamiento del estado por la política" en la terminología luhmaniana.

Si al análisis estrictamente económico de la constitución que hemos realizado añadimos las ideas políticas apuntadas en el párrafo anterior, debemos concluir que nuestra constitución diseña un sistema económico que no es independiente de los fines sociales, ni mucho menos de esos principios superiores del ordenamiento jurídico que, por mor del artículo 9.2 CE, deben ser materiales y efectivos. Muy al contrario, se postula un entramado económico que se deja modelar por los poderes públicos para responder a todos los fines contenidos en la carta magna, en especial a los principios rectores de la política social y económica. En definitiva, podemos calificar de "social" la economía de mercado y hablar abiertamente de una economía social de mercado como el sistema económico que establece nuestro texto fundamental.

[856] Por todos, PRIETO DEL PINO, A. "Una contribución al estudio de la delincuencia económica: El sistema…" cit. p. 125.
[857] CANTARO, A. "El declive de la "constitución económica del Estado…" cit. p. 166 (cursiva en el original).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.2.1.3 Algunas concreciones del modelo económico constitucionalmente diseñado en el ámbito del urbanismo

Como hemos tratado de demostrar en las líneas precedentes, nuestra constitución establece como sistema económico del estado español una economía social de mercado. Tal afirmación conlleva la negación del predominio absoluto de la lógica del mercado y la posibilidad de la intervención estatal correctora en la búsqueda de resultados económicos socialmente justos.

Si contrastamos esta conclusión con la realidad del mercado inmobiliario es manifiesto, a la luz de los datos que pusimos de relieve en el capítulo segundo, que en nuestro país no se ha respetado la orientación constitucional. Muy al contrario, el mercado inmobiliario ha estado presidido por una clara componente especulativa que ha obviado cualquier consideración social, y que se ha caracterizado por una profunda desregulación y por una búsqueda exclusiva del beneficio privado por encima de cualesquiera otros fines.

Es por ello que un modelo urbanístico acorde con la constitución desde el punto de vista económico deberá apartarse de estos derroteros y buscar decididamente el cumplimiento de los fines socioeconómicos que aquella le marca, muy especialmente los contenidos en los principios rectores de la política social y económica, los cuales constituyen las bases del estado social en que la nación española se constituye según el artículo 1.1. CE. Veamos algunas concreciones de estas ideas generales que aparecen en el propio texto fundamental.

A) El artículo 47 CE desde una perspectiva económica

Desde un punto de vista económico la dicción del artículo 47 CE no puede ser más ilustrativa. Como demostraremos a continuación, nuestro constituyente apuesta decididamente por un sistema económico en el ámbito inmobiliario que se caracteriza por la planificación y que está presidido por el interés general.

La primera afirmación del precepto es rotunda: se consagra para todos los españoles el derecho a una *vivienda digna y adecuada*. Junto a ello, se establecen en el mismo una serie de mandatos al legislador que son las vías para hacer efectivo ese derecho: 1) el deber de utilizar el suelo de acuerdo al interés general y 2) el deber de

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

impedir la especulación[858]. De tal tenor normativo podemos extraer varias consecuencias.

i) La constitucionalización de la planificación

Según una acreditada línea doctrinal, el concepto de vivienda que maneja el precepto constitucional que comentamos no consiste en un mero recurso físico individualizado, sino en un agregado de bienes y servicios conceptualmente separables que tienen como objetivo permitir la función de "habitar" en su más amplia expresión[859]. En tal sentido, de una forma análoga a como la configura el Informe del grupo especial de expertos en viviendas y desarrollo urbano de la ONU[860], la vivienda estaría formada por un triple componente: El espacio construido interior, el entorno inmediato (servicios de urbanización, equipamiento, espacios verdes…) y el entorno difuso que constituye el marco urbano o rural en que se integra la vivienda.

De acuerdo con este razonamiento, el artículo 47 CE garantiza algo más que un mero receptáculo en el que el individuo pueda cobijarse y desarrollar su vida privada. Se garantiza asimismo el derecho a que ese habitáculo se encuentre integrado en un marco adecuado que responda a las necesidades del individuo y al desarrollo de su personalidad. Por tanto, el derecho a la vivienda "*digna y adecuada*" asegura unos servicios anejos a la vivienda, unos equipamientos adecuados, unos mínimos de salubridad y ornato, una distribución lógica del espacio exterior, etc. Todo ello es indudablemente objeto de la planificación urbanística y la ordenación del territorio que, bajo este prisma teórico, quedarían incluidos en el derecho a la vivienda constitucionalmente recogido. Es por ello que, junto a BASSOLS COMA, podemos afirmar que la constitución legitima e incluso exige el recurso a la planificación urbanística y la ordenación territorial[861].

[858] AÑÓN ROIG, J. M; GARCÍA AÑÓN, J y OTROS. *Lecciones de derechos sociales*. 2ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. p. 197.
[859] Por todos, vid. BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución española de 1978", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año nº 17, Nº 85, 1983, p. 20.
[860] NACIONES UNIDAS. *Informe del grupo especial de expertos en viviendas y desarrollo urbano*. Nueva York, 1963. cit. por ELIZALDE, J. "El problema de la vivienda como demanda política en España", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 176-177 (marzo-junio), 1971. p. 44 (n. del . a).
[861] BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 22.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ii) El suministro de viviendas como un servicio público

Además de la exigencia constitucional de planificación urbanística y territorial que obtenemos del propio concepto de vivienda digna empleado en el artículo 47 CE, una correcta interpretación del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada nos ofrecerá también otras pinceladas sobre la orientación que debe adoptar el urbanismo desde el punto de vista económico. En concreto, deduciremos de su contenido la configuración del urbanismo como un servicio público que debe alejarse de la búsqueda exclusiva del máximo beneficio económico privado.

Es una cuestión en cierta manera pacífica que, para que un derecho pueda predicarse como tal, debe existir la posibilidad de exigirlo jurídicamente ante otro sujeto. Un sector de la doctrina se ha apoyado en este razonamiento para negar este carácter al artículo 47. En tanto que una vivienda no es exigible ni a los sujetos públicos de derecho ni a los sujetos privados y, dado el régimen de protección que recibe el derecho a la vivienda por parte del artículo 53 CE, algunos autores afirman que aquel es una mera declaración programática cuya satisfacción estará supeditada a las condiciones económicas. Frente a esta posición, otro sector doctrinal[862] atribuye valor plenamente normativo a esta cláusula, pero afirma que su contenido no es propiamente el de materializar el uso y disfrute de una vivienda, sino el de promover —contribuir a— que todo español pueda disfrutar de una vivienda adecuada.

Las dos corrientes expuestas, independientemente de su mayor o menor acierto, son tributarias de un concepto meramente patrimonial de vivienda que concibe a este elemento simplemente como un receptáculo en el que poder desarrollar la existencia. Nosotros, como ya hemos señalado, nos mostramos partidarios de una interpretación más amplia del concepto de vivienda que supere esa visión meramente patrimonial —o, si se quiere, individualizante—. Esta postura nos lleva a considerar que el fin del artículo 47 CE no es únicamente el de asegurar un bien inmueble destinado a servir de morada de los individuos, sino el de garantizar la satisfacción a cada persona de una necesidad común o universal, cual es la necesidad de alojamiento o habitabilidad. Es

[862] GÁLVEZ MONTES, J. "Artículo 47", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*, 3ª Ed. Civitas. Madrid, 2001. p. 928.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

decir, se trata de que los poderes públicos aseguren a cada uno de los ciudadanos la posibilidad de acceder a una vivienda[863] enmarcada además en un hábitat determinado.

Así entendido el artículo 47 CE, la vivienda se acaba configurando no como un elemento patrimonial, sino como una necesidad colectiva, y el urbanismo, en cuanto mecanismo que satisface dicha necesidad, como un servicio público[864]. En virtud de ello, el objetivo último del sector de la construcción es el de satisfacer la demanda social de vivienda. Ello convierte a la demanda urbanística, más que en una demanda económica, en una demanda político-social que exige una actuación del poder en forma de planeamiento, un "paso adelante" del subsistema político[865]. Por tanto, será necesario en este sector ese "*desbordamiento por la política luhmaniano*" que conducirá, de forma consecuente con lo ya dicho respecto al sistema económico en conjunto, a su exclusión del juego del *laissez faire*, de modo que el mercado de la vivienda pase a estar presidido indudablemente por los fines sociales[866].

B) El artículo 40 CE y la exigencia de estabilidad económica

Otro precepto constitucional de gran relevancia económica que debemos relacionar con el urbanismo y el sector de la construcción es el artículo 40 CE[867], en el cual se constitucionaliza el objetivo de conseguir el progreso social y económico. Sin embargo, como ha señalado GÁLVEZ MONTES, ambas metas no son de la misma importancia. La constitución designa como un objetivo fundamental el progreso económico, pero dicho progreso no es un fin en sí mismo, sino que se encuentra supeditado a la consecución de un bien superior cual es el del progreso social. Además, la constitución no sólo alude a estos objetivos económicos, sino que vincula la consecución de los mismos a una política de estabilidad económica al mismo tiempo que se refiere a una política de pleno empleo. En relación a estos dos últimos aspectos,

[863] Utilizamos aquí el término vivienda en el sentido que le habíamos otorgado con anterioridad, es decir, como un conglomerado de la vivienda-edificación, de la urbanización inmediata y de la inserción en el entorno difuso.
[864] Según el concepto clásico de servicio público. Abiertamente en contra de esta concepción MARTÍ FERRER, M. "En busca de la aguja que pinche…" cit. pp. 93-94.
[865] ELIZALDE, J. "El problema de la vivienda como demanda política…" cit. p. 58.
[866] BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 42.
[867] **Art. 40 CE**
1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.
2. (…)

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

según continúa el autor citado, nuestra carta magna no impone una política que asegure simultáneamente la estabilidad y el pleno empleo[868], sino que los mismos deben ponderarse cuidadosamente. La expresión constitucional "*De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo*" ha de interpretarse únicamente en el sentido de que la política económica estatal tenga en cuenta esta exigencia social. Es decir, se trata de que se intente favorecer el pleno empleo con las medidas económicas que se adopten, aunque esta finalidad sea indirecta o a largo plazo[869].

Resumiendo, el artículo 40 CE impone la meta de conseguir el progreso social utilizando para ello el fin subalterno del progreso económico. La consecución de tales fines, sin embargo, no se puede producir de cualquier manera, sino que la misma está encuadrada por imperativo constitucional en una política de estabilidad económica atenta al pleno empleo. Consecuentemente, la búsqueda del progreso económico está condicionada por la obligación fundamental de una política de estabilidad. Los poderes públicos deben evitar episodios de fuertes subidas artificiosas y subsiguientes desplomes económicos y deben intentar que el devenir de la economía sea lo más constante y plácido posible. Junto a ello, en esa búsqueda del progreso económico estable, debe optarse por aquellas medidas económicas que redunden en las tasas de empleo más elevadas posibles. No obstante, debe tenerse en cuenta que esta finalidad está conectada íntimamente con el mandamiento de estabilidad y, por tanto, ha de procurarse que los empleos que se creen tengan vocación de continuidad y estabilidad, de forma que los mismos contribuyan recíprocamente a la estabilidad económica así como al progreso social.

4.2.2. Aplicación del patrón valorativo expuesto a nuestro ámbito de estudio

Como hemos tenido oportunidad de comprobar, los preceptos económicos que concretaban en el ámbito particular del urbanismo las exigencias derivadas del establecimiento general de una economía social de mercado, nos señalaban dos ideas

[868] En el mismo sentido se pronuncia el tribunal supremo (sala cuarta) en su sentencia de 8 de junio de 1995. Argumenta el tribunal: "*el objetivo de mejora o progreso social en condiciones de trabajo no es el único que la ley fundamental establece en el capítulo de los principios rectores de la política social y económica. Junto a él se reconocen en la constitución otros objetivos de interés general como el pleno empleo y la estabilidad económica que pueden entrar en conflicto con los anteriores, exigiendo incluso en ocasiones sacrificios parciales de unos o de otros. Son las cámaras parlamentarias los órganos constitucionales encargados de ponderar el alcance de estos sacrificios parciales*"

[869] GÁLVEZ MONTES, F. J. "Artículo 40", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. 3ª Ed. Civitas. Madrid, 2001. p. 861.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

principales. A saber: que el urbanismo es un servicio público encaminado a satisfacer las necesidades sociales de habitación y que la economía está vinculada a un claro mandato de estabilidad en la búsqueda del progreso social. De estas ideas principales se deducirán una serie de consecuencias que se proyectan de manera global sobre el sector económico de la construcción, direccionándolo en sus aspectos concretos de forma acorde con el modelo económico constitucionalmente diseñado.

De la primera idea apuntada se deduce de manera necesaria la prohibición de la especulación. Si la satisfacción del derecho a la vivienda es un servicio público y ésta última un bien básico, queda fuera de toda duda la imposibilidad de que el lucro a toda costa mediante una utilización abusiva de tales elementos constitucionalmente protegidos sea el objetivo primordial de la actividad constructiva. Dicha prohibición aparece además expresamente recogida en el artículo 47 CE, debiéndose hacerse extensiva tanto al suelo como a las edificaciones que sobre el mismo se asienten.

En lo que se refiere al suelo, el precio del mismo constituye una parte notable del precio final de la vivienda. Por ello, debe evitarse que los propietarios del suelo, debido a su situación de "monopolio", puedan establecer unos precios abusivamente elevados de aquel o retenerlo indefinidamente para conseguir un aumento de su valor, apropiándose así injustamente de una serie de plusvalías asociadas a su terreno en cuya generación ha participado el conjunto de la sociedad[870].

Un instrumento muy útil a este respecto son los patrimonios municipales del suelo. Los mismos permiten a las administraciones públicas sacar suelo al mercado a precios menores de los que marca éste, frustrando así las expectativas especuladoras y abaratando los precios. El problema, como ya vimos, aparece cuando las administraciones públicas han querido aprovecharse del suelo para obtener plusvalías como un especulador más. Los ayuntamientos han pervertido la finalidad de este instituto y lo han utilizado para financiarse, participando así activamente en la dinámica especulativa que ha presidido nuestra reciente evolución urbanística. Por ello, debe resaltarse aquí que el mandato constitucional que analizamos obliga a los ayuntamientos a apartarse de esa mala praxis y a volver a darle a los patrimonios públicos de suelo la

[870] El valor del suelo tiene mucho que ver con su ubicación. Si una persona retiene un suelo en una zona animada de una ciudad en la que las personas desean vivir, estará consiguiendo un incremento en el valor de dicho suelo a partir de la actividad y de la vida generada en esa zona por todas las demás personas que allí residen y que la han convertido en una zona atractiva.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

utilidad para la que fueron diseñados en la ley. La solución al tradicional déficit de financiación de los municipios deberá, por tanto, buscarse mediante otros medios.

De otro lado, a pesar de que el suelo sea un componente importante del precio final de la vivienda, no puede pasar desapercibido que su valor viene directamente determinado por el de las construcciones que el mismo pueda soportar. Este hecho, unido al de que en la mayoría de los casos interviene un promotor-constructor vinculado a grupos empresariales o financieros, hace que no deba considerarse suficiente la existencia de medidas antiespeculativas dirigidas únicamente al suelo, ya que los promotores pueden aprovecharse de ellas. Así, los promotores obtienen de los particulares un suelo a bajo precio precisamente porque está "protegido" mediante diversos instrumentos contra la especulación, pero no se impide de ninguna manera el que posteriormente se infle a voluntad el precio final de la vivienda incluyendo todos los costes, cargas, derechos e impuestos destinados a absorber las plusvalías del suelo. Las cargas dirigidas a neutralizar los beneficios especulativos, por tanto, no se soportan por quienes los obtienen, sino por los destinatarios finales. Es por esto que una interpretación coherente del artículo 47 CE no debe circunscribirse a una simple política antiespeculativa del suelo, sino que debe extenderse a la vivienda y su mercado[871]. Es decir, los poderes públicos deben velar por que la vivienda sea considerada una necesidad colectiva y no un bien patrimonial con el que intentar obtener los máximos beneficios.

Por lo que respecta a la segunda idea apuntada, se deduce de la misma la necesidad de que el crecimiento económico sea meramente un instrumento del progreso social limitado en todo caso por la exigencia de estabilidad.

Los derroteros seguidos por nuestra reciente actividad constructiva no parecen haberse amoldado a este corsé constitucional. De forma contraria a lo que aconseja la interpretación que mantenemos, se ha primado claramente el progreso económico como un fin en sí mismo, sin atender en ningún momento a ese parámetro supraordenado que constituye el progreso social[872]. Igualmente, y más grave aún si cabe, se ha pasado por

[871] BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 41.
[872] En muchos casos, incluso, ese progreso económico se ha conseguido a cambio de una importante precarización social. Buena prueba de ello son las tasas de temporalidad españolas, las reformas legales

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

alto el mandato del constituyente de enmarcar el progreso en una política de estabilidad económica. Como tuvimos la ocasión de ver, en los años recientes se ha tolerado una hipertrofia del sector de la construcción casi "cancerosa" para el conjunto de la economía, la cual atenta contra la más elemental idea de estabilidad. Una cantidad ingente de recursos productivos y de capital inversor se ha canalizado hacia este sector económico, inflándolo de manera artificial ante la pasividad de las instituciones de gobierno. Se ha conculcado así el mandato constitucional de estabilidad a cambio de un beneficio rápido y fácil sin atender a las consecuencias de tal dinámica en el largo plazo.

Podría argüirse que, a pesar de todo, esa dinámica económica desbocada era favorecedora del fin alternativo del pleno empleo a la vista de las cifras sobre esta magnitud que ya hemos analizado. No obstante, tampoco podemos estar de acuerdo con tal afirmación. A pesar de que el boom inmobiliario contribuyó a mejorar las cifras de empleo españolas de una manera incontestable, dicho aumento del empleo fue meramente coyuntural y sin ninguna vocación de largo plazo o estabilidad, como demuestra la actual coyuntura en este particular. Al respecto, no es coherente que el objetivo de pleno empleo que señala la carta magna —máxime cuando el mismo está ligado a un doble mandato de *progreso social* y de *estabilidad*— pueda satisfacerse con aumentos extraordinarios y esporádicos del empleo debidos a procesos inflacionarios de la economía que, al venirse abajo, acaben con todo el empleo creado hasta entonces o incluso empeoren la situación de partida. Muy al contrario, parece que la meta constitucional del pleno empleo debe interpretarse en el sentido de un logro a largo plazo, es decir, que cualquier política de pleno empleo, aunque suponga un pequeño sacrificio de la estabilidad económica, se justificará en que ese aumento del empleo tenga una continuidad temporal que asegure el progreso social, que constituye el fin último del artículo 40 CE. El sacrificio de la estabilidad económica al pleno empleo no puede ser tal que se comprometan a largo plazo los resultados obtenidos en cuanto a contratación.

De esta forma, la aplicación del artículo 40 CE al urbanismo aconsejaría un modelo de crecimiento estable y social. Dicho mandato de estabilidad obliga a dar a la construcción la dimensión que deba tener en cada momento en función de las

para facilitar el despido, etc. El objetivo consistía en ver crecer y crecer las cifras del PIB sin importar a quien beneficiaba realmente esa riqueza

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

necesidades reales de habitación o de infraestructura. Hay que evitar que episodios especulativos como el reciente distorsionen la participación global de este sector en la economía, llevándolo más allá de lo que naturalmente le corresponde y haciéndolo acaparar recursos que podían haberse dedicado a otros sectores de inversión productiva con el perjuicio a largo plazo que ello conlleva para la estabilidad de la economía española en conjunto. Podrían admitirse sobredimensionamientos puntuales que tengan como objetivo dinamizar el empleo, pero deberá guardarse sumo cuidado en no sobrepasar un límite en el que el sostenimiento del empleo a largo plazo se ponga en peligro. Por ello, entendemos que también en el aspecto del empleo debe procurarse una cierta estabilidad que asegure el progreso social que consagra el artículo 40 CE como fin último, si bien pueden existir desviaciones puntuales y muy bien medidas de aquélla.

Si aplicamos las conclusiones que acabamos de deducir a aspectos concretos económicos, obtenemos una imagen clara de cómo debe comportarse la construcción según el modelo constitucional propuesto:

En relación con la *participación del sector de la construcción en el conjunto de la economía*, la vigencia de una economía social de mercado respetuosa de los principios rectores del capítulo tercero del título I de la constitución obliga a que el planeamiento se imponga sobre la irrestricta libertad de las fuerzas mercantiles. La economía debe ser concebida como uno de los mecanismos para satisfacer las necesidades de los ciudadanos y para lograr mejorar las cotas de bienestar social, pero en ningún caso como un fin en sí misma ni un medio para la obtención de beneficios extraordinarios que únicamente redunden en sectores determinados de la sociedad.

Para ello, los poderes públicos con potestad en la materia deberán desarrollar una planificación que ponga coto a los intereses económicos que contravengan tal orientación. En tal sentido, es necesario que sean muy cuidadosos para que el planeamiento y el crecimiento de los núcleos urbanos se desarrolle exclusivamente al ritmo que marquen las necesidades reales de vivienda entendida como bien de uso y no como bien de inversión.

Es fundamental que la planificación no se deje llevar por tensiones especulativas y que se impidan activamente los sobredimensionamientos del sector de la construcción por encima de las necesidades reales de uso. El planeamiento no debe seguir el juego a

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

los intereses de crecimiento del sector que arrastran a toda la economía tras de sí y la hacen inflarse de manera artificial poniendo en peligro el mandato constitucional de estabilidad y el sostenimiento del sistema económico a largo plazo.

Para conseguir esto, se cuenta con dos instrumentos de suma importancia que deben utilizarse sin vacilar. En primer lugar, debe mantenerse un control estricto sobre el aumento de la ciudad, limitando la calificación de suelo urbanizable a lo estrictamente necesario para satisfacer el crecimiento natural de la misma y acudiendo en la medida de lo posible a la rehabilitación y a operaciones de reforma interior de las zonas ya consolidadas. De igual modo, para evitar que esta limitación en la oferta desemboque en tensiones inflacionistas que animen a la inversión especulativa, la utilización profusa de las VPO y de los patrimonios públicos del suelo debe ser un hecho. Debe hacerse un esfuerzo significativo para dotar de VPO todas las zonas de la ciudad, de modo que las personas que necesiten realmente una vivienda siempre puedan acceder a las mismas a unos precios razonables y con ello se evite el encarecimiento de los precios y la atracción de demanda inversora.

En lo que se refiere a la *relación con el empleo*, hay que renunciar a la construcción como un mecanismo dinamizador del mismo, lo cual no es sino una manifestación particular de lo acabado de decir en relación con la economía general. Como es conocido, el sector de la construcción es muy bajo en productividad e intensivo en mano de obra y, por ello, un aumento de la construcción ofrece cuantiosos puestos de trabajo. Sin embargo, el empleo ligado a esta actividad es muy inestable ya que está vinculado al tiempo en que la construcción se mantenga en alza. Por ello precisamente debe intentarse que la construcción no crezca por encima de las necesidades reales de vivienda o de infraestructura con la intención de fomentar el empleo, ya que, cuando la creación de empleo se concentra principalmente en este sector, se corre el riesgo de inflar la economía artificialmente. Ello sólo produce inestabilidad y conduce a un derrumbe irremediable del empleo cuando el proceso se agota, arrastrando en cadena a un desplome generalizado de la economía como ha ocurrido en la actualidad. Además, la utilización de la construcción para fomentar el empleo puede producir un exceso de oferta inmobiliaria que abarate momentáneamente los precios y que atraiga inversión especulativa atenta al posterior reajuste al alza del sector.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Igualmente, el urbanismo debe dejar de contemplarse por las administraciones públicas como un *medio de financiación*. La solución al déficit de los ayuntamientos no puede provenir de un fomento exagerado de la actividad constructiva mediante un urbanismo laxo que olvide su carácter de servicio público orientado al suministro de viviendas para su uso. En el mismo sentido, tampoco es admisible la perversión de los patrimonios públicos del suelo[873]. Tanto el urbanismo como los patrimonios públicos del suelo deben utilizarse exclusivamente para las finalidades que expresamente les señala la ley. Éstas son fundamentalmente la de ordenar la producción de la ciudad y la de contener las fuerzas del mercado y las tensiones especulativas que se generen en el sector, el cual debe estar guiado primordialmente por el objetivo de suministrar eficazmente un bien básico y no por el de obtener beneficios.

Como puede observarse, la idea básica que se extrae de todo lo dicho es que el planeamiento urbanístico debe dedicarse a llevar con mano firme las riendas de la actividad constructiva, de modo que la misma prime el fin de satisfacer las necesidades de vivienda de uso de los ciudadanos. Igualmente la planificación aparece como una garantía de que las tensiones especulativas no consigan sobredimensionar el sector más allá de lo estrictamente necesario.

[873] Vid. a este respecto *supra*, Cap. 2. Apdo. 2.4.2.1.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.3. El modelo territorial desde el prisma sociológico

En este último apartado trataremos de extraer de nuestro texto fundamental la orientación que el mismo dispone para cada uno de las perspectivas que incluimos en el tercer capítulo bajo la denominación de implicaciones sociológicas del urbanismo. En concreto, analizaremos la orientación que la constitución dispone para la ordenación del territorio y el urbanismo en relación con el medio ambiente con la política de vivienda y la emancipación, con la calidad de la democracia, y con la cohesión social y la seguridad.

4.3.1. La perspectiva medioambiental

4.3.1.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional

4.3.1.1.1. La regulación constitucional del medio ambiente: el artículo 45 CE

En nuestra constitución, es clara la preocupación medioambiental. Esto es más patente aún si se tiene en cuenta que dicha temática está recogida expresamente en nuestro texto fundamental, mientras que en países de nuestro entorno tales como Alemania, Francia o Italia no existe alusión constitucional alguna al respecto.

El referente constitucional del medio ambiente es el artículo 45 CE. Alrededor del mismo existen abundantes disputas doctrinales sobre si su naturaleza es de auténtico derecho subjetivo[874], de mera declaración programática o de principio rector[875], pero el hecho es que, al margen de tales disputas, este derecho se encuentra ubicado en el título I, referente a los derechos y deberes fundamentales, lo cual disipa cualquier duda sobre su carácter fundamental y sobre su importancia en el seno de nuestra sociedad. Dicha importancia es corroborada además por el artículo 53 CE en su apartado 3º, en el cual se le encomienda la función de informar *la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.* Esta singular relevancia que defendemos tiene su origen precisamente en la conexión del medio ambiente con la dignidad humana, así

[874] En este sentido, vid. el interesante razonamiento de LOPERANA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente adecuado*. Cuadernos Cívitas. Madrid, 1996. pp. 48 y ss.
[875] Vid. una magnífica síntesis de las posturas al respecto en PÉREZ MARTOS, J. "La configuración jurídica del medio ambiente en el derecho español", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*. nº 159, 1998. pp. 181 y ss. Nosotros particularmente somos partidarios de la primera de las posturas reseñadas.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

como en su incidencia directa en la propia existencia humana y en la posibilidad de la misma[876].

Aclarado lo anterior, en lo que respecta a su contenido, su tenor legal reza del siguiente modo:

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

A) El objeto del derecho al medio ambiente

i) El medio ambiente "adecuado"

En el primer apartado del artículo 45 CE, se reconoce el derecho de todos al medio ambiente. Desde una perspectiva social, el medio ambiente es un valor entendido, algo cuyo contenido no necesita explicación por obvio. Como bien señala LÓPEZ MENUDO, se trata de una "idea-fuerza", un concepto que puede ser eficaz sin necesidad de mayores precisiones técnicas[877]. Ahora bien —continúa este autor—, cuando pasamos al ámbito del derecho, esa indefinición social le resta operatividad al concepto y hay que hacer un esfuerzo por dotarlo de un contenido preciso y claro que permita trabajar jurídicamente con el mismo. En este sentido, la constitución no define el concepto que manejamos y por tanto habrá que deducirlo mediante el correspondiente trabajo hermenéutico. A dicha labor se ha dedicado de manera intensa la doctrina, dando lugar a los más diversos posicionamientos teóricos.

En apretado resumen, puede decirse que las diferentes posturas al respecto se sitúan como una serie de círculos concéntricos. En el centro se hallaría el concepto más estricto de medio ambiente, integrado únicamente por los elementos básicos de la

[876] PEREZ LUÑO, A. E. "Artículo 45", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996. p. 252.
[877] LÓPEZ MENUDO, F. "Concepto de medio ambiente y reparto competencial", en *Derecho ambiental de Andalucía* (Coord. VERA JURADO, D.). Tecnos. Madrid, 2005. p. 32.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

biosfera: aire, agua y suelo. A partir de ahí se van sumando nuevos elementos (fauna, flora, paisaje, patrimonio histórico, urbanismo…) que añaden subsiguientes niveles de contenido hasta llegar a posturas omnicomprensivas que dan cabida a realidades tales como el entorno cultural, social o económico en el que se halla inserto el ser humano[878].

Sea cual fuere el concepto por el que optemos, hay que tener en cuenta que en la constitución no se habla del medio ambiente a secas, sino que el mismo aparece adjetivado en un determinado sentido. Siempre va a existir un medio ambiente, ya que el ser humano no puede habitar en mitad de la nada. Nos encontramos, pues, ante algo más que un derecho al ambiente como simple elemento circundante al hombre. La constitución, en este sentido, alude expresamente a un medio ambiente "*adecuado para el desarrollo de la persona*". Por tanto, lo que se consagra no es propiamente un derecho a la existencia del medio, sino a la idoneidad de su composición cualitativa[879]. Es decir, se reconoce en realidad, no un derecho al medio como un pleonasmo, sino un derecho al medio ambiente determinado en cuanto a sus manifestaciones específicas, tales como el paisaje, la ausencia de contaminación, la salubridad[880], la biodiversidad, etc[881]. Con tal afirmación, y en virtud de la cláusula del apartado tercero del artículo 53 CE, se exige al ordenamiento jurídico una determinada orientación en este sentido. Se emplea una visión finalista del medio ambiente que alude a la clase de medio que se quiere y con qué objeto[882], la cual debe ponerse en conexión con todos los elementos que conforman nuestra sociedad (política, legislación, economía, planificación, desarrollo…). De este modo, cualquier actuación, pública o privada, que desvirtúe o perjudique el medio o lo haga menos apto para el desarrollo de la persona será claramente inconstitucional[883].

[878] LÓPEZ MENUDO, F. "Concepto de medio ambiente y reparto…" cit. pp. 33-34.
[879] LOPERANA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente*… cit. p. 56; en el mismo sentido, PEREZ LUÑO, A. E. "Artículo 45"… cit. p. 253.
[880] Sobre la relación entre medio ambiente y salud vid. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental administrativo*. 11ª. Ed. LA LEY. Madrid, 2010. pp. 119-121.
[881] PEREZ LUÑO, A. E. "Artículo 45"… cit. p. 253.
[882] GÁLVEZ MONTES, J. "Artículo 45", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*, 3ª Ed. Civitas. Madrid, 2001.p. 907; en el mismo sentido PEREZ LUÑO, A. E. Artículo 45… cit. p. 254.
[883] PEREZ LUÑO, A. E. "Artículo 45"… cit. p. 257. Esta afirmación alcanza incluso al ejercicio del derecho de propiedad según LOPERANA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente*… cit. p. 70 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ii) La obligación de utilización racional de los recursos naturales

En lo que se refiere al apartado 2º de este artículo, el mismo es de una importancia fundamental a los efectos que aquí tratamos. Del mismo, en relación con el apartado tercero, puede extraerse, como un componente más del derecho al medio ambiente, un derecho-deber a la utilización *racional* de los recursos naturales que se impone a todos[884] y del cual se hace garantes a los poderes públicos.

Algún sector doctrinal ha criticado como especialmente ambiguo el concepto con el que se califica el uso de los recursos naturales: racional. En este sentido se ha afirmado sobre el mismo que "no es un concepto jurídico, sino una expresión metafísica en cuanto presume que la persona puede conocer y definir por sí misma el significado de la utilización racional de los recursos naturales en cada caso[885]". Tal y como señala PEREZ LUÑO, esta crítica carece de una base sólida, ya que el concepto de uso racional de los recursos naturales es fácilmente aprehensible por cualquier persona sin que existan riesgos de interpretaciones subjetivistas "al arbitrio de las voluntades particulares[886]". En tal sentido, una utilización racional de los recursos naturales será aquella que permita gozar de una manera indefinida en el tiempo el derecho que se recoge en el apartado primero, es decir, el derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado. Para que tal premisa pueda cumplirse, será necesaria una utilización que incluya la conservación, restauración y mejora de los recursos naturales que constituyen dicho ambiente.

Asimismo, merece ser destacado de este apartado segundo el hecho de que el constituyente renuncia a desgranar todos y cada uno de los recursos naturales que son objeto de esa prescripción de uso racional. Tal actitud debe entenderse como una estrategia legal que claramente huye de las enumeraciones para evitar las disputas interpretativas sobre el carácter exhaustivo o no de aquellas, intentando conjurar así el riesgo de omitir algún elemento. Por tanto debe entenderse que son *todos* los recursos naturales los que deben utilizarse de una manera racional y controlada por la

[884] El carácter *erga omnes* del derecho al medio ambiente se deriva de la doctrina alemana de la Drittwirkung der Grundrechte según la cual los derechos fundamentales en cuanto tales, no solo deben respetarse en las relaciones de subordinación (estado/particular), sino también en las de coordinación (particular/particular). Tal teoría hace oponible este derecho frente a todo tipo de terceros que no lo respeten

[885] ESCRIBANO, P. y LÓPEZ J. I. "El medio ambiente como función administrativa", en *Revista española de derecho administrativo*. nº 26, 1980. p. 371.

[886] PEREZ LUÑO, A. E. "Artículo 45"… cit. p. 268

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

administración[887]. Entre dichos recursos naturales se encontrará obviamente el suelo. Este deber de utilización racional se dirige por imperativo constitucional a proteger y mejorar la calidad de vida de las personas.

B) El carácter antropocéntrico del medio ambiente constitucionalmente diseñado

Resumiendo las ideas hasta ahora expuestas, el apartado primero del artículo 45 CE vendría a recoger un derecho fundamental[888] al disfrute de un medio ambiente adecuado, es decir, un derecho frente a todos a tener a nuestra disposición y poder disfrutar de una biosfera con determinados parámetros físicos y biológicos que permita *desarrollarse en su máxima plenitud a la persona*[889]. Junto a este derecho se recoge en dicho apartado una contrapartida en forma de deber de conservación de ese medio adecuado, que es extensible a todos —no solo a los poderes públicos— pues a todos beneficia. De otro lado, también hemos visto que el derecho al medio ambiente se proyecta y concreta sobre una serie de realidades físicas de las cuales depende su eficacia. Tal circunstancia hace que el apartado segundo del artículo 45 CE imponga una utilización racional de dichos recursos que permita el disfrute efectivo del medio ambiente orientado teleológicamente a la *mejora de la calidad de vida de las personas*[890].

Como puede observarse, la regulación constitucional configura sin lugar a dudas una visión antropocéntrica del medio ambiente, ya que el mismo se define y articula exclusivamente a través de su adecuación para el desarrollo de la persona. El eje del sistema no es la propia naturaleza, sino el hombre mismo. Desde estas bases, algún sector doctrinal ha llegado a afirmar incluso que el concepto de medio ambiente es predicable únicamente en relación con las personas[891].

[887] En tal sentido también PEREZ LUÑO, A. E. "Artículo 45"… cit. p. 267.
[888] En contra, entre otros, LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental*… cit. p. 102.
[889] LOPERANA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente*… cit. p. 69.
[890] Con tal prescripción constitucional se supera el antiguo paradigma basado en el "nivel de vida", según indica GÁLVEZ MONTES, J. "Artículo 45"… cit. p. 903.
[891] Por todos, LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental*… cit. p. 121. Este posicionamiento es acorde con las tendencias internacionales en la materia. Así, en instrumentos ambientales internacionales tan relevantes como la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano de 1972 o la Declaración de Río de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo se adopta la perspectiva antropocéntrica. En tal sentido, el principio primero de la última de las declaraciones citadas viene a afirmar que "*los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.*"

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

De entre las diferentes corrientes antropocéntricas, nuestro texto constitucional parece decantarse por aquellas que hemos denominado antropocéntricas moderadas[892]. En las mismas se atribuye a los hombres un deber de respeto hacia los seres no humanos, al tiempo que se reconoce el valor instrumental de estos últimos. En estas posturas se entiende que, mientras que los humanos son agentes morales, el resto de los elementos naturales son *pacientes morales.* Es decir, los seres no humanos aparecen como meros destinatarios de la acción y los humanos como los responsables últimos de las consecuencias que sus actos puedan tener sobre el medio y los seres vivos. No se llega nunca a la igual consideración de los intereses humanos y no humanos, pero se establecen algunas obligaciones que han de ser asumidas por los primeros. Una suerte de "obligaciones indirectas" de respeto, protección, etc. que se imponen en beneficio de la propia especie y de las generaciones futuras para asegurar un uso indefinido de los recursos naturales. Por tanto, los elementos naturales serán objeto de una consideración moral sí, pero diferenciada o asimétrica. Como puede observarse, en definitiva, con estas teorías no se modifican de modo drástico las prioridades: los humanos siguen siendo lo primero[893].

A pesar de lo ajustado de estas posturas al tenor literal de la constitución, los resultados a los que se ha llegado en materia de protección ambiental dentro del paradigma antropocéntrico hacen planear la sombra de la duda sobre la eficacia del mismo. En el mundo desarrollado en general —y en nuestro país en particular—, se ha mantenido una concepción simplista del progreso basada exclusivamente en criterios cuantitativos de producción y consumo[894]. En este contexto, los bienes naturales se han considerado como gratuitos y se ha hecho un uso ilimitado y desordenado de los mismos al servicio exclusivo de las personas. Se los ha esquilmado sin tener en cuenta en ningún caso las externalidades negativas que tal comportamiento irrogaba al conjunto del ecosistema. Tal irresponsabilidad ha sido la determinante de la llamada crisis ambiental[895].

[892] Antropocentrismo moderado, epistemológico, sabio, etc son algunos de los adjetivos con los que se califica a estas posturas antropocéntricas no radicales. Estas posturas podrían tener cabida en nuestra carta magna con una determinada interpretación.
[893] LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. "Derechos de los animales, deberes de los humanos", en *Isegoría*, nº 32, 2005. pp. 163 y ss.
[894] LOPERANA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente*… cit. p. 38.
[895] GÁLVEZ MONTES, J. "Artículo 45"… cit. p. 911.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Como consecuencia de lo dicho, comienzan a aparecer una serie de planteamientos doctrinales críticos que ponen en entredicho lo acertado de la configuración constitucional y la reformulan desde una perspectiva más ecocéntrica. Si bien no podemos coincidir con algunos de dichos planteamientos en su tesis de que el medio ambiente se configura constitucionalmente como un objeto autónomo de protección completamente desligado del ser humano[896], sí que vamos a hacer nuestros algunos de los razonamientos críticos que los mismos esgrimen frente al paradigma antropocéntrico.

C) Los problemas de una concepción antropocéntrica del medio ambiente

i) El sobredimensionamiento del concepto de medio ambiente

En primer lugar, es de destacar aquí un primer problema que se ha venido planteando[897], el que una visión antropocéntrica como la que consagra nuestra carta magna deriva casi inevitablemente en una concepción inflacionaria del medio ambiente. La misma acaba abarcando una serie de elementos no naturales ligados al entorno del ser humano (patrimonio histórico-artístico; entorno cultural, social, económico; vivienda; pensiones...), los cuales acaban por hacer el propio concepto inmanejable jurídicamente por amplio.

Entendemos que la razón de esta ampliación indeseable del concepto medioambiental se halla en la profunda imbricación existente entre el medio ambiente y otros derechos eminentemente humanos como son la salud o el desarrollo de la personalidad. En efecto, la íntima conexión existente entre todas estas realidades produce una confusión que aproxima dichos conceptos y los lleva a solaparse en cierta medida a favor de lo humano por mor de la *vis atractiva* que la dignidad humana posee en nuestro texto fundamental[898]. Tal hecho determina que finalmente la protección del medio ambiente pase exclusivamente por el rasero de la salud y el bienestar humanos relegando el valor del medio ambiente a un segundo plano.

[896] Así lo hace LÓPEZ MENUDO, F. "Concepto de medio ambiente y reparto…" cit. p. 34.
[897] Lo destaca LÓPEZ MENUDO, F. "Concepto de medio ambiente y reparto…" cit. p. 34.
[898] Claro ejemplo de esta visión es la postura mantenida por RODRIGUEZ RAMOS, L. "Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente", en *Documentación administrativa*, nº 190, 1981 p. 460.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Frente a este fenómeno, debe hacerse un esfuerzo por delimitar claramente las tres realidades implicadas (recursos naturales, salud y desarrollo de la personalidad) de modo que se identifique certeramente el núcleo fundamental del artículo 45: los recursos naturales. Con este giro interpretativo, se consigue poner el acento en la protección del medio como una realidad que, efectivamente, permite potenciar el desarrollo de la persona y ello es una de las causas de su protección, pero que no se ve eclipsado o dirigido en ningún momento exclusivamente por las necesidades humanas más inmediatas[899].

ii) La cortedad de miras de estos planteamientos

Otra característica del antropocentrismo que ha suscitado la crítica de algunos autores es el hecho de que el mismo se asienta sobre una visión atomizada del mundo en la que se ignora que nuestro entorno tiene prolongaciones y conexiones con otros elementos externos al mismo. Se actúa como si las cosas sucedieran aisladamente en el espacio y en el tiempo. Igualmente se asienta este modelo en una primacía absoluta del presente sobre los planteamientos a medio y largo plazo. Se utiliza el medio como si cuanto existiese nos perteneciese aquí y ahora y después de nosotros no fuesen a venir otros seres y otras necesidades[900].

La solución a este problema, por su parte, debe venir de la mano de concepciones que constaten que todo el ecosistema se encuentra profundamente interconectado en red y que cualquier actuación sobre el mismo va a tener repercusiones por mínimas que sean sobre el resto de elementos interconectados. Del mismo modo deberá tomarse conciencia de que las consecuencias de las actuaciones humanas se extienden en el tiempo como las ondas en un lago y, por tanto, siempre debe pensarse en el largo plazo cuando se realice una actuación que incida sobre cualquier elemento del medio ambiente.

4.3.1.1.2. Posturas alternativas al modelo antropocéntrico constitucional

Para subsanar los problemas ocasionados por la perspectiva antropocéntrica, desde foros iusfilosóficos principalmente, se postula dar un giro de rumbo: plantear un modelo ético alternativo al actual que tenga como centro efectivo las preocupaciones

[899] Así también, LÓPEZ MENUDO, F. "Concepto de medio ambiente y reparto…" cit. p. 35.
[900] HEREDIA, J. A. "El modelo ecológico", en *Estudios filosóficos*, nº 136, 1998. p. 547.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

medioambientales. Como señala PAREJO ALFONSO, "*al igual que en su día se desvaneció la idea geocéntrica del mundo, así parece haber comenzado hoy el necesario abandono de la visión egocéntrica del mismo*[901]".

Entre estas posturas alternativas al modelo antropocéntrico nos detendremos muy someramente en las visiones ecocéntricas y, posteriormente, plantearemos nuestra postura personal que intenta ser una síntesis equilibrada entre esas corrientes opuestas.

A) Las posturas ecocéntricas o fiseocéntricas

El llamado ecocentrismo admite como digno de consideración ética a los ecosistemas o la biosfera en su totalidad. Todas las posturas que se cobijan bajo este rótulo parten de la base común del principio del valor intrínseco de la naturaleza y de todos sus componentes. Es decir, se mantiene que el mundo no humano o partes de él tienen una importancia propia independientemente de su valor como medio para determinados fines humanos. Se otorga al resto de los seres una dignidad que los hace acreedores de respeto e impide un acercamiento utilitarista a los mismos al ser considerados fines en sí mismos en el sentido kantiano del término[902].

Estos posicionamientos teóricos encuentran no obstante un importante escollo lógico que deriva del propio concepto de valor intrínseco y que ha sido puesto de manifiesto por un sector de la doctrina. Tal y como señala ARRIBAS HERGUEDAS, la propia interdependencia biótica supone un obstáculo para la idea de valor intrínseco, ya que entre las especies se da una instrumentación —para que unos vivan tienen que morir otros— que obligaría a una ordenación jerárquica de las entidades que poseen dicho valor. Tal idea es contradictoria con el propio concepto de valor intrínseco, ya que el mismo es un concepto categórico; es decir, o los individuos existen como fines en sí mismos o no, y entre los que tienen esta categoría, nadie la posee en mayor grado que otro[903].

[901] PAREJO ALFONSO, L. "La fuerza transformadora de la Ecología y el derecho: ¿hacia el estado ecológico de derecho?, en *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*. nº 100-101, 1994. p. 225.
[902] GARCÍA GÓMEZ-HERAS, J. M. "Ética y medio ambiente. La descomposición y recomposición de la razón práctica", en *Isegoría* nº 34 2005. p. 89.
[903] ARRIBAS HERGUEDAS, F. "Del valor intrínseco de la naturaleza", en *Isegoría* nº 34, 2006. pp.265-266.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

B) Postura personal: un modelo ecocéntrico a escala humana

En nuestra opinión, las posturas antropocéntricas, ni siquiera las moderadas, son enteramente satisfactorias. A pesar de lo bienintencionado del fin que exhiben las últimas —cual es la preservación de la naturaleza y el respeto a los seres vivos—, no podemos estar de acuerdo con su presupuesto de base. En estas posturas, el principio básico es el interés humano y, desde el mismo, se articula la protección del resto de la naturaleza. Se considera a ésta como algo valioso y digno de protección y respeto, pero sólo en tanto y en cuanto constituye un elemento fundamental para el bienestar humano y su supervivencia. El problema radica en que en el antropocentrismo en general ya se ha determinado que es justo el que los humanos exploten a la naturaleza indiscriminadamente para satisfacer sus propios intereses y las dudas atañen únicamente al modelo de explotación[904]. Entendemos que tal concepción es deudora de una inadmisible soberbia humana que nos lleva a considerarnos situados por encima del resto del sistema natural y como apartados de él. Nos concebimos como los dueños y directores de la naturaleza y no como una parte integrante de la misma. Frente a esta actitud, creemos que debe dotarse a la naturaleza un valor fundamental y anterior al hombre[905]. Con ello, no obstante, no estamos ante un juego de suma cero en el que una mayor valoración de la naturaleza suponga una reducción de la consideración humana, sino que se trata únicamente de ser capaces de reconocer que formamos parte, como un elemento más, de ese sistema previo y supraordenado que constituye *Gaia*[906].

El hecho de reconocer este valor superior a la naturaleza, no topa con las objeciones que encontrábamos en el caso del concepto de valor intrínseco, ya que no es ese concepto kantiano el que utilizamos[907]. No se trata de que la naturaleza —o cada uno de sus elementos— posea un valor autónomo que impida utilizarlo como un medio

[904] GALANES, L. "Ética ecologista para una sociedad sin moral: sobre la relación conflictiva entre el ecologismo y el liberalismo contractualista", en *Portularia* Vol. VI nº 2, 2006. p. 30.
[905] Damos con ello entrada a las inquietudes ecocéntricas.
[906] La hipótesis de Gaia es un conjunto de modelos científicos de la biosfera en el cual se postula que la vida fomenta y mantiene unas condiciones adecuadas para sí misma, afectando al entorno. Según la hipótesis de Gaia, la atmósfera y la parte superficial del planeta Tierra se comportan como un todo coherente donde la vida, su componente característico, se encarga de autorregular sus condiciones esenciales tales como la temperatura, composición química y salinidad en el caso de los océanos. Gaia se comportaría como un sistema auto-regulador (que tiende al equilibrio). La teoría fue ideada por el químico James Lovelock en 1969 (aunque publicada en 1979) siendo apoyada y extendida por la bióloga Lynn Margulis. Lovelock estaba trabajando en ella cuando se lo comentó al escritor William Golding, quien le sugirió que la denominase "Gaia", diosa griega de la Tierra (Gaia, Gea o Gaya).
[907] Este concepto, por otro lado, es puramente humano y sólo a él aplicable.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

instrumental para la supervivencia humana, sino simplemente de admitir que el hombre se halla incluido como un elemento más dentro de ese complejo de relaciones que constituye la biosfera[908] y sometido a sus reglas de juego previas. En este sentido, nada obsta a que el ser humano —que se halla ubicado en un nivel alto del sistema trófico— haga uso de esa posición para asegurar sus necesidades con cargo al medio, pero siempre respetando el equilibrio ecológico que permita sobrevivir al conjunto, el cual se haya supraordenado a sus componentes [909].

La concepción de la relación hombre-naturaleza que acabamos de esbozar, conlleva una reformulación de la idea de progreso y la tendencia a establecer un nuevo paradigma presidido por la idea de armonía entre las necesidades humanas y el respeto a la Pachamama[910]. En dicha tarea, tal y como señala PAREJO ALFONSO, el campo de batalla no está tanto en la moral o en la política, y ni siquiera en la ciencia o en la técnica, sino en el sistema cultural mismo y en su manifestación a través del derecho[911]. Téngase en cuenta, no obstante, que este giro, en tanto que exige una completa transformación de la conciencia social, no puede ser instantáneo. El cambio de mentalidad que proponemos ha de tener lugar a través de un proceso gradual en el que la masa social consiga desarraigarse de la idea esencialmente capitalista —y, por otra parte, completamente interiorizada— de la necesidad del continuo crecimiento de la producción y el consumo, idea ésta cobijada en el *sancta sanctórum* del actual estado y su ordenamiento jurídico. De este modo, aspiramos a la instauración de un nuevo modelo de estado, diametralmente opuesto al actual, en el que el principio ecológico sustituya al desarrollismo. Un patrón muy interesante para ello sería el llamado "*estado ecológico de derecho"*, propuesto por BOSSELMANN y recogido por PAREJA ALFONSO[912].

[908] Así también, PAREJO ALFONSO, L. "La fuerza transformadora de la Ecología y…" cit. p. 225.
[909] Este razonamiento no conlleva un retorno camuflado al antropocentrismo, tal y como señala ARRIBAS HERGUEDAS, F. "Del valor intrínseco de…" cit. p. 267, ya que el mismo parte de la idea fundamental de un valor previo y propio de la naturaleza que, sin embargo, no es obstáculo a las relaciones de instrumentalidad que tienen lugar —nunca mejor dicho— naturalmente en su seno.
[910] La Pachamama es la divinidad andina que representa a la tierra, pero no en el sentido geológico, sino como el complejo de la naturaleza en sentido holístico. Utilizamos este término precisamente porque nos parece que el concepto que representa se adecua perfectamente a la lógica que intentamos transmitir. La Pachamama provee al hombre, lo cobija, posibilita la vida y favorece la fecundidad y la fertilidad, pero, a cambio, exige respeto y castiga las ofensas. Es decir, la naturaleza puede usarse para las necesidades humanas, pero teniendo presente que la misma es algo superior al propio hombre y que, cuando sus reglas de juego se subvierten, las consecuencias negativas son ineludibles.
[911] PAREJO ALFONSO, L. "La fuerza transformadora de la Ecología y…" cit. p. 225.
[912] PAREJO ALFONSO, L. "La fuerza transformadora de la Ecología y…" cit. pp. 230 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

De entre sus postulados, los más relevantes a los efectos que aquí tratamos son los siguientes:

- El ordenamiento jurídico debe hacer efectivos por igual los derechos humanos y los "derechos" de la naturaleza.
- En los conflictos potenciales entre intereses humanos y naturales, la operación de ponderación de intereses ha de realizarse desde la conciencia de la existencia de una comunidad dialéctica entre el hombre y la naturaleza, sin que pueda darse una prevalencia automática de los intereses humanos.
- Toda decisión sobre la admisibilidad y legitimidad de planes, proyectos y productos debe guiarse por los conocimientos científicos y técnicos efectivamente existentes y no por las posturas claramente mayoritarias. De ello se deduce el deber de consideración de las posturas minoritarias y el cuestionamiento de la investigación vinculada a intereses muy específicos.
- De las lagunas existentes en cada momento en el conocimiento o saber humanos no deben derivarse perjuicios para la naturaleza. Al que a través de cualquier actividad genere riesgos, corresponde la carga de la prueba de que tales riesgos son asumibles de cara al valor de la naturaleza[913].
- Debe hacerse una reinterpretación de los derechos económicos liberales que tenga en cuenta el valor naturaleza. Muy especialmente debe incidirse sobre los derechos de propiedad y libertad de empresa, los cuales dejarían de ser poderes jurídicos legitimadores de una libre disposición sobre la naturaleza. Al igual que se introdujeron limitaciones a estos derechos en función de las exigencias del estado social, se trataría ahora de reconocer una suerte de "función natural de la propiedad".
- El desarrollo de la sociedad no puede ser entendido a la manera liberal como un crecimiento económico ilimitado apoyado en la producción y el consumo. Sin

[913] Este postulado —denominado de inversión de la carga de la prueba por BOSSELMANN— constituye el opuesto a la manera de proceder en la actualidad y es una consecuencia necesaria del "principio de precaución". Así, actualmente el sujeto que se decide a llevar a cabo una actividad sobre un ecosistema se encuentra en la cómoda posición jurídica del ejerciente de un derecho (el derecho a la libertad de empresa), mientras que los defensores del entorno natural deben demostrar fehacientemente la derivación de consecuencias negativas de esa actividad en términos de causa a efecto directo (lo cual es por otra parte la mayoría de las veces de una dificultad casi impeditiva).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

embargo, no se trata de conseguir un crecimiento cero[914], sino de adoptar una fórmula de consenso que permita al hombre satisfacer sus necesidades y, al mismo tiempo, respetar la naturaleza y asegurar su perpetuación de manera indefinida en el tiempo. A estos efectos es de una gran utilidad el concepto de desarrollo sostenible sobre el cual nos detendremos en el epígrafe siguiente.

4.3.1.1.3 El desarrollo sostenible como un instrumento útil para armonizar el respeto a la naturaleza y la satisfacción de las necesidades humanas

Como ya hemos visto, para superar el modelo antropocéntrico actual es necesario un cambio de paradigma que dote a la naturaleza de una especial consideración que permita orientar la satisfacción de las necesidades humanas. En las líneas que siguen trataremos de demostrar que un entendimiento correcto del desarrollo sostenible se plantea como una guía especialmente idónea a la hora de conseguir esa meta y de armonizar el devenir humano con la necesaria trascendencia natural.

A) El concepto tradicional de desarrollo sostenible y las críticas al mismo

La idea de desarrollo sostenible (en adelante DS) en el sentido en el que la usamos en la actualidad tiene su origen en el informe de la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1987 —conocido habitualmente como informe Brundtland—[915]. En este informe se define el DS como aquel que "permite hacer frente a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para cubrir sus propias necesidades". Como puede observarse, esta forma de entender el DS se enmarca en un principio en un marco antropocéntrico que, únicamente, persigue el bienestar de las generaciones futuras humanas[916].

[914] Lo cual abocaría irremediablemente a los países en vías de desarrollo a continuar eternamente en esa situación.
[915] En realidad el término DS se empieza a utilizar en el campo de la gestión forestal para definir un principio de explotación de bosques caracterizado por limitar la tala de árboles a la capacidad de reforestación de la empresa maderera. Posteriormente, en 1980, será la primera vez en la que se aplique dicha idea a un contexto global en un informe de la World Conservation Union con una orientación claramente medioambiental.
[916] MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. "Todo (o casi) lo que siempre quiso saber sobre el desarrollo sostenible y nunca se atrevió a preguntar", en *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*. nº 6, 2005. p. 75. Con esta nueva formulación del principio se produce un claro apartamiento de la orientación ecológica que el mismo poseía en el informe de la World Conservation Union, en el cual se lo definía como "*el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas de soporte de la vida, la conservación de la diversidad genética y la utilización sostenible de las especies y ecosistemas*".

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

De dicho concepto, así entendido, existen dos acepciones: en sentido débil y en sentido fuerte. Según la consideración *débil*, de lo que se trata es de que las generaciones futuras reciban un stock de capital (tanto humano como natural) que no sea inferior al actual. Esta acepción no conlleva el que se mantenga constante el capital natural, ya que se entiende que dicho capital puede compensarse con un aumento del capital físico o humano[917]. Por su parte, la acepción fuerte exige que el crecimiento actual no afecte a negativamente al capital natural, de forma que las generaciones futuras puedan gozar de un stock de capital natural —al menos— igual al de la generación actual. Para ello se establecen dos reglas. En el caso de los recursos naturales renovables, debe ajustarse su explotación a los niveles de regeneración biológica. Para los recursos no renovables, el comportamiento a seguir consistirá en reinvertir los ingresos obtenidos de la explotación de estos recursos en capital natural (como por ejemplo la energía solar)[918].

Junto al tema de los recursos —apartándose aun más de su sentido originario—, el informe Brundtland hace hincapié en la necesidad de que el DS tenga presente el problema de la pobreza mundial como un requisito irrenunciable para alcanzar la sostenibilidad ecológica. Se añade así al concepto de DS el principio de justicia intrageneracional junto al principio de justicia intergeneracional[919]. En nuestra opinión, esto supone una gradual pérdida de peso del factor medioambiental a fuerza de la adición a la idea de DS de otros elementos, tales como las consideraciones económicas o sociales, las cuales son exógenas al problema medioambiental. Ello ha dado lugar finalmente a que el DS se convierta en una estrategia de desarrollo apoyada en tres pilares básicos: el crecimiento económico, la equidad social y los problemas ambientales[920].

---

[917] Esta concepción admite varias críticas. En primer lugar, la consideración del capital físico y el natural como complementarios y no como sustitutivos, significa el rechazo de la sostenibilidad débil como garantía de sostenibilidad real. De otro lado, la sostenibilidad débil permite la sustitución infinita entre recursos; el ir pasando de unos a otros a medida que los mismos se van agotando. Esto último supone un claro atentado a la *resiliencia* del sistema (la capacidad de adaptación de los sistemas ecológicos a las perturbaciones ajenas, la cual se basa fundamentalmente en la diversidad genética, la interacción, la variabilidad y la novedad); Vid. MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. "Todo (o casi) lo que siempre quiso saber sobre…cit. p. 82.

[918] No es necesario advertir que este segundo sentido es el que nos parece más ajustado a las necesidades ambientales.

[919] MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. "Todo (o casi) lo que siempre quiso saber sobre…cit. p. 75.

[920] Tras la cumbre mundial sobre la tierra de Johannesburgo de 2002, el segundo de los pilares citado parece haberse convertido en el principal caballo de batalla internacional, relegándose así aún más la cuestiones medioambientales a un discreto segundo plano. Una clara muestra de estas posturas que

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La idea de DS, así entendida, es susceptible de críticas importantes. Entre las más extendidas se encuentra la que le achaca que se ha acabado por desposeerlo de sentido a base de engrosar el concepto con nuevas consideraciones de todo tipo y debido al uso demagógico-propagandístico que del término se hace. Se lo ha convertido en una palabra sin un concepto detrás, tal y como señala FERNÁNDEZ BUEY[921]. En el mismo sentido, ESPINOZA pone en duda la utilidad de este término, al presentar el mismo "casi tantos significados como usuarios", recomendando este último autor su impugnación y el recurrir a otros conceptos que definan una alternativa real[922].

De otro lado se critica también a esta idea que, en realidad, constituye un recurso retórico que permite seguir manteniendo viva la idea de crecimiento infinito propia de la cultura occidental capitalista, una ingeniosa estratagema para incorporar los argumentos de los críticos al desarrollismo sin alterar la naturaleza del concepto[923]. En este sentido, se hablaría del DS más como de una "aceleración sostenida[924]" que de un replanteamiento del modelo desarrollista actual.

En una dirección similar a la anterior, otra de las críticas que se esgrimen sobre la actual concepción del DS consiste en que la transformación que el mismo plantea se basa exclusivamente en el cambio técnico y la reforma institucional, desatendiendo la necesidad de un cambio del paradigma valorativo[925]. En efecto, existe un cierto optimismo basado en la idea de que el crecimiento económico y el avance de la técnica fomentarán la preservación del medio ambiente. Bajo esta idea, auspiciada por organismos como la OCDE o el Banco mundial, se fomentan "negocios verdes" y el uso de instrumentos económicos en defensa del medio ambiente[926]. No obstante, en contra de este desarrollismo optimista, ha destacado NAREDO la "*imposibilidad física de un sistema que arregle internamente el deterioro ocasionado por su propio funcionamiento*", lo cual invalida también la idea de que "*la calidad del medio ambiente*

priorizan la lucha contra la pobreza en el ámbito del DS la encontramos en FOLADORT, G. "La insostenibilidad social del desarrollo sostenible", en *Portularia*. Vol. IV, nº 2. 2006 pp. 3-16.

[921] FERNÁNDEZ BUEY, F. "Filosofía de la sostenibilidad", en *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*. nº 6, 2005. p. 20. NAREDO habla en este caso de "*ambigüedad calculada*", la cual está en el origen de su aceptación tanto en los medios políticos, como en el ámbito de la economía estándar. Citado en la anterior obra p. 23.

[922] ESPINOZA GUERRA, L. E. "Una reflexión sobre economía y medio ambiente", en *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, nº 28. Noviembre, 2006 p. 184.

[923] MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. "Todo (o casi) lo que siempre quiso saber sobre…cit. p. 77.

[924] ESPINOZA GUERRA, L. E. "Una reflexión sobre economía y…" cit. p. 176.

[925] MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. "Todo (o casi) lo que siempre quiso saber sobre…cit. p. 77.

[926] ESPINOZA GUERRA, L. E. "Una reflexión sobre economía y…" cit. p. 174.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

esté llamada a mejorar a partir de cierto nivel de producción o renta que permitirá invertir en mejoras ambientales"[927]. Del mismo modo, señala RIECHMANN que la confianza en la eficiencia técnica como panacea de todos los males ambientales no tiene sentido en sí misma, ya que la eficiencia es un concepto instrumental. Es decir, la eficiencia es buena cuando sirve para conseguir mejor fines valiosos, pero, si nuestra actividad es mayormente destructiva, realizarla más eficientemente sólo permitirá ahondar en la destrucción[928]. A ello se une el que la "desmaterialización[929]" a la que se tiende puede resultar engañosa. Según señala ESPINOZA, esta reducción del consumo de materias primas y energía puede tener un efecto rebote si, gracias al ahorro en costes, se reducen los precios en el mercado y ello conlleva un aumento de la demanda[930]. Es por ello que, finalmente, la auténtica cuestión no es cómo conseguir producir más con menos, sino el cambio de paradigma del "siempre más": una cuestión ética y no técnica[931].

B) La necesidad de una nueva comprensión del desarrollo sostenible

Como se ha sugerido, la solución a estas objeciones y la verdadera utilidad del concepto a los fines que se han planteado exigen un nuevo entendimiento del término DS que haga del mismo un concepto operativo. Para ello, en primer lugar, es esencial la purga del mismo de las cuestiones económicas y sociales que lo desdibujan. En segundo lugar, el recurso a este tipo de desarrollo no puede servir en ningún caso para seguir legitimando un crecimiento sin límites al estilo capitalista. Por tanto, es necesario que el DS venga a ser la manifestación de un cambio de mentalidad y paradigma de similar alcance al que se produjo en la Revolución industrial, pero en una dirección diametralmente distinta[932].

Este nuevo paradigma debe partir de la certera distinción entre *desarrollo* y *crecimiento*. Ambos términos en ningún caso pueden considerarse sinónimos. El

[927] NAREDO, J.M. cit. en FERNÁNDEZ BUEY, F. "Filosofía de la sostenibilidad…" cit. p. 24. Esta idea es fuertemente crítica con la denominada "curva de KUZNETS medioambiental". Dicha curva tiene forma de U invertida y señala que a medida que se incrementa el nivel de renta, llega un momento en el que la degradación ambiental tiende a disminuir tras una primera etapa de incremento.
[928] RIECHMANN, J. "Producir bienes y producir males: la idea de producción conjunta", en *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*. nº 6, 2005. p. 69
[929] La reducción de la cantidad de materiales y energía incorporada a los productos industriales y la disminución de la generación de los residuos asociados a su producción.
[930] ESPINOZA GUERRA, L. E. "Una reflexión sobre economía y…" cit. p. 178.
[931] RIECHMANN, J. "Producir bienes y producir males: la idea de…" cit. p. 70.
[932] FERNÁNDEZ BUEY, F. "Filosofía de la sostenibilidad…" cit. p. 21.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

primero de ellos se basa en una mejora cualitativa de los servicios y la calidad de vida, mientras que el segundo conlleva el aumento cuantitativo del volumen de la economía[933] y de la producción, lo cual, tal y como ha señalado ESPINOZA, desemboca finalmente en un incremento del consumo de materias primas y de los perjuicios ambientales[934].

Aunque la ignorancia de lo anterior suponga una grave negligencia ética, tampoco puede huirse de lo que RIECHMANN denomina "la tragedia de la existencia humana": matamos para vivir. Es decir, es imposible que el ser humano no actúe sobre la biosfera produciendo con ello algún daño ambiental, pero ese daño ambiental se puede modular. Se trata—en palabras del mismo autor— de "*caminar ligeramente sobre la tierra, (...) no de levitar unos palmos por encima de la tierra*"[935]. Para conseguir este propósito es necesario huir del modelo capitalista —basado en la acumulación continua y en la ampliación artificial de las necesidades con el objeto de mantener la demanda— y refugiarse en un concepto de DS que abogue por una economía estacionaria, sin crecimiento, que destierre la cultura del usar y tirar. No se es más sostenible consumiendo productos verdes, sino consumiendo menos[936].

En definitiva habría que instaurar, bajo el estandarte del DS, una nueva *filosofía del límite o de la autolimitación de los humanos*. Esta idea no conlleva una deshumanización, sino la conciencia de la existencia de un límite natural infranqueable con el que choca nuestra civilización expansiva, y de que toda necesidad humana, culturalmente inducida, no tiene por qué ser satisfecha[937]. Se trata, al fin y al cabo, de reintroducir los sistemas humanos dentro de los sistemas naturales mediante el recurso a lo que RIECHMANN ha denominado la biomímesis[938].

[933] FERNÁNDEZ BUEY, F. "Filosofía de la sostenibilidad…" cit. p. 21.
[934] ESPINOZA GUERRA, L. E. "Una reflexión sobre economía y…" cit. p. 175. Tal afirmación se basa en el hecho de que, realmente, cualquier producción comporta el uso de un stock de recursos naturales y la disipación de energía hacia formas indisponibles (entropía). Ello hace que toda producción sea de hecho consumo.
[935] RIECHMANN, J. "Producir bienes y producir males: la idea de…" cit. p. 68.
[936]ESPINOZA GUERRA, L. E. "Una reflexión sobre economía y…" cit. pp. 181-182.
[937]FERNÁNDEZ BUEY, F. "Filosofía de la sostenibilidad…" cit. p. 29.
[938]FERNÁNDEZ BUEY, F. "Filosofía de la sostenibilidad…" cit. p. 22. La biomímesis consiste en imitar a la naturaleza a la hora de reconstruir los sistemas productivos humanos con el fin de hacerlos compatibles con la biosfera. Este modo nuevo de producir no es una nueva formulación de la falacia naturalista como se le ha criticado en ciertas ocasiones. No se trata de imitar la naturaleza porque la misma sea una maestra moral, sino porque funciona. Del mismo modo no se trata tampoco de que la naturaleza supere moralmente a lo artificial, sino que lleva más tiempo de rodaje. Para una visión más detallada sobre la biomímesis vid. BLOUNT, E; RIECHMANN, J y OTROS. *Industria como naturaleza:*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

C) Posibilidad de una interpretación constitucional del artículo 45 CE en función del desarrollo sostenible

Nuestra carta magna, debido a su voluntad de consenso, no recoge una idea de DS tan avanzada como la que acabamos de esbozar, sino que opta por una visión mucho más parecida a la convencional, de forma que pueda armonizarse el respeto a la naturaleza con otros valores constitucionalmente protegidos como el desarrollo económico (art. 130 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE) dentro de una economía social de mercado.

A pesar de ello y de que la constitución podía haber consagrado un modelo de desarrollo y protección mucho más generoso hacia el medio ambiente[939], la utilidad del concepto de DS que puede cobijarse en la misma es también válida de cara a articular una protección de la naturaleza real. Como ha señalado nuestro tribunal constitucional en su STC 64/1982, de 4 de noviembre, de nuestro texto fundamental se deriva la imposibilidad de considerar como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales y el aumento de la producción a toda costa[940]. Por el contrario, debe armonizarse la utilización racional de los recursos naturales con la protección de la naturaleza. En el mismo sentido, la STC 66/1991, de 22 de marzo —en una línea ambientalmente más combativa— ha afirmado la existencia en el artículo 45.2 de una limitación frente al derecho de propiedad y frente a otros derechos patrimoniales como el derecho a la libertad de empresa o a la libre circulación de bienes[941].

En definitiva, como ha señalado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[942], el texto constitucional no renuncia al crecimiento y al desarrollo, pero quiere cerrar el paso a un tipo de desarrollo que todo lo subordina a crecimiento puro y simple. Es decir, aunque nuestra carta magna no llega a dar el paso —que entendemos necesario— en pro de un

hacia la producción limpia. Los libros de la catarata. Madrid, 2003; RIECHMANN, J. "Sostenibilidad: algunas reflexiones básicas", en *Cuadernos de ISTAS*, 2004.

939 LÓPEZ MENUDO, F. "El derecho a la protección del medio ambiente", en *Revista del centro de estudios constitucionales*. nº 10. 1991. p. 163.

940 Tributarias de esta línea jurisprudencial encontramos también en el tribunal supremo la STS de 8 de noviembre de 1995 (Sala III) (FJ. 6) y la STS de 11 de febrero de 1995 (Sala III)(FJ. 5). En el ámbito autonómico es de destacar la STSJ 1074/1999, de 14 de noviembre del tribunal superior de justicia andaluz.

941 Esta orientación del tribunal constitucional parte de la STC 227/1988, de 29 de noviembre. Se inscribe en la misma línea también la STC 243/1993 de 15 de julio.

942 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "Derecho, medio ambiente y desarrollo", en *Revista española de derecho administrativo*, nº 24. 1980. p. 8. Citado en LÓPEZ MENUDO, F. "El derecho a la protección del medio…" cit. p. 184.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

cambio hacia un nuevo paradigma ético y productivo, sí que entiende que el desarrollo económico no puede darse a costa de la esquilmación de los recursos naturales y, asimismo, llega a instaurar una especie de principio "in dubio pro natura" a la hora de ponderar los conflictos entre los intereses ambientales y los desarrollistas o económicos.

4.3.1.2. Aplicación del patrón normativo propuesto a nuestro ámbito de estudio

Aplicando las ideas hasta ahora expuestas al recurso natural suelo en concreto, es claro que nuestra constitución aboga por un modelo urbanístico en materia medioambiental opuesto al reinante hasta ahora. En tal sentido, el suelo, en tanto que recurso natural, debe ser objeto de un uso racional que asegure su defensa y restauración, tal y como prescribe la propia carta magna en su artículo 45.2. De acuerdo con esta afirmación, no puede permitirse una explotación intensiva de este recurso como la que hemos observado en los últimos años. Dicha explotación ha estado guiada en una alta medida por intereses de lucro económico que han consumido —urbanizado o artificializado— toda porción de terreno existente con indiferencia hacia la existencia de cualquier valor ambiental en él.

La aplicación al suelo del concepto de "desarrollo sostenible" que se deriva de una interpretación sistemática de todo el texto constitucional —la compatibilización entre desarrollo económico y protección ambiental de forma que se asegure a las generaciones venideras un fondo de capital natural al menos igual al actual— conlleva el que deba ponerse freno a la roturación generalizada de suelo natural para añadirlo al tejido urbano. Con ello se controlarían los indeseados mecanismos de erosión, pérdida de manto fértil, destrucción de ecosistemas, sellado, etc., los cuales aminoran las existencias de suelo o devalúan la calidad de este recurso que debe ser legado al futuro.

De esta forma, en lo que se refiere al problema de la *artificialización del suelo*, la ordenación del territorio y el urbanismo deben fijar unos límites de crecimiento urbano estrictos. Antes de calificar como urbanizables nuevas zonas anejas a los núcleos de población o desarrollar materialmente este tipo de suelo debe hacerse todo lo posible por colmar los vacíos que queden dentro del núcleo urbano. De igual manera, antes de "roturar" nuevos territorios urbanos hay que decantarse por la rehabilitación y reforma interior de zonas urbanas degradadas. Además de lo dicho, se debe ser especialmente cuidadoso para que, en todo caso, esas necesidades de crecimiento o de nuevo suelo se

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

correspondan siempre con razones demográficas reales, sin que puedan entenderse válidas justificaciones meramente economicistas, ligadas a intereses especulativos o socialmente insostenibles. Se trata en definitiva de establecer una suerte de principio de "*ultima ratio*" o de "*in dubio pro no urbanizable*" en la calificación y desarrollo de suelo urbanizable. Únicamente cuando no sea posible satisfacer las necesidades de suelo con terrenos ya urbanizados se recurriría a procesos de urbanización del suelo natural para convertirlo en urbano[943].

En el mismo sentido, una vez se compruebe que no queda más remedio que acudir al crecimiento de la ciudad, dicha expansión debería producirse de forma compacta. Es decir, los crecimientos de la urbe deben situarse siempre de manera contigua a las zonas ya urbanizadas. Deben evitarse las urbanizaciones aisladas, las cuales comportan una mayor afectación global del terreno, así como procesos de fragmentación y segmentación de los hábitats naturales circundantes a la ciudad debido a los sistemas generales necesarios para conectar dichas islas con el viario urbano.

Igualmente, en las expansiones deberán respetarse como límites infranqueables al crecimiento urbano aquellas zonas que contengan valores ambientales especialmente relevantes. Hay que mantener estas zonas al margen del proceso urbanizador y asegurar que las presiones económicas o empresariales, por muy fuertes que sean, no puedan imponerse a dichos valores medioambientales mediante la rebaja de su protección o la anulación de la misma[944]. Ejemplos de este tipo de zonas pueden ser las zonas agrícolas, los parques naturales, las reservas, los núcleos forestales, el litoral, los humedales…

Desde el punto de vista de la *degradación del suelo*, la ordenación territorial debe poner especial diligencia para evitar concentrar las actividades industriales contaminantes en una misma área, sobre todo de aquellas industrias que presenten riesgos de lixiviación de sustancias. Igualmente, deben limitarse los esfuerzos por atraer industrias a núcleos de población industrialmente congestionados, en la competencia por convertir a dichos núcleos en nodos industriales de primer orden dentro de las redes capitalistas de producción. De forma opuesta a esa orientación, la planificación territorial debe procurar una distribución equitativa de la industria en el territorio. Ello

[943] El control de las tensiones inflacionistas a que pueden dar lugar estas técnicas se conseguirá a partir del modelo propuesto en materia económica y de lo que diremos *infra* en materia de vivienda.
[944] Un triste ejemplo de esta realidad se recoge en DIEZ RIPOLLES, J. L; GOMEZ CESPEDES, A. y AGUILAR CONDE, A. *Los Merinos norte*…cit. p. 36 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

minimizará su impacto ambiental y, por otro lado, reducirá las migraciones a esos nodos principales que producen concentraciones insostenibles de población en ciertas áreas y el vaciado poblacional de otras. Como consecuencia, se conseguiría mantener un cierto equilibrio en el crecimiento de las ciudades y se reduciría la concentración de los residuos provenientes de esas grandes aglomeraciones que contaminan el suelo.

En último término, sobre todo en las zonas próximas al litoral, la planificación debe estar especialmente atenta para mantener el equilibrio hídrico de los acuíferos. Se debe evitar en dichas zonas una concentración excesiva de actividades o población por razones económicas o turísticas que intensifique insosteniblemente el consumo de agua (urbanizaciones ajardinadas, campos de golf…). Con esta limitación se conseguirían evitar las filtraciones salinas desde el mar y las subsiguientes perdidas de fertilidad y calidad del suelo como recurso natural.

Además de las actuaciones encaminadas a proteger el suelo natural entendido como un recurso de la biosfera limitado, el derecho consagrado en el artículo 45 CE obliga también a actuar sobre la ciudad ya construida o en proceso de construcción, a fin de controlar lo que en otro lugar habíamos denominado *efectos ambientales de segunda vuelta del urbanismo* (ruido, contaminación, congestión…)[945]. En este aspecto de la protección medioambiental y del desarrollo sostenible, el marco de actuación se encuentra dentro del propio fenómeno urbano y el caballo de batalla fundamental será el modelo de urbanización y de movilidad dentro de la urbe.

Las prescripciones constitucionales parecen aconsejar un retorno a la vieja "ciudad compacta mediterránea" y, sobre todo, un cambio radical del modelo de movilidad basado en el automóvil privado. El planeamiento, mediante una sabia utilización de la zonificación, debe procurar una trama urbana continua y densa. Dicha trama debe caracterizarse por la multifuncionalidad de cada una de las áreas, de forma que aumente la diversidad interna de las mismas y, consiguientemente, la proximidad. Igualmente, constituyen medidas idóneas para conseguir tal tipo de ciudad el favorecimiento de la rehabilitación urbana; una planificación urbanística que tenga en cuenta la necesidad de crear pulmones verdes en la ciudad que ayuden a consumir el dióxido de carbono mediante la oportuna previsión de zonas verdes; el diseño de una ciudad a escala del peatón, de manera que cualquier lugar sea accesible mediante formas de movilidad no

[945] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.1.3.1.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

contaminantes (bicicleta, a pie…) o basadas en transportes públicos. Con estas medidas se conseguiría una reducción notable de los gases contaminantes y de efecto invernadero provenientes del tráfico, del ruido, de la emisión de partículas, etc.

En conclusión, la constitución apunta en una dirección en la que la lógica puramente cuantitativa y económica no puede domeñar los intereses ambientales contenidos en el suelo ni impedir su reflejo en la producción de la ciudad. Requisitos para ello serán las reservas de suelo no urbanizable, el respeto de los dominios públicos naturales y el control del uso del suelo mediante una planificación que obedezca a necesidades vitales, sin que el mismo se pueda utilizar como combustible para el aumento de la economía. Del mismo modo, es necesario limitarse al desarrollo de la ciudad estrictamente necesario, bajo modelos sostenibles de crecimiento y movilidad que aseguren la minimización de la llamada "huella ecológica" de la civilización.

4.3.2. La perspectiva de la vivienda

4.3.2.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional

4.3.2.1.1. Algunas razones iniciales para la recepción constitucional de la vivienda como derecho fundamental

Existen varios términos con los que referirse al lugar que las personas utilizan como morada, cada uno de los cuales conlleva una diferente carga afectiva. El término que nosotros utilizamos —vivienda— designa la construcción física, el lugar acotado arquitectónica y jurídicamente donde alguien tiene su domicilio. No obstante, también es posible referirse a dicha realidad como la *casa*. Esta denominación, muy empleada en el habla coloquial, denota un mayor contenido emocional que la anterior y sugiere además un determinado estado de ánimo que se detenta en ese espacio, una determinada manera de estar. También puede usarse la palabra *hogar* para referirnos a la morada. En este caso, aún nos adentramos más en el núcleo íntimo del lugar donde se habita. Tanto es así, que el término hogar originalmente designaba el lugar central donde se alojaba el fuego, pasando posteriormente a designar la casa, pero entendida ésta como familia o grupo[946].

[946] PINILLA, R. "Vivienda, casa, hogar: las contribuciones de la filosofía al problema del habitar", en *Documentación social*, nº 138, 2005. p. 13-14.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Nosotros nos hemos decantado por la utilización de la primera de las acepciones por ser la más técnica y la más neutra valorativamente, no obstante, la existencia de los demás términos no hace otra cosa que poner de manifiesto la íntima relación existente entre la persona y el lugar donde habita, así como la relevancia que tiene dicho lugar para los individuos[947]. Gracias a la vivienda la persona satisface, amén de sus necesidades biológicas básicas (tales como el albergue o la defensa frente a las inclemencias del clima), sus necesidades personalísimas (intimidad, bienestar, seguridad…) y sociales (establecer relaciones sociales y de vecindad, acceder a bienes culturales, etc.)[948].

Este carácter "metamaterial" de la vivienda, esto es, la constatación de la virtualidad de la misma para la satisfacción de diversas necesidades humanas —no sólo las puramente habitacionales— justifica sobradamente su inclusión en el catálogo de derechos *fundamentales* sociales de nuestra carta magna. En este sentido es necesario destacar el adjetivo "fundamentales" referido a los derechos sociales. Aunque una parte de la doctrina mantenga que estos derechos —entre los que se incluyen los del artículo 47 CE— son meramente unas declaraciones programáticas o una suerte de mandamientos o directrices al legislador, nosotros compartimos plenamente la afirmación de PÉREZ LUÑO de que el art. 47 CE, pese a estar contenido en el capítulo III del título I, es una norma específica y no un principio rector o una mera directriz. Tal hecho resulta avalado por la constatación de la existencia de derechos fundamentales fuera incluso del título I, tales como los contenidos en los artículos 121 CE (derecho a indemnización frente a errores judiciales) ó 125 CE (derecho a la acción popular). Por tanto, no debe existir ningún problema en afirmar la fundamentalidad del derecho a la vivienda[949].

[947] Sobre las conexiones psicológicas entre las personas y los lugares ya profundizamos *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.3.

[948] BASSOLS COMA, M. "Artículo 47. Derecho a la vivienda", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996. p. 308. En el mismo sentido, es interesante resaltar cómo KRAUSE (*Das Urbild der Menschheit*), a comienzos del s. XIX, ya se refería decididamente al derecho de toda familia a tener una casa con patio y jardín, como algo tan necesario como la alimentación o el vestido; en PINILLA, R. "Vivienda, casa, hogar: las contribuciones…" cit. p. 19.

[949] Vid. PÉREZ LUÑO, E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*. 8ª Ed. Tecnos. Madrid, 2003. pp. 69-70. En el mismo sentido, aunque, como veremos *infra*, otorgándole un contenido distinto al que nosotros mantenemos, se pronuncia HERRANZ CASTILLO, para el cual el primer inciso del artículo 47 CE "*no es una norma programática, sino que tiene la estructura de un verdadero derecho constitucional*" con el cual se reconoce "*que el derecho preexiste a las obligaciones prestacionales de los*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A mayor abundamiento, debe ponerse de manifiesto que, junto a ese carácter existencial, el derecho a la vivienda juega un importante papel que a veces pasa desapercibido y que justifica aún más su reconocimiento constitucional como un derecho básico de la persona. Como señala acertadamente GARCÍA MACHO, los derechos sociales —y dentro de ellos el derecho que tratamos— no se limitan únicamente a una actividad de prestación. No son una suerte de "beneficencia estatal", sino que los mismos son también una garantía de la libertad. La cláusula del estado social del artículo 1.1. de la constitución en conjunción con el mandato del artículo 9.2 CE, conlleva la obligación de los poderes públicos de buscar como un objetivo fundamental la igualdad material de los ciudadanos, fomentando así su autonomía privada (es decir, la capacidad de poder conducir la vida propia desde un punto de vista económico y moral). Ahora bien, el estado social no tiene únicamente este fin, ya que ello conduciría meramente a un *paternalismo estatal* en el que aparecería como un fin en sí mismo la garantía de un mínimo existencial. Por el contrario—y aquí radica la novedad de su planteamiento—, también es un objetivo de este tipo de estado la vertiente de la libertad y participación política que permita la autonomía pública, esto es, la participación en la creación de una voluntad comunitaria[950]. De este modo, el estado social es aquel en el que, a través de una serie de prestaciones, pone en disposición al individuo para el ejercicio de su autodeterminación en relación con los demás. De una manera específica, señala este autor que el derecho a la vivienda tiene una vertiente de salvaguarda funcional de la libertad, en tanto que el goce de una morada permite al ciudadano ejercer otros derechos fundamentales tradicionales como la libertad, la intimidad personal o la inviolabilidad del domicilio[951]. Junto a lo anterior,

poderes públicos". Vid. HERRANZ CASTILLO, R. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución", en *Diario La Ley*, Año XXIV, nº 5823, 14 de julio de 2003. p. 3.

[950] En un sentido similar PECES BARBA señala que la falta de satisfacción de las necesidades básicas disminuye las posibilidades de gozar de la libertad protectora o concebida como no interferencia, es decir, la libertad para poder actuar y decidir el propio comportamiento; en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid/BOE. Madrid, 1995. p. 223. Del mismo modo, afirma Gerardo PISARELLO que "*desde el derecho a la libertad de expresión o a la integridad física hasta el derecho a la vivienda o a la salud, pueden considerarse instrumentos para expandir la libertad de las personas (...). Esto es, instrumentos para garantizar la igual capacidad de todos de escoger, mantener y revisar planes de vida lo más autónomos posibles"*, PISARELLO, G. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. ICARIA. Barcelona, 2003. p. 27.

[951] Vid. GARCÍA MACHO, R. "Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad", en *Revista catalana de dret públic* nº 38, 2009. p. 86; ya antes, en GARCÍA MACHO, R. *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda.*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

tampoco debe obviarse el hecho de que no es insignificante el sector doctrinal que aloja el fundamento del derecho a la vivienda —de los derechos sociales en general— en el valor de la dignidad humana y no sólo en el valor de la igualdad o de la solidaridad, exactamente igual que ocurre con los "clásicos" derechos de libertad[952].

Todo lo anteriormente expuesto demuestra claramente la importancia fundamental que tiene —para las personas en particular y para la sociedad en general— el que los ciudadanos dispongan de una morada adecuada a sus necesidades, así como, por tanto, la oportunidad de la recepción constitucional de la vivienda en el artículo 47 de la CE[953].

4.3.2.1.2. Análisis objetivo del artículo 47 CE: su contenido

Este precepto establece lo siguiente:

> "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este

Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1982 pp. 134, 166 y 204; lo sigue también MUÑOZ CASTILLO, J. El *derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*. Colex. Madrid, 2000. p. 117, tb. BORGIA SORROSAL, S. *El derecho constitucional a una vivienda digna: régimen tributario y propuestas de reforma.* Dykinson. Madrid, 2009. p. 58.

[952] Entre otros, vid. FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3ª Ed. Trotta. Madrid, 2007. p. 338; GARCÍA MACHO, R. *Las aporías de…* cit. p. 87; PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta. Madrid, 2007. pp. 39-41.

[953] De igual forma, este derecho ha sido reconocido "grosso modo" en otros importantes textos internacionales como la Declaración de derechos humanos de 1948 (art. 25), el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (art. 11), el Convenio internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 [art. 5, e), (iii)], el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (art. 14.2), el Convenio de los derechos del niño de 1989 (art. 27.3), la Declaración de los derechos del niño de 1959 (principio 4), la Declaración sobre el progreso social y el desarrollo de 1969 (art. 10), la Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986 (art. 8.1), así como en diversas resoluciones de Naciones Unidas. Igualmente ha sido consagrado en un buen número de constituciones nacionales; un minucioso repaso a las mismas en DURÁN Y LALAGUNA, P. "Sobre la interpretación del derecho a la vivienda", en *Revista General del Derecho* nº 630. Marzo de 1997. pp. 1867-1889. En el ámbito comunitario europeo, sin embargo, es digno de crítica la forma en la que se ha recogido el fenómeno habitacional. El lugar privilegiado que la integración europea ha otorgado al mercado y a sus libertades ha dado lugar a un trato tímido de la cuestión en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea adoptada en Niza en 2000. Este documento, efectivamente, no consagra el derecho a una vivienda como tal, sino que meramente recoge en su artículo 34.3, la oportunidad de "una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales". Para mayor agravio, el precepto que lo recoge se inserta en el capítulo "solidaridad" y no en el de dignidad, igualdad o libertad. Con ello se refuerza la visión de la política de vivienda como una especie de "limosna" para con los más desfavorecidos y no como un auténtico derecho basado en la igual dignidad y libertad humana que corresponde a todas las personas. Para una interesante revisión crítica de la constitución europea Vid. PEDROL. X. y PISARELLO, G. *La "constitución" europea y sus mitos. Una crítica al Tratado constitucional y argumentos para otra Europa*. ICARIA. Barcelona, 2005.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

> *derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.*
>
> *(...).*"

A) El disfrute de una vivienda

Como puede observarse, el objeto central de este derecho es el **"disfrute"** de una vivienda. Por tal concepto debemos entender la posibilidad de tener o usar de los beneficios de una cosa, frente a la idea de propiedad, que implica únicamente la titularidad sobre un determinado bien, pero que no necesariamente lleva aparejado el disfrute de la misma, ya que esta facultad puede ostentarla otro sujeto (usufructuario, arrendatario…)[954]. Queda claro así que el derecho a la vivienda en ningún caso garantizaría la propiedad de una vivienda. Tampoco, a pesar de la dicción legal, la materialización del uso o disfrute de la misma, según ha establecido la opinión doctrinal mayoritaria.

Como justificación de esta postura se han dado diversos argumentos. Para GÁLVEZ MONTES, la razón se encontraría en que tal pretensión exigiría la socialización de la vivienda y el establecimiento del correspondiente servicio público, condiciones que no se dan en nuestra organización política[955]. Por su parte, HERRANZ CASTILLO afirma que ello no es posible porque realmente este derecho no alude directamente a un "derecho al *acceso"* a la vivienda, sino más bien a un derecho a la conservación y a la permanencia en la misma[956]. Tampoco BASSOLS COMA entiende que el artículo 47 CE otorgue individualmente el derecho a una vivienda concreta. Afirmar esto supondría, expresa este autor, una consideración meramente jurídico-patrimonial del bien vivienda. Frente a ello, opina que debe tenerse en cuenta la finalidad social que el artículo 47 CE pretende alcanzar —satisfacer una necesidad

[954] BASSOLS COMA, M. "Artículo 47. Derecho a la vivienda", en *Comentarios a la constitución española*…cit. p. 316. En igual sentido, MUÑOZ CASTILLO, J. *El derecho a una vivienda*… cit. p. 119 (n. del a.).

[955] GÁLVEZ MONTES, J. "Art. 47", en *Comentarios a la constitución*…cit. p. 832. En un sentido análogo DURÁN Y LA LAGUNA, P. "Sobre la interpretación del derecho…" cit. p. 1882. Creemos que ambos autores parten de un presupuesto erróneo, ya que achacan la imposibilidad de exigir una vivienda a los poderes públicos a la supuesta inexistencia del derecho subjetivo a la misma, mientras que en realidad ello se debe únicamente al régimen de protección jurisdiccional que el constituyente ha otorgado a dicho derecho y a la interpretación tradicional del mismo. Este régimen ni quita ni pone a su condición de verdadero derecho. De otro lado, puede afirmarse sin problemas, como veremos *infra*, la posibilidad matizada de "exigir" una vivienda al estado sin necesidad de que la misma esté socializada.

[956] Es lo que el propio autor denomina "*perspectiva defensiva*" en HERRANZ CASTILLO, R. "Consideraciones sobre el derecho a la…" cit. p. 4.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

colectiva de alojamiento o habitabilidad[957]—, de cara a la cual la vivienda-objeto sólo tendría un carácter instrumental[958]. Así, de acuerdo con estos posicionamientos, el auténtico contenido del derecho previsto en el artículo 47 CE no sería la obtención de una unidad habitacional. Se trataría más bien de que los poderes públicos aseguraran a los ciudadanos, a través de una serie de medidas administrativas que aparecen exigidas por el inciso segundo, la posibilidad de acceder al bien vivienda suministrado por el mercado en función de sus rentas[959]. Es decir, se trataría de un derecho a que el estado "ayudara" a poder participar activamente en el mercado privado de vivienda[960].

Frente a tales posturas, como se verá a continuación, nosotros comulgamos plenamente con el posicionamiento de PISARELLO, el cual constata igualmente este hecho, pero desde una adecuada perspectiva crítica. De este modo, señala el autor que la garantía del derecho a la vivienda "*se ha inscrito en una concepción débil del principio de estado social en la que es el mercado, de manera dominante, el que regula y asigna los recursos habitacionales y urbanísticos*."[961] Ello ha dado lugar a una política de vivienda insuficiente, a una ordenación del territorio dependiente en demasía —en casi su totalidad afirmaríamos nosotros— de la iniciativa privada y a un contexto económico que ha convertido a la construcción en un campo de operaciones generador de grandes beneficios a corto plazo[962].

i) Postura personal

En nuestra opinión hay que ir un paso más allá en la interpretación del derecho fundamental a la vivienda para dar efectivo cumplimiento al artículo 9.2. CE (cláusula

[957] Así también, HERRANZ CASTILLO, R. "Consideraciones sobre el derecho a la …" cit. p. 3.
[958] BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. pp. 28-31.
[959] Vid. por todos BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 31
[960] MUÑOZ CASTILLO entiende en este sentido que el acceso normal a la vivienda debe producirse a través del mercado, es decir, el servicio estatal de vivienda debería considerarse una forma residual o secundaria de acceso que sólo tendría la misión de solucionar las disfunciones del propio juego libre de la oferta y la demanda. Vid. MUÑOZ CASTILLO, J. *El derecho a una vivienda*… cit. p. 120. Mucho más allá va LÓPEZ RAMÓN, para el cual el mercado de la vivienda formaría parte del derecho subjetivo que estudiamos. Es decir, este autor afirma que nuestra carta magna ampara un derecho subjetivo a acceder a la propiedad de la vivienda en condiciones de mercado, si bien, admite una cierta intervención sobre dicho mercado para evitar la especulación. Vid. LÓPEZ RAMÓN, F. "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", en *Construyendo el derecho a la vivienda* (Coord. LOPEZ RAMON, F.). Marcial Pons. Madrid, 2010. pp. 22-24.
[961] Vid. PISARELLO, G. "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", en *Revista catalana de derecho público*, nº 38, 2009. p. 50.
[962] Vid. sobre este extremo a mayor abundamiento el capítulo 2 del presente estudio.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de transformación social) y, sobre todo, al artículo 1.1. CE (cláusula del estado social). Una vez hemos afirmado el carácter de bien básico —existencial— para la persona que posee la vivienda, e incluso su importancia para el desarrollo de otros derechos fundamentales de libertad, no debe existir obstáculo en sostener que el enunciado del artículo 47 CE sí que permite acoger, junto a otras medidas de protección y fomento, la pretensión de cada español de obtener un espacio donde habitar, lo cual sería acorde además con el tenor literal del precepto[963].

La circunstancia de que tal derecho —así entendido— no haya sido accionable ante los tribunales hasta el momento no es consecuencia de que el mismo no tenga cabida en la redacción constitucional. Tal hecho trae causa del régimen de protección jurisdiccional que la carta magna le otorga y de las interpretaciones dominantes sobre el mismo[964], las cuales exigen un desarrollo legislativo previo que el legislador ha ido demorando y que, cuando se ha llevado a cabo[965], no ha recogido el derecho subjetivo a

[963]En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, entre otros, entiende que en el capítulo III del título primero existen, además de los principios rectores que dan nombre al capítulo, una serie de "derechos subjetivos" —entre ellos el art. 47 CE— a los que no serían de aplicación las limitaciones del art. 53.3 CE. Sus palabras son ilustrativas: "*Cada vez parecen existir menos argumentos jurídicos para no concordar con quienes (…) propugnan que los derechos recogidos en la Constitución son derechos y no otra cosa. La fuerza de las palabras utilizadas, por lo que ellas mismas significan* (el subrayado es nuestro), *junto con la fuerza de la conciencia social sobre la necesidad de compromisos exigibles en torno a ciertos valores del texto fundamental, son elementos que justifican interpretar que la palabra "derecho" equivale, como es habitual en el lenguaje jurídico, a derecho subjetivo, esto es, a una situación de poder individual susceptible de tutela judicial.*" Vid. LÓPEZ RAMON, F. "Sobre el derecho subjetivo a..." cit. pp. 13-14.

[964] Una serie de autores atribuye, muy acertadamente en nuestra opinión, a la simple tradición cultural —a meros "*prejuicios de tipo ideológico*"—, el hecho de que los derechos sociales se consideren simples principios rectores o clausulas programáticas sobre los que los órganos judiciales no pueden actuar. PISARELLO concretamente achaca a la actual globalización neoliberal esa percepción debilitada de los derechos sociales que configura el "sentido común" dominante del que parten los operadores jurídicos y políticos, e, incluso, los propios grupos sociales. Vid. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*… cit. pp. 14-15. Como él mismo señala, "*Pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran derechos sociales, el enfoque dominante tanto en las facultades de derecho como en la práctica judicial es a menudo el de considerarlos como derechos secundarios, esto es, como simples derechos de configuración legal cuya protección por parte de los tribunales supondría, además de una inminente rendición del sistema político al designio de los jueces , una sobrecarga intolerable para las arcas públicas.*" Ahora bien, nada obliga a aceptar este hecho como algo insoslayable, sino que la lucha por el derecho debe contemplarse como una "*batalla cultural dirigida a modificar el sentido común dominante*". PISARELLO, G. *Vivienda para todos*… cit. pp. 174-175. En igual sentido ABRAMOVICH y COURTIS afirman que no hay que ceder ante este estado de la cuestión, ya que "*una tradición, con todo el peso que ella pueda tener, no es más que un conjunto arraigado de actitudes y creencias contingentes. La manera de revertirla es, justamente, avanzar en el planteo de casos judiciales sólidos, en los que se reclame ante la violación de derechos económicos, sociales y culturales*". Vid. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta. Madrid, 2002. p. 132

[965] Si se observan las diferentes leyes sobre la vivienda —o muy escasamente sobre el "derecho a la vivienda" (únicamente se ha denominado así en unas pocas comunidades)— que se han ido aprobando en las diversas comunidades autónomas en los últimos años, se constata que, a pesar de grandilocuentes

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

poder acceder a una vivienda[966], traicionando con ello el espíritu constitucional de progreso social[967].

exposiciones de motivos que hablan en mayúsculas sobre el artículo 47 de la constitución y sobre el derecho a la vivienda, finalmente, en el articulado, se refieren de forma muy tímida exclusivamente a facilitar o fomentar el acceso a la vivienda dentro del mercado y ello, en el mejor de los casos, limitado a las personas con escasos recursos. Sólo la ley navarra habla de "garantizar el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada"; no obstante, su desarrollo posterior obedece decepcionantemente al mismo esquema que el resto de leyes sobre la materia.

[966] A estos efectos, es oportuno referir la tesis de FERRAJOLI según la cual es preciso distinguir entre los derechos y sus garantías. De este modo, una cosa serían los derechos subjetivos, esto es, las expectativas positivas o negativas atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, y otra, sus garantías, las cuales pueden ser primarias (las obligaciones o prohibiciones que conlleva el derecho —su contenido concreto—) o secundarias (la obligación de aplicar sanciones o de anular los actos que contradigan las garantías primarias). En el ámbito de los derechos fundamentales, al igual que ocurre en el resto del ordenamiento jurídico, la existencia de las correspondientes garantías no es obligada al depender su existencia de su establecimiento expreso por normas de derecho positivo distintas a las que otorgan tales derechos (legales *vs.* constitucionales). Así, pone como ejemplo el autor al derecho penal, cuya ausencia haría que no existiera garantía primaria de los derechos fundamentales por él tutelados (entre ellos el derecho a la vida). Del mismo modo, en defecto de las normas procesales, no existirían tampoco garantías secundarias. De ello no podría extraerse la absurda conclusión de la inexistencia del derecho a la vida *v. g.*, sino únicamente de las garantías que lo protegen, dando lugar a una laguna que debe ser colmada si no se quiere reducir el derecho a un "derecho de papel", a simples declaraciones retóricas o a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes. En conclusión, la distinción entre derechos y garantías tal y como aquí la hemos establecido es algo que viene exigido por la estructura positiva de los actuales ordenamientos jurídicos en los cuales los derechos existen sólo si están positivamente establecidos, así como las garantías existen sólo si se encuentran normativamente establecidas. Por tanto, la ausencia de garantías debe ser considerada únicamente como una indebida laguna que los poderes públicos tienen la obligación de hacer desaparecer, pero no como un indicio de la inexistencia efectiva del derecho. Todo lo cual se puede predicar tanto de los derechos de libertad (negativos), como de los derechos sociales (positivos). FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos*… cit. pp. 45-50 y 184-194. Siguen también esta orientación PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*… cit. p. 81y LÓPEZ RAMÓN, F. "Sobre el derecho subjetivo a..." cit. p. 18.

[967] Suponemos que tal fenómeno obedece a razones principalmente económicas, ya que no se quiere renunciar al sector económico de la construcción por su tradicional influencia macroeconómica en nuestro país. A pesar, de ello, como tendremos ocasión de defender más adelante, el carácter básico de la vivienda debe llevarnos a despojarla de contenido económico en la medida de lo posible. En este aspecto, nos parece muy acertada la postura de FERRAJOLI según la cual una cosa son las posibilidades de realización técnica y otra muy distinta las posibilidades de realización política. Así, desde el punto de vista técnico, nada impide que los derechos sociales sean garantizables del mismo modo que el resto de los derechos. Un tema distinto es la posibilidad política de su realización. Efectivamente, la satisfacción de esta clase de derechos es costosa y exigiría la redistribución de recursos y la imposición de estrictos límites al mercado dada su incompatibilidad con el mismo. Como señala el propio FERRAJOLI ante esta realidad, "*el actual viento neoliberal, que ha hecho un nuevo credo ideológico del absolutismo del mercado y del absolutismo de la mayoría, no permite concebir esperanzas sobre la disponibilidad de los sectores "bienpensantes"* (el entrecomillado es nuestro) *a verse limitados y vinculados por reglas y derechos informados en el principio de igualdad*". No debe consentirse, por tanto, una falacia determinista que identifique lo que ocurre con lo que no puede dejar de ocurrir. FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos*… cit. pp. 51-52. En un sentido parecido BORGIA SORROSAL apunta a que la transformación de derechos como el de la vivienda en auténticos derechos subjetivos daría lugar a un importante aumento del gasto público que no podría asumirse sin llevar a cabo medidas de alto coste electoral como la elevación de los tributos o la reducción del gasto destinado a otras partidas presupuestarias; en BORGIA SORROSAL, S. *El derecho constitucional a*… cit. p. 94. Todos estos apuntes, en definitiva, son representativos del determinante final de la dificultad de una nueva interpretación del derecho a la vivienda: la preferencia política por el mantenimiento del poder al avance social decidido y el acomodamiento de nuestra sociedad actual.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A pesar de lo que acabamos de comentar, debe recordarse, como así lo hace un sector en progresivo aumento de la doctrina, que la redacción del último inciso del art. 53.3 CE[968] es bastante desafortunada. Como señala PÉREZ LUÑO, la misma no puede interpretarse —tal y como pretenden las corrientes restrictivas— como una prohibición de alegación o de aplicación del artículo 47 CE por parte de los tribunales ordinarios, ya que ello sería contradictorio con el inciso inmediatamente anterior, en el cual se señala que "*los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán (...) la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*[969]". Del mismo modo, PISARELLO[970] afirma que la previsión del artículo 53.3 CE puede desdramatizarse en la actualidad puesto que el derecho a la vivienda se presenta simultáneamente como un derecho alegable ante los tribunales (derecho subjetivo) y como un conjunto de mandatos al legislador (principio rector). Dicho derecho ha sido desarrollado tanto por leyes estatales como autonómicas y, por tanto, aunque no sea posible reclamar judicialmente una vivienda gratuita en cualquier situación, ello no es obstáculo para que existan otros muchos aspectos del derecho a la vivienda —derivados directamente *ex constitutione* o de las leyes en la materia— que sean plenamente exigibles ante los tribunales ordinarios o ante el tribunal constitucional[971].

Se hace patente por tanto, la necesidad de nuevas corrientes hermenéuticas que afirmen la existencia real del derecho a la vivienda y su plena exigibilidad[972], así como

[968] **Art. 53.3 CE.** El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

[969] PÉREZ LUÑO. A. E. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Thomson-Aranzadi. Elcano, 2006. p. 315 y ss; PEREZ LUÑO, A. E. *Los Derechos Fundamentales*. 9ª Ed. Tecnos. Madrid, 2007. pp. 67-68.

[970] PISARELLO, G. "El derecho a la vivienda como derecho…" cit. p. 48.

[971] Muchos autores, e incluso la propia judicatura, tienen dudas y ponen en entredicho la posibilidad de controlar judicialmente cuestiones que conlleven una decisión sobre asignación de partidas presupuestarias. Al respecto vid. BORGIA SORROSAL, S. *El derecho constitucional a…* cit. p. 94. Para una fundamentada refutación de estas posturas vid. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*…cit. pp. 87-102.

[972] Como señala PISARELLO, no son las garantías concretas que se otorgan a un derecho las que determinan su fundamentalidad, sino que el proceso es justo a la inversa. Es decir, es la consagración positiva en normas fundamentales (*v. g.* la constitución) la que obliga a los operadores jurídicos a reforzar por vía interpretativa u otras los mecanismos de protección y eficacia de dichos derechos. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*…cit. p. 81. En un sentido análogo PÉREZ LUÑO se muestra partidario de la necesidad de interpretaciones audaces de la constitución para dotar del máximo contenido al estado social previsto por la misma. Según nos dice textualmente: "*El deseo de lograr el máximo techo democratizador permitido por la Constitución, (...), puede alcanzarse también a partir de una interpretación sistemática y evolutiva de sus preceptos. Tal interpretación permitiría conectar el art. 1,1 con las restantes normas constitucionales orientadas a la transformación, en sentido democrático, del*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de iniciativas legislativas que doten de completa eficacia a la previsión del artículo 47 CE mediante el establecimiento de las garantías correspondientes para hacer efectivo el derecho subjetivo a acceder a una vivienda como condición fundamental para conseguir el desarrollo y la autonomía de la persona[973]. Apoya esta tesis la circunstancia de que el propio precepto, una vez formula el derecho subjetivo, ordena a los poderes públicos "*establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho*"[974]. En esta dirección interpretativa ha apuntado GARCÍA MACHO que ese "deber de desarrollo" es eso precisamente; es decir, un "deber" y no un cheque en blanco al legislador o a la

---

orden económico, social y político" PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y…* cit. p. 236; en idéntico sentido en PÉREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación de…* cit. p. 168. Del mismo modo afirma que "*el* perpetuum mobile *en que consiste la experiencia jurídico política exige la actualización constante de los derechos fundamentales y su sistema constitucional a los desafíos que el progreso, social, económico y científico trae aparejados"* PEREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación de…* cit. p. 198. También en esta dirección se orienta el principio jurisprudencial del "*favor libertatis*" que, frente al principio "*in dubio pro libertate*", conlleva el que no sólo en los supuestos de duda haya que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que siempre hay que concebir el proceso hermenéutico constitucional como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. Vid. PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y…* cit. pp. 315-316.

[973] En este sentido es esperanzadora la nueva Ley andaluza 1/2010, de 8 de marzo, reguladora del derecho a la vivienda, que, si bien no llega a abogar por una extensión universal del derecho y por la exclusión generalizada de la vivienda del mercado, tal y como nosotros proponemos, sí que supone un notable avance puesto que consagra legalmente, para las personas beneficiarias del derecho, una acción para exigir a los ayuntamientos la aprobación del correspondiente Plan municipal de vivienda y suelo que permita hacer efectivo su derecho (art. 24). En el panorama comparado también encontramos intentos positivos esperanzadores de dotar a este derecho social de la máxima eficacia jurídica. Tal es el caso del país galo, en donde la ley 2007-290 de 5 de marzo de 2007 prevé igualmente un derecho a la vivienda exigible ante los tribunales y donde, según el discurso de la Ministra de la vivienda y de la ciudad de dicho país, la ley, a partir de 2012, podría amparar jurisdiccionalmente a casi un 72% de la población francesa; en SABATIÉ, J-L. "La garantía del derecho a una vivienda digna para toda la ciudadanía en la legislación francesa", en *Jornadas sobre el derecho a la vivienda. El papel de los poderes públicos como garantes del derecho constitucional y estatutario a acceder a una vivienda digna y adecuada*. Defensor del Pueblo andaluz. Sevilla, 2008 p. 18. Mucho más avanzada que la actual ley andaluza parece ser el anteproyecto de Ley de la vivienda del País Vasco, el cual contempla la posibilidad de exigir judicialmente de manera directa un piso en alquiler o una compensación económica equivalente a los beneficiarios del derecho, amén de otras medidas como un canon que gravará las viviendas vacías. Veremos en qué queda esta ley tras la discusión parlamentaria y la aprobación definitiva. Más detalladamente en "El País Vasco consagra el derecho a exigir una vivienda ante la justicia", en *EL PAIS.COM*, 22 de enero de 2011.
http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Pais/Vasco/consagra/derecho/exigir/vivienda/justicia/elpepisoc/20110122elpepisoc_2/Tes

[974] PEREZ LUÑO nos advierte de que, en nuestro país, tanto el desarrollo legislativo del ejercicio, como en muchos casos la propia definición del contenido de los derechos fundamentales, quedan atribuidos al legislador a través de las leyes orgánicas. Con ello, el mismo puede convertirse en un constituyente de hecho permanente, dando lugar a dos riesgos. En primer lugar, existe la posibilidad de una desconstitucionalización del estatus jurídico positivo de los derechos fundamentales con el consiguiente inconveniente de privar a los mismos de su carácter de valores fundamentales. Esto es, de valores dignos de respeto por todos los sectores del ordenamiento jurídico, los cuales no pueden quedar al albur de las cambiantes mayorías parlamentarias. En segundo lugar, esta remisión también puede conllevar el riesgo de un retraso en la implantación de determinados derechos (el caso que estudiamos es paradigmático) cuando dicha implementación choque con los intereses partidistas del grupo que contingentemente detente la mayoría. Vid. PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de derecho y…* cit. pp. 99-100.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

administración para que actúe cuando le parezca oportuno, postergando de manera indefinida la actuación de un determinado derecho. Nada impediría por tanto a los tribunales —en caso de no llevarse a cabo ese desarrollo— declarar inconstitucional la omisión del legislador e, incluso, suplir la misma[975]. A mayor abundamiento, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales en su Observación general nº 3 al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales[976] —en adelante PIDESC— recoge que, aunque ciertas obligaciones estén supeditadas al principio de progresividad, dicho principio no autoriza a los poderes públicos a postergar indefinidamente su concreción, ni les otorga un margen absoluto de maniobra en su aplicación. Dicha observación alude a la obligación de los estados de tomar medidas en un plazo breve desde su ratificación; es decir, la obligación de llevar a cabo "*acciones concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto*"[977].

B) El concepto constitucional de vivienda

i) La exclusión del carácter económico de la vivienda

Como puede observarse, el artículo 47 CE prescribe expresamente la especulación. Asimismo, debe hacerse notar que tal prohibición aparece en general, sin adscribirse a ningún elemento ni calificarse de ningún modo ("*para evitar la especulación*"). Por lo tanto, debemos entender que la especulación se prohíbe tanto en el ámbito del suelo como en el de las propias edificaciones[978], ya que, en ambos casos, la misma supone un obstáculo al derecho de los españoles a una vivienda que los

[975] GARCÍA MACHO, R. *Las aporías de*… cit. p. 137. Así se expresa también la STC de 1/6/1981 (B.O.E. 16/8/1981 p. 4.). En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional alemana, la cual ha señalado que "*en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución*" citado por ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. *Los derechos sociales como derechos*… cit. p. 47.

[976] El PIDESC es plenamente aplicable en España en virtud de los artículos 96.1 y 10.2 de la CE.

[977] Vid. Observación general nº 3 del Comité de derechos económicos, sociales y culturales al PIDESC, punto 2. Como aclaran ABRAMOVICH y COURTIS, "*este principio no es declamativo: significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a "dar pasos", que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido*". Vid. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. *Los derechos sociales como derechos*… cit. p. 79. De otra opinión, MUÑOZ CASTILLO, J. *El derecho a una vivienda*… cit. p. 107

[978] De otro parecer, BORGIA SORROSAL, S. *El derecho constitucional a*… cit. p. 72.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

poderes públicos tienen la obligación de remover[979]. Tal prohibición muestra claramente la exclusión constitucional de la lógica del beneficio especulativo en el ámbito que tratamos, lo cual sería también un argumento que apoyaría nuestra interpretación del inciso primero, ya que, al negar la especulación, la carta magna concibe la vivienda exclusivamente como un bien de uso encaminado a satisfacer un derecho fundamental subjetivo, desterrando así la concepción patrimonial de la misma[980].

ii) El carácter difuso o extenso de la vivienda

Debe recordarse, de otro lado, que, cuando la constitución habla del derecho a una vivienda digna y adecuada, no debemos entender por ella exclusivamente la construcción material. No puede considerarse a la vivienda como un bien aislado en sí

[979] BASSOLS COMA literalmente señala al respecto que una interpretación congruente y progresiva del artículo 47 CE conlleva el que la acción de los poderes públicos "*no debe circunscribirse a una simple política antiespeculativa del suelo, sino que debe vincularla estrechamente con la ordenación de la vivienda y su mercado.*" Del mismo modo, hace notar muy acertadamente que, aunque el suelo supone una parte importante del precio de la vivienda, el valor del mismo está en función directa del valor de las viviendas que en un futuro podrá soportar. Vid. BASSOLS COMA, M. en "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 41.

[980] En este sentido PISARELLO aduce que la garantía de la fundamentalidad de un derecho civil, político o social aparece ligado a la desmercantilización de las relaciones en torno al mismo. Vid. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*… cit. p. 111. Del mismo modo, TEJEDOR BIELSA, quizás de forma un poco optimista, afirma que, en la actualidad, se está quebrando la visión ciudadana de la vivienda como un ámbito de inversión y que la misma aparece como un bien de uso, penalizándose esa visión anterior. Según dicho autor, hoy se concibe a la vivienda como un elemento fundamental para el funcionamiento y desarrollo de la propia sociedad, para la emancipación y la formación de hogares y no tanto un activo especulativo. Vid. TEJEDOR BIELSA, J. "Régimen jurídico general de… cit." p. 310. En definitiva, de lo que se trata es de transformar España en un estado del bienestar socialdemócrata partiendo desde el actual estado rudimentario o "familiarista" en el que la intervención del estado sobre el mercado de la vivienda es escasa y en el que una parte bastante importante de las ayudas al acceso a la misma provienen del entorno familiar (Utilizamos la famosa clasificación de estados del bienestar creada por ESPING-ANDERSEN, G. *Los tres mundos del Estado del bienestar*. Edicions Alfons el Magnànim. Valencia, 1993, y posteriormente completada por BARLOW, J. y DUNCAN, S. *Success and Failure in Housing Provision: European Systems Compared*. Pergamon. Oxford, 1994, ambos citados en TRILLA, C. *La política d'habitatge en una perspectiva europea comparada*. Col·lecció Estudis Socials. Fundació La Caixa. nº 9. Barcelona, 2001. p. 65). Como pone de manifiesto CASTAÑÉ GARCÍA, en nuestro país, la familia juega un papel demasiado importante en la protección social en sustitución del propio estado. Ello ha provocado que la vivienda no se haya integrado en el núcleo duro de derecho del estado del bienestar, sino que la misma se haya segregado de la política social y se haya convertido indebidamente en una pieza clave de la política económica. CASTAÑÉ GARCÍA, J. "La vivienda, un largo camino por recorrer", en *Documentación Social* nº 138 (jul.-sept. 2005). pp. 104-106; Así tb; LEAL MALDONADO, J. "La política de vivienda en España", en *Documentación Social* nº 138 (jul.-sept. 2005), p. 65 y ss. En la misma dirección, PISARELLO afirma de manera aún más rotunda que en nuestro país, salvo iniciativas aisladas, no ha existido nunca una auténtica política social en materia de vivienda, sino que la misma ha sido siempre insuficiente y coyuntural, y el resultado de una ordenación del territorio y de un desarrollo urbano muy dependientes de la iniciativa privada, así como de un marco económico que ha convertido el sector inmobiliario en un campo de operaciones generador de grandes beneficios a corto plazo; todo ello inserto en un contexto de ausencia de límites suficientes al ejercicio abusivo de la libertad de empresa y del derecho de propiedad privada. PISARELLO, G. "El derecho a la vivienda como derecho…"cit. p. 50.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

mismo[981], sino que también su entorno próximo y su entorno difuso o marco urbano forman parte del concepto[982]. Es decir, el concepto de vivienda digna y adecuada que se protege constitucionalmente lleva ínsito en su esencia la existencia de equipamientos comunitarios, espacios libres, equipamientos culturales, etc; así como la necesidad de un entorno urbano de calidad ordenado racionalmente (buena legibilidad, proximidad, concentración de actividades, sostenibilidad…). Este hecho hace que sea necesario un planeamiento que recoja todas estas circunstancias y las asegure en los nuevos desarrollos urbanos o en las operaciones de reforma interior. Por tanto, la ordenación del territorio y el urbanismo aparecen legitimados y contenidos en el propio artículo 47, ya que dichos instrumentos forman parte de las condiciones necesarias y de las normas pertinentes que los poderes públicos han de promover para hacer efectivo el derecho a la vivienda *digna y adecuada*[983].

4.3.2.1.3. Análisis subjetivo del artículo 47 CE: los sujetos beneficiarios

En lo que respecta al punto de vista subjetivo, este derecho aparece literalmente reconocido para todos los españoles y así lo entendemos nosotros, máxime cuando hemos demostrado previamente su contribución al desarrollo de la persona y a otros derechos fundamentales de libertad[984]. Ciertamente, no tendría sentido restringir para una parte de la población un derecho que tiene tan importantes implicaciones personales[985]. A pesar de ello, hay sectores doctrinales que afirman con diversos

[981] Una "maquina de habitar" que diría LE CORBUSIER. Este insigne arquitecto utilizó este término para referirse a su casa Citröhan (1920) con la intención de que se produjera en serie y queriendo hacer un paralelismo con el automóvil como máquina para trasladarse.

[982] Así, MUÑOZ CASTILLO, J. *El derecho a una vivienda*… cit. p. 152; BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 21; PISARELLO, G. "El derecho a la vivienda como derecho…" cit. p. 44; RUIZ-RICO RUIZ, G. "Derecho constitucional a la vivienda *versus* especulación urbanística", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 31, 2007. p. 34.

[983] MUÑOZ CASTILLO, J. *Constitución y vivienda*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004. p. 25; Así tb. BASSOLS COMA, M. "Artículo 47. Derecho a la vivienda", en *Comentarios a la Constitución española*…cit. p. 332; AROZAMENA SIERRA, J. "Consideraciones sobre el artículo 47 de la constitución. La vivienda y el urbanismo en la constitución", en *Diario La Ley* nº 4189, de 17 de diciembre de 1996.

[984] Nuestra interpretación sería acorde además con el punto 7 de la Observación general nº 4 al PIDESC, en el cual leemos textualmente: "(…) *el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos*". Igualmente la STC 107/1984 reconoce una "*completa igualdad entre españoles y extranjeros (...) respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana*…" Como ya no resultara nuevo al lector, en nuestra concepción, la vivienda es indiscutiblemente uno de estos derechos.

[985] Es más, en nuestra opinión, el término "españoles" se introdujo en una época en que la inmigración no era un fenómeno tan frecuente como en la actualidad y, dado el componente territorial que posee este derecho, en realidad se quería designar a las personas que mantenían una estrecha relación territorial con

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

argumentos que nos encontramos ante un derecho de ámbito subjetivo restringido, el cual únicamente se extendería a aquellas personas que no pueden satisfacer de ninguna manera sus necesidades de vivienda en el mercado privado.

A) Posturas restrictivas: la tesis de Peces-Barba

Como representativa de estas corrientes subjetivo-restrictivas nos parece oportuno destacar aquí la postura de PECES-BARBA por su detenida fundamentación de la misma[986]. Para dicho autor, desde una perspectiva axiológica, el sistema de derechos fundamentales arraiga en cuatro valores morales principales. A saber: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad. De entre ellos es el primero, la libertad, el que se encuentra en el centro de todo el sistema —la "clave de bóveda" según el propio autor—. Es este valor el que va a orientar a los demás en tanto que es el más directamente relacionado con la autonomía moral de la persona (entendida ésta como la libertad para desarrollar la moralidad privada y los propios fines), constituyendo así el centro de gravedad de la propia dignidad humana. En dicha construcción, la libertad goza de tres modalidades de entre las cuales nos interesa aquí la que el autor denomina *libertad promocional*. Dicha modalidad consiste en la posibilidad de llevar a cabo la iniciativa personal sin encontrarse lastrado por la satisfacción de las necesidades básicas radicales o de mantenimiento. Para conseguir esta clase de libertad, también coadyuvan el resto de valores principales como la seguridad entendida en relación con la sociedad, la solidaridad o, por supuesto, la igualdad material. Todas ellas funcionarán a través de la "*técnica de la equiparación mediante la diferenciación*", es decir, mediante una ayuda o apoyo selectivo, únicamente a aquellas personas que no pueden satisfacer dichas necesidades por sí mismas o solamente pueden hacerlo mediante un esfuerzo "heroico" o sobrehumano.

---

nuestro país. En la actualidad, al generalizarse el fenómeno inmigratorio, una importante parte de nuestra población, a pesar de ser extranjera, ha desarrollado esa estrecha vinculación territorial y, por lo tanto, entendemos que debe interpretarse el término "españoles" como residentes estables en territorio español para ser acordes con la voluntad originaria del constituyente. En un sentido análogo, BORGIA SORROSAL, S. *El derecho constitucional a* … cit. p. 72. Esta interpretación es acorde además con las tendencias internacionales según indica PISARELLO, G. *Vivienda para todos*… cit. p. 83. De otro parecer, BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 18.

[986] Vid. entre otros tb, GARCÍA MACHO, R. "Los derechos fundamentales sociales y…" cit. p. 87; MUÑOZ CASTILLO, J. *El derecho a una vivienda*…cit. p. 8; HERRANZ CASTILLO, R. "Consideraciones sobre el derecho a la…" cit. p. 2; VILLAR EZCURRA, J. L. *Nuevas orientaciones en el régimen jurídico de protección a la vivienda*. Ediciones G. Manzanares. Madrid, 1980. p. 36.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

La utilización de esta técnica, como PECES-BARBA reconoce, aparentemente podría atentar contra la universalidad de los derechos fundamentales en los que finalmente se concretan los valores morales principales —libertad, igualdad, seguridad y solidaridad—, poniendo en entredicho su carácter fundamental. No obstante, afirma el autor en su defensa que debe distinguirse entre una universalidad del punto de partida y una universalidad del punto de llegada. La primera parte de la idea de que todos los hombres nacen y permanecen iguales en derechos y es la universalidad que se aplica a los tradicionales derechos civiles y políticos. La segunda, por el contario, parte de la constatación de la desigualdad de determinados colectivos a los cuales hay que otorgar unos derechos en exclusiva para ayudarlos a salir de esa situación de inferioridad. De este modo, la universalidad no se da al principio, sino que precisamente a través de esos derechos se consigue la universalidad como equiparación de todos en el punto de llegada, esto es, tras la aplicación de los derechos sociales. Ésta es la universalidad que según él se da y debe darse en el ámbito de los derechos sociales y de la libertad promocional. De otro lado, afirma, esta forma de aplicación de los derechos fundamentales (nos referimos nuevamente a los derechos sociales) no quiebra en modo alguno la universalidad puesto que la posibilidad del goce de los mismos es universal para todos aquellos que se encuentran en esas circunstancias de inferioridad que desencadenan el disfrute de tales derechos[987].

Finalmente, partiendo del esquema y de la comprensión de la universalidad que acabamos de exponer, critica PECES-BARBA que en nuestro país los derechos sociales se interpreten como si se trataran de derechos civiles y políticos, es decir, que se utilice para ellos la universalidad como punto de partida buscando la generalización *ab initio* para todos los habitantes. Con ello, se mantiene la desigualdad y se profundiza en la crisis del estado social, ya que se produce un despilfarro injustificado al extender estos derechos a aquellas personas que no los necesitan por tener posibilidades de satisfacer por sí mismos esas necesidades al poseer capacidad económica suficiente. Por todo ello sería conveniente restringir estas prestaciones exclusivamente a las personas sin capacidad económica, aplicando un trato desigual a través de la igualdad como diferenciación. No cabría el argumento de que las personas con capacidad pagan sus impuestos y tienen derecho a esas prestaciones, ya que, aunque esas personas paguen

[987] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*…cit. p. 224.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

impuestos, nunca reclamarían derechos de los niños o los minusválidos si no lo son. La única opción para estas personas con capacidad económica sería acceder a esos servicios pagando la totalidad del coste o, al menos una parte importante de él, quedando el derecho de prestación gratuito reservado para aquellos colectivos imposibilitados para satisfacerlos por sí mismos[988].

B) Valoración crítica personal

i) Cuestionamiento de la tesis de la universalidad en el punto de llegada

A nuestro modo de ver, la postura de PECES-BARBA parte de una dicotomía estructural y axiológica entre derechos de libertad y derechos de igualdad que prioriza a los primeros con respecto a los segundos, la cual no entendemos acertada. Por el contrario, nos parecen más correctas las opiniones doctrinales que afirman la existencia de un *continuum* y de una necesaria interdependencia y unidad entre la categoría de los derechos civiles y políticos y la de los derechos sociales bajo el fundamento común de la dignidad humana[989].

Estas teorías reparan en el detalle de que no existe una tensión excluyente entre libertad e igualdad como contenidos axiológicos de cada una de las categorías anteriores, de forma que haya que optar por la libertad renunciando a la igualdad o viceversa, sino que, muy al contrario, no puede existir libertad si ésta no parte de la igualdad efectiva de todos, ni igualdad real si ésta no se asienta sobre el postulado de la libertad. En realidad —y éste entendemos que es el gran aporte de estos planteamientos—, *todos* los derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales) deben ser considerados como instrumentos para maximizar el grado de igualdad necesario para generalizar las libertades. Es decir, los derechos fundamentales serían una categoría unitaria para conseguir la ***igual libertad*** de todos los miembros de la sociedad, sin que ninguno de esos dos valores ocupe un lugar preeminente sobre el otro.

No hay duda de que PECES-BARBA atisba claramente esa interconexión entre libertad e igualdad, como demuestra el hecho de que relacione las necesidades vitales

[988] PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*…cit. pp. 318-320.
[989] Vid, por todos, PISARELLO, G. *Vivienda para todos*… cit. p. 28.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

con la libertad a través del instituto de la libertad promocional[990], pero, finalmente, no llega a dar el paso definitivo de establecer una continuidad lógica o estructural entre ambas categorías de derechos, ya que, como puede observarse, continúa dando un papel preponderante a la libertad frente a la igualdad y defiende un trato diferenciado de cada tipo de derechos basándose en el respectivo valor fundante de la libertad o de la igualdad. De ello deduce en el plano subjetivo que, mientras que los derechos civiles se otorgan a todas las personas, los derechos sociales estarían pensados exclusivamente para una parte de la sociedad: las clases desfavorecidas. Tampoco podemos estar de acuerdo con esta afirmación, y ello por varias razones.

En primer lugar, a pesar de la justificación que propone PECES-BARBA, entendemos que su interpretación estaría vulnerando la universalidad que deben poseer los derechos fundamentales. Como señala PISARELLO, "*la fundamentalidad axiológica de todos los derechos remite al principio de igualdad. Lo que convierte en fundamental un derecho en términos valorativos y teóricos es su estructura igualitaria, esto es, el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o inclusivos, y por ello, indisponibles e inalienables*"[991]. Del mismo modo, FERRAJOLI, desde una postura de teoría general del derecho y, por tanto, neutra valorativamente, afirma que derechos fundamentales serán aquellos que, independientemente de su contenido, son reconocidos universalmente en una colectividad determinada (personas, capaces de obrar o ciudadanos)[992]. Por tanto, como puede observarse, la universalidad es un rasgo consustancial al propio concepto de derecho fundamental[993], de forma que, si un derecho al que se tilda como tal, no se reconoce de modo universal, se lo estaría

[990] Como él mismo señala en uno de sus pasajes: "*Hay autores que consideran incompatibles libertad e igualdad, porque ésta desvirtúa el protagonismo individual en que consiste la libertad. La igualdad como complemento de la libertad sólo pretende hacerla posible para todos. Se trata de que todos estén en las mismas condiciones para ser libres y para asumir el protagonismo individual que no puede obedecer a un estatus, a una condición económica o a una cultura. Una consideración abstracta de la libertad que no tenga en cuenta que existen necesidades básicas que si no se cubren impiden al hombre concurrir en la carrera de la libertad, es como argumentar en el vacío*". Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de Derechos Fundamentales*…cit. p. 210.
[991] PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*… cit. p. 37.
[992] Nos dice el propio autor italiano: "*Son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del* status *de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "*status*" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*". FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos*… cit. p. 19.
[993] En el mismo sentido PÉREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación de*… cit. pp. 219 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desnaturalizando. Nos parece muy interesante este apunte formal de FERRAJOLI, ya que el mismo nos permite intuir que la universalidad no supone un componente axiológico, sino meramente estructural —definitorio si se quiere— y, por tanto, no susceptible de discusión. Desde el punto de vista valorativo, por el contrario, sí que puede haber debate en torno a cuál deba ser el valor que inspire el contenido de esos derechos otorgados de manera estructuralmente universal para que la componente igualitaria de los mismos quede justificada. En nuestra tradición, este valor puede ser perfectamente la dignidad. Es decir, "*los derechos en los que se ha afirmado la igualdad son aquellos que, garantizando las diferencias personales y reduciendo las desigualdades materiales, aseguran el (igual) valor o la (igual) dignidad de todas las personas*[994]". Por tanto, queda claro que no se trata de que los seres humanos deban ser iguales para que puedan ser libres o viceversa, sino de que la universalidad de la libertad y de la satisfacción de las necesidades para todas las personas es un requisito exigido por la propia dignidad humana como valor supraordenado a todos los demás[995].

De acuerdo con este razonamiento, la categoría de la universalidad del punto de llegada no resultaría del todo satisfactoria en relación con los derechos fundamentales, ya que la misma estaría excluyendo *ab initio* a toda una parte de la población del disfrute de determinados derechos en función de su capacidad económica, pudiendo dar lugar a situaciones muy injustas en las que se podría poner en entredicho el valor de la dignidad humana. Pensemos en el caso nada descabellado de que existiera una diferencia grande de precios entre el mercado de vivienda protegido y el mercado de vivienda libre. Aquella persona que superara en un sólo euro el límite de los bajos ingresos se vería obligado a acudir irremediablemente al mercado de vivienda libre y pagar los precios que en él existieran sean cual fueren éstos, aunque los mismos fueran claramente especulativos y le supusieran un esfuerzo económico considerable. ¿Por qué una persona cuya capacidad económica sea prácticamente igual a la de otra tiene que pagar unos precios establecidos por intereses meramente lucrativos para disfrutar —no olvidemos este dato— de un bien básico inherente a su dignidad como persona? Y, yendo más allá, ¿por qué cualquier persona tendría que permitir que la satisfacción de

[994] FERRAJOLI, *L. Los fundamentos de los derechos*… cit. p. 333.
[995] PISARELLO afirma de forma certera que "*una vez que el principio de dignidad se postula como fundamento de los derechos de la persona, la interdependencia e indivisibilidad entre los civiles, políticos, sociales y culturales resulta obligada.*", Vid. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*…cit. p. 40.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

una necesidad básica reconocida por la constitución le fuera satisfecha por un mercado que se mueve de forma predominante en busca de beneficios empresariales y no en pro de la satisfacción de dicha necesidad? Ahora bien, una cuestión distinta sería que esa persona con suficiente capacidad económica optara libremente por acudir al mercado "desprotegido" para cubrir sus necesidades de alojamiento. En tal caso, es exclusivamente ella la que opta por una u otra forma de acceso a la vivienda, pero ha dispuesto, igual que los demás ciudadanos, de la posibilidad que la protección de su derecho le brinda.

De otro lado, parece que la técnica de la "universalidad en el punto de llegada" está pensada para unos supuestos que no se compadecen bien con los derechos fundamentales. PECES-BARBA se refiere a esta técnica en el ámbito del proceso de especificación de los derechos humanos. Este proceso sería aquel en el que el titular de los derechos deja de ser el genérico hombre o ciudadano para convertirse en el "hombre situado", a fin de resolver situaciones que exigen un tratamiento especial. Como ejemplos nos presenta el de personas que se encuentran en una situación de inferioridad en las relaciones sociales debido a una condición social (*v. g.* la mujer), a una condición física (*v. g.* los minusválidos o los niños), o una situación concreta en unas relaciones determinadas (*v. g.* los consumidores). Posteriormente aplica esta misma técnica para los derechos sociales, pero, como puede observarse, dicho esquema no se ajusta perfectamente a ese tipo de derechos, ya que los mismos tratan de asegurar la satisfacción de las necesidades de todas las personas en cuanto tales y no en cuanto situadas en una determinada situación[996]. Además, si se mantuviera que los derechos sociales son sólo para los "pobres", se estaría produciendo un agravio contra la dignidad moral de los beneficiarios, ya que se les estaría dando un trato paternalista que consagraría su status de inferioridad[997]. A mayor abundamiento, teniendo presente la diferencia de precios existente en el ámbito de la vivienda entre el mercado libre y el protegido, se estaría produciendo una importante discriminación positiva a favor de las personas a las que se les reconociera su derecho habitacional, con la polémica y los

[996] Nos recuerda PISARELLO en relación con este tema que "*la igual tutela de los derechos civiles, políticos y sociales, (…), no pretende asegurar una tosca y mecánica igualdad en los resultados obtenidos o en los puntos de llegada*", sino que se trata de establecer una igualdad de oportunidades para todos a fin de que cada persona asuma su responsabilidad y las consecuencias del libre ejercicio de sus derechos. PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*…cit. p. 46.
[997] PÉREZ LUÑO, A. E. *Dimensiones de la igualdad*. Dykinson. Madrid, 2005. p. 118;

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

riesgos jurídicos y sociales que ello conlleva[998]. En función de todo lo dicho, como acertadamente apunta PISARELLO, "*existen supuestos* —nosotros estimamos que la vivienda es uno de ellos— *en los que la igualación real de las oportunidades puede conseguirse con mayor eficacia a través de medidas que, en lugar de distinguir o discriminar, equiparen o generalicen (…). Este universalismo formal permitiría reducir las mediaciones burocrática y clientelistas y el estigma que las políticas focalizadas producen sobre los propios destinatarios*"[999].

ii) Cuestionamiento de la tesis del coste elevado de los derechos sociales

El segundo argumento que esgrime PECES-BARBA en contra de la universalidad subjetiva de los derechos sociales, y que creemos oportuno poner en entredicho, es el de que esta manera de actuar profundiza la crisis del estado social debido al elevado coste que tienen tales derechos.

Nuevamente, esta tesis parte de una diferenciación estructural entre derechos civiles y políticos y derechos sociales. Los primeros serían derechos que se suponen negativos y, por lo tanto, gratuitos y de fácil satisfacción, mientras que los segundos serían por el contrario derechos de prestación positiva: costosos y de muy difícil realización. Ello no corresponde con la realidad. Como una serie de autores han puesto de manifiesto, no existe una base teórica ni fáctica sólida para mantener tal afirmación. A poco que nos fijemos, nos percataremos de que los derechos civiles y políticos demandan también una serie de importantes desembolsos públicos para llegar a ser efectivos[1000]. Esta afirmación puede constatarse fácilmente si se observa por ejemplo el derecho de sufragio. En principio, podría parecer que para proteger este derecho es suficiente con que el estado no interfiera ni influya en el voto de los ciudadanos. Sin embargo, resulta obvio que son necesarios otros muchos medios que deben ser provistos por los poderes públicos y que conllevan un importante gasto[1001]. Piénsese, entre otros, en las urnas, los sobres, las papeletas, el personal fiscalizador, la policía, los sistemas de

[998] Para una magistral crítica de la discriminación positiva, que compartimos completamente, vid. PÉREZ LUÑO, A. E. *Dimensiones de*… cit. pp. 115-118.
[999] PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*…cit. p. 48.
[1000] PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*…cit. pp. 60-61.
[1001] PÉREZ LUÑO ha señalado muy agudamente que "*en la coyuntura actual lo mismo el disfrute de las libertades que el de los derechos sociales exigen una política social apropiada y unas medidas económicas por parte del Estado. Sin ellas, proclamar que "la escuela o la cultura se hallan abiertas a todos" se ha dicho que sería tan ilusorio como decir que "el Hotel Ritz se halla abierto a todos*". PÉREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación de*… cit. p. 306

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

recuento, la subvención de las campañas electorales…[1002]. Por tanto, es de hacer notar que todos los derechos conllevan una parte negativa y una parte positiva o prestacional y de lo que se trata finalmente no es de optar por los más caros o por los más baratos, sino de ver cómo se distribuyen los recursos para satisfacer todos los derechos.

En otro orden de cuestiones, la limitación de recursos o la crisis presupuestaria tampoco pueden usarse como una excusa para restringir la aplicación de los derechos sociales en virtud de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país. En efecto, el PIDESC impone una obligación mínima a los estados de asegurar, *por lo menos*, los niveles esenciales de cada uno de los derechos, la cual se deriva del artículo 2.1 del Pacto, según ha señalado el comité del mismo. De ahí que, aunque sea lícito tener en cuenta la limitación de recursos, un estado sólo puede atribuir el no cumplimiento de esta obligación mínima a la falta de medios si consigue demostrar que ha realizado todo el esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición, a fin de satisfacer prioritariamente tales obligaciones mínimas[1003]. Pero no queda ahí la cosa, ya que del mismo artículo 2.1[1004] pueden extraerse otras dos obligaciones de suma importancia a los efectos de nuestro discurso: la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad. La primera de ellas comporta dos sentidos complementarios. En primer lugar, la posibilidad de una cierta graduación en la satisfacción de los derechos, es decir, el reconocimiento de que no es

[1002] Otro ejemplo ilustrativo puede ser la libertad de expresión, la cual no puede reducirse a la simple prohibición de censura, sino que requiere además medidas como la habilitación de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios o televisiones, o una regulación que evite los monopolios y garantice el pluralismo informativo. La propiedad, por su parte, no sólo se protege evitando las intromisiones arbitrarias o las desposesiones, sino que exige una buena cantidad de prestaciones públicas nada asequibles. Serán necesarios desde la creación de registros de la propiedad de diversa índole hasta la creación y financiación de juzgados, funcionarios y fuerzas de seguridad que puedan garantizar los contratos en los que la propiedad está en juego. Incluso el derecho a no ser torturado necesita cuerpos de seguridad debidamente formados e identificados, así como el mantenimiento de centros de detención adecuados y de los oportunos medios técnicos de control.

[1003] Incluso en épocas de limitaciones severas de recursos producidas por procesos de ajuste, crisis económicas u otros, el estado debe proteger al menos a los miembros más vulnerables de la sociedad para cumplir las obligaciones asumidas en el PIDESC. Así, PISARELLO, G. *Vivienda para todos*… cit. p. 70. Resulta curioso observar cómo en nuestro país, a pesar de estar pensado este nivel mínimo para situaciones de crisis, durante la época de mayor bonanza económica nos movimos, en el mejor de los casos, en torno a dicho límite mínimo.

[1004] **Artículo 2:** 1. Cada uno de los estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

posible conseguir el pleno disfrute de los derechos sociales por parte de todos de una manera inmediata. Pero, en segundo lugar, como corolario obligado del primer sentido, la idea de progresividad conlleva una idea de progresión, es decir, la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos y sociales[1005].

Por lo que respecta a la obligación de no regresividad, la misma se deduce también de la idea de progresividad a sensu contrario. Si el estado se obliga a mejorar progresivamente, entonces también se veda la reducción de los niveles obtenidos[1006]. Únicamente podría justificarse una supuesta reducción por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone[1007].

Se introduce así una limitación a los poderes legislativo y ejecutivo en su capacidad de regulación y ejecución de los derechos sociales que les va a obligar a mejorar continuamente la cobertura social de las necesidades y les va a impedir empeorar los niveles de satisfacción previamente obtenidos, sin que puedan ampararse tan fácilmente en la excusa de la escasez de recursos[1008].

En conclusión, nuestro estado se encuentra obligado a procurar un nivel mínimo incondicional y a *progresar* decididamente en el disfrute de los derechos sociales por todos, empleando para ello el máximo de recursos disponibles. Por tanto, no pueden aceptarse las posturas que abogan por mantenerse en el nivel mínimo indefinidamente (atender sólo a las clases desfavorecidas) amparadas en el coste presupuestario que conllevaría la mejora y la extensión de estos derechos a la totalidad de la población, ya que ello incumpliría el PIDESC, conforme al cual hay que interpretar el artículo 47 de nuestra constitución, en virtud del artículo 10.2 de la misma. Pero podemos llegar aún

[1005] ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch. *Los derechos sociales como derechos*…cit. p. 93.
[1006] A la luz de esta obligación asumida por nuestro país es interesante recapacitar sobre el hecho de la clara reducción en el número de viviendas protegidas que se produjo durante los momentos álgidos del reciente boom inmobiliario español.
[1007] Punto 9 de la Observación general nº 3 al PIDESC del Comité de derechos económicos, sociales y culturales.
[1008] Según FERRAJOLI, no son criticables las técnicas y opciones constitucionales dirigidas a reducir la discrecionalidad política, como las normas encaminadas a proscribir la reforma restrictiva de algunos derechos o las dirigidas a vincular los presupuestos del estado a cuotas mínimas de gasto social. FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos*…cit. pp. 352-353

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

más lejos. Podemos llegar a tildar de falacia el problema de la falta de recursos[1009] y a afirmar que el problema no es de falta de medios, sino de prioridad en la asignación de los mismos. En este sentido, hacemos nuestras las paradójicamente esclarecedoras interrogantes que se plantea PISARELLO: "*¿con qué prioridades se asigna la riqueza efectivamente producida?¿Qué ocurre con los recursos humanos y ecológicos que el productivismo capitalista explota de manera irracional, como condición para incrementar sus beneficios?¿Cuál es el destino final de los ingentes recursos que podrían dedicarse a satisfacer las necesidades elementales de la gran mayoría y que en cambio se acumulan y concentran como producto de la privatización de bienes de uso común, de la biopiratería, de la especulación rampante, de las clausulas abusivas de intercambio, de la corrupción pública y privada?*[1010]"

4.3.2.1.4. Coherencia del modelo propuesto con otros derechos fundamentales sociales

La comprensión —tanto objetiva como subjetiva— del derecho a la vivienda que proponemos sería coherente además con el tratamiento que se da en nuestro ordenamiento jurídico a otros derechos prestacionales cuya articulación es totalmente pacífica. Nos referimos al derecho a la protección de la salud y al derecho a la educación. No pocos autores han puesto de relieve esta unidad lógica entre todos ellos[1011].

A) El derecho a la salud

Como ya sabemos, en el artículo 43 de la constitución se recoge el derecho a la protección de la salud. Tal y como ha señalado GARRIDO FALLA[1012], la separación

[1009] PISARELLO afirma tajantemente al respecto, "*las dificultades de acceso a la vivienda no pueden explicarse apelando al argumento de la escasez de recursos. Con frecuencia, cuando se esgrime que no existen recuroso para mantener los derechos sociales, lo que en realidad se está afirmando es simplemente que su garantía no es viable sin reducir el confort de las clases económicamente satisfechas. En efecto, muchas de las vulneraciones a los derechos habitacionales que tienen lugar en Europa suelen producirse en entornos caracterizados por un alto nivel de construcción, por un número elevado de viviendas vacías y de segunda residencia, o por la existencia de una fuerte discriminación en el acceso de los colectivos más vulnerables, desde jóvenes y personas mayores hasta trabajadores inmigrantes.*" PISARELLO, G. *Vivienda para todos*…cit. p. 34.
[1010] PISARELLO, G. *Vivienda para todos*…cit. p. 261.
[1011] Entre otros, TEJEDOR BIELSA, J. "Régimen jurídico general de…" cit. p. 313; PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*…cit. pp. 48 y 75; GARCIA MACHO, R. "Los derechos fundamentales sociales y…" cit. pp. 77 y ss; CASTAÑÉ GARCÍA, "La vivienda, un largo camino…" cit. p. 115.
[1012] GARRIDO FALLA, F. Artículo 43, en GARRIDO FALLA, F y OTROS. Comentarios a la constitución. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001. pp. 879-881.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

constitucional de los artículos 43 y 41 CE[1013] y la supresión en este último de la alusión a las prestaciones sanitarias, lo que hace es separar sistemáticamente de la seguridad social todo lo concerniente al derecho a la salud y a las prestaciones para satisfacerlo[1014]. Por tanto, la primera consecuencia que de ello se desprende es que se excluye la idea de seguro. El derecho a la protección de la salud se da siempre —y no sólo en los casos de indigencia[1015]— en función de la condición de ciudadano y no de la de asegurado[1016]. De este hecho se deduce asimismo la obligación estatal de organizar un servicio público[1017] para la tutela de la salud que incluya la asistencia sanitaria individual[1018], ya que, de otro modo, no podría asegurarse la protección sanitaria de *todos* los ciudadanos. Ahora bien, la existencia de este servicio público no conlleva su desenvolvimiento en régimen de monopolio, ni la gratuidad absoluta del mismo.

El desenvolvimiento legislativo ha apoyado esta postura. La ley 14/1986, de 25 abril, general de sanidad (LGS), en su exposición de motivos, muestra su voluntad de integrar todos los servicios en una organización única mediante la sustitución de la presencia de la seguridad social en materia sanitaria por el Sistema nacional de salud. Asimismo, este propósito puede colegirse de la disposición final segunda de la referida ley, en la cual se fija como objetivo final la integración en el Sistema nacional de salud de todos los sistemas públicos de asistencia sanitaria, incluido claro está el de la seguridad social[1019]. El factor financiero también nos permite justificar esa autonomía

[1013] Referidos respectivamente a la protección de la salud y a la seguridad social.
[1014] De otra opinión BORRAJO DACRUZ. Vid. extensamente su postura en BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la salud", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996. pp. 177-181.
[1015] De otro parecer BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la salud", en *Comentarios a*… cit. p. 187. No obstante, el propio autor admite un concepto relativo de insuficiencia económica o indigencia. Así, explica el mismo: "*este concepto clásico* (de indigencia) *resulta radicalmente insuficiente ante la complejidad técnica y los costes propios de muchos bienes y servicios de la sociedad de nuestro tiempo. La indigencia ha de verse como limitación o carencia respecto de cada posible servicio técnico, es decir, admite una graduación en razón de los bienes que en cada momento pueden necesitarse. (...) La condición de indigente debe referirse a la importancia y onerosidad de los medios diagnósticos y terapéuticos, necesarios en el caso concreto, de los cuales la ciencia médica dispone y con los que se enriquece continuamente.*"
[1016] En el mismo sentido, DE LA VILLA GIL, L. E. "El modelo constitucional de protección social" [en línea], en *Aranzadi Social*, nº 3/2004. Pamplona, 2004. BIB 2004\426. Disponible en la página web: www.westlaw.es.
[1017] Así también DE LA VILLA GIL, L. E. "El modelo constitucional de protección…" cit.
[1018] DE LA VILLA GIL reconoce expresamente que "*el contenido constitucional de la atención sanitaria comprende a la vez acciones colectivas e individuales, de carácter preventivo, reparador por medio de las prestaciones y los servicios necesarios y rehabilitador o recuperador* (…)", en DE LA VILLA GIL, L. E. "El modelo constitucional de protección"… cit.
[1019] **D. F. 2ª**. Hasta tanto los sistemas públicos de cobertura sanitaria no queden integrados en el Sistema nacional de salud, el gobierno, en el plazo de dieciocho meses (…).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

del Sistema de sanidad nacional y la desafección de las prestaciones sanitarias con respecto a la previa contribución al sistema. En efecto, pese a que la LGS continúa recogiendo como fuentes de financiación los presupuestos de la seguridad social (art. 78) y las cotizaciones sociales (art. 79) junto a los presupuestos del estado, de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales (art. 78), ello únicamente es una rémora histórica dado que, a partir de los presupuestos generales para el año 2001 (Ley 13/2000, de 28 de diciembre), la financiación del antiguo INSALUD se realizaba ya íntegramente con cargo a los presupuestos del estado[1020]. De igual forma, en la actualidad, el artículo 10 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema nacional de salud señala que las prestaciones que contiene dicha ley serán responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de acuerdo con el sistema de financiación autonómica[1021].

De todo lo anterior puede deducirse, una vez más, que no existe una vinculación entre la condición de asegurado y la de beneficiario del derecho a la salud en sus prestaciones concretas, sino que nos encontramos ante una universalización de la asistencia sanitaria que puede observarse en el artículo 1 de la LGS[1022]. Por tanto, no es muy forzado afirmar que de la constitución —confirmado por la legislación de desarrollo— se deduce el derecho a una asistencia sanitaria individual exigible por el mero hecho de ser ciudadano[1023] y que la organización de este sistema de tutela de la

[1020] Así lo ha puesto de manifiesto MONTOYA MELGAR, A. "Asistencia sanitaria: de la seguridad social al sistema nacional de salud (apunte para un estudio)" [en línea], en *Aranzadi social* nº 5/2004, Pamplona, 2004. BIB 2004/542. Disponible en la página web: www.westlaw.es

[1021] A nivel doctrinal, apoya también la separación entre SS y SNS el hecho de que, a partir de 1995, el importante manual de ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA —Instituciones de Seguridad Social—, suprimiera el capítulo dedicado a "las prestaciones sanitarias" para dar lugar a una publicación independiente titulada a partir de su segunda edición (1999) "Las prestaciones del sistema nacional de salud". En tal sentido, DE LA VILLA GIL, L. E. "El modelo constitucional de protección…" cit; MONTOYA MELGAR, A. "Asistencia sanitaria:…" cit.

[1022] **Artículo 1**.
1. (…) .
2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.
3. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.
4. (…).

[1023] Buena muestra de esta universalización del derecho a la protección de la salud en lo referente a las prestaciones individuales lo es la nueva regulación de la tarjeta sanitaria individual, la cual pondrá fin a los compartimentos diferenciados de beneficiarios en el acceso efectivo a los servicios y prestaciones del sistema nacional de salud, de modo que, tanto los beneficiarios de las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social como los ciudadanos no incluidos en la misma, recibirán aquellos servicios y prestaciones en perfecta igualdad en todo el territorio español.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

salud es una obligación de los poderes públicos que deberán establecer el correspondiente servicio público para satisfacer tal derecho[1024], aunque lo hagan de una manera progresiva, cual ha sido el caso desde la aprobación de la constitución.

B) El derecho a la educación

Otro derecho que entendemos análogo al derecho a la vivienda es el derecho a la educación (art. 27 CE). Lo primero llama la atención del mismo es su ubicación sistemática. Así, mientras que el derecho a la vivienda o el anteriormente comentado derecho a la protección de la salud se ubican en el capítulo tercero del título primero de la constitución (De los principios rectores de la política social y económica), el derecho a la educación se halla en la sección primera del capítulo segundo de dicho título (De los derechos fundamentales y de las libertades públicas). Tal circunstancia no es un problema para considerar que todos estos derechos participan de una misma naturaleza, ya que, como ha señalado una reiterada jurisprudencia del tribunal constitucional, "*el derecho de todos a la educación incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho*[1025]". En idéntico sentido GARRIDO FALLA ha afirmado que el derecho a la educación y las consiguientes obligaciones de los poderes públicos de organizar un sistema educativo "podría estar contemplado en el capítulo III del propio título (el primero)"[1026].

Aclarado lo anterior, podemos adentrarnos en el análisis del derecho a la educación, el cual es aún más pacifico que el del derecho a la protección de la salud. En este sentido, desde el punto de vista objetivo, parece que sería excesivo afirmar que el derecho que estudiamos garantiza la educación concebida como el proceso sistemático y continuado en el tiempo de transmisión del saber. Por tanto, el contenido del derecho deberá limitarse, en su aspecto prestacional —que es el que aquí nos interesa—, a las enseñanzas regladas, esto es, el sistema educativo del estado garantizado por los poderes

[1024] Así lo entiende también la STC 95/2000 de 10 de abril en su Fundamento jurídico nº 3, si bien, en *obiter dicta*: "(…) *tanto el mantenimiento del sistema público de seguridad social(art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y,* ***consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios*** *se contienen en* …"
[1025] Por todas vid. la STC 86/1985 de 10 de julio, citada en incontables sentencias posteriores.
[1026] GARRIDO FALLA, F. "Artículo 27", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001. p. 632.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

públicos "mediante una programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE)"[1027]. De lo que se trata en definitiva es del derecho a la obtención de una plaza en un centro docente, sin que llegue a abarcarse el derecho al establecimiento del correspondiente servicio público[1028], tal y como ha señalado GARRIDO FALLA[1029]. Como contrapartida, no obstante, el apartado 5 del artículo 27 recoge la obligación de los poderes públicos de garantizar plazas suficientes para todos los destinatarios mediante la creación de centros y una adecuada programación de la enseñanza.

Desde un punto de vista subjetivo, la constitución otorga la máxima amplitud en cuanto a su titularidad. El texto fundamental habla de "todos" como sujetos del derecho a recibir educación. Por tanto, cualquier persona que resida en territorio español será titular de este derecho, ya sea español o extranjero. Para éstos últimos, no obstante, habrá que estar a lo que digan las leyes y tratados según el artículo 13.1 CE en cuanto al ejercicio concreto del mismo. Esta amplitud es lógica ya que no sería lícito constitucionalmente limitar subjetivamente un derecho cuya finalidad es el desarrollo de la personalidad en el respeto a la democracia y a los derechos fundamentales (art 27.2 CE). Es por tanto un derecho que se posee por ostentar la mera condición de persona.

En síntesis, puede afirmarse que nuestra constitución configura el derecho a la educación como un derecho de prestación que debe ser satisfecho a todas las personas que se encuentren en nuestro territorio, utilizando para ello el correspondiente servicio público que los poderes públicos deben organizar. Es decir, el constituyente ordena tanto al legislador como a la administración el que se hagan cargo de proveer las plazas educativas suficientes para satisfacer todas las necesidades educativas existentes en nuestro país a través de un sistema de enseñanza pública, ya que, si la provisión de este servicio se dejara exclusivamente a la iniciativa privada, no sería posible conseguir el objetivo constitucional, debido a la exclusión del mercado de aquellas personas que no tuvieran los recursos económicos suficientes, tal y como nos ha demostrado

[1027] FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A. J. "Artículo 27. Enseñanza", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo III. Arts. 24 a 38. Cortes Generales. Madrid, 1996. p. 171.
[1028] No obstante, como ha señalado EMBID IRUJO, hay que tener en cuenta que la ubicación del artículo 27 CE —aquí se encontraría la única diferencia con los derechos a la vivienda y a la salud— hace que éste pudiera hacerse valer directamente ante los tribunales para controlar las medidas administrativas o la inactividad de la administración si el establecimiento del servicio público puede considerarse un requisito indispensable para el ejercicio del derecho a la plaza educativa. Cit. en FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A. J. "Artículo 27. Enseñanza…" cit. p. 173.
[1029] GARRIDO FALLA, F. "Artículo 27"… cit. p. 636

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sobradamente la historia[1030]. Ahora bien, a pesar de lo dicho, tampoco puede hablarse aquí de la existencia de un monopolio público, ya que no hay ningún impedimento para que la iniciativa privada coexista con la pública, como hemos señalado al hablar de la vivienda. Es más, en este caso, la posibilidad de la iniciativa privada viene admitida expresamente por la propia libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) y de creación de centros docentes (art. 27.6 CE), así como por el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Esta educación "privada" se encargaría únicamente de satisfacer las necesidades educacionales de aquellas personas que declinaran el ejercicio de su derecho a la educación en un centro público creado por el estado y sería por lo tanto —digámoslo así— "residual".

C) Conclusión

Como se ha podido observar, los derechos prestacionales analizados cubren diversas necesidades básicas derivadas de la propia dignidad humana cuya distinta ubicación sistemática no supone un obstáculo para hablar de una unidad ontológica entre todos ellos. Dicha naturaleza común permitirá reclamar un trato unitario, así como una interpretación análoga de los mismos. La única diferencia apreciable será el distinto régimen de protección y reclamación que el texto fundamental vía artículo 53 CE les otorga, pero ello —repetimos una vez más— ni quita ni pone en su condición de auténticos derechos subjetivos de prestación.

Es una cuestión pacífica el que las necesidades a las que se refieren dichos derechos no se satisfarían adecuadamente si se deja su suministro exclusivamente a la iniciativa privada. Precisamente por ello, se crea un servicio público encargado de conseguir que todas las personas puedan acceder a bienes tan valiosos. Dado que, como ya se ha apuntado, estas necesidades se derivan de la propia dignidad humana, dichos servicios públicos se establecen *ab initio* con vocación de universalidad y es el sujeto el que, en ejercicio de su libertad, puede declinar su uso y optar por satisfacerlas acudiendo al mercado privado si lo estima oportuno y si tiene los medios suficientes.

[1030] En este sentido no hay que más que constatar el deficiente nivel cultural que ha existido en nuestro país hasta la generalización del derecho público a la educación. En GARRIDO FALLA, F. Artículo 27… cit. p. 633 y ss. podemos encontrar un sucinto resumen de la historia del servicio público. Con más detalle en BAKER, E. *Los servicios públicos en Europa*, trad. esp., 1946. pp. 108 y ss. citado en la misma obra.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

De forma paradójica, cuando se llega al derecho a la vivienda, la realidad es completamente distinta. Nos encontramos nuevamente ante una necesidad básica derivada de la dignidad humana y, sin embargo, en este caso, por sorprendente que parezca, el medio preferente de suministro es el mercado privado, aunque la duda sobre su eficacia en la materia sea cuanto menos razonable. El único servicio público existente es claramente insuficiente, residual, destinado a determinados sectores de la sociedad y, con demasiada frecuencia, dependiente del ritmo que le marcan los promotores[1031].

Como es ostensible, esta diferencia de tratamiento atenta a la lógica. No puede entenderse, salvo que maliciosamente se repare en los cuantiosos beneficios que reporta este sistema, por qué existe esa diferencia de trato entre derechos de igual naturaleza. Por tanto, no resulta descabellada la idea de que el suministro de viviendas se rija por la misma lógica que impera en sanidad y educación. De este modo, se conseguiría unificar el tratamiento de los derechos prestacionales y se dotaría al sistema constitucional de una coherencia en la materia de la que ahora carece.

4.3.2.2. Aplicación del modelo valorativo propuesto a nuestro ámbito de estudio

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el modelo urbanístico que se puede derivar de la constitución en materia de vivienda no es un modelo neutral en el quepa todo[1032]. Creemos haber demostrado suficientemente que, en virtud de una interpretación sistemática del texto constitucional y de los tratados internacionales sobre la materia[1033], la ordenación territorial debe considerar a la vivienda un bien básico protegido y un derecho fundamental social plenamente exigible por toda la población como correlato de su dignidad personal. Por ello, la misma debe estar excluida en la medida de lo posible de la lógica económica del mercado[1034], así

[1031] Como ya vimos, cuando las tensiones especulativas hacen subir el precio de la vivienda —que es cuando más falta haría este tipo de servicio— los promotores dejan de construir viviendas protegidas y se dedican al mercado libre, mucho más suculento. Sólo cuando éste está de capa caída, acuden al "segundo plato" de las viviendas sociales. De este modo, el mercado protegido de la vivienda parece más un balón de oxígeno para los promotores que efectivamente un servicio público.
[1032] Se ha señalado muy acertadamente que la apertura constitucional no equivale en ningún caso a neutralidad. Una constitución que reconoce derechos sociales y que en nombre del estado social impone límites y deberes a los poderes públicos y de mercado no puede ser absolutamente neutra en términos económicos. PISARRELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías*… cit. p. 94.
[1033] Criterio de interpretación autorizado —repetimos una vez más— en virtud del artículo 10.2 de la carta magna.
[1034] Como ha señalado PISARELLO, del parágrafo 7 de la Observación general nº 4 al PIDESC puede extraerse que la vivienda no puede considerarse en sentido restrictivo como una simple mercancía

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

como a salvo de sus tendencias especulativas. Ahora bien, no se puede caer en interpretaciones simplistas como que se tenga derecho a una "vivienda gratis" en todo caso. De lo que se trata es de que la administración establezca un sistema de suministro de viviendas que asegure la satisfacción de las necesidades habitacionales de cualquier persona que lo necesite sin tener que acudir forzosamente a un mercado privado en el que la vivienda sea desposeída de su carácter de bien básico y sea considerada exclusivamente como una mercancía con la que obtener los máximos réditos posibles. En tal sentido cabría perfectamente en la constitución un sistema en el que la administración se comprometiera a hacer frente —directamente o mediante concesión[1035]— a la demanda de vivienda por motivos residenciales[1036], sea ésta de compra o alquiler, mediante unas viviendas-tipo (al estilo de las actuales VPO) cuyo precio se ajustaría a los costes de producción y cuyas posteriores transmisiones entre particulares se controlarían estrictamente[1037]. Las viviendas para llevar a cabo este

accesible sólo para aquellos que puedan pagarla en el mercado (una *comodidad* dice textualmente la referida Observación). PISARELLO, G. *Vivienda para todos*… cit. p. 81.

[1035] A estos efectos, con las debidas cautelas, podría resultar interesante el empleo de la fórmula organizativa del "servicio universal" como un modo de compatibilizar la atención a situaciones sociales innegables y el embride de conductas estatales intervencionistas que mermen excesiva o innecesariamente el espacio del mercado. Este servicio universal es el resultado de sustraer por parte del estado —total o parcialmente—, del terreno del libre mercado y de sus reglas, la satisfacción de determinada necesidad económica para someterla a un régimen de derecho público de control y regulación para posibilitar su acceso a la generalidad de la población, por entender que éste es imprescindible para cumplir la garantía del derecho humano a gozar de un nivel de vida adecuado. La diferencia con el antiguo "servicio público" radicaría en que lo fundamental aquí no sería el factor subjetivo de una administración protagonista que imparte forzosamente las prestaciones desde el sector público, sino que el nuevo basamento reside en la atención de la persona del usuario y su familia. De este modo, la existencia del servicio universal, no implica la estatalización de la prestación de forma total, sino que incluso es aconsejable que ésta sea confiada a prestadoras privadas bajo un estricto control de la administración para evitar la contractualización de los elementos esenciales del servicio universal como las tarifas o el acceso generalizado. El control público también será necesario para evitar que la prestadora privada proyecte los privilegios públicos recibidos por la explotación del servicio hacia otros negocios relacionados de tal modo que obtenga ventajas inadmisibles en el mercado. Para una visión más profunda del servicio universal en relación con los derechos sociales vid. PÉREZ HUALDE, A. "El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global (una crítica a las expresadas razones de "cohesión social" y "solidaridad")", en *Derechos económicos y sociales* (Dir. EMBID IRUJO, A.). Iustel. Madrid, 2009. Relaciona también el servicio universal con la prestación de los servicios esenciales TEJEDOR BIELSA, J. "Régimen jurídico general de la vivienda protegida", en *Construyendo el derecho a la vivienda* (Coord. LÓPEZ RAMÓN, F.). Marcial Pons. Madrid, 2010. p. 314.

[1036] A este fin, serían de gran utilidad los registros de demandantes de vivienda creados por el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan estatal de vivienda y rehabilitación 2009-2012, ya que los mismos permitirían conocer exactamente las personas que desean ejercer su derecho constitucional a la vivienda y las que optan por el mercado libre. Con ello se sabría cual es la cantidad exacta de vivienda que se necesita en una población sin que se produjeran excedentes o desajustes entre oferta y demanda que supongan un desperdicio de recursos.

[1037] De cara a obtener suelo para estas actuaciones, pueden pensarse diversos sistemas que impidan la generación de beneficios desorbitados o injustos para los titulares del suelo, a fin de evitar incrementos inflacionarios del precio final de las viviendas. Nosotros nos mostramos partidarios de sistemas

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sistema se obtendrían bien a través de la nueva construcción, bien —incluso preferentemente— a través de la restauración pública del patrimonio inmobiliario degradado ya existente[1038]. Por su parte, el suelo necesario debería asegurarse por el planeamiento, el cual se encargará de reservar importantes cantidades de suelo para estas actuaciones, consiguiendo con ello también mantener a raya el mercado privado.

Tal manera de proceder guiaría la construcción en función de las necesidades habitacionales reales, alejándose así de la lógica economicista y de la búsqueda de beneficio especulativo de las que hacen gala los promotores privados, actuales responsables de prácticamente la totalidad de la oferta de vivienda en nuestro país[1039]. Junto a este sistema, coexistiría residualmente la promoción privada libre para aquellos ciudadanos que declinaran su derecho constitucional a una vivienda y prefirieran satisfacer sus necesidades habitacionales a través del mercado, optando por viviendas de mayor suntuosidad, o bien para aquellos que desearan acceder a una segunda residencia, amén de los inmuebles comerciales. No habría así objeciones constitucionales desde el

expropiatorios en los que el justiprecio no tenga en cuenta las expectativas urbanísticas, al estilo de la *Community Land Act de 1975* en Gran Bretaña, pero también pueden ser válidos sistemas de aumento progresivo de los patrimonios públicos de suelo que eliminen las rentas de posición de los propietarios; fórmulas de tipo fiscal que absorban las plusvalías derivadas de la acción infraestructural de los poderes públicos; sistemas como el español (compensación), en los que se genere una plusvalía para el propietario del suelo a cambio de que éste asuma la urbanización y ceda una serie de terrenos, pero controlando estrictamente que dicha plusvalía no pueda superar en ningún caso la compensación por los terrenos, sin tener en cuenta las expectativas urbanísticas y los costes de las actuaciones llevadas a cabo; sistemas expropiatorios basados en el ejercicio antisocial de la propiedad, etc. A estos efectos, es plausible la decisión política adoptada en el RDL 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del suelo, de eliminar las expectativas urbanísticas del justiprecio en la expropiación urbanística.

[1038] Como acertadamente ha señalado BASSOLS COMA , en "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. pp. 23-24, la reserva patrimonial existente raramente se tiene en cuenta y todos los esfuerzos de una política centrada fundamentalmente en el déficit cuantitativo se dirigen a la creación de nuevas viviendas. Frente a ello, el artículo 47 de la constitución impone a los poderes públicos centrar su atención en el patrimonio inmobiliario existente (lo cual se deduce de las exigencias de dignidad y adecuación que adjetivan al derecho a la vivienda, entendida ésta en un sentido amplio como tendremos ocasión de ver inmediatamente) para adecuar sus niveles de habitabilidad a las exigencias actuales en paridad con las viviendas de nueva construcción. En nuestra opinión, esta atención especial hacia el patrimonio inmobiliario ya existente viene además reforzado por el mandato constitucional de utilización racional de los recursos naturales —en este caso el suelo— que aparece recogido en el artículo 45 de la carta magna.

[1039] Si se observan de forma conjunta las estadísticas ofrecidas por el ministerio de fomento en cuanto a número de calificaciones definitivas de VPO en los planes estatales y autonómicos de vivienda (http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=318&Itemid=431), número de viviendas libres terminadas a nivel estatal (http://www.mviv.es/es/index.php?option=com_content&task=view&id=379&Itemid=434), así como sobre certificaciones de fin de obra: Nº de viviendas según promotor (http://www.fomento.es/BE/?nivel=2&orden=09000000), puede observarse cómo, aproximadamente, en los años de mayor virulencia constructiva —2006, 2007 y 2008—, el porcentaje de VPO en relación con el total de vivienda no llegó a superar el 10%. De este 10%, a su vez, sólo el 7%, el 8% y el 9% respectivamente correspondieron a promoción pública, lo que representaba únicamente un 0,7%, 0,88% y 1,06% del total en cada uno de los años aludidos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

punto de vista de la economía de mercado ni desde el de la libertad de empresa (art. 38 CE)[1040].

El sistema que proponemos es consistente además con el inciso segundo del artículo 47 CE[1041], en el cual se contiene un mandamiento instrumental a los poderes públicos para que desarrollen las medidas legislativas y administrativas necesarias para dotar de eficacia material al derecho que previamente se reconoce en el inciso anterior. Entre ellas, se cita a modo de ejemplo la regulación de la utilización del suelo para evitar la especulación, pero esta medida sólo es una de las que puede llevar a cabo el poder público[1042], ya que nos encontramos ante una obligación de resultado (hacer efectivo el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda) para conseguir el cual se podrán utilizar todos los medios necesarios, entre ellos, por supuesto, el sistema que nosotros planteamos.

Con este sistema, las personas —con independencia de los distintos ciclos económicos— pueden obtener una vivienda asequible[1043] y adecuada a sus necesidades en el momento en que lo requiera su respectivo ciclo vital. Tal asequibilidad se posibilitará, según hemos visto, mediante la eliminación de los beneficios especulativos que han estado asociados a la promoción inmobiliaria y mediante el ajuste del precio a los costes de producción[1044] sin la búsqueda de beneficios extraordinarios en el sentido económico-técnico de la expresión[1045]. Este sería el sistema general pensado para toda la población, no obstante, puede haber personas que, debido a sus condiciones económicas o sociales, ni siquiera con tal sistema puedan acceder a este bien básico. Para ellos habría que instrumentar medidas más poderosas como préstamos cualificados, subsidiación de intereses, cuotas de vivienda reservadas exclusivamente, subvenciones de las rentas de alquiler, entregas gratuitas de alojamiento, acogimiento

[1040] De otro lado, nuestro proceder cabría intachablemente en los parámetros establecidos por el artículo 128.2 de nuestra carta magna, el cual permite la iniciativa económica pública y la asunción en exclusiva de recursos o servicios esenciales por parte del poder público.
[1041] Ahora sí, un principio rector que se incluye para reforzar el derecho fundamental que previamente se ha reconocido en el inciso anterior.
[1042] Así también HERRANZ CASTILLO, R. "Consideraciones sobre el derecho a la …" cit. p. 3.
[1043] Dicha asequibilidad forma parte del propio concepto de vivienda adecuada según se colige de la OG n 4 al PIDESC en su punto 8 en el cual se establece que el carácter adecuado conlleva tanto gastos soportables, como asequibilidad en sentido propio.
[1044] Materiales, mano de obra, dirección, gestión, suelo sin expectativas especulativas…
[1045] En sentido técnico los beneficios extraordinarios son aquellos que se producen cuando los ingresos totales superan a los costes totales.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

temporal, etc., dependiendo de la gravedad de su situación[1046]. Entre los colectivos merecedores de una mayor protección podríamos situar a los ancianos, los jóvenes, las mujeres maltratadas, los disminuidos físicos y psíquicos, los inmigrantes, las minorías étnicas marginadas…

De entre los grupos acabados de citar, consideramos que el caso de los jóvenes es de una elevada importancia y debe ser analizado muy sucintamente por separado. Como tuvimos ocasión de ver en el capítulo 3, la situación actual en la materia era bastante preocupante. Debido al estado del mercado de la vivienda y a la precariedad laboral, la edad de emancipación había aumentado ostensiblemente, poniendo con ello en riesgo la estabilidad demográfica y el propio sostenimiento del estado del bienestar[1047]. La constitución, por su parte, sólo parece aludir de forma expresa a la especial protección de la tercera edad (art. 50 CE) y de los discapacitados (art. 49 CE). Sin embargo, como ha hecho notar acertadamente BASSOLS COMA, "*una interpretación progresiva del texto constitucional en atención al carácter de necesidad social de la vivienda (...) permite considerar que los beneficiarios especiales o protegidos no se reducen exclusivamente a los especificados en la Constitución de forma expresa.*[1048]". Por tanto, creemos que entre los colectivos merecedores de una muy especial protección residencial deben encontrarse sin lugar a dudas los jóvenes por su importancia en la reproducción social, pero, es más, dudamos de que esta especial atención no pueda tener anclaje constitucional en una interpretación conjunta del precepto que se dedica a la protección de la familia (art. 39 CE) y del precepto que promueve la participación de la juventud (art. 48 CE). Así, los jóvenes cuando abandonan el hogar, lo hacen en la gran

[1046] De este modo, se trataría de crear un modelo de dos velocidades. En la primera velocidad, la generalidad de la población podría optar a una vivienda perfectamente asequible despojada de contenido económico y mercantil. En la segunda, las personas con menos posibilidades, además, recibirían diversas ayudas dependiendo de su situación económica. Junto a este sistema que corresponde al derecho fundamental a la vivienda, podría existir además de manera residual el mercado para los inmuebles que no constituyan vivienda y para las viviendas de mayor suntuosidad o segundas residencias. Un modelo de dos velocidades es demandado también para Italia por CIVITARESE MATTEUCCI, S. "La política de vivienda en Italia", en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.) y OTROS, *Construyendo el derecho a la vivienda*. Marcial Pons. Madrid, 2010. p. 123.

[1047] Vid., entre otros, ROMERO ÁLVAREZ, F. J. "Inclusión y exclusión en el mercado inmobiliario. Análisis de las dificultades económicas de las familias españolas y andaluzas a la hora de obtener financiación para el acceso a la vivienda y de asumir los compromisos adquiridos", en *Jornadas sobre el derecho a la vivienda. El papel de los poderes públicos como garantes del derecho constitucional y estatutario a acceder a una vivienda digna y adecuada*. Defensor del Pueblo Andaluz. Sevilla, 2008. p. 59; TEJEDOR BIELSA, J. "Régimen jurídico general de…" cit. p. 313.

[1048] BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución…" cit. p. 19.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

mayoría de los casos para organizar una familia propia según muestran los estudios. Debido a ello, la protección familiar que se desprende de la constitución abarca sin duda el interés en dotar a dichas familias incipientes de una vivienda para que puedan desempeñar su propia vida en condiciones de dignidad y para que puedan llevar a cabo su valiosa misión de relevo generacional, vivienda que, de otro lado, es indudablemente una de las condiciones fundamentales y necesarias "*para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural*". (art. 48 CE).

4.3.3. La perspectiva político-democrática

4.3.3.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional

4.3.3.1.1. Introducción: Planteamiento del problema

En el apartado que iniciamos a continuación el objetivo que guiará nuestro proceder no será otro que el de intentar poner de relieve, a través de una lectura sistemática del texto constitucional, cuál es el posicionamiento que el constituyente adopta ante el fenómeno de la corrupción en general. Posteriormente aplicaremos tal postura al ámbito específico de lo urbanístico-inmobiliario, a fin de obtener un patrón que nos permita juzgar cabalmente cómo debe desenvolverse correctamente la regulación jurídica y la actividad material en dicho sector para evitar en la medida de lo posible el surgimiento de la corrupción.

Como tuvimos la ocasión de ver *supra,* vamos a entender de modo genérico por corrupción el uso ilegítimo de potestades públicas para satisfacer intereses privados. A pesar de la aparente sencillez y claridad de tal definición, se advierte que ella caben multitud de comportamientos de la más variada gravedad (desde usar el teléfono público para realizar llamadas privadas o hacer fotocopias personales hasta recalificar unos terrenos a cambio de una cantidad de dinero "B" durante una comida pagada con caudales públicos). Tal circunstancia nos pone en contacto con el hecho de que la corrupción no es un fenómeno unívoco, sino que responde a una determinada valoración social.

Por tanto, la postura que deba tomarse ante la corrupción es algo menos obvio de lo que pudiera parecer a simple vista. Aunque el impulso natural sea el de pensar que es

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

una realidad que debe ser erradicada, no han faltado voces que la han defendido como un elemento de progreso y modernización para la sociedad[1049].

Como consecuencia, a la hora de poder justificar una toma de posición frente a la corrupción es preciso hallar un punto de apoyo legítimo que nos permita mantener una postura favorable o contraria a la misma. En dicha empresa nos parece interesante acudir a la constitución, en cuanto pacto fundante de nuestra sociedad, para tomar un posicionamiento fundado en algo más que la mera ética personal o una sumaria distinción "bueno/malo".

4.3.3.1.2. Pautas que se desprenden de la constitución

A) El preámbulo: la apuesta por una democracia avanzada

Al acudir a nuestra carta magna, hallamos desde su inicio ciertas pistas sobre la posición que se adopta en torno al fenómeno que estudiamos. Ya en el propio preámbulo, se recoge la voluntad que la anima de hacer de la nación española una sociedad democrática avanzada, lo cual, a nuestro entender, supone una primera muestra del rechazo de la corrupción. Así, a lo largo de las páginas que siguen se va a entender la corrupción y la democracia como dos conceptos antagónicos que se relacionan entre sí en un juego de suma cero: a mayor corrupción menos democracia y viceversa. Consecuentemente, cualquier indicación constitucional a favor de una democracia de calidad se entenderá simultáneamente como un signo de que se rechaza un modelo corrupto de gobierno.

Según ha señalado VILLORIA[1050], para poder hablar con propiedad de democracia son necesarios unos requisitos mínimos. Entre ellos pueden citarse los siguientes:

- Un sistema político que gobierne basándose en la libertad legal para proclamar alternativas políticas.
- La existencia real de las libertades de asociación, expresión y otras básicas que permitan la controversia no violenta entre las diferentes facciones de la sociedad.

[1049] Vid. un sucinto resumen de estas posturas favorables a la corrupción en MALEM SEÑA, J. F. *La corrupción*…cit. pp. 61-66 y MALEM SEÑA, J. F. *Globalización, comercio internacional y*… cit. pp. 126-145; Vid tb. NIETO GARCÍA, A. *La corrupción en la España*…cit. pp. 90-102 y HUNTIGTON, S. P. *El orden político en las sociedades en cambio* (Trad. de MAZIA, F.). Paidós. Buenos Aires, 1990. Este último autor puede ser considerado uno de los mejores representantes de estas tesis.
[1050] VILLORIA MENDIETA, M. *La corrupción*… cit. pp. 128 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- Una revalidación periódica del derecho a gobernar de las elites dirigentes.
- La inclusión de todos los cargos políticos efectivos en el proceso democrático.
- Que se permita la participación de todos los miembros de la comunidad con independencia de sus convicciones políticas, siempre que se expresen pacíficamente.

Utilizando estos requisitos podemos distinguir entre democracias reales y democracias imperfectas, pues cuando falte alguno de dichos elementos, nos encontraremos ante democracias imperfectas (excluyentes, de dominio o iliberales). No obstante, entre las democracias reales hay diferencias de calidad según la mayor o menor existencia de otros elementos adicionales de control y participación. Por tanto, las democracias reales se inscriben en un espectro que va desde los mínimos que las configuran propiamente como tal hasta llegar a democracias avanzadas o de calidad. Cuando las democracias llegan a tal calificación, la corrupción tiene más difícil asentarse, ya que serán menores las posibilidades de dominación arbitraria de unos —los corruptos— sobre el resto. De este modo, el hecho de que el preámbulo de la carta magna fije como objetivo la consecución de una sociedad democrática *avanzada* no deja de ser implícitamente una primera afirmación del propósito de reducir la corrupción a su mínima expresión.

B) El articulado de la constitución

Además de la toma de postura genérica que representa el preámbulo, en el texto articulado —jurídicamente obligatorio por tanto—, pueden atisbarse también ciertas previsiones que orientan sobre el posicionamiento de nuestro ordenamiento jurídico ante el fenómeno de la corrupción. A continuación repasaremos esta serie de tomas de postura fundamentales.

Como vimos *supra*, la corrupción depende de multitud de factores. Algunos podían ser circunstanciales, como la entidad económica de las decisiones administrativas a tomar, la permisividad social, la honestidad de la clase política, la existencia de sectores económicos sobredimensionados, etc[1051]. Junto a ellos existían también una serie de factores estructurales o formales que, según expresión de LAPORTA, eran "*su caldo de cultivo más decisivo*", los cuales correlacionaban

[1051] Vid, *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.3.2.4.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

positivamente con la aparición del fenómeno que tratamos. Tales determinantes aparecían claramente definidos en la llamada *ecuación básica de la corrupción* de KLITGAARD[1052]:

Corrupción = Monopolio del poder + Discrecionalidad del poder – Responsabilidad

De este modo, la existencia de tales factores en un mayor o menor grado era un importante factor de riesgo, cuando no una sólida base, para la aparición de prácticas corruptas. Será sobre la actitud del texto constitucional en relación con cada una de estas causas estructurales sobre lo que tendremos que indagar.

i) Monopolio del poder vs. principio democrático del poder

α) La democracia representativa

Como señala LAPORTA, la corrupción encuentra su terreno más propicio en aquellas sociedades en las que las decisiones públicas se toman en régimen de monopolio personal o institucional[1053]. En este tipo de sociedades, o en aquellos sectores de las mismas en las que se da una mayor concentración del poder, existe un mayor riesgo de que esa cúpula acabe finalmente abusando de él en beneficio propio al existir un menor contrapeso de otros poderes. Al mismo tiempo, si finalmente la monopolización da lugar al surgimiento de la corrupción, ésta tiende a reforzar el proceso de concentración del poder en manos reducidas, generándose un bucle que culminará con la conversión del sistema corrompido en otro completamente distinto.

Desde esta perspectiva —como también vimos *supra*— un riesgo de gran magnitud en nuestra sociedad es el papel predominante que han adquirido los partidos políticos, los cuales cuentan con muy amplios sectores de poder[1054] y crean con ello un ambiente idóneo de cara al surgimiento de la corrupción.

Las previsiones constitucionales son, sin embargo, claras al respecto. Ya el propio artículo 1 CE contiene dos afirmaciones fundamentales, que se posicionan claramente en contra de los procesos de concentración del poder. En primer lugar, el apartado 1

[1052] Vid. *supra* Cap. 3. Apdo. 3.3.2.
[1053] LAPORTA. F. J. "La corrupción política…" cit. p. 27
[1054] LAMO DE ESPINOSA se refiere ilustrativamente a tal situación como "cesarismo" de los partidos. LAMO DE ESPINOSA. "Corrupción política y ética económica", en *La corrupción política*(Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997. p. 285.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

concibe a España como un estado democrático y, en segundo lugar, el apartado 2 afirma que la soberanía, el poder, reside en el pueblo y que de él emanan todos los poderes del estado.

Realmente es en el segundo apartado donde se consagra el principio democrático del poder. Dicho apartado asegura que, incluso constituido ya el estado a través de la constitución, el titular del poder sigue siendo el pueblo, el cual puede incluso revisar la carta magna, tal y como señala el artículo 168 de la misma. Ahora bien, nuestra constitución no es sólo democrática porque haya emanado del pueblo, sino porque adopta esta forma de gobierno[1055], concretamente en el apartado 1 del artículo 1. De tal modo, es realmente la conjunción de los apartados 1º y 2º del artículo 1 la que da vigencia a la democracia como principio legitimador de la constitución y como principio estructural del estado[1056].

El principio democrático en puridad hace referencia al origen del poder, pero no obsta en modo alguno a que el mismo se materialice de forma representativa a través de las organizaciones políticas. Es más, según reiterada jurisprudencia del tribunal constitucional, es esta forma representativa la que ostenta la condición de "regla general" frente a los mecanismos de participación directa en nuestra sociedad. Ahora bien, dicho esto, igualmente debe puntualizarse que la aceptación de la representación conlleva la exigencia del ejercicio real de la misma, configurado como un derecho en el artículo 23. 1 CE[1057]. Es decir, los ciudadanos no renuncian a sus intereses, que serían interpretados y articulados como mejor convieniera a los representantes, sino que, como se extrae del referido artículo, siguen siendo los titulares y máximos intérpretes de aquellos y parte activa en la vida política de la nación, pero a través de unos mandatarios que nunca deben olvidar el interés de sus mandantes —los ciudadanos en general—.

[1055] ARAGÓN REYES, M. "Artículo 1", en *Comentarios a la constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. p. 36.
[1056] ARAGÓN REYES, M. "Artículo 1" cit. p. 27.
[1057] **Art. 23. 1 CE**. "Los ciudadanos tienen el *derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes* libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal"

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Esta consecuencia del principio democrático se refuerza cuando el político obtiene el cargo al que aspira, como nos recuerda el artículo 66.1 CE[1058]. Con la elección, al contrario de lo que suele ocurrir en la realidad, el político electo no se libera de su función representativa, sino que dicha función se intensifica precisamente por el carácter público del cargo que ahora ostenta[1059]. La prohibición del mandato imperativo (art. 67.2 CE) no puede interpretarse como que, una vez que se deposita la confianza en los representantes, éstos quedan desligados de la voluntad de los electores para ejercer su mandato con total independencia. La interpretación correcta de esta institución pasa por considerar que dicho representante no debe ceñirse al interés exclusivo de la facción social o distrito electoral concreto que le ha votado, sino que su obligación es la de actuar en pro de los intereses generales de todos los ciudadanos y, en ningún caso, en función de los propios o los de su partido o grupo político[1060]. El funcionamiento real del congreso que puede observarse en cualquier retransmisión televisiva, sin embargo, no completamente acorde a estas prescripciones. Las más de las veces asistimos a un espectáculo en el que los portavoces de los grupos políticos mayoritarios se dedican a rechazar lo propuesto por el adversario sin perjuicio de que, en el caso de obtener el poder, apliquen soluciones sustancialmente similares.

De acuerdo con todo lo dicho, la progresiva autonomía con respecto a la ciudadanía que han ido adquiriendo los partidos políticos, así como sus miembros electos y grupos políticos dependientes, y el desarrollo de un interés propio en la consecución y el mantenimiento en el poder pueden considerarse como una contravención del principio democrático y del derecho fundamental a la representación,

[1058] **Art. 66. 1** CE. "Las Cortes Generales *representan* al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado".

[1059] Esta afirmación es respaldada por una continuada jurisprudencia del tribunal constitucional según la cual el representante electo lo es del pueblo y no del partido. Por ello no es posible el cese en un cargo público electivo por expulsión del partido en el que figuró como candidato (STC 5/1983, STC 10/1983) o por causar baja en el mismo (STC 28/1984). Del mismo modo, se ha negado eficacia al precepto de los estatutos de un partido que preveía que la baja como afiliado de cualquier miembro electo conllevaba la obligación por parte del afectado de cesar en el cargo público para el que fue elegido en representación del partido (STC 299/2006).

[1060] En este sentido, RECODER DE CASSO, afirma que la prohibición del mandato imperativo tiene por fin reafirmar la soberanía del pueblo por encima de los partidos. En aquellos casos en los que la política del partido se aparte de la que, en conciencia de los parlamentarios fue votada por su electorado o es mantenida por éste en cuestiones nuevas, pueden aquellos escaparse de la disciplina que el partido impone. Se trata de reconducir a los partidos políticos a las funciones que el artículo 6 de la constitución les asigna recordándoles que no pueden suplir al pueblo, del que los diputados y senadores son, en definitiva, representantes. RECODER DE CASSO, E y GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, P. "Artículo 67.2", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001. p. 1126.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

puesto que no son los intereses generales los que guían la acción política, sino los intereses propios de partido. En tal sentido, es oportuno recordar el tenor literal del artículo 6 CE, el cual señala que la función de los partidos políticos es la de la manifestación —no la de la suplantación o la interpretación— de la voluntad popular y la de ser ***instrumento*** de la participación política, lo cual, una vez más, destierra la posibilidad de la existencia de fines propios de estas instituciones que no sean los de los ciudadanos. En dicho contexto, cobra una especial importancia el programa ideológico de cada partido, ya que es dicho instrumento el que va a permitir a la población otorgar la gestión de sus intereses a una u otra formación por identificación con el mismo[1061]. Por ello, los partidos deben tener unos programas políticos ideológicos, que no sean una suerte de "red de pesca" de votantes que se conforme, no en virtud del deseo de poner en práctica ciertas políticas, sino de la cantidad de votos que pueda aprehender. La existencia de dichos programas claros e ideológicos es una exigencia del propio artículo 6 CE ya que, según dicho precepto, los partidos deben expresar el pluralismo político, valor superior del ordenamiento jurídico en virtud del art. 1.1 CE. Dicho principio supone la existencia efectiva de una pluralidad de ideologías de modo que los ciudadanos puedan tener diversas opciones de gobierno, pudiendo desplazarse de una a otra en función de sus objetivos, valores o intereses. Si por el contrario, con el fin de obtener el poder los partidos amplían sus programas para intentar dar cabida a todo el espectro político y se desideologizan, no existen alternativas políticas reales y ello acaba con la democracia, ya que los ciudadanos no cuentan con alternativas ni modos de cambiar el sistema desde dentro.

Igualmente, el artículo 6 CE habla de la obligación del funcionamiento democrático de los partidos. Difícilmente pueden estas asociaciones ser cauces de manifestación de la voluntad popular e instrumentos de la participación y gestión en el estado, si sus estructuras y su funcionamiento son autocráticos[1062]. En este sentido, la democracia interna es fundamental para evitar las redes clientelares, que hacen que

[1061] Sobre esta importancia fundamental del programa político vid. las SSTC 5/2004, de 16 de enero FJ 9 y 136/1999, de 20 de julio FJ 14.

[1062] DUQUE VILLANUEVA, J. C. y REQUEJO PAGUÉS, J. "Artículo 6", en *Comentarios a la constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. p. 94. A pesar de ello se observa un déficit democrático en los mismos puesto de manifiesto por numerosos autores. El legislador igualmente ha establecido unos mínimos muy exiguos que en la práctica hacen dudar de la aplicación real de esta prescripción.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

finalmente se vulnere el principio de representación y, en definitiva, la igualdad efectiva en la participación política consagrada en el artículo 9. 2 CE[1063].

β) Mecanismos de democracia directa

Es necesario recordar igualmente que, junto a la participación mediante representación, la constitución recoge también mecanismos de participación directa que también se oponen a ese monopolio del poder que es causa y a la vez consecuencia de la corrupción. Entre ellos señala GARRIDO FALLA los siguientes[1064]:

- El ya citado art. 9.2 CE, que declara que los poderes públicos fomentarán la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.
- El art. 51 CE, en el que se fomentan las organizaciones de consumidores y usuarios.
- El art. 87.3 CE, que se refiere a la participación ciudadana en la iniciativa legislativa.
- El art. 105. a) CE, que declara la audiencia de los ciudadanos y de las organizaciones y asociaciones en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
- El art. 125 CE, que dispone que los ciudadanos podrán participar en la Administración de justicia a través del jurado
- El art. 131.2 CE, referido al asesoramiento y colaboración de los sindicatos y organizaciones profesionales, empresariales y económicas en la elaboración de los proyectos de planificación.

A pesar de ello, no puede pensarse que nuestra constitución es la panacea democrática. Sobre todo en materia de participación directa (quizás a raíz de su origen transicional), se echa de menos unas menores trabas a la misma y una mayor confianza en la madurez de los ciudadanos, ya que el predominio casi absoluto de la representación, aun interpretada como lo hemos hecho, no deja de constituir —aunque legítima— un cierto monopolio del poder y una limitación de la democracia que implica ciertos riesgos de aparición de la corrupción.

[1063] Tal vulneración de la igualdad en la participación política se produce debido a que las redes clientelares partidistas hacen que sólo la voz de algunos sea oída y expresada políticamente, generalmente la del "complejo político-económico" al que ya nos hemos referido en alguna ocasión. Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.3.2.1. Sobre la vulneración de la igualdad que produce este fenómeno, vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.3.3.
[1064] GARRIDO FALLA, F. "Artículo 1"… cit. p. 38.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ii) Discrecionalidad política: la interdicción de la arbitrariedad

Con la discrecionalidad ocurre lo mismo que con el factor que acabamos de analizar. Nos encontramos ante una realidad que puede facilitar la aparición de la corrupción[1065] y que, a su vez, se convierte en una consecuencia de la misma, en la medida en que el poder ya corrupto intentará no ajustarse a parámetros legales en su actuación decisoria, sino a otras razones como los compromisos clientelares o los beneficios extraposicionales que pueda obtener, razones que los ciudadanos desconocen y que, por tanto, no pueden prever ni controlar, con el consiguiente atentado a sus derechos y expectativas.

La constitución no se opone en un principio directamente a la discrecionalidad. Si acudimos al art. 1.1 CE, encontramos en él la caracterización de nuestro estado como de derecho, lo que limita jurídicamente tanto su actividad como su poder. Es decir, la actividad estatal se va a regir por lo que digan las leyes y la propia constitución como cúspide de aquellas[1066]. A pesar de ello, es obvio que la ley y demás normas jurídicas escritas no pueden regularlo todo ni responder a todas las situaciones que pudieran producirse y, por lo tanto, el Estado de derecho y el principio de legalidad inherente al mismo permiten la existencia de márgenes de discrecionalidad en la actividad estatal siempre que estén previstos por las leyes[1067].

El principio del estado de derecho se concreta en el art. 9.1 CE, en el cual se señala que "los ciudadanos y *los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*". Esta afirmación es fundamental, puesto que al referirse a todo el ordenamiento jurídico, nos está indicando que la sumisión de los poderes públicos no se agota en la ley, sino que se abre paso al juego de los principios generales del derecho en cuanto informadores del ordenamiento jurídico (según el art. 1.4. del código civil)[1068]. Es decir, se está incluyendo la vertiente material del estado de derecho, según la cual no es suficiente con la mera sujeción a las leyes, sino que se incorpora además, una idea de justicia que satisfaga las exigencias éticas prevalentes en

[1065] En ese sentido, NIETO GARCÍA, A. *La corrupción en la España*… cit. p. 195 y GARZON VALDES, E. "Acerca del concepto de…" cit. p. 53.
[1066] ARAGÓN REYES, M. "Artículo 1" cit. p. 31.
[1067] SÁNCHEZ MORÓN, M. "Artículo 103", en *Comentarios a la constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. p. 1690
[1068] GARRIDO FALLA, F. "Artículo 9", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001. p. 159.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

nuestra sociedad[1069]. Tal afirmación queda demostrada cuanto que ese ordenamiento al que están sometidos los poderes públicos no es cualquier ordenamiento jurídico, sino uno basado en los valores de igualdad, libertad, justicia y pluralismo político por mor del art. 1.1 CE[1070].

Por tanto, cualquier decisión de los órganos públicos, aunque sea discrecional, no será completamente libre, sino que puede existir un control de la misma en función de esos principios éticos que se encuentran insertos en el propio estado de derecho y que actuarán como parámetros de valoración constitucional. Es decir, no todo lo que se decida en función de una habilitación discrecional va a ser legítimo, sino sólo aquellas decisiones que se ajusten a los parámetros éticos constitucionales y puedan motivarse en relación a los mismos. En conclusión, puede afirmarse entonces que la constitución, aunque admite la discrecionalidad, proscribe claramente la forma pervertida de ésta, esto es, la mera arbitrariedad que es la que da pie realmente al fenómeno de la corrupción.

Esta conclusión está plasmada de manera positiva en nuestro texto fundamental en su artículo 9.3, en el cual se garantiza claramente la *interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*[1071]. Dicha prohibición, a su vez, se concreta para el ámbito de la actuación administrativa en el art. 103 CE. En el mismo se recoge la obligación administrativa de actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho y siempre con el norte invariable de los intereses generales. Como puede observarse, se hace alusión al sometimiento al "derecho", lo cual es una transposición al ámbito administrativo de lo ya dicho para todos los poderes públicos con respecto al ordenamiento jurídico, esto es, la necesidad de respetar no sólo la ley, sino también los principios generales del derecho y las convenciones ético-jurídicas imperantes. Por otra parte, se alude al sometimiento a los intereses generales. Con ello se quiere hacer hincapié en el hecho de que la administración es una organización abocada a un fin que es el servicio a los intereses

[1069] GARRIDO FALLA, F. "Artículo 1"… cit. p. 30.
[1070] ARAGÓN REYES, M. "Artículo 1" cit. p. 31.
[1071] Según la jurisprudencia del tribunal constitucional, este principio está íntimamente conectado con el valor superior de la justicia del artículo 1.1. STC 181/2000, de 29 de junio (FJ 12). Pese a esa prohibición debe señalarse igualmente que la carga de la prueba de la arbitrariedad corresponde a quien la alegue, puesto que existe una presunción de legitimidad de los actos y normas emanados de los poderes legítimos. STC 13/2007, de 18 de enero (FJ 4). Ambas sentencias citadas en MARRERO GARCÍA-ROJO, A. "Artículo 9.3", en *Comentarios a la constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. p. 163.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

generales y que, por tanto, no tiene intereses propios distintos de aquéllos. Con tales pautas de actuación queda claro que, por amplia que sea, la discrecionalidad administrativa se somete a unos límites jurídicos generales que hacen que sólo pueda usarse, con sumisión a los principios generales del derecho, para atender al interés público y nunca a intereses particulares, debiendo motivarse en todo caso el sentido de la decisión discrecional en virtud de dichos parámetros de forma que no se incurra en arbitrariedad y pueda valorarse si existe una desviación corrupta con respecto a ellos [1072].

Si fuera de otra forma, sería fácil dar lugar a redes clientelares que vulnerarían la igualdad entre todos los ciudadanos consagrada como principio en el art. 1.1 CE y garantizada en el 9.2. CE, ya que sólo aquella parte de la población que se plegara a las demandas del poder público o pudiera agasajarlo de algún modo obtendría decisiones a su favor. En este escenario, la corrupción del sistema sería patente, puesto que los decisores públicos no actuarían en función del bien común, sino en función de las mencionadas relaciones clientelares y de esa trama de intereses urdida.

iii) Control del poder: la responsabilidad de los poderes públicos

Con el factor que ahora analizamos ocurre lo contrario que con los dos anteriores. A diferencia de los ya estudiados, el mismo no supone un acicate de la corrupción, sino que correlaciona negativamente con el fenómeno: a mayor existencia de control y de la responsabilidad subsiguiente, menos corrupción tenderá a producirse. Desde esta perspectiva negativa, sí que es análogo su carácter de causa-consecuencia. Así, la existencia de déficits de control facilita la aparición de corrupción y la corrupción redunda en una reducción de los controles para seguir desarrollándose[1073].

La CE plantea un modelo en materia de control del poder bastante ambicioso, demostrando con ello tácitamente su interés en dificultar la corrupción del sistema.

α) El control político

Ya en el propio título preliminar de la constitución se recoge expresamente la responsabilidad de los poderes públicos en el artículo 9.3. Ello exige implícitamente la existencia de un control previo sobre dichos poderes para poder acometer la exigencia

[1072] SÁNCHEZ MORÓN, M. "Artículo 103"… cit. p. 1691.
[1073] Sobre la definición que asumimos de control, vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.3.2.3.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de tal responsabilidad. Posteriormente, se concreta esa exigencia genérica de control en un sistema complejo que tiene como objeto principal el ejercicio material del poder, esto es, el control del ejecutivo y la administración dirigida por él.

El artículo 66.2 CE ubica entre las funciones del congreso de los diputados el control de la acción de gobierno. A pesar de tal previsión, hay autores que afirman que, en la actualidad, esta función está en franco declive debido, entre otras razones, a la internacionalización progresiva de la política, la cual hace que los parlamentos ya no puedan hacer nada para evitar ciertas decisiones ni sus consecuencias. Ni siquiera criticarlas ni controlarlas. Otros autores, por el contrario, afirman que dicha función sigue existiendo, pero que la misma ha cambiado de titular. El control ya no se realizaría por el parlamento como tal, sino por los grupos de la minoría en la oposición[1074].

Junto al artículo 66 CE, también el artículo 108 CE señala la responsabilidad política —y por tanto el control previo— del gobierno ante el congreso, el cual es, sin lugar a dudas, la pieza fundamental sobre la que se basan los sistemas parlamentarios frente a los presidencialistas. Es decir, en nuestro sistema, el parlamento puede juzgar la oportunidad y conveniencia de la actuación gubernamental, llegando incluso a poder cesar al gobierno mediante el mecanismo de la moción de censura[1075] (contemplado en el artículo 113 CE) si estimase negativamente dicha gestión[1076].

Un poco más problemática es la posibilidad de control y responsabilidad individual de los miembros del gobierno, ya que en el artículo 108 CE no se contempla expresamente y, en el artículo 99 CE, la confianza se otorga al presidente y no a los

[1074] Vid. RECODER DE CASSO, E. "Artículo 66", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001. p. 1112. Esto no debería ser así en nuestra opinión. Con respecto a la primera situación señalada, por muy fuerte que sea la presión o los compromisos adquiridos por el gobierno en el exterior, si a la luz de los artículos 93 a 95 CE la participación del parlamento es fundamental a la hora de concluir tratados internacionales y de vincular al estado español, no se entiende que se le pueda privar de voz crítica a la hora de ejecutar la política exterior concreta. Con respecto a la segunda situación, tampoco puede considerarse la misma aceptable porque, si así fuera, se vaciaría de contenido el control parlamentario recogido en el artículo 66.2 CE: la minoría opositora sólo podría conseguir concretar ese control en responsabilidades en muy contadas ocasiones, debido precisamente a su carácter de minoría.

[1075] La moción de censura puede presentarse por una décima parte de los diputados (al menos 35 diputados), pero para llevarse a buen fin necesita la mayoría absoluta. Ello explica, en nuestro modesto parecer, la escasa virtualidad que tiene la misma a la hora de controlar al gobierno en sistemas en los que el mismo proviene del grupo mayoritario en el parlamento.

[1076] SANTAOLALLA LÓPEZ, F. "Artículo 108", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001. p. 1666.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

diferentes ministros. A pesar de dicha dificultad, nos adherimos sin duda a la opinión doctrinal que atisba indicios claros en el texto constitucional de la posibilidad de responsabilidad política individual de los miembros del gobierno[1077]. En este sentido, el artículo 98.2 CE alude expresamente al referirse a los ministros a la "competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión". Asimismo, el artículo 110 CE reconoce la facultad del congreso de "reclamar la presencia de los miembros del Gobierno" y en el artículo 111 CE se contempla la posibilidad de formular preguntas e interpelaciones a cada uno de los miembros del gobierno y de formular la moción correspondiente en base al desarrollo de las mismas. A todo ello debe unirse el peso de los antecedentes históricos[1078] y del análisis de la gestación de nuestra carta magna[1079].

Todo ello boga en la dirección de que se contempla constitucionalmente un control político de los miembros del ejecutivo que, entre otros fines, intenta evitar la corrupción de éstos. Si se mantuviera otra interpretación exclusivamente apegada al tenor literal del artículo 108 CE, el resultado equivaldría a sostener una tesis muy cercana a la inadmisible irresponsabilidad del gobierno[1080]. Ahora bien, dicho esto, igualmente hay que advertir que esta posibilidad de responsabilidad individual por la que abogamos tampoco llega a permitir la destitución del ministro reprobado, sino que la misma, a lo más, generará una fuerte presión en dicho sentido que puede llevar al presidente del gobierno —único titular de la confianza parlamentaria— a separar a dicho miembro de su gabinete[1081].

[1077] Vid. SANTAOLALLA LÓPEZ, F. "Artículo 108…" cit. pp. 1669 y ss.
[1078] En el artículo 91 de la constitución española de 1931 se señalaba que "los miembros del Consejo responden ante el Congreso solidariamente de la política del Gobierno, e individualmente de su propia gestión ministerial".
[1079] Durante la elaboración de la constitución hubo diferentes enmiendas al artículo 108 en el sentido de introducir la mención expresa de la responsabilidad ministerial, que fueron retiradas sin justificación. Vid. MATÍA PORTILLA, F. J. "Artículo 108", en *Comentarios a la constitución española* (Dirs. CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M.). XXX aniversario. Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. p. 1772.
[1080] SANTAOLALLA LÓPEZ, F. "Artículo 108…" cit. p. 1671.
[1081] A esta misma solución llega MATÍA PORTILLA, el cual afirma que existe sin lugar a dudas la responsabilidad individual de los ministros *ordinaria* (esto es, mediante preguntas e interpelaciones), pero que la misma no se aloja en el artículo 108, sino que éste da cabida únicamente a la responsabilidad solidaria extraordinaria de todo el Gobierno, es decir, exclusivamente a los mecanismos de la moción de censura y de la pérdida de confianza. Vid. MATÍA PORTILLA, F. J. "Artículo 108…" cit. pp. 1772-1773. Algún autor, sin embargo, mantiene que la responsabilidad individual se encuentra excluida del derecho español y que nuestra interpretación constituiría un fraude de ley. Vid. LAVILLA RUBIRA, *Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad*. p. 2053, cit. en SANTAOLALLA LÓPEZ, F. "Artículo 108…" cit. p. 1672. Nosotros no podemos menos que rechazar su interpretación por excesivamente literalista y completamente ajena a cualquier principio sistemático de interpretación.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

β) El control judicial

El control político no es el único que se cierne sobre el ejercicio del poder para dificultar su desviación corrupta, sino que nuestra carta magna también asigna una función de control del mismo a la magistratura. En este sentido, el artículo 106 CE afirma el control judicial sobre la labor del gobierno, tanto en la perspectiva fáctica —"la legalidad de la actuación administrativa"— como en el aspecto normativo —"la potestad reglamentaria"—. Dicho control judicial debe ser llevado a cabo, a decir de la constitución, por jueces y magistrados "independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley" (art. 117 CE).

Se puede atisbar claramente el posicionamiento constitucional en pro de un control judicial independiente y eficaz del poder político, sin que dicho poder pueda tener ningún tipo de influencia en él. Demuestran esta afirmación la existencia de órganos como el consejo general del poder judicial (CGPJ) (art. 122.2 CE), que se encarga del gobierno administrativo del cuerpo judicial (sueldos, destinos, selección de plazas, control presupuestario…) de cara a garantizar su independencia, o el ministerio fiscal (art. 124.2 CE), el cual debe ejercer la acción pública en defensa de la legalidad sometido al principio de imparcialidad, aun cuando sea contra el propio gobierno.

Esto, sin embargo, se ha puesto en duda en virtud de interpretaciones erróneas que suponen un abuso hermenéutico y, a nuestro juicio, un importante distanciamiento respecto al espíritu constitucional.

En lo que se refiere al CGPJ, es sangrante la reforma operada en la ley orgánica del poder judicial de 1980 por la nueva LOPJ de 1985, en la cual se cambia radicalmente el sistema de elección de los doce miembros del CGPJ pertenecientes al estamento judicial. En dicha reforma, estos miembros, en lugar de ser elegidos por los propios jueces como venía ocurriendo, pasan a escogerse por las cámaras al igual que el resto de los miembros del consejo, apoyándose en que el tenor literal únicamente dice que esos miembros se elegirán "entre jueces y magistrados". Con tal interpretación —incorrecta e interesada a nuestro parecer—, todo el CGPJ pasa a estar controlado por las fuerzas políticas. Ante las críticas que suscitó esta reforma, se intentó mejorar el sistema con una nueva revisión de la ley en la que se modificaba el sistema de elección. Así, con la ley orgánica 2/2001, los doce miembros "judiciales" siguen siendo designados por las

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

cámaras, pero ahora, de entre los propuestos por las asociaciones profesionales de jueces. Con ello parece darse nueva acogida a la autonomía judicial, pero dicha ilusión se desvanece rápidamente al comprobar que la elección sigue estando en las manos de las mayorías de las cámaras y que las asociaciones profesionales —que tienen evidentes conexiones ideológicas con los grandes partidos— agrupan únicamente a poco más de la mitad de los jueces. Nuevamente, los partidos eligen de entre los suyos a los más favorables a sus intereses políticos.

Con respecto al ministerio fiscal, aunque el máximo órgano del mismo sea elegido por el gobierno y la actuación de todos sus órganos esté marcada por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica[1082] —lo cual es obviamente un riesgo para su actuación en contra de la corrupción—, el propio texto constitucional deja claro que el gobierno no puede impedirle actuar contra él, ya que, por encima de los anteriores principios, se encuentran los de legalidad e imparcialidad. Por ello, si alguno de los órganos del ministerio público, por muy dependiente del gobierno que sea, tiene conocimiento de cualesquiera actuación desviada de las personas que ostentan el poder siempre deberá proceder en defensa de la legalidad vigente. El fin del control se encuentra, como puede observarse, por encima de cualquier tipo de mala práctica.

γ) El control administrativo

De una forma más escueta se refiere el constituyente a lo que nosotros hemos denominado control administrativo. En concreto el artículo 133.4 CE afirma la sumisión completa a la ley de la administración en materia de gasto y asunción de obligaciones financieras. Tal previsión se completa con el artículo 134 CE, en el que se consagran los presupuestos generales como instrumento en el que se contienen todos los gastos e ingresos públicos que se van a realizar y con el artículo 136 CE, en el cual se consagra la fiscalización por el tribunal de cuentas de toda la gestión económica del estado y del sector público. Todos estos mecanismos suponen también serias trabas al surgimiento de la corrupción.

[1082] Según GOZÁLEZ, nuestro diseño constitucional supuso la pérdida de una gran oportunidad para constituir un verdadero ministerio público compuesto de magistrados e independiente del poder político. Vid. GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia*… cit. p. 211.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

δ) El control informal

Con respecto al control popular nuestra constitución se muestra más tímida. Nuestra carta magna no se inclina en demasía por "dar alas" a la ciudadanía para que ejerza el control político fuera de las elecciones periódicas. No obstante, pueden encontrarse ciertas muestras de que tampoco se quiere constitucionalmente una ciudadanía totalmente apática o desafectada en esta materia.

De nuevo, es en el título preliminar, concretamente en el artículo 9.2 CE, donde se recoge la cláusula genérica que aboga por la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Dicha clausula impregna el resto de la carta magna y nos indica la legitimidad constitucional de mantener un control activo de la actividad política y administrativa por parte de los ciudadanos, ya que ello no es más que una forma más de participación social.

Aparte de esta clausula general, en el artículo 20.1 a) y d) CE se recoge también el derecho fundamental a expresar las opiniones y a comunicar y expresar libremente información veraz por cualquier medio. Dicho pronunciamiento, aunque parco, nos sitúa en una perspectiva radicalmente opuesta a la realidad que constatamos en el capítulo tercero[1083]. La exigencia constitucional de veracidad como base del derecho a la transmisión de información inclina a desterrar las prácticas escandalosas y manipuladoras en lo referente a la vida política y la corrupción. Frente a ello el texto fundamental parece orientarse por un tratamiento lo más objetivo posible de la información, la cual debe ser puesta a disposición del público de forma neutra para que sea éste el que de forma autónoma y responsable la valore y actúe en consecuencia. Todo lo demás supondrían formas de manipulación mediática que podrían incluso considerarse atentatorias contra el derecho fundamental a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad contenidos en el art. 10 CE.

Por último, también de forma escueta, se refiere la constitución al acceso de los ciudadanos directamente a los datos obrantes en poder de la administración. Concretamente el artículo 105 CE se refiere a la obligación legal de regular el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. A través de dicha estipulación podemos colegir un respaldo constitucional a la transparencia administrativa de cara a

[1083] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo 3.3.2.3. B) i).

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que los ciudadanos tengan conocimiento en todo momento de qué es lo que hace y qué es lo que conoce la administración a fin de que los mismos puedan juzgar autónomamente su actuación. Refuerza esta afirmación a nuestro entender el que la regla general sea el conocimiento sobre cualquier materia (salvo que afecte a ciertas cuestiones como la seguridad estatal, la defensa o la persecución de delitos) y no sobre unos ámbitos limitados. En este sentido, deben tomarse las máximas cautelas para que los límites impuestos no se extiendan arbitraria o indiscriminadamente como un subterfugio de ocultación de información.

C) Recapitulación conclusiva

A la luz de todo lo visto hasta aquí, creemos que puede entenderse debidamente probado el que nuestra constitución no admite la posibilidad de un modelo corrupto. Es más, la aceptación de dicho fenómeno es abiertamente contradictoria con el sistema que plantea la carta magna, en tanto sus tres pilares básicos según la ecuación de KLITGAARD no se acogen en su texto de ninguna manera.

En primer lugar, nuestro texto fundamental está impregnado de una profunda idea democratizadora, al menos en el sentido representativo. Es decir, aunque la constitución sea tímida a la hora de otorgar ciertas potestades directamente a los ciudadanos (lo cual es manifiestamente mejorable), sí que aboga por una representación efectiva del interés popular que no esté mediatizada por intereses partidarios o individualistas que puedan llevar a situaciones indeseables de concentración del poder por ciertos sectores, las cuales pueden desembocar en oportunidades para la corrupción. Nunca debe olvidarse que el poder político no es más que la suma del poder de cada uno de los ciudadanos y que, precisamente por ello, el sistema de representación que adoptamos es proporcional y no mayoritario. Igualmente, además de la representación, se realizan ciertas concesiones políticas a la ciudadanía que van en la misma línea de desconcentración del poder. Por todo ello, no es aventurado afirmar que, en cualquier materia, la riqueza de opiniones, opciones y criterios para decidir es fundamental y saludada con agrado por nuestra constitución.

Por su parte, desde el punto de vista de la discrecionalidad, creemos haber demostrado también que, aunque la misma se permite, está acotada y supeditada a una serie de estrictos límites éticos y legales que impiden que la misma degenere en

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

arbitrariedad. Así, quedan absolutamente desterradas aquellas fórmulas que permitan decidir caprichosamente sin atenerse a parámetros lógicos y sin presentar una sólida motivación. De acuerdo con esto, la fuente principal de las decisiones debe ser la ley y sólo excepcionalmente se podrá utilizar la discrecionalidad, pero sometida a un estricto control de oportunidad y de motivación.

Por último, también se ha comprobado cómo en nuestra constitución es fundamental el diseño de un sistema de control del poder, precisamente para evitar supuestos de monopolio, arbitrariedad u otros vicios del mismo. A este respecto se establecen, con vocación de la máxima eficacia, una serie de mecanismos de control y contrapeso entre las distintas instancias de poder del estado de forma que cualquier práctica corrupta se ponga de manifiesto y sea subsanada. Igualmente se da carta de naturaleza, aunque de forma tímida, a la intervención en dicho control por parte de la ciudadanía mediante el acceso a información que obre en poder de los organismos de gobierno, ya sea de manera directa, ya sea mediata a través de medios de comunicación veraces e independientes del poder.

4.3.3.2. Aplicación del patrón valorativo propuesto a nuestro objeto de estudio

Si transponemos los resultados obtenidos en las líneas precedentes al ámbito urbanístico, el modelo resultante sería bastante diferente al actual y marcado por una serie de pautas que detallamos a continuación.

4.3.3.2.1. La necesaria democratización del urbanismo

En lo que se refiere al reparto del poder en materia urbanística, el escenario está ocupado por el predominio de la participación indirecta de la ciudadanía, es decir, la misma se articula a través de los órganos de representación políticos. En tal contexto, la toma de decisiones suele estar en manos de muy pocas personas y el proceso de formación de los planes suele huir del debate para dar lugar a un documento eminentemente técnico con un contenido prácticamente inaprehensible para la mayoría de los ciudadanos[1084]. Como ya se ha denunciado previamente, este sistema tiene el

[1084] GARCÍA HERRERA, L. M. y SABATÉ BEL, F. "Planeamiento urbano, participación ciudadana y gobernanza: el plan general de Santa Cruz de Tenerife (Tenerife, Canarias)", en *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales.* Vol. IX, núm. 194(84), 1 de agosto de 2005. p. 13; DELGADO PÉREZ, G. J. "La participación ciudadana en el planeamiento urbanístico y el fenómeno de la teledirección. Análisis crítico sobre el proceso de formación de los planes urbanísticos en España y la

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

problema de la concentración del poder en pocas manos. Sus poseedores pueden pervertirse fácilmente debido a intereses sectarios y partidistas, dando lugar a una dominación de los mecanismos de producción del planeamiento por sectores económicos y agentes ajenos a la propia política. Tal fenómeno se ha denominado teledirección por algún autor[1085].

La participación directa se canaliza casi exclusivamente a través del trámite de información pública que se abre tras la aprobación inicial de los diferentes instrumentos de ordenación. A pesar de que las leyes autonómicas contienen otras medidas encaminadas a fomentar y asegurar la participación ciudadana, los términos abstractos e imprecisos en los que las mismas se conciben hacen que, para los tribunales, únicamente sea vinculante y exigible aquel mecanismo[1086].

Es posible también el inicio de un trámite de información pública tras el avance del planeamiento, pero la jurisprudencia ha afirmado el carácter meramente potestativo del mismo, así como la ausencia de fuerza vinculante de las propuestas, sugerencias y alternativas de quienes intervengan en dicho procedimiento[1087]. De este modo, la participación ciudadana se convierte en un trámite formal-instrumental sin apenas relevancia alguna en el planeamiento. La administración sólo está obligada a llevarla a cabo en determinados momentos y lo hace, como decimos, de manera formal, como demuestra el hecho de que las alegaciones suelen ser sistemáticamente rechazadas en la práctica[1088] o de que se intente que las mismas pasen lo más desapercibidas posible anunciándolas sólo en los boletines oficiales —que no suelen ser de lectura corriente por los ciudadanos— o, incluso, demorando deliberadamente la publicación de los edictos hasta la fecha de las vacaciones[1089]. Con todo ello, la participación, tal y como se plantea normalmente, es simplemente una maniobra de distracción, una suerte de

incidencia de la opinión de los ciudadanos en su redacción, tramitación y gestión posterior", en *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*. Vol. XI, núm. 245 (12), 1 de agosto de 2007. p. 4.

[1085] DELGADO PÉREZ, G. J. "La participación ciudadana en…" cit. p. 3. Dicho autor aclara que tal denominación se refiere a la condición de mecanismos invisibles de dirección de los procesos de planeamiento desconocidos por los ciudadanos e incluso por la clase política.

[1086] ORDUÑA PRADA, E. "La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia", en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*. Nº. 294-295 (enero-agosto), 2004. p. 318.

[1087] ORDUÑA PRADA, E. "La participación ciudadana directa…" cit. p. 342.

[1088] ORDUÑA PRADA, E. "La participación ciudadana directa…" cit. p. 345. Vid. tb. GARCÍA HERRERA, L. M. y SABATÉ BEL, F. "Planeamiento urbano, participación…" cit. p. 13

[1089] DELGADO PÉREZ, G. J. "La participación ciudadana en…" cit. p. 9. citando a los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO en sus *Lecciones de derecho urbanístico*.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sainete cuyo único fin es rellenar las páginas obligadas en la memoria correspondiente[1090] y cuya efectividad depende exclusivamente de la compatibilidad de las propuestas ciudadanas con los objetivos previos del planeamiento, con su rédito electoral[1091] o con la no colisión con otros objetivos no tan claramente plasmados en los instrumentos de ordenación y que se corresponden con los de los grupos que teledirigen la operación[1092].

Toda la situación esbozada quizás se pudiera permitir en un tiempo en el que la ciencia y la técnica parecían poder legitimar la acción política con soluciones unívocas y certeras. Sin embargo, en los tiempos actuales, en los los avances científico-técnicos precisamente han puesto de manifiesto la incertidumbre y la imperfección del uso de los mismos en el proceso político, es necesario introducir un nuevo principio de legitimación. Este principio normativo es la participación ampliada, es decir, una mayor democratización de los procesos de dirección de la política urbanística[1093]. Se trata de pasar desde el "gobierno" urbano a la "gobernanza" urbana[1094].

Dicha democratización debe conseguirse, en primer lugar, desde el punto de vista de la representación indirecta. En este sentido, debe asegurarse que los representantes de los ciudadanos y las instituciones elaboren el planeamiento de manera inmune a cualquier interés partidista o discordante con los intereses generales de los ciudadanos. El urbanismo debe buscar siempre la satisfacción de los derechos de las personas y la mejora de su calidad de vida y no el mero desarrollo económico o beneficios desorbitados para ciertos sectores sociales. Es necesario que en esta disciplina intervengan, mediante fórmulas de consenso, todos los grupos políticos para que el suelo se convierta realmente en un patrimonio común de todos los ciudadanos y no una mercancía en manos de dirigentes y empresarios sin escrúpulos. En tal dirección, deben evitarse todo lo posible las decisiones unipersonales o de pocas personas, así como la

[1090] GARCÍA HERRERA, L. M. y SABATÉ BEL, F. "Planeamiento urbano, participación…" cit. p. 11; DELGADO PÉREZ, G. J. "La participación ciudadana en…" cit. p. 15.
[1091] GARCÍA HERRERA, L. M. y SABATÉ BEL, F. "Planeamiento urbano, participación…" cit. p. 3.
[1092] DELGADO PÉREZ, G. J. "La participación ciudadana en…" cit. p. 8; según este autor, existirían, en virtud de lo dicho, dos formas de participación en la cosa pública. Una, ortodoxa, a través de los cauces burocráticos establecidos al efecto y muy escasamente eficaz y una segunda, mucha más efectiva, fluida y silenciosa, a través de los mecanismos de la teledirección. (p. 12)
[1093] GARCÍA HERRERA, L. M. y SABATÉ BEL, F. "Planeamiento urbano, participación…" cit. p. 2.
[1094] Según el diccionario de la Real academia española de la lengua habrá de entenderse por gobernanza el "*arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el estado, la sociedad civil y el mercado de la economía*."

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

técnica tan empleada de los convenios de planeamiento, en los cuales no siempre se asegura correctamente el interés público por encima del beneficio privado[1095].

En segundo lugar, y mucho más importante, nuestro modelo urbanístico debe estar presidido por el fomento decidido de la participación ciudadana directa. En tal sentido, ya en 1981 los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO señalaban que "*al lado de ese componente técnico del urbanismo, resulta obvio que los ciudadanos, que son los destinatarios inmediatos del mismo, tanto en el sentido de las ventajas como en el de las limitaciones y las cargas, que van a ver su vida directamente afectada por las soluciones que los urbanistas propongan, deben tener también una participación activa en su formulación y en su crítica*[1096]".

Para conseguir esta mejora en la participación ciudadana son necesarias una serie de medidas, entre las que destacan la comunicación de las propuestas de ordenación mediante un lenguaje accesible al público; la utilización de foros adecuados para la discusión en función del área afectada (juntas de distrito, asociaciones de vecinos…); la publicación de los instrumentos de planeamiento y sus trámites a través de los medios de comunicación adecuados (prensa, radio, televisión…), además de en los boletines oficiales para que los vecinos tengan conocimiento efectivo de los mismos y puedan formarse una opinión…, y, en especial, es preciso un cambio de paradigma institucional que asuma esta nueva orientación dotando de auténtica relevancia y contenido material a la participación ciudadana en contra del tratamiento instrumental-rutinario que acabamos de ver.

En esta dirección, es muy sugerente la línea jurisprudencial —aún minoritaria— que, frente al carácter meramente potestativo de los trámites de información pública previos a "la elaboración de cualquier plan de ordenación" (art. 116 del reglamento de planeamiento urbanístico, RPU en lo sucesivo), señala la obligatoriedad, so pena de nulidad de pleno derecho, de la exposición pública de los trabajos previos de los planes

[1095] En este sentido, vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. *Una regulación alternativa contra la corrupción*… cit. p. 15.

[1096] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho urbanístico*. Civitas. Madrid, 1981. p. 136 cit. en DELGADO PÉREZ, G. J. "La participación ciudadana en…" cit. p. 6. En el mismo sentido, la jurisprudencia ha puesto de relieve la trascendencia que para la sociedad tiene el planeamiento, el cual precisa de la necesaria participación de los afectados por el mismo en su procedimiento de elaboración, con el objeto de que sus determinaciones se adecuen lo más posible a la realidad de las exigencias, aspiraciones y necesidades de la comunidad local. Vid. al respecto la STS de 24 de septiembre de 1999. F.J. 6º.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

generales, normas subsidiarias y complementarias de planeamiento y de ciertas clases de planes especiales de reforma interior a fin de que, "durante el plazo mínimo de treinta días puedan formularse sugerencias y, en su caso, otras alternativas de planeamiento por corporaciones, asociaciones y particulares" (art. 125 RPU). Tal interpretación tiene su razón de ser en que se trata de elegir un modelo territorial general como marco de convivencia para todos, y pone de manifiesto que la elección del concreto modelo territorial plasmado en el plan no puede sustraerse a la comunidad ni diferir su discusión a un momento posterior a la aprobación inicial pues ello supondría un evidente desperdicio de tiempo y medios. Posponer la posibilidad de formular alegaciones o propuestas alternativas al planeamiento, suprimiendo un debate social previo indispensable en virtud de la existencia de periodos de información pública después de las aprobaciones inicial y provisional, impide que el plan alcance la legitimidad democrática que se predica de la participación ciudadana[1097]. Igualmente, nos parece fundamental el que, tras las ocasionales modificaciones sustanciales del planeamiento que se produzcan tras las sucesivas aprobaciones —bien sean aquellas de iniciativa administrativa bien fruto de recursos—, se abra el correspondiente trámite de información pública para evitar inaceptables imposiciones de modelo territorial sin que la ciudadanía haya tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el mismo[1098].

Además de lo expuesto, es imprescindible profundizar en otros posibles mecanismos de participación ciudadana, de forma que la misma no se reduzca exclusivamente a la posibilidad de realizar observaciones o alegaciones en los escasos trámites de información pública. En tal sentido, es muy interesante la práctica desarrollada en algunas ciudades estadounidenses como Oxford (Ohio)[1099]. En dicha ciudad, el proceso de elaboración de los planes ("Comprehensive plan") consiste, no en una sucesión rígida de fases sucesivas y jerarquizadas, sino en una amalgama simultánea de procedimientos técnicos y de diversas formas de participación ciudadana imposibles de separar tajantemente. Se trata de una interacción constante de información, con consulta, modificación y corrección de borradores que van creciendo a

[1097] Vid. SSTS de 8 de abril de 1989, de 17 de marzo de 1992, de 15 de enero de 2000 y 23 de enero de 2003, además de ORDUÑA PRADA, E. "La participación ciudadana directa…" cit. pp. 346-350.
[1098] In extenso, vid. ORDUÑA PRADA, E. "La participación ciudadana directa…" cit. pp. 352-357.
[1099] Vid. in extenso. BOIRA, J. V. "La integración de la visión técnica y de la participación ciudadana en la planificación urbana. El caso de Oxford (Ohio) y su *Comprehensive plan*", en *Biblio 3W. Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*. Vol. XV, nº 899, 5 de diciembre de 2010.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

la luz de la lectura de los datos surgidos en las diferentes fases de trabajo público y participativo.

Entre dichas formas de participación ciudadana destaca la dirección de la elaboración del planeamiento por un comité directivo ("*Steering committee*") que no responde al perfil técnico habitual en nuestras latitudes, sino que intenta representar en la medida de lo posible, a todos los intereses de la comunidad[1100]. Asimismo, es reseñable la presencia de una campaña de fomento de la participación, previa a la iniciación de los trabajos, integrada por envíos de correo electrónico, anuncios en la calle, publicación en prensa local, SMSs, difusión a través de centros sociales, etc. Es digna de aplauso también la realización de varias reuniones de trabajo con los habitantes para recoger ideas y aclarar los fines del plan ("*Public workshops"*), contrastando los resultados obtenidos con una posterior encuesta telefónica ("*Telephone survey"*), las sesiones abiertas de difusión del estado de los trabajos y de recogida de nuevas impresiones y, por último, una vez terminada la redacción, el desarrollo de una jornada ("*Open house*") en la que las metas, los objetivos y las estrategias de cada uno de los capítulos del plan se presentan en paneles. Los ciudadanos participantes pueden comentar cada uno de dichos paneles en unas tarjetas específicas que posteriormente son revisadas por el comité directivo e incorporadas, en su caso, al anteproyecto del plan. Con este sistema la participación ciudadana se convierte en un proceso que acompaña al desarrollo técnico del plan, que lo influye y que es, a su vez, influida por aquel, haciendo que el ciudadano se sienta realmente partícipe del mismo y asuma el resultado como algo propio y representativo de sus inquietudes.

Igualmente, para favorecer procesos participativos como el acabado de mencionar, es necesario dotar de un nuevo protagonismo a las modernas tecnologías de la información en el fomento de la participación ciudadana en la gestión de las ciudades. En este sentido, es necesario pivotar desde un modelo *gerencial* de uso de internet —predominante hoy en día[1101]— a uno *participativo*[1102]. El primer modelo se caracteriza

[1100] El comité directivo está formado por ciudadanos y funcionarios municipales. Su función es representar al público en general en la planificación y suministrar una guía de actuación al cuerpo gubernativo y a la empresa redactora a medida que el plan se va desarrollando, integrando los resultados de la participación de la opinión pública.

[1101] Tal predominio obedece al temor y desconfianza de la casta política de que internet propicie fenómenos de participación ciudadana tales que la sociedad se vuelva difícilmente gobernable.

[1102] Esta terminología proviene de la clasificación hecha por PORRAS, J. "De internet, la sociedad red y la política. La emergencia de la Gobernabilidad Digital", en *Polis*, Vol. 1, núm. 4. cit. en VILLA

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

por intentar hacer más eficientes los servicios y, sobre todo, los trámites gestionados por la administración, pero no conlleva cambios sustanciales en la propia gestión; internet se reduce a ser un instrumento que da más fluidez, pero no hay un intercambio, los flujos son siempre unidireccionales. El segundo modelo, por el contrario, supone una profunda transformación del funcionamiento del gobierno, a partir de la incorporación de la red mediante la creación de estructuras de coordinación y cooperación horizontal en las que sean posibles intercambios más complejos. En este segundo modelo, internet puede hacer que los ciudadanos se impliquen mucho más activamente en los procesos de construcción de los planes, al ser dicho proceso mucho más accesible y sentirse participantes activos en el mismo y no meros espectadores pasivos[1103].

4.3.2.2.2. La limitación de la discrecionalidad y la obligación de motivación

En lo atinente a la interdicción de la arbitrariedad, en primer lugar, se ha constatado en el ámbito del urbanismo y en el de planificación, en demasiadas ocasiones, un importante déficit de justificación en el desarrollo de potestades tanto discrecionales como regladas. Ello desemboca en una patente pérdida de legitimidad de las decisiones adoptadas y de la actividad urbanística en general con la consiguiente falta de adhesión o identificación de la colectividad con las mismas[1104].

Frente a la situación presentada, debe reivindicarse aquí una rigurosa y abundante motivación de cualquier actuación administrativa relacionada con el urbanismo ya que, de otro modo, dicha actuación se convertiría en puro decisionismo[1105]. Pero no ha de quedar ahí la cosa; se trata, además, de dotar a la motivación de una nueva naturaleza que vaya más allá de referir los motivos que hayan llevado al decisor a adoptar la resolución de que se trate. Se ha de intentar que la motivación desarrolle un discurso

AVENDAÑO, A. "El papel de internet. Hacia un planeamiento territorial más participativo", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, núm. 6, febrero de 2008. p. 751.

[1103] Vid. para más detalle, VILLA AVENDAÑO, A. "El papel de internet…" cit. donde además se analizan los aciertos y errores de tres casos reales de utilización de internet en el planeamiento urbano: los supuestos del *Piano territoriale di coordinamento della provincia di Bologna*, del *Schèma de coherence territoriale de Lyon* y del *Departamento de política territorial y obras públicas de la Generalitat de Catalunya.*

[1104] FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los actos urbanísticos", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, 1995. pp. 83-84

[1105] RODRÍGUEZ-ARANA señala que la temperatura democrática de una administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos. RODRÍGUEZ-ARANA, J. "El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo" en *El derecho a una buena administración y la ética pública* (Coords. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M. y GUTIÉRREZ, F.). Tirant monografías. Valencia, 2011. p. 103.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

"justificante" de la decisión adoptada mediante buenas razones que convenzan a la colectividad de la bondad o acierto de la misma. Es lo que FERNANDO PABLO ha llamado la motivación *en función democrática*, en tanto que la administración debe justificarse frente a toda la opinión pública y no sólo frente a los interesados[1106]. Este tipo de motivación-justificación —como la llama el autor— viene impuesta, al margen de cualquier previsión normativa, por principios materiales como los de prohibición de la arbitrariedad y exigencia de objetividad cuando el procedimiento no permita conocer las "buenas razones" de la decisión.

Una motivación como la que acabamos de esbozar puede ser exigida legítimamente en el ámbito urbanístico, de acuerdo a nuestro modelo constitucional, en una serie de supuestos que bosquejaremos sucintamente.

En lo que se refiere al planeamiento general, en el mismo debe optarse por un modelo territorial que debe justificarse de manera completa y convincente en la memoria del plan, para arrinconar en la medida de lo posible todo atisbo de arbitrariedad y para que los ciudadanos puedan ejercer con el adecuado fundamento sus acciones legales. No serán válidas por tanto memorias comodín o claramente literarias que argumenten en vacío y que se encuentren totalmente desconectadas de la realidad que el plan ordena. Igualmente, debe justificarse en la memoria la delimitación de las clases y calificaciones del suelo de acuerdo a los criterios generales de ordenación de ese modelo de desarrollo territorial previamente expuesto, limitando la discrecionalidad únicamente a aquellas clasificaciones y calificaciones de suelo que resulten completamente con el modelo de desarrollo elegido[1107].

Para la aprobación de los planes debe exigirse una motivación-justificación satisfactoria tanto de su denegación como de su aprobación. En este último sentido la jurisprudencia ha afirmado tajantemente que "*la aprobación pura y simple del plan no dispensa de emitir el fundamento en que se sustenta el juicio aprobatorio y el desaprobatorio de las causas de oposición aducidas y no resueltas por la Administración… Al no motivar su acto de aprobación la Consejería… dejó sin fundamento y por ello carente de base jurídica su decisión, meramente formal, que*

[1106] FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los…" cit. p. 90.
[1107] FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los…" cit. p. 112.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

pudo ser arbitraria y comportar una lesión para los intereses públicos[1108]." Se deduce igualmente de esta afirmación del tribunal supremo, la obligación de motivación de la denegación de las alegaciones y objeciones hechas a la elaboración del plan. Como se observa, quedan claramente proscritas las respuestas formularias y generales de denegación de las que ya hemos hablado con anterioridad, debiendo hacer la administración un claro esfuerzo en justificar el porqué del rechazo o de la asunción de las diferentes aportaciones ciudadanas.

Otro ámbito en el que es de suma importancia un reforzamiento de la motivación es en el del i*us variandi* con respecto al planeamiento aprobado. Es indiscutible que la administración debe contar con esta atribución, dado que los planes se conciben a muchos años vista y el urbanismo no es algo estático, sino eminentemente dinámico. Por tanto, debe existir la posibilidad de ir adaptando la planificación a la cambiante realidad social y material; pero ello no obsta a que, en cada caso, los planificadores deban justificar las razones por las que operan dicho cambio, permitiendo a los ciudadanos conocerlas y, dado el caso, disentir legítimamente.

Los supuestos más necesitados de motivación son los de modificación puntual de la clasificación o calificación del suelo, puesto que en ellos es mayor el riesgo de arbitrariedad[1109]. En estos casos, la memoria de la modificación "*no tiene por qué contener una motivación o explicación minuciosa y exhaustiva de los cambios de clasificación que haya dispuesto,*" pero sí "*una motivación suficientemente amplia y justificativa de los cambios que se introducen*"[1110]. Tal motivación justificación debe darse en los casos de *reformatio in peius*, esto es, cuando se impongan limitaciones más acusadas y gravosas de las preexistentes[1111], pero también, y muy especialmente, en aquellos supuestos en los que se modifica la clase de suelo para pasar de un suelo no urbanizable a urbanizable[1112]. Igualmente, en función del mayor riesgo de arbitrariedad, debe extremarse la motivación en aquellas modificaciones puntuales que traigan causa de un previo convenio urbanístico y más aun, si cabe, cuando lo que se acuerde en dicho

[1108] STS de 4 de abril de 1987, cit. en FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los…" cit. p. 106.
[1109] Vid. SSTS de 7 de diciembre de 1991, 23 de diciembre de 1991, 28 de septiembre de 2009, 5 de noviembre de 2010, 4 de febrero de 2011, entre otras.
[1110] STS de 4 de febrero de 2011.
[1111] Así lo recuerda FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los…" cit. p. 117.
[1112] Vid. SSTS de 3 de julio de 2007, 7 de junio de 2010, 5 noviembre 2010 y 4 de febrero de 2011.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

instrumento sea transformar un suelo no urbanizable en otro susceptible de transformación.

Por lo que se refiere al ámbito sancionador, sin duda es esencial la motivación a la hora de imponer una sanción, pero, dado el interés público que conlleva la materia urbanística, también debe exigirse una sólida justificación a la hora de absolver de una presunta infracción, de forma que no quede ninguna duda sobre lo ajustado a derecho de tal decisión y que se puedan controlar los supuestos dudosos para evitar casos de corrupción y connivencia de intereses.

En lo tocante a las licencias de edificación, tanto la denegación de las mismas como su concesión debe estar justificada en el desarrollo del expediente o en la resolución final[1113]. En el supuesto de la concesión, el papel de la motivación no será garantizar el derecho a la defensa, sino, como ocurre en las sanciones, garantizar el interés público urbanístico. Al obligarse a la administración a motivar la concesión de licencias se le impone la carga de tener razones y exponerlas al otorgar licencias discutibles[1114].

4.3.3.2.3. El aumento del control sobre la actividad urbanística

Por último, en lo que se refiere ya al control, el mismo debe ejercerse de una manera efectiva tanto desde el punto de vista institucional como popular. Desde el punto de vista institucional, la vigilancia e inspección, política y administrativa, deben convertirse en un instrumento fundamental a la hora de detectar supuestos de corrupción e irregularidades. En la misma dirección, el control externo llevado a cabo por las diferentes cámaras de cuentas debe intensificarse y centrarse en los ámbitos de mayor riesgo como los convenios urbanísticos, las transferencias de aprovechamiento, la gestión del patrimonio municipal del suelo, etc. En ambos casos, por supuesto, es necesario que esas investigaciones den lugar a actuaciones concretas sin necesidad del filtro del superior, ya que ello puede mermar la efectividad de tales medios de control, como ya hemos apuntado con anterioridad. En lo que se refiere al control judicial, debe

[1113] La motivación de la concesión de licencias puede estar contemplada positivamente en virtud de la aplicación a las licencias de edificación del RD 1778/1994 de 5 de agosto de adecuación a la ley 30/1992 de las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento de autorizaciones. Nos adherimos en este punto al razonamiento jurídico expuesto por FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los…" cit. p. 123.
[1114] FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los…" cit. p. 123.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

profundizarse en una mayor independencia de la fiscalía anticorrupción y de la fiscalía de medio ambiente y urbanismo, así como dotarlas de los medios apropiados para llevar a cabo eficazmente su misión. Del mismo modo, debe pugnarse por limitar las inmunidades al ámbito estricto de la libertad de expresión de los representantes políticos, de forma que la misma no impida la investigación o el juicio de representantes implicados en tramas de corrupción o delincuencia urbanística. Igualmente, debe facilitarse el control jurisdiccional de la actividad urbanística, dando mayor agilidad y restando trabas formales a los procesos para controlar la actuación administrativa desviada sea ésta formal o de hecho. Desde el punto de vista del control popular, por su parte, es de suma importancia abrir el proceso urbanístico a la colectividad aumentando los mecanismos que aporten transparencia. En este sentido, debe permitirse el acceso público a todos los expedientes, dar a conocer efectivamente los convenios que vayan a llevarse a cabo, exponer todos los detalles de la planificación actual y futura, así como las cuentas del urbanismo… todo ello, a fin de que la ciudadanía esté debidamente informada y pueda llevar a cabo un control más efectivo y democrático de la actividad urbanística.

4.3.4 La perspectiva social y criminológica

4.3.4.1. Elaboración de un patrón valorativo constitucional

En el capítulo 3 tuvimos la ocasión de comprobar cómo la configuración espacial no es neutra en el aspecto que ahora tratamos, sino que la misma puede verse influida y a su vez influir en las relaciones sociales entre las personas, así como en los niveles de seguridad material y de miedo al delito. De lo que se trata en este punto es, una vez más, de realizar una indagación sistemática en el texto constitucional que, por encima de las habituales lecturas parciales, permita aprehender los lineamientos teleológicos que se hallan en el mismo en las materias mencionadas. Con ello se logrará una orientación socio-criminológica de nuestro modelo de ordenación territorial sólidamente fundada, libre de criterios aleatorios o interesados y acomodada al respeto de los valores constitucionales fundamentales.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.3.4.1.1. La efectiva recepción constitucional de los elementos que fomentan la vida urbana en un sentido sociológico

Ya vimos en el anterior capítulo cómo las ciudades han desarrollado desde sus orígenes una forma específica de relación humana basada en la diversidad y en la abundancia de diferencias, culturas, tradiciones, etc. Ello daba lugar a un fenómeno específico, a una forma de vida calificada de "urbana", que nada tenía que envidiar a las formas de convivencia en las sociedades rurales tradicionales. En las líneas que siguen indagaremos si nuestro texto constitucional asume esa forma de relación social o si, por el contrario, dicho modelo no tiene cabida en su seno. Veremos que esas formas características de sociabilidad han sido integradas en nuestra constitución y que han de fomentarse a todos los niveles, incluido por supuesto el espacial o territorial, de forma que la creación de la ciudad no puede desconocerlas o atentar contra las mismas.

A) El aprecio constitucional por la diversidad y la mezcla social

En relación a este tema, ya desde el preámbulo, el constituyente nos enuncia su voluntad inequívoca de garantizar la *convivencia democrática*, de *proteger los pueblos de España*, sus *culturas, tradiciones, lenguas e instituciones* y, por último y en definitiva, su ánimo de establecer una *sociedad democrática avanzada*. La rotundidad y claridad de estas afirmaciones bastaría por sí sola para defender que la diversidad y la multiculturalidad son principios acogidos en nuestro acervo constitucional. No obstante, podemos encontrar muchas más señales de ello a lo largo del texto, que detallaremos a continuación.

Es obligado detenerse en primer lugar en el artículo 1.1 CE. En él se eleva a la categoría de valor superior del ordenamiento jurídico al pluralismo político. Este principio aloja la idea —según nos dice ARAGÓN REYES— de que en nuestro sistema no es ilegitima ningún tipo de ideología, sino únicamente los medios para defenderlas que no se ajusten a las reglas de juego constitucionalmente establecidas[1115]. Ello no es más que una consecuencia lógica de la calificación del estado como democrático, pero nos da una pista interesante sobre el tema que nos ocupa. Si el constituyente permite a cualquier ideología, sin distinción alguna, participar en la tarea de formación de la voluntad popular es porque sin duda aprecia como un bien digno de la más alta

[1115] ARAGÓN REYES, M. "Artículo 1" cit. p. 33.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

protección la reunión y confrontación de diferentes opiniones y, por tanto, de distintas tradiciones o culturas. Esto es, la diversidad a fin de cuentas. Se constata así cómo la prioridad otorgada al pluralismo político no es más que la materialización en el ámbito político del principio general del respeto a la diferencia o, dicho de otro modo, del respeto a la diversidad.

El respeto a la diversidad, igualmente, encuentra acomodo dentro del valor superior de la igualdad, previamente enunciado en el artículo 1.1 CE. Dicho valor se desarrolla posteriormente en dos principios generales: el principio general —y derecho subjetivo— de igualdad formal (art. 14 CE) y el principio general de la igualdad material (art. 9.2 CE).

En lo que respecta al artículo 14 CE, el mismo afirma en primer lugar que los españoles son iguales ante la ley. Como señalan RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, la igualdad, en tanto concepto relacional y por oposición a la identidad, exige una diferencia entre los elementos a comparar[1116]. Por tanto, lo que se consagra en el precepto que analizamos es, al menos implícitamente, una protección de la diferencia, de la diversidad. Se trata de que personas eminentemente diferentes reciban el mismo trato de legal siempre que su diferencia no reclame un trato distinto en base a causas razonables. El derecho a la igualdad es, por tanto, más que un derecho a un trato igualitario sin distinción, un derecho a la no discriminación, a la exigencia de razones ponderadas para poder justificar una diferencia de trato entre sujetos materialmente diferentes. Ello revela una valoración constitucional positiva del hecho diferencial, pues, en principio y a falta de otras razones, todas las personas —por naturaleza diferentes— deben tratarse por igual en virtud de su idéntica dignidad humana.

El constituyente señala a continuación una serie de condiciones objetivas en las que el juicio de razonabilidad para justificar diferencias en el tratamiento legal deberá ser especialmente certero ("*el nacimiento, la raza, el sexo, la religión, la opinión o cualquier otra circunstancia personal o social*"). Es digno de elogio el que el constituyente utilice una fórmula abierta ("*o cualquier otra circunstancia personal o*

[1116] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. "Artículo 14. La igualdad ente la ley y en la aplicación de la ley", en *Comentarios a la constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009. p. 280

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

social") y no exhaustiva. Con ello se demuestra a mayor abundamiento que cualquier característica personal o social en la que pueda manifestarse la diversidad (discapacidad, orientación sexual, lengua, edad, sindicación…) es digna del aprecio constitucional desde el prisma que comentamos. Ello da aun más empuje al argumento que sostenemos.

Un último apunte debe realizarse en torno al artículo 14 CE: que el enunciado de dicho precepto se refiera a los españoles no debe entenderse en un sentido estricto o excluyente. Dicha redacción obedece únicamente a la tradición imperante en la época en la que se realizó. Sin embargo, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, existen unos derechos inherentes a la persona[1117], de los que no podrán ser excluidos los extranjeros. Entre ellos se cuenta sin lugar a dudas la igualdad. Ahora bien, ello no impide un tratamiento desigual respecto a los extranjeros siempre que se respeten los límites constitucionales expresos o las propias exigencias de razonabilidad del artículo 14 CE[1118]. Desde el punto de vista que nos interesa, este razonamiento se traduce en el sentido de que no sólo se respeta la diversidad entre los nacionales, sino que la valoración positiva de la diferencia contenida en el precepto que estudiamos se extiende también a la proveniente de la nacionalidad, proscribiéndose el trato discriminatorio para los extranjeros, salvo en determinadas materias en las que existan razones fundadas en derecho para el mismo. Más adelante esbozaremos otro argumento en este sentido que refuerza nuestra tesis.

El artículo 9.2 CE va paso más allá de lo establecido en el artículo 14 CE y consagra el objetivo de la igualdad material o real. Nos interesan especialmente, a los efectos de lo que aquí tratamos, dos cuestiones que suelen pasar desapercibidas. La primera de ellas se refiere a que la constitución sitúa como beneficiarios de ese esfuerzo en pro de la igualdad real, no sólo a los individuos, sino también a *los grupos en que se integran*. La segunda cuestión reside en el mandato que se encomienda a los poderes públicos de facilitar *la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

[1117] Los extranjeros que se encuentran en nuestro territorio son sin ningún género de dudas titulares de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10 CE).
[1118] RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. "Artículo 14…" cit. pp. 286-287.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Por lo que a la primera de ellas respecta, la extensión del empeño constitucional de igualación a los grupos, da carta de naturaleza a la protección constitucional de los mismos en cuanto reuniones de individuos con cierta homogeneidad interna, pero también con diferencias hacia el exterior que son, precisamente, las que permiten distinguirlos. Se abunda así en la protección y valoración constitucional de la diversidad, pero ahora en un nivel supraindividual, el cual es, por otra parte, el nivel más habitual de relación entre las personas en el desarrollo de la vida social. De ello puede deducirse sin demasiado esfuerzo la voluntad constitucional de que todos los grupos posean las mismas condiciones materiales de existencia sin que unos puedan prevalecer sobre los otros y, por tanto, la igual valoración y defensa constitucional de las distintas manifestaciones sociales o culturales.

La segunda de las afirmaciones que hemos resaltado del art. 9.2 CE es igualmente interesante, ya que vuelve a exteriorizar la misma voluntad constitucional de asegurar que todo tipo de tendencias hallen, en virtud de su idéntico valor, expeditas las vías para participar en la política, la economía, la cultura o la sociedad en general, sin que ningún tipo de manifestación diferencial pueda quedar excluida.

El aprecio constitucional por la diversidad no termina con el principio de igualdad. Si continuamos con nuestra lectura de la carta magna, son muchas más las pistas que avalan dicha afirmación. Así, por ejemplo, el artículo 3 CE en su apartado 3º reza: "La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección". Tal manifestación no hace sino reconocer la riqueza de un tipo específico de diversidad como es la lingüística y expresa una valoración positiva de tal expresión de multiculturalidad o diferencia.

Hemos visto unas pocas líneas más atrás cómo el principio de igualdad, en su vertiente de salvaguarda de la diversidad, a pesar de dirigirse literalmente a los españoles, no podía dejar fuera a los extranjeros y acogía también en su seno a las manifestaciones de diversidad procedentes de dicha categoría. Dicha circunstancia, que se podía deducir por vía hermenéutica del juego combinado del artículo 14 CE y de la dignidad humana recogida en el artículo 10 CE, se explicita y se dota de mayor contenido material en el artículo 13 CE. En dicho precepto, se establece que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título (De los derechos y deberes fundamentales) en los términos que establezcan los tratados

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

y la ley". Si acudimos a la ley que regula esta materia en virtud de la remisión constitucional —la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social— observamos que entre sus objetivos se encuentran la integración y la convivencia entre distintas culturas. En tal sentido destacan los artículos 2 bis apartado 2 y 2 ter en sus apartados 1 y 2, en los que se explicita este objetivo de la integración cultural[1119]; el capítulo I del título I, en el que se reconocen a los extranjeros derechos fundamentales en igualdad con los españoles[1120], y el capítulo IV del mismo título, en el que se proscriben los actos discriminatorios contra este colectivo.

El artículo 10.2 CE abre igualmente una puerta especialmente interesante para justificar el respeto de nuestro sistema por la diversidad y la convivencia de culturas. Este precepto declara que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España." De tal forma, el estado español está vinculado también por los compromisos adquiridos en el exterior en materia de derechos fundamentales. En este sentido, son de destacar la multitud de instrumentos que, a través del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación[1121],

[1119] **Art. 2 bis. La política inmigratoria**.
1. (…)
2. Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios:
(…)
c. *la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía*;
(…)
e. la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley;
f. la garantía del ejercicio de los derechos que la Constitución, los tratados internacionales y las Leyes reconocen a todas las personas;
(…)
Art. 2 ter. Integración de los inmigrantes.
1. Los poderes públicos *promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley*.
(…)

[1120] Derechos tales como la libertad de circulación, el derecho a la participación pública, educación , sanidad, vivienda, sindicación, huelga, seguridad social, trabajo, libertad de reunión, asociación, manifestación…

[1121] Por su fuerza representativa, nos parece oportuno traer aquí los artículos 2 y 7 de la DUDH, los cuales recogen con claridad esa línea internacional de igual respeto y valoración de todas las diferencias.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

refuerzan la obligación nacional de aceptar, valorar y respetar por igual todas las diversas manifestaciones culturales, ideológicas, étnicas, raciales, etc. Sirvan como una mera muestra sin ningún ánimo de exhaustividad, la Declaración de los derechos humanos de 1948 (arts. 2, 7, 29.2) , el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966 (arts. 2.1, 13, 20, 24, 25, 26, 27), el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 (arts. 2.2, 3, 7), el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 y sus protocolos (arts. 9, 14, 4 del prot. nº 4, 1 del prot. nº 7, 1 del prot. nº 12), la Carta social europea de 1961 revisada en 1996 (arts. 15, 20, 27. En este caso debe señalarse críticamente que, aunque firmada el 23 de octubre del año 2000, este documento aun no ha sido ratificado por nuestro país), etc. De una manera más específica pueden citarse asimismo instrumentos como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales aprobada por la conferencia general de la organización de las naciones unidas para la educación, la ciencia y la cultura, en 1978, la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la asamblea general de las naciones unidas en 1981 o la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la asamblea general en 1992. Desde el ámbito europeo merece especial mención la Carta de los derechos fundamentales de la unión europea, en la que, además de la proclamación genérica de la igualdad y de la prohibición de discriminación, el artículo 22 establece taxativamente que la *unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística*.

Para finalizar, entendemos que la propia existencia de los derechos fundamentales es una prueba irrefutable de la tesis que venimos manteniendo. Como se constata de la lectura de los mismos, todos y cada uno de ellos aparecen encabezados por fórmulas totalizadoras (todos, todos los ciudadanos, toda persona…) que insisten en la protección fundamental básica y en la igual valoración de todas las personas con sus respectivas

Art. 2. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.
Art. 7. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

diferencias, las cuales, en ningún caso, podrán ser un obstáculo para acceder a los mencionados derechos. Incluso, más allá de esta idea general que los derechos fundamentales transmiten en conjunto, existen una serie de derechos fundamentales que, debido a su objeto de protección, ilustran especialmente el respeto y la valoración de la diversidad. Entre ellos podemos mencionar por su relevancia para nuestro discurso el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE); el derecho a la libertad de expresión de ideas y opiniones (art. 20 CE); los derechos de reunión y asociación (arts. 21 y 22 CE); el derecho de participación pública de todos los ciudadanos (art. 23 CE); la libertad de enseñanza (art. 27. 1 CE) y el derecho a la educación dentro del *respeto al principio de convivencia* (art. 27. 2 CE), etc. En este contexto el art. 10.2 CE juega nuevamente un papel muy importante, ya que, en virtud del mismo, los tratados internacionales pueden matizar el sentido de la interpretación de los derechos fundamentales. Esto ocurre de manera muy significativa con los derechos a la libertad ideológica y religiosa y con la libertad de enseñanza y el derecho a la educación, en los cuales la especial matización introducida por los instrumentos internacionales justifica transcribir aquí el artículo 18 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos así como el artículo 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en función del fuerte respaldo que los mismos aportan a nuestros planteamientos:

Art. 18 PIDCP

1. Toda persona tiene derecho a la *libertad de pensamiento*, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la *libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado*, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

Art. 13 PIDESC

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación *debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos*, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A la vista de las líneas anteriores, creemos que queda suficientemente demostrado que del conjunto de la constitución y de una interpretación sistemática de todos los preceptos analizados se desprende una idea contundente de respeto absoluto a la diversidad y de valoración de la diferencia y de la multiculturalidad. El constituyente aboga claramente por una sociedad plural en la que cualquier diferencia es tolerada, la cual se considera un requisito básico de la democracia y una riqueza digna de la más alta protección.

B) La necesidad de cohesión social

Llegados a este punto, hay que aclarar que no se trata únicamente de que exista diversidad y de que la misma sea respetada. Nos parece que la voluntad constitucional va mucho más allá de tales planteamientos y, una vez fijado el principio de respeto a la multiculturalidad, propone que esas tendencias, que esas distintas opciones, interactúen entre ellas enriqueciéndose mutuamente y formando una sociedad cohesionada, unitaria y no fragmentada. Junto al respeto a la diversidad se busca también abiertamente la cohesión social.

La cohesión social, según señala PONCE SOLÉ, está relacionada con la idea de solidaridad[1122]. Esta idea hace referencia a los procesos mediante los cuales se establecen vínculos sociales en la interacción de personas de distintos grupos sociales, que se sienten reconocidos como pertenecientes a una misma comunidad global[1123]. Es decir, se trata de que todas las personas que habitan en nuestro país, a través de mecanismos de redistribución social, se sientan de algún modo parte de un proyecto compartido con los demás y aspiren a un fin común de progreso y desarrollo social para todos de forma conjunta. En tal sentido, cohesión social y solidaridad pueden entenderse prácticamente como sinónimos.

La exigencia de cohesión y solidaridad social y la necesidad de intervención pública para conseguirlas pueden atisbarse, en ocasiones de manera implícita y en otras

[1122] Según el diccionario de la RAE, la solidaridad se define como adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros
[1123] PONCE SOLÉ, J. "Las relaciones entre el Derecho, el urbanismo y la vivienda y la cohesión social y territorial", en *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial* (Coord. PONCE SOLÉ, J.). Marcial Pons. Madrid, 2006. p. 16.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de manera explícita, en numerosos preceptos de nuestro texto constitucional[1124] que respaldan lo que aquí mantenemos.

Entre los preceptos de los que se extrae implícitamente la idea de cohesión social volvemos a encontrar en primer lugar el artículo 9.2 CE, ya que la igualdad real, la equiparación de las condiciones materiales de la existencia, es un requisito ineludible para esa concepción unitaria de toda la sociedad. Muy difícilmente las personas se sentirán parte de un proyecto común de vida si unos viven holgadamente mientras que otra parte de la sociedad apenas puede sobrevivir. Las diferencias materiales únicamente contribuyen a agravar las fracturas sociales que puedan existir y a enfrentar a poseedores y desposeídos.

En un sentido análogo, el artículo 31 CE establece la obligación de todos los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos generados por el común de los habitantes (los gastos públicos) no de acuerdo al uso real de los servicios públicos, esto es, no como un mero pago por los servicios recibidos, sino en función de la respectiva capacidad económica. De este modo, los que más tienen son los que más aportan y cubren con ello las deficiencias de los más desfavorecidos.

El artículo 33 CE, por su parte, establece que el derecho de propiedad no es absoluto, sino que el mismo se encuentra limitado por su función social, que no es otra que la señalada por el artículo 128 CE, esto es, la subordinación al interés general de toda la nación.

El artículo 41 CE establece un sistema de seguridad social para todos los ciudadanos en caso de necesidad o desempleo. El artículo 47 CE establece la participación colectiva en las plusvalías generadas por la acción del urbanismo. Los artículos 49 y 50 CE aseguran la integración y la protección de los disminuidos y las personas pertenecientes a la tercera edad previendo servicios sociales que los atiendan en sus problemas específicos y que van a ser sufragados por todo el colectivo de los ciudadanos en función de lo visto en el artículo 31 CE.

Por último, dentro del título referido a economía y hacienda, además del ya citado artículo 128 CE, estimamos dignos de mención los artículos 129, 130 y 131 CE. El

[1124] PONCE SOLÉ, J. "Derecho urbanístico y segregación espacial. Las relaciones entre la ordenación urbanística y el surgimiento de guetos urbanos", en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*. Nº XXXIII (130), 2001. p. 676.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

primero de ellos se refiere a la participación de los interesados en la seguridad social, así como al acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción y a la participación de los mismos en las empresas de las que formen parte. El artículo 130 encomienda a los poderes públicos la labor de prestar especial atención a los sectores productivos primarios a fin de que los mismos se integren en condiciones de igualdad en el conjunto de la actividad económica y sus trabajadores gocen de un nivel de vida equiparable al de todos los españoles. Por último, el artículo 131 otorga al estado la potestad de dirigir y planificar la actividad económica en función de las necesidades colectivas y para asegurar la más justa distribución de la riqueza entre todos los que contribuyen a crearla, es decir, para conseguir la cohesión de la sociedad.

Por su parte, entre las alusiones explicitas al principio de solidaridad/cohesión social destacan el artículo 2 CE, en el que se reconoce el principio de solidaridad entre las regiones españolas; el artículo 45 CE, en el que la solidaridad entre las personas es la base en la que se apoya la protección del medio ambiente y de la calidad de vida; el artículo 138 CE, que desarrolla el principio de solidaridad regional del artículo 2; el artículo 156 CE, en el cual la solidaridad entre todos los españoles orienta la autonomía financiera de las comunidades autónomas, o el artículo 158.2 CE, en el que, para hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituye un fondo de compensación para gastos de inversión con la finalidad de corregir los desequilibrios territoriales.

La idea transversal que se extrae de todas estas alusiones explícitas o implícitas viene a confirmar en definitiva la tesis de partida que proponíamos y que no es otra que la existencia de un empeño constitucional en asegurar que los españoles, con independencia de sus diferencias de cualquier clase, se sientan parte de un proyecto común al que todos contribuyen en la medida de sus posibilidades y en el que los mejor situados se preocupan por las personas con desventajas para asegurar su plena integración en ese proyecto y la participación de todos en igualdad de valor. En una sociedad así proyectada, el contacto social constante y la cohesión entre todos son valores irrenunciables, proscribiéndose cualquier forma de exclusión social o segregación que situe a cualquier sector de la sociedad al margen del progreso o del desarrollo alcanzado por el conjunto. Para el logro de dicho objetivo, la aproximación de rentas juega un papel indiscutible, como ya hemos visto ex art. 9.2. CE.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

C) La seguridad

Muy relacionada con la cohesión social y la diversidad, como ya sabemos, se encuentra la seguridad. Como se puso de manifiesto *supra*, la cohesión social precisa para su existencia de cierta seguridad, pero, a su vez, la efectividad de la seguridad depende en parte de la cohesión social y del contacto entre las personas y la diversidad. Tal afirmación denota las profundas interconexiones entre ambas realidades, las cuales se analizarán someramente en las líneas que siguen.

Si se acude a la constitución, se observa que son varias las referencias explícitas a la seguridad.

La primera alusión la encontramos en el preámbulo, en el cual se incluye la seguridad entre los valores que desea establecer la nación española. Posteriormente, la seguridad, calificada de "jurídica", aparece en el artículo 9.3 CE; a secas y acompañando a la libertad aparece en el artículo 17 CE, y, por último, la volvemos a encontrar en el artículo 104 CE, calificada ahora de "ciudadana"[1125].

La seguridad se define según el diccionario de la RAE como la cualidad de seguro, definiéndose seguro como libre o exento de todo peligro, daño o riesgo. Este sentido genérico es el que creemos que tiene la alusión en el preámbulo, ya que lo que se trata de establecer es un estado general de tranquilidad, de ausencia de sobresaltos o temores. Más adelante, ese anhelo general de paz se materializa en diversas manifestaciones que no deben ser confundidas.

El artículo 9.3 CE recoge uno de los principios cardinales del derecho según el cual toda persona debe conocer previamente las consecuencias jurídicas de su actuación mediante la exposición de las mismas en un texto normativo. Dicho principio establece un mandamiento para los poderes públicos, pero del mismo no puede extraerse un derecho fundamental a favor de los ciudadanos[1126].

Por su parte, en el artículo 17 CE, según una reiterada jurisprudencia constitucional, se contempla la denominada seguridad personal, la cual exige la interdicción de las medidas privativas o restrictivas de la libertad de toda persona de organizar autónomamente su vida individual y social que carezcan de las garantías

[1125] Existen más alusiones a la seguridad (seguridad social, seguridad e higiene, seguridad de los consumidores…), pero las que nos interesan son principalmente las cuatro aludidas.
[1126] Vid. SSTC 325/1994, 22/1987 y 126/1987 entre otras.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

adecuadas[1127]. Esta seguridad personal sí constituye un derecho fundamental y su esencia "*se pone desde antiguo en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo*[1128]".

En tercer lugar, la seguridad recogida en el artículo 104 CE es la seguridad ciudadana o pública, la cual es equivalente, según la jurisprudencia constitucional, a la tranquilidad en la calle. Es la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento del orden ciudadano o público, en el sentido de la situación de normalidad en que se mantiene y vive un territorio, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. En definitiva, el normal funcionamiento de las instituciones y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales[1129].

Es precisamente a esta última seguridad a la que nos referimos y sobre la cual debemos aclarar el posicionamiento constitucional. En este sentido, hay que destacar que la seguridad ciudadana no es, al menos según lo entiende la jurisprudencia, un derecho concedido a los individuos, sino una función de los poderes públicos para salvaguardar un bien jurídico de ámbito colectivo[1130]. Ello no obsta, sin embargo, a afirmar que dicha función —la persecución, esclarecimiento y castigo de los delitos— sea reconocida en nuestro sistema constitucional como un bien digno de protección y un requisito básico de nuestra sociedad. Ello es así en función de su recepción constitucional en el artículo 104 CE, amén del respaldo genérico que le brindan, tanto el artículo 10.1 CE (defensa de la paz social)[1131], como el valor informador de la calidad de vida, recogido en el preámbulo y en el artículo 45 CE.

Ahora bien, como han señalado las SSTC 148/2000 y 25/2004, el título "seguridad ciudadana" puede ir más allá de la regulación de las fuerzas de seguridad del estado, a pesar de lo que podría llevar a pensar una primera lectura del artículo 104 CE. Por relevantes que sean, los servicios policiales no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública. Otros aspectos y otras funciones distintas,

[1127] Vid. SSTC 325/1994, 15/1986
[1128] STC 325/1994.
[1129] Vid. SSTC 33/1982, 59/1985, 325/1994 y 148/2000.
[1130] SSTC 196/1987 y 325/1994.
[1131] Vid. STC 196/1987.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desarrollados por otros órganos y autoridades administrativas componen sin duda también aquel ámbito material[1132].

Esta última afirmación tiene un valor fundamental de cara nuestro estudio, puesto que deja clara la legitimidad constitucional de los planteamientos preventivos frente al delito y, en tal sentido, lo apropiado de las tácticas de prevención situacional que vimos en el capítulo 3[1133], para dar cumplimiento a nivel espacial o físico al mandamiento constitucional de seguridad que analizamos.

No puede olvidarse, sin embargo, que, cómo hemos señalado con anterioridad, la seguridad efectiva es difícilmente alcanzable sin el respaldo de la cohesión social. Por ello ésta última debe actuar como un límite infranqueable frente a las políticas generales de seguridad y frente a sus manifestaciones espaciales en particular. En función de esta limitación, no puede permitirse que la seguridad se convierta en un fin absoluto que emplee cualquier medio para reducir la delincuencia o los temores asociados a la misma con desconocimiento de las consecuencias de toda índole —especialmente sociales— que ello pudiera tener. Frente a tal forma de actuar, debe realizarse una minuciosa planificación securitaria que contemple las consecuencias de cualquiera de sus previsiones para la cohesión de la sociedad y que se imponga metas realistas en la lucha contra la delincuencia y la inseguridad, asumiendo que una cierta tasa de delincuencia y conflicto son consustanciales a la convivencia humana.

4.3.4.2. Aplicación del patrón normativo obtenido a nuestro ámbito de estudio

La interpretación constitucional que acabamos de alumbrar tiene una plasmación clara en el aspecto físico-espacial.

En lo que respecta al tema de la cohesión social y de la convivencia entre las diferentes culturas, la manifestación espacial de tales fenómenos es la llamada cohesión territorial. Por tal debemos entender una justa, en el sentido de equitativa, distribución de la renta a lo largo del espacio. Si la misma no existe, el resultado es la concentración de la pobreza y el decaimiento económico y su reproducción en un círculo vicioso. Los procesos de concentración de la desventaja producen que las personas que puedan

[1132] STC 104/1989.
[1133] Vid *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.4.3.2. C) iii).

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

permitírselo escapen de esos lugares, agravando los procesos de precarización espacial, de manera que sólo quedan atrapados en esos emplazamientos degradados y carentes de todo atractivo los individuos con menos recursos. Así, los procesos de exclusión social originan lugares en los que dicha exclusión se manifiesta físicamente en lo que se conoce como segregación espacial. Con ello determinadas zonas problemáticas se mantienen al margen de los beneficios de la ciudad y quedan convertidas en "desguaces sociales" en los que las personas no integradas consumen sus vidas entre problemas sociales. A su vez, lo problemático y aislado de estas zonas hace que el resto de la sociedad vea cada vez más a sus habitantes como extraños a los que es mejor evitar y a los que no se considera "conciudadanos" de la misma condición y valor. El daño a la cohesión social es muy grave.

La fenomenología socio-física acabada de comentar es incompatible con la orientación constitucional que hemos analizado. Por ello, los poderes públicos, a través de la ordenación del territorio y el urbanismo, están obligados a poner coto a la exclusión social y a evitar en la medida de lo posible la marca territorial de la misma —la segregación urbana— como un método más para conseguir la cohesión social postulada como objetivo general.

En esta tarea, como tuvimos la ocasión de ver en el capítulo 3, la diversidad de usos y personas puede actuar como un potente antídoto contra la exclusión social y la segregación, y a favor de la cohesión social y territorial[1134]. Por ello, entendemos que el urbanismo y la ordenación territorial deben estar presididos por el fomento de la multifuncionalidad y la promoción de la diversidad social. A tales efectos, sería muy recomendable respetar los principios de diseño prosocial que recogíamos en el capítulo anterior (densidades elevadas, proximidad, existencia de espacio público y semipúblico, mezcla de funciones, diferentes tipologías edificativas, espacios abiertos funcionales…)[1135]. La legislación urbanística ha dado algunos pasos en la dirección propuesta. En tal sentido, merece ser destacado el artículo 2 del real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, en el que se recoge la cohesión social como principio inspirador de la práctica urbanística[1136].

[1134] PONCE SOLÉ, J. "Derecho urbanístico y segregación…" cit. p. 678.
[1135] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.4.3.1.
[1136] En el mismo sentido, vid. entre otros, el artículo 3.1 a) de la ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía; el artículo 3.2 del decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Igualmente es reseñable el artículo 10 del mismo texto, que recoge la obligación de reservar al menos el 30% de la edificabilidad residencial prevista en el suelo que vaya a ser incluido en las actuaciones de urbanización para viviendas con algún tipo de protección. Con ello se consigue teóricamente que en todas las zonas de la ciudad haya diversidad de rentas y se promueva la diversidad[1137].

A nivel internacional, por su parte, la Conferencia de las naciones unidas sobre los asentamientos humanos celebrada en Estambul en 1996 (Hábitat II) también señala en su punto 117 la obligación de llevar a cabo determinadas medidas en la línea indicada, a fin de garantizar la integración social. Merece la pena citar dicho precepto por lo apropiado de sus indicaciones para lo que aquí tratamos:

> "Para fomentar la integración social, los gobiernos a los niveles apropiados, incluidas las autoridades locales, reconociendo la importancia de las contribuciones voluntarias, y en estrecha cooperación con organizaciones no gubernamentales, organizaciones comunitarias, el sector cooperativo y fundaciones públicas y privadas, deben:
> 1. prohibir las prácticas discriminatorias excluyentes relacionadas con la vivienda, el empleo y el acceso a los servicios sociales y culturales;
> 2. ofrecer oportunidades y espacios físicos para estimular la interacción positiva entre grupos culturalmente diversos;
> 3. conseguir la participación de grupos e individuos marginados y/o desfavorecidos en la planificación, las decisiones, la vigilancia y la evaluación relacionadas con el desarrollo de los asentamientos humanos; y
> 4. estimular, en cooperación con las partes interesadas pertinentes, comprendidos los padres en lo que respecta a la educación de sus hijos, la elaboración de programas escolares, programas de educación y centros comunitarios para desarrollar la comprensión y la cooperación entre miembros de diversas culturas."

En lo que respecta a la seguridad, todo lo deducido de la carta magna con anterioridad desaconseja en lo espacial las políticas securitarias que, según hemos podido observar en el capítulo anterior, están introduciéndose en nuestro país. A la visión de bloque "cohesión social/seguridad", que entendemos inescindible, se oponen las políticas de "bunkerización o militarización del espacio" que medran en la actualidad cada vez más. Estas tácticas, aunque buscan la seguridad de las personas, no

que se aprueba el texto refundido de la Ley de urbanismo de Cataluña; el artículo 8 a) de la ley 3/2009, de 17 de junio, de urbanismo de Aragón.

[1137] A pesar de lo positivo de esta previsión, se deberá ser especialmente cauto para distribuir ese 30% de edificabilidad residencial de forma equitativa en todo el territorio sometido a actuación y no situarlo de manera concentrada por los problemas de cohesión que ello pudiera producir.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

atienden a la necesaria integración social y segregan la población en función de sus ingresos. Se crean guetos y peligrosos prejuicios que, amén de alterar la cohesión, resultan contraproducentes para el objetivo de alcanzar la seguridad, generando más miedo, violencia, desconfianza y sospechas. De igual modo, la progresiva privatización de los espacios públicos (comunidades privadas y centros comerciales), el control panóptico de los mismos (videovigilancia generalizada y sobredimensionada), las medidas higienizadoras y las restricciones de uso (ordenanzas de civismo, CPTED de exclusión) estigmatizan y criminalizan la pobreza y cercenan los lazos que pudieran crearse por el contacto entre todas las personas en esos espacios públicos, contribuyendo a ahondar la fractura social en nuestras ciudades y a reducir los derechos a la libre circulación de las personas (art. 19 CE).

En su lugar, creemos que una política constitucional de seguridad debe basarse en el respeto a todas las trayectorias de vida y a la cohesión social, en la eficacia colectiva, en la vigilancia informal preventiva basada en un sentimiento de responsabilidad sobre los lugares, que traiga causa de un sentimiento de pertenencia a la sociedad de los mismos, y en una actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad basada en la educación cívica y el apoyo al control ciudadano más que en la exclusiva represión y la "tolerancia cero". En definitiva, políticas securitarias que no traspasen la frontera constitucional de la cohesión social y que trabajen codo con codo con las políticas sociales y equilibradoras, las cuales, como hemos repetido, no pueden escindirse de la seguridad en la búsqueda de la paz social y la convivencia ciudadana dentro de una visión de conjunto del sistema constitucional[1138].

[1138] Esta conclusión es consistente con el punto 123 de la Conferencia de las naciones unidas sobre los asentamientos humanos celebrada en Estambul en 1996 (Hábitat II), en el cual, para disminuir la delincuencia se proponen juntas medidas sociales y securitarias:
"**Punto 123**. Para prevenir, reducir y eliminar la violencia y la delincuencia, los gobiernos a los niveles apropiados, especialmente a nivel local y en colaboración con todas las partes interesadas, deben:
1. diseñar, crear y mantener asentamientos humanos habitables en los que se fomente la utilización de los espacios públicos como centros de vida comunitaria, de modo que no se transformen en lugares propicios para las actividades delictivas;
2. sensibilizar a la opinión al respecto e impartir educación, en un esfuerzo por mitigar el delito y la violencia y reforzar la sociedad;
3. fomentar la prevención de la delincuencia mediante el desarrollo social y la búsqueda de formas de ayudar a las comunidades a hacer frente a los factores subyacentes que menoscaban la seguridad ciudadana y propician la delincuencia, por ejemplo, haciendo frente a problemas críticos como la pobreza, la desigualdad, las tensiones familiares, el desempleo, la falta de oportunidades de educación y de trabajo y la inexistencia de atención de salud, comprendidos los servicios de salud mental;
4. alentar a los jóvenes y a los niños, en particular a los niños de la calle, a convertirse en partes interesadas en su propio futuro y en el de su comunidad por medio de la educación, el esparcimiento y la capacitación y el asesoramiento para obtener empleo, actividades que puedan atraer inversiones del sector privado y el apoyo de organizaciones sin fines de lucro;

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.4. A modo de recapitulación final: el derecho humano emergente a la ciudad

4.4.1. Los derechos humanos emergentes

4.4.1.1. Génesis de la Declaración universal de los derechos humanos emergentes

La Declaracion de los derechos humanos emergentes parte de una iniciativa del Institut de drets humans de Cataluña, el cual constituyó en 2003 un Comité científico formado por académicos, activistas, políticos y miembros de organizaciones internacionales de reconocido prestigio que durante un año debatieron y redactaron los borradores que sirvieron de base al comité de redacción para presentar un texto provisional de la entonces llamada "Carta de derechos humanos emergentes" (CDHE).

En el marco del Fórum universal de las culturas Barcelona 2004, el Institut de drets humans de Cataluña (IDHC), como organizador del diálogo "Derechos humanos, necesidades emergentes y nuevos compromisos", presentó el proyecto de la CDHE con el objetivo de debatir el texto y conseguir su aprobación en el plenario del diálogo.

Durante 4 días se debatió el texto y se incorporaron las ideas y sugerencias que emanaron de los 6 seminarios del diálogo, en los cuales debatieron más de 100 expertos, y en los que se contó con la participación de unas 1000 personas en total. El comité

5.incrementar la seguridad de la mujer en la comunidad, teniendo en cuenta en las políticas y los programas de prevención de la delincuencia las necesidades de uno y otro sexo; ello puede lograrse procurando que los encargados de aplicar esas políticas conozcan y comprendan mejor las causas, las consecuencias y los mecanismos de la violencia contra la mujer;

6.establecer programas encaminados a perfeccionar las aptitudes de los líderes locales en materia de formación de grupos, solución de conflictos e intervenciones;

7.cuando proceda, promover la seguridad personal y reducir el temor mejorando los servicios de policía, exigiéndoles una mayor responsabilidad ante la comunidad a la que prestan servicios, y estimulando y facilitando, siempre que sea posible, la adopción de medidas y sistemas legítimos de prevención de la delincuencia basados en la comunidad;

8.ofrecer sistemas de justicia locales que sean accesibles, económicos, imparciales, ágiles y humanitarios, entre otras cosas facilitando y fortaleciendo, cuando proceda, las instituciones y los procedimientos tradicionales existentes para resolver controversias y conflictos;

9.impulsar el establecimiento de programas y proyectos basados en la participación voluntaria, especialmente de los niños, los jóvenes y las personas de edad, para prevenir la violencia, inclusive la violencia en el hogar, y la delincuencia;

10. adoptar medidas concertadas y urgentes para desmantelar las redes internacionales y nacionales de proxenetismo.

En idéntico sentido unitario se pronuncia igualmente, a nivel europeo, el punto 1.8 del dictamen del comité de las regiones de 13 de febrero de 2007 sobre Politica de la vivienda y política regional, el cual señala que cuando se renuevan o crean nuevas viviendas, las regiones y los entes locales deben tomar en consideración cuestiones como el diseño, a fin de desalentar la delincuencia y crear zonas de calidad, desarrollo sostenible y patrimonio, además de las necesidades y aspiraciones de sus comunidades locales y el impacto más amplio sobre la cohesión.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

científico que había redactado los borradores también participó activamente durante el diálogo.

Como era de esperar, se aprobó el texto provisional de la CDHE en el plenario del diálogo, abriéndose desde ese momento un periodo de consultas con la sociedad civil con el fin de discutir y enriquecer el texto con diferentes perspectivas para aprobarlo en el siguiente Forum internacional de las culturas, que tendría lugar en Monterrey en 2007.

En los tres años que mediaron entre el Forum de Barcelona y el Forum de Monterrey, el IDHC inició un proceso de promoción de la CDHE y de consultas con la sociedad civil cuyo objetivo era involucrar en la discusión de la CDHE a los agentes sociales, políticos, culturales y económicos que estaban directamente implicados.

Con tal objetivo se redactó un manifiesto de apoyo y se organizaron una serie de seminarios participativos sobre diversos derechos humanos emergentes tales como el derecho al agua, el medio ambiente, etc.

Finalmente, **e**n el Fórum de Monterrey**,** en el marco del diálogo "Gobernabilidad y participación. Derechos humanos y justicia", se introdujeron algunos cambios para incorporar las conclusiones de las consultas realizadas con la sociedad civil y se aprobó el texto definitivo de la Carta que pasó a denominarse más solemnemente Declaración universal de los derechos humanos emergentes (DUDHE).

4.4.1.2. ¿Qué son los derechos humanos emergentes?

Los derechos humanos emergentes son el resultado de una nueva conciencia social surgida directamente de las personas. La Declaración que los alumbra es un instrumento emancipador que nace de la sociedad civil para establecer una nueva relación entre la sociedad global y el poder, al ser conscientes los seres humanos de que han llegado a ser acreedores de más derechos de los que tienen reconocidos, protegidos y garantizados formalmente en la actualidad.

Desde que se promulgaran la Carta de los derechos humanos en 1948, el mundo ha cambiado profundamente y han surgido situaciones y relaciones inéditas que suponen nuevas vías de dominación y de amenaza para la dignidad y libertad del ser humano, las cuales aconsejan nuevas tácticas para remediarlas. Así, se ha producido un

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

claro debilitamiento del estado-nación a la par que un fortalecimiento del mercado transnacional y de los actores financieros, los cuales, a través de empresas o alianzas multinacionales y consorcios económicos, definen políticas económicas que, sin respaldo democrático, inciden en todo el planeta en el marco de un proceso de globalización política y económica neoliberal; vivimos en un mundo en el que se han desarrollado medios de control y vigilancia inimaginables en otras épocas, en el que proliferan armas cada vez más peligrosas e indiscriminadas que amenazan el medio ambiente y la diversidad biológica; han surgido representaciones ideológicas en las que los que pertenecen a otra identidad nacional, religiosa o cultural son considerados a priori enemigos, y, en la misma línea, un largo etcétera que hace que el mundo hoy en día poco tenga que ver con el que alumbró los derechos humanos tras la segunda guerra mundial.

En este nuevo contexto mundial, la DUDHE aparece como una respuesta internacional de la sociedad civil organizada para hacer frente a los procesos de globalización liberal, cuya naturaleza parcial y desigual excluye de sus beneficios a amplias capas de la población mundial, diseñando como marco de relación global un escenario de pobreza, violencia y exclusión. Ahora bien, la misión de la DUDHE no es ningún caso la de reemplazar los instrumentos de derechos humanos existentes, sino la de completarlos y reforzarlos para ayudar a hacer frente a todas estas nuevas situaciones que nos amenazan.

De acuerdo con la filosofía emancipadora expuesta, los valores sobre los que se asientan estos nuevos derechos humanos son la dignidad, la vida, la igualdad, la solidaridad, la convivencia, la paz, la libertad y el conocimiento. A su vez, los principios que se propugnan, los de la seguridad humana, la no-discriminación, la inclusión social, la coherencia, la horizontalidad, la interdependencia y la multiculturalidad, la participación política, el género, la exigibilidad, y la responsabilidad solidaria.

En virtud de tales valores y principios asumidos, se declaran unos derechos del hombre[1139] agrupados en torno a diferentes perspectivas de la democracia (democracia

[1139] Debe puntualizarse que los derechos emergentes no son sólo aquellos derechos nuevos que surgen debido a la evolución de las sociedades, sino también aquellos que, aun estando ya recogidos en el sistema internacional de protección de derechos humanos, han quedado olvidados o cuyo contenido se ha ampliado y concretado.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

igualitaria, democracia plural, democracia participativa, democracia paritaria, etc.), los cuales se presentan como resultantes de un proceso normativo consuetudinario que establece un nuevo paradigma ético para el siglo XXI, de cara a conseguir una efectiva dignidad y calidad de vida para el ser humano.

Una vez que sabemos de qué hablamos cuando nos referimos a derechos humanos emergentes, es tiempo ahora de centrarnos en el estudio de uno de ellos en particular, el derecho a la ciudad.

4.4.2. El derecho humano emergente a la ciudad

4.4.2.1. Ideas generales

Como recuerda la directora del Institut de drets humans de Cataluña, en la actualidad más de la mitad de la humanidad vive en un núcleo urbano y se prevé que para el año 2025 esta proporción suba hasta los dos tercios[1140]. Por tanto, el ser humano se convierte progresivamente en un "animal urbano", es decir, prácticamente todos los aspectos de su vida se producen en relación a una ciudad, lo cual nos demuestra la profunda importancia que posee este tipo de enclave espacial para los seres humanos. A pesar de ello, la evolución reciente de las ciudades no ha sido todo lo positiva que hubiera cabido esperar. Como hemos podido observar a lo largo de los capítulos precedentes, la ciudad actual sufre profundamente los efectos de la globalización neoliberal. En dicho proceso, la progresiva liberalización de los mercados y capitales y el desmantelamiento del estado keynesiano ha producido unas ciudades en las que la concentración de la riqueza, la exclusión de ciertos sectores, el paro, el individualismo, la contaminación, la fragmentación espacial, la emigración, etc. son fenómenos cotidianos. Tal circunstancia no es inocua espacialmente y produce, entre otros fenómenos, "*ciudades duales, de lujo y miseria, vecinas y amuralladas; miles de inmuebles vacíos y miles de personas sin un lugar decente donde vivir; tierras sin campesinos sometidas a agro-negocios, privatización y acumulación concentrada en pocas manos de los bienes comunes y la riqueza creada colectivamente, reducción del*

[1140] GUILLÉN LANZAROTE, A. "El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011. p. 16.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

espacio público…[1141]" En unas ciudades como estas se acaba criminalizando la pobreza, ya que los numerosos excluidos y desfavorecidos (parados, mendigos, toxicómanos, inmigrantes, trabajadores informales y parias en general) que produce la imposición liberal del trabajo asalariado precario y mal pagado —el conocido amablemente como *trabajo flexible*— no son atendidos mediante políticas sociales, sino, muy al contrario, mediante el recurso al derecho sancionador y la prisión. Se transita así desde un estado providencia a un estado penitencia en expresión de WACQUANT[1142]. En dicho contexto socio-urbano decadente es donde tiene sentido el surgimiento de las demandas por un derecho a la ciudad.

4.4.2.2. El contenido del derecho a la ciudad

A) Algunas formulaciones positivas

En la Declaración universal de los derechos humanos emergentes el derecho a la ciudad aparece formulado como el *derecho que asegura que todo ser humano y toda comunidad encuentren en la ciudad las condiciones para su plena realización política, económica, social, cultural y ecológica* (art. 7.1).

En la Carta mundial por el derecho a la ciudad el derecho a la ciudad es definido como *el usufructo equitativo de las ciudades dentro de los principios de sustentabilidad, democracia, equidad y justicia social. Es un derecho colectivo de los*

[1141] ZÁRATE, M. L. "El derecho a la ciudad: luchas urbanas por el buen vivir", en Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011. p. 55.

[1142] "*A la atrofia deliberada del Estado social, corresponde la hipertrofia distópica del Estado penal*" afirma el autor sin ningún tipo de tapujo. De acuerdo con esta idea, muestra claramente cómo en EE.UU. el sistema penitenciario, al contrario de lo mantenido por el discurso dominante, se ceba, no con los delincuentes violentos y peligrosos, sino con vulgares condenados de derecho común por casos de estupefacientes, robos, hurtos o simples perturbaciones del orden público, los cuales salen principalmente de entre los sectores precarios de la clase obrera y de color afectadas por la "flexibilización del trabajo" y la reducción de la protección social (si se tienen en cuenta los encarcelados, las personas en libertad vigilada y los que se encuentran en libertad condicional, 5,7 millones de personas en EE. UU., un 5% de los hombres mayores de edad, están en manos de la justicia). Por lo que respecta a Europa, igualmente constata que, a raíz de la "revolución laboral", las prisiones europeas se nutren fundamentalmente de los sectores más precarios del proletariado y de los jóvenes de ascendencia inmigrante, así como, en general, de los integrantes de la población percibidos como los menos útiles y potencialmente los más peligrosos, tales como mendigos, sin techo, indocumentados, etc. En definitiva, WACQUANT viene a plantear la hipótesis de que las diferencias internacionales en los índices de encarcelamiento no tienen que ver con los índices de criminalidad, sino con la cesión de facultades al mercado y con la naturaleza y extensión de sus políticas sociales y el grado de desigualdad social que muestran. En todos los lugares en los que la utopía neoliberal llega a realizarse, la misma acarrea para los indigentes y, en general, para todos aquellos determinados a quedar excluidos del empleo regular, no un aumento de libertad, como pretenden sus defensores, sino una reducción palpable de la misma y hasta su supresión. Vid. WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria* (Trad. de PONS, H.) Alianza Editorial. Madrid, 2009. pp. 75-144.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

habitantes de las ciudades, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio del derecho a la libre autodeterminación y un nivel de vida adecuado. El Derecho a la ciudad es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos[1143].

Por su parte, el artículo 1 de la Carta europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad lo recoge de manera parecida a cómo aparece en la DUDHE: *La ciudad es un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes que tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad.*

B) Concreción del derecho a la ciudad

De todas las definiciones presentadas se extrae una idea central: que el derecho a la ciudad es un derecho a poder acceder y usar un determinado espacio o territorio público al que se conoce como ciudad[1144] y a disfrutar de las ventajas que tal espacio ofrece. No obstante, como nos indicara el propio LEFEBVRE —considerado el padre ideológico de este derecho—, "*el derecho a la ciudad no puede concebirse como un simple derecho de visita o retorno hacia las ciudades tradicionales. Sólo puede formularse como derecho a la vida urbana, transformada, renovada*"[1145]. Asimismo, según HARVEY, "*el derecho a la ciudad es mucho más que la libertad individual de acceder a los recursos urbanos: se trata del derecho a cambiarnos a nosotros mismos cambiando la ciudad. Es, además, un derecho común antes que individual, ya que esta*

[1143] Con una redacción prácticamente idéntica se recoge este derecho en la Carta de México por el derecho a la ciudad de 2010.
[1144] Cuando hablamos de ciudad no nos referimos a ella en sentido geográfico o cuantitativo como una concentración de personas con un determinado número de habitantes, sino en un sentido cualitativo, como una concentración de personas heterogéneas e iguales en un determinado lugar. Por tanto, el derecho a la ciudad así entendido, incluye perfectamente a los pueblos y los ámbitos rurales. El propio LEFEBVRE afirma que "*desde ahora en adelante no me referiré a la ciudad, sino a lo urbano*". LEFEBVRE, H. *La revolución urbana* (Trad. de BONONNO, R.). Editorial de la Universidad de Minnesota. 2003 (original de 1970). p. 45. cit. en MARCUSE, P. "¿Los derechos en las ciudades y el derecho a la ciudad?", en *Ciudades para tod@s. Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias* (Eds. SUGRANYES, A. y MATHIVET, Ch.). Habitat International Coalition. Santiago de Chile, 2010. p. 92.
[1145] LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad*… cit. p. 138.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

transformación depende inevitablemente del ejercicio de un poder colectivo para remodelar los procesos de urbanización. La libertad de hacer y rehacer nuestras ciudades y a nosotros mismo es, (...) uno de nuestros derechos humanos más preciosos"[1146].

Como se comprueba, este derecho no se trata simplemente de tener acceso a la ciudad y a sus servicios tal y como se encuentran en la actualidad, sino, principalmente, de la posibilidad de actuar sobre la propia ciudad para transformarla y para convertirla de nuevo en una "*obra"*[1147] de sus ciudadanos en lugar de la "mercancía" en que el mercado la ha convertido; de volver a revitalizar su ontológico "valor de uso" [1148] por encima de su valor de cambio. Es en definitiva el derecho a recuperar una ciudad cuyo desarrollo está dominado por los intereses empresariales y especulativos del capital inmobiliario y financiero[1149] y entregársela de nuevo a la gente para evitar que la ciudad "negocio para unos pocos" valga más que la ciudad "derecho para todos"[1150].

Para llevar a cabo esta profunda transformación son inexcusables unas políticas concretas de respeto de los derechos humanos en la ciudad[1151]. La ciudad aparece así como la realización efectiva a través del espacio urbano del conjunto de los derechos de las personas, la realización de su ciudadanía entendida como "derecho a tener derechos[1152]". En este sentido, la propia Carta por el derecho a la ciudad proclama que el mismo es interdependiente de todos los derechos humanos reconocidos e incluye los

[1146] HARVEY, D. "The Right to the City", en *New Left Review*, nº 53. Edición castellana, Akal, Madrid, 2008. p. 23.
[1147] Vid. LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad*… cit. pp. 63-68.
[1148] LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad*… cit. p. 104.
[1149] HARVEY indica que "*Globalmente, hemos cedido a los propietarios, a los promotores de vivienda o de suelo, a los capitalistas financieros y al estado nuestro propio derecho individual a crear una ciudad conforme a nuestros deseos. Estos son los principales actores que, antes que nosotros y en lugar de nosotros, dan forma a nuestras ciudades y, a través de ello, nos dan forma a nosotros mismos. Hemos renunciado a nuestro derecho de darnos forma a nosotros mismos en provecho de de los derechos del capital a conformarnos*". Vid. HARVEY, D. *Géographie et capital. Vers un matérialisme historico-géographique*. Syllepse. París, 2010. cit. en GARNIER, J.P. "Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: ¿De qué derechos hablamos… Y con qué derecho?", en *Biblio 3w. Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales.* Vol. XVI, nº 909, 5 de febrero de 2011.
[1150] ZÁRATE, M. L. "El derecho a la ciudad:…" cit. p. 56.
[1151] GUILLÉN LANZAROTE, A. "El derecho a la ciudad…" cit. p. 20.
[1152] CASAL, A. "Derecho a la ciudad y justicia social. Una ciudad para todas y para todos", en PERCEVAL, M. C. y TIMERMAN, J (Coords.). Derecho a la ciudad: por una ciudad para todas y todos. Ideas para debatir. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Secretaría de Derechos Humanos. Buenos Aires, 2011. pp. 30-32. En similar sentido, DUHALDE, E. L. "El derecho de los ciudadanos a la ciudad. La ciudad como célula madre del Estado-Nación, en PERCEVAL, M. C. y TIMERMAN, J (Coords.). Derecho a la ciudad: por una ciudad para todas y todos. Ideas para debatir. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Secretaría de Derechos Humanos. Buenos Aires, 2011. p. 7

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos en su campo de acción.

Por tanto, el derecho a la ciudad se muestra como un derecho esencialmente revolucionario en el sentido originario del término, el cual aspira a cambiar radicalmente la vida de las personas en la ciudad y la forma en la que se organiza ésta, de manera que sea un lugar donde se atiendan todas las necesidades existenciales de sus habitantes.

Las ciudades, para ser acordes a este derecho, deben reconfigurarse por y para sus habitantes, de modo que les aseguren una experiencia vital lo más plena, cómoda y segura posible. En tal sentido, las urbes deben velar de una manera especial por el respeto de la salud de sus ciudadanos. Dicha preocupación se dará tanto a un nivel físico como psicológico. Se tenderá a evitar las condiciones de habitabilidad que incidan negativamente en el organismo de los urbanitas, tales como las enfermedades, las condiciones insalubres, la presencia de estresores ambientales (ruidos, temperaturas excesivas, corrientes constantes de aire, condiciones de hacinamiento, etc.)… Tampoco pueden olvidar estas ciudades renovadas el componente psicológico de la salud. Entre las facultades que confiere el derecho se encuentra la de exigir una configuración física de la urbe que posibilite el que las personas desarrollen de forma natural y fluida todas las conexiones psicológicas con el ambiente que les permitan un desarrollo psíquico sano y equilibrado. Una ciudad acorde al derecho que estudiamos estará especialmente preocupada por amoldarse a las necesidades y preferencias estéticas de sus ciudadanos. Con ello se consigue que los habitantes estén satisfechos residencialmente y apegados a su entorno, lo cual además redundará en muy positivos procesos de identificación simbólica con el espacio que los llevaran a sentirse uno con la ciudad y, consecuentemente, a implicarse con ella y a responsabilizarse de la misma.

Muy relacionado con estas cuestiones, la nueva ciudad a la que aspira este derecho emergente no puede olvidar los componentes ecológicos. Entre ellos, son esenciales la contención de la polución y la apuesta por una ciudad compacta que no devore indiscriminadamente el territorio. A estos efectos el derecho a la ciudad reclama una ciudad y un sistema de movilidad a escala del peatón que permita a éste disfrutar del espacio público y no le obligue a utilizar el automóvil privado. Con ello se reduce el

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

cuarteamiento de la ciudad debido a la red viaria y el impacto ambiental y social que tal medio de transporte provoca.. Igualmente, deben asegurarse, en el interior y en el perímetro de las ciudades, cordones verdes que ayuden a depurar el ambiente y que permitan a los ciudadanos gozar de paisajes naturales, amén de ser reductos de acogida de las especies naturales desplazadas por la propia urbe. No puede olvidarse tampoco la necesidad de que la ciudad haga un uso responsable de los recursos necesarios para su funcionamiento, utilizando en la medida de lo posible energías renovables, acudiendo al reciclaje de residuos y, en definitiva, minimizando su impacto ecológico con los medios técnicos a su alcance

Además de al aspecto ambiental, el derecho a la ciudad atiende también a las cuestiones sociales. La solidaridad y cohesión social son requisitos esenciales para vertebrar la sociedad urbana. Ello se conseguirá mediante el fomento del contacto interpersonal a todos los niveles y, por supuesto, a través del diseño, evitándose diseños sociófugos o la fragmentación de la ciudad mediante procesos de segregación espacial basados en la renta, todo lo cual ataca a la esencia de la ciudad: el contacto entre personas muy diversas. Junto a ello la seguridad es otro aspecto que esta nueva ciudad debe tener muy en cuenta. Ahora bien, no se trata de una seguridad impuesta por toques de queda, políticas policiales de tolerancia cero, restricciones del uso del espacio público u otras medidas esencialmente represivas. Es una seguridad que surge de los propios habitantes basada en la eficacia colectiva y en la igualación social. Los propios ciudadanos, con la colaboración de las fuerzas del estado, se responsabilizan y se ocupan de una ciudad que sienten propia (sentimiento de territorialidad). Obviamente, una ciudad de este tipo deberá contar con un diseño que disuada el delito y fomente las relaciones sociales que redundan en un aumento de la eficacia social y la responsabilidad. Igualmente se evitarán en la medida de lo posible los cierres perimetrales y la segregación física de espacios como elemento fundamental de la política de seguridad, ya que ello sólo redunda en una mayor percepción de inseguridad y en una reducción de la confianza y cohesión social.

De la misma forma, una parte fundamental de este derecho consiste, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, en devolver efectivamente la gestión de la ciudad a sus habitantes. No se trata simplemente de una gestión "desde arriba" mediante mecanismos de representación, sino de la implicación democrática de todos los ciudadanos en el

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

gobierno de la urbe, creando espacios efectivos de participación e intercambio entre los representantes y la ciudadanía tanto a efectos de diseño como de otras cuestiones. Ello, además de dar voz a las personas y de reforzar los mecanismos psicológicos de apropiación del espacio y de identificación simbólica, crea un contexto político en el que difícilmente puede anidar la corrupción, dado que el poder se reparte y el control aumenta ostensiblemente. El sentimiento de influencia resultante en los vecinos, además, redunda positivamente en la seguridad, ya que las personas se sienten dueños de sus zonas de residencia, aumentando su responsabilidad sobre las mismas, la vigilancia natural y, al mismo tiempo, la eficacia colectiva percibida por todos.

Por último, pero no menos importante, el derecho a la ciudad demanda que ésta pertenezca a sus habitantes y no a los inversores ni a las empresas multinacionales. La ciudad no puede convertirse en una ciudad "de cartón-piedra", en una postal irreal que atraiga consumidores mediante la proyección de una imagen creada artificialmente a través de la exclusión del espacio público de determinados usuarios (los más desfavorecidos económicamente por lo general) y actividades sociales que lo "afean". Tampoco es admisible la sustitución del espacio público por espacios privados en los que se intercambia el estar por el consumir. Las ciudades deben tener su propia estampa. Sus centros urbanos tienen que ser característicos, transmitiendo la idiosincrasia propia de cada población en lugar de convertirse en centros de consumo en el corazón de la urbe, idénticos a los del resto de ciudades como si estuvieran fabricados en serie.

Igualmente, desde esta perspectiva económica, el desarrollo de la ciudad no puede estar al servicio de las grandes empresas promotoras y constructoras. La urbanización no se puede contemplar exclusivamente como una fuente de enriquecimiento orientada a obtener los mayores beneficios, sino como una actividad de creación de la ciudad según las necesidades sociales. En tal sentido, el derecho a la ciudad demanda que el urbanismo desde una perspectiva económica tienda hacia la estabilidad económica del sector de la construcción y hacia la creación de empleo estable a largo plazo. Para ello deberá enfrentarse a los procesos inflacionarios basados en la inversión especulativa a fin de evitar sobredimensionamientos del sector muy peligrosos para el grueso de la economía. Al hilo precisamente de esta cuestión, el derecho a la ciudad exige que la vivienda sea considerada un bien de uso destinado a satisfacer un derecho fundamental necesario para la realización de las personas y no como un bien de inversión con el que

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

obtener importantes réditos aunque para ello se ponga en peligro el acceso a la vivienda de determinados colectivos vulnerables, tales como jóvenes, ancianos, inmigrantes, etc. El derecho a la ciudad exige por tanto que el urbanismo se convierta en un servicio público que incluya entre sus fines fundamentales el de proveer acceso a la vivienda a todas las personas en todas las zonas de la ciudad, ya que, de otro modo, se tienden a formar diferentes zonas residenciales en función de los ingresos de sus habitantes, lo cual redunda negativamente en la complejidad social y genera una segregación socio-espacial que puede fomentar la marginalidad, la desconfianza y la sensación de inseguridad.

En resumidas cuentas, el derecho a la ciudad se presenta como la pretensión de que la ciudad se convierta, por encima de cualquier otra consideración, en un lugar al servicio del desarrollo personal de sus habitantes, construyendo un espacio concreto de realización de todos los derechos fundamentales de la persona. Según ZÁRATE[1153], seis puntos básicos serían necesarios para ello:

1. **El ejercicio pleno de la ciudadanía**. Una ciudad en la que todas las personas disfrutan y realizan todos los derechos humanos y libertades fundamentales, mediante la construcción de condiciones de bienestar colectivo con dignidad, equidad y justicia social.

2. La función social de la ciudad, de la tierra y de la propiedad. Una ciudad donde sus habitantes participan para que la distribución del territorio y las reglas para su uso garanticen el usufructo equitativo de los bienes, servicios y oportunidades que la ciudad ofrece. Una ciudad en la que se priorice el interés público definido colectivamente, garantizando un uso socialmente justo y ambientalmente equilibrado del territorio.

3. **La gestión democrática de la ciudad**. Una ciudad donde sus habitantes participan de todos los espacios de decisión -hasta el más alto nivel- para la formulación e implementación de las políticas públicas, así como en la planeación, presupuesto público y el control de los procesos urbanos. Se refiere a fortalecer los espacios institucionalizados de toma de decisiones y no sólo los espacios consultivos ciudadanos,

[1153] ZÁRATE, M. L. "El derecho a la ciudad:…" cit. pp. 63-66.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desde los que sea posible el seguimiento, monitoreo y evaluación de las políticas públicas.

4. **La producción democrática de la ciudad y en la ciudad**. Una ciudad donde se rescata y fortalece la capacidad productiva de sus habitantes, en especial de los sectores populares, fomentando y apoyando la producción social del hábitat y el desarrollo de las actividades económicas solidarias. El derecho a producir la ciudad pero también a un hábitat que sea productivo, a un hábitat que nos genere ingresos, a un hábitat que fortalezca la economía popular y no sólo las ganancias cuasi-monopólicas de unos pocos.

5. **El manejo sustentable y responsable de los bienes comunes naturales, patrimoniales y energéticos de la ciudad y su entorno**. Una ciudad donde sus habitantes y autoridades garantizan una relación responsable con el medio ambiente de modo que posibilite una vida digna para individuos, comunidades o pueblos, en igualdad de condiciones y sin afectar áreas naturales, de reserva ecológica, otras ciudades ni a las futuras generaciones.

6. El disfrute democrático y equitativo de la ciudad. Una ciudad que fortalece la convivencia social, el rescate, la ampliación y mejoramiento del espacio público y su utilización para el encuentro, el ocio, la creatividad y la manifestación crítica de las ideas y posiciones políticas.

4.4.3. Conclusión

Como se ha podido constatar el derecho a la ciudad supone la plasmación de los derechos humanos en el ámbito urbano y, en definitiva, una reapropiación de las urbes por sus ciudadanos. En esta tarea, el profesor BORJA nos recuerda la importancia que, junto a los derechos, tienen los criterios urbanísticos de producción del espacio para dotar de verdadero contenido al derecho a la ciudad[1154]. Efectivamente, es fácil comprender que no cualquier sistema de ordenación del territorio o urbanismo es apropiado para el desarrollo del derecho a la ciudad, sino únicamente aquel que plasme sobre el territorio los principios que se contienen en dicho derecho.

Al observar las directrices y características principales del sistema de ordenación territorial y urbanística que hemos ido deduciendo de la constitución a lo largo de todo

[1154] BORJA, J. "Espacio público y derecho a…" cit. p. 156.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

el presente capítulo, nos damos cuenta de que el mismo se acomoda bastante fielmente a los principios que se contienen en el derecho a la ciudad. Como hemos tratado de demostrar, el constituyente apuesta por un sistema territorial basado a grandes rasgos en el desarrollo de la personalidad; en la economía social, la prohibición de la especulación y del urbanismo salvaje; en el valor de uso de la vivienda y su concepción como un derecho; en la sostenibilidad medioambiental; en la diversidad social, la solidaridad y la cohesión social; en la gestión realmente democrática y participativa, etc.[1155]

En virtud de lo dicho, no consideramos demasiado atrevido el aventurar que nuestra constitución aloja, al menos de una manera difusa, el derecho a la ciudad[1156]. Este derecho se podría integrar a partir de una lectura global de la constitución atenta a las cuestiones que se han ido poniendo de manifiesto a lo largo de este capítulo. Así contemplado el derecho a la ciudad se muestra como un instrumento de gran utilidad para establecer un lineamiento coherente de todas las cuestiones territoriales resaltadas, de forma que cada uno de los aspectos constitucionales que hemos venido tratando no aparezcan como interpretaciones aisladas y autónomas, sino como líneas integradas en un patrón valorativo más amplio que las dota de una unidad sistemática y una coherencia lógica. Desde esta comprensión holística, aparecería como una incongruencia, por ejemplo, el que se concluyera un modelo territorial en el que convivieran la asunción del derecho a la vivienda con la tolerancia a la segregación espacial o el desarrollismo a cualquier costa. Consecuentemente, todo el sistema constitucional en materia de ordenación territorial boga en una única dirección y ésta no es otra que la que marca el timón del derecho humano a la ciudad, el cual entendemos debe ser el criterio hermenéutico supraordenado que, en caso de duda, debe orientar las políticas territoriales.

[1155] Debe advertirse que se han quedado en el tintero muchos otros aspectos que se ven afectados por la configuración espacial y que por diversas razones no hemos estimado oportuno incluir en este estudio. Precisamente por ello nos parece tan útil este derecho a la ciudad como un corolario lógico que permite acoger todas las cuestiones relacionadas con el territorio dotándolas de una unidad de sentido.

[1156] Algunos autores llegan incluso a relacionarlo con el derecho a la vivienda del artículo 47 CE. Vid., entre otros, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar:…" cit. p. 48; BORJA, J. "Espacio público y derecho a…" cit. p. 160; MARTÍNEZ, Z. M. "Reflexiones en torno a las mujeres y el derecho a la ciudad desde una realidad con espejismos", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011. p. 113.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

PARTE SEGUNDA

UNA PROPUESTA DE BIEN JURÍDICO PARA LOS DELITOS URBANÍSTICOS

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 5

CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO ADOPTADO Y BASES MATERIALES PARA SU DETERMINACIÓN

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 5
CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO ADOPTADO Y BASES MATERIALES PARA SU DETERMINACIÓN

Llegados a esta altura de la investigación, entendemos pertinente una sucinta reseña de los pasos que hemos dado hasta el momento. Con ello tratamos de conseguir un doble objetivo. A saber: sentar las bases que nos llevarán a la culminación de la investigación y facilitar al lector una mejor comprensión del proceso lógico que desarrollaremos para conseguirla. Del mismo modo, se bosquejarán en estas líneas introductorias los puntos claves del proceso que nos guiará hasta descubrir el objeto que se tutela (o que se debería tutelar más bien) en los delitos urbanísticos.

En los tres primeros capítulos de la investigación se acometió una revisión, puramente *descriptiva*, de las repercusiones que en distintos ámbitos[1157] tiene el fenómeno de la construcción. Con ello se demostró que la ordenación territorial va mucho más allá de las cuestiones medioambientales a las que de ordinario suele vincularse en exclusiva y que la misma tiene profundas conexiones con muy diversos aspectos relacionados con el ser humano y su bienestar. Estas consecuencias reales serán precisamente la materia prima fundamental con la que se abordará la indagación sobre la dañosidad de los diversos comportamientos en sede urbanística.

En el capítulo cuarto cambiamos el plano de reflexión. Pasamos entonces a una perspectiva *normativa* en la que se plasmaron las posiciones valorativas que a nuestro entender se extraían de la carta magna en cada uno de los aspectos que previamente habíamos contemplado de manera descriptiva, las cuales acogimos como expresivas del consenso social en cada una de dichas materias o ámbitos. En dicho capítulo nos esforzamos en mostrar una perspectiva teleológicamente coherente de todas esas decisiones valorativas a través de una interpretación sistemática de toda la constitución y mediante la utilización de un instrumento que en nuestra opinión tenía un magnífico potencial para dotar de coherencia sistemática a tales valoraciones: el derecho

[1157] Obviamente la selección de ámbitos de influencia que se adoptó no fue exhaustiva ni pretendió serlo en ningún momento. Las implicaciones del fenómeno constructivo y de la creación de ciudad son tan ricas que sería atrevido, por no decir pretencioso, pretender captarlas todas en un trabajo de investigación. De esta forma, los ámbitos que se seleccionaron fueron únicamente aquellos que, en nuestra modesta opinión, nos parecieron más relevantes o de mayor interés para nuestros objetivos a costa de desatender otras perspectivas.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

emergente a la ciudad. Con todo este arsenal ideológico se intentará ahora estructurar las valoraciones sociales que deben dar lugar al objeto de tutela penal en la materia de la que nos ocupamos.

Hasta aquí lo realizado en estos momentos. Aún con dichas bases, el camino que nos resta por recorrer no es simple. El objetivo final, como ya hemos comentado, es desentrañar el bien jurídico protegido por los delitos urbanísticos. Para ello, en primer lugar, deberemos detenernos en este instrumento fundamental de la ciencia penal a fin de clarificar su significado y utilidad, así como para aclarar ciertas cuestiones como la legitimidad de su carácter colectivo o la posibilidad de su lesión en tal caso por acciones individuales.

Una vez contemos con un concepto sólido de bien jurídico, será el momento de iniciar el proceso para su averiguación, pero sin exigir de él más de lo que nos puede ofrecer. Como mostraremos en páginas posteriores, el bien jurídico no puede ser más que un instrumento que permita abstraer o condensar en un concepto el objeto sobre el que recae la dañosidad de los comportamientos de cara a poder construir sobre la base del mismo unos tipos adecuados. De ello se deriva que el concepto puramente teórico de bien jurídico como tal poco puede aportar en el proceso que lleva a su concreción en cada delito. Dicho concepto teórico es como una "cáscara" que necesita ser llenada, pero el concepto en sí, so riesgo de caer en una pura tautología, no puede desempeñar ningún papel en este cometido. Por ello, para dotar de contenido a dicho continente acudiremos a un modelo de decisión legislativa que nos guiará a través de una serie de niveles sucesivos integrados por diversos principios y consideraciones.

Dicho modelo, a través de sus distintos niveles, nos permitirá cribar las conductas urbanísticas hasta obtener una selección que nos interese desde la óptica sancionatoria estatal. Sólo entonces, sobre la base de las conductas seleccionadas, se llevará a cabo el proceso de abstracción lógica que nos conducirá a identificar el bien jurídico protegido y a denominarlo de una manera apropiada, si bien ello será ya objeto del capítulo siguiente.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

5.1. El bien jurídico como instrumento penal

5.1.1. El concepto de bien jurídico

De ordinario, el "bien jurídico" designa *grosso modo* el objeto de tutela de la norma penal[1158]. Desde que BIRNBAUM, allá por las primeras décadas del s. XIX, aludiera por primera vez al concepto de "bien"[1159] y posteriormente BINDING —a principios del s. XX— lo reformulara[1160] calificándolo de "jurídico" hasta nuestros días[1161], han sido innumerables los conceptos que se han dado sobre el mismo. Sin embargo, ninguno ha llegado a imponerse sobre los demás. Con mero valor testimonial pueden citarse, entre otras, definiciones como las siguientes. "*Hechos o finalidades que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y la funcionalidad de un sistema estatal que se basa en dichas metas*[1162]"; "*interés jurídicamente protegido*[1163]"; "*posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas*[1164]"; "*juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social*[1165]", etc[1166].

Tal sobreabundancia de conceptos sólo muestra que aún no se ha podido lograr acuerdo en la comprensión de qué sea un bien jurídico[1167], lo cual, en realidad, es

[1158] Somos conscientes de que el término bien jurídico conlleva ciertas connotaciones que no lo convierten en un equivalente exacto al de objeto de tutela, no obstante, en estas líneas se los tendrá por sinónimos.
[1159] Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal).* P.P.U. Barcelona, 1991. p. 26 y ss.
[1160] Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social*… cit. pp. 40-41; AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1972. p. 74.
[1161] Pese al indudable interés que posee la evolución histórica del concepto de bien jurídico, la misma supondría una digresión que podría enturbiar el hilo conductor de nuestro razonamiento y, por tanto, hemos optado por omitirla. Sobre tal evolución pueden consultarse con gran exhaustividad AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit., así como en castellano, HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social*… cit.
[1162] ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band. 1, 4 Auflage. Verlag, C.H. BECK. München, 2006. p. 16.
[1163] Definición de VON LISZT, cit. en PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en *Cuadernos de política criminal*, nº 39, 1989 p. 725.
[1164] TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense* nº 63, 1981. p. 136.
[1165] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. p. 22.
[1166] Ulteriores definiciones de bien jurídico son recopiladas por STRATENWERTH, G. "Zum Begriff des «Rechtsgutes»", en *Festschrift für Theodor Lenckner*. C.H. BECK. München, 1998. p. 378.
[1167] ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 14 (nm. 2); CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y* protección de bienes jurídico-penales *supra*individuales. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. p. 176.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

expresivo en opinión de SEHER de un debate subyacente sobre cuál sea el alcance legítimo del derecho penal[1168]. Precisamente ésta es la primera cuestión sobre la que debemos ocuparnos a la hora de perfilar la caracterización del bien jurídico[1169]: ¿Qué es lo que debe proteger el derecho penal?

5.1.1.1. Derecho penal material vs derecho penal formal

BINDING, a través de su teoría de la normas, puso de manifiesto que dentro de las normas penales, además de un mandato al juez para que castigue determinadas conductas, se encierra una prohibición implícita[1170] dirigida al ciudadano de que lleve a cabo dichos comportamientos[1171]. Es precisamente esta norma implícita la base fundamental de un derecho penal formal. Lo que justificaría el recurso al derecho penal en tal concepción punitiva sería la mera transgresión de tal prohibición sin consideraciones de ningún otro tipo. El objeto de protección en un derecho penal así concebido sería la norma en cuanto tal, en cuanto mera emanación de la voluntad estatal dirigida a domeñar la voluntad de sus súbditos.

Por el contrario, la llave que da entrada a un derecho penal material debe exigir algo más. En esta concepción, lo que justifica la actuación punitiva estatal es algo más que la mera transgresión de la norma de conducta, se exige un daño, un efecto constatable en el mundo real que pueda calificarse de perjudicial. Un derecho penal material trasciende la infracción jurídico-positiva y exige cierta *lesividad*.

Ante tal disyuntiva, la pregunta subsiguiente cae por su propio peso: ¿Qué tipo de derecho penal es preferible?

Tal pregunta no puede responderse en abstracto. Si queremos que la solución constituya algo más que una declaración de principios o una opinión personal, habrá que acotarla socio-temporalmente y tratar de responder a la misma partiendo del sistema

[1168] SEHER, G. "La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 77

[1169] Entendemos que es mucho más apropiado poner de manifiesto los caracteres que debe poseer el bien jurídico para ser útil que tratar de dar una nueva definición genérica de lo que sea aquel, tarea esta última que, como veremos más adelante, se ha revelado como bastante poco fructífera.

[1170] Dicha prohibición para BINDING era, aunque jurídica, previa al derecho penal. En la actualidad, sin embargo, se entiende mayoritariamente que tal prohibición es establecida por la propia norma penal a través de la estructura norma primaria/norma secundaria.

[1171] Vid. MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del derecho penal*. BOSCH. Barcelona, 1976. p. 32.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

socio-político en el que nos encontramos inmersos, el cual nos dará las pautas para responderla en uno u otro sentido.

Según el artículo 1.1 de nuestra constitución, el estado español se constituye en un estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Desde tal contexto y no otro deberá responderse a la cuestión planteada.

La aceptación de la democracia como sistema político supone unos ciudadanos autónomos y responsables, capaces de elaborar sus propios planes de vida y de elegir lo que mejor convenga a sus intereses. Igualmente, el principio de la libertad, que entronca directamente con la dignidad humana reconocida en el artículo 10, les garantiza que su actuación no será obstaculizada por el poder —el cual surge del propio pueblo ex art. 1.2 CE—. Todo ello conduce a que la libertad de actuación de los ciudadanos sólo puede limitarse en pos de la convivencia social mediante normas aprobadas legítimamente[1172]. En un sistema democrático de libertades, una norma únicamente puede limitar la libertad de las personas si tras la misma hay una buena razón que sea asumida por todos como favorecedora de la convivencia social.

Siguiendo estas premisas, un sistema penal que castigue la mera desobediencia a las normas sin exigir nada más —un derecho penal formal— aparece como autoritario e irrespetuoso de la autonomía de los ciudadanos y de su libertad y, por tanto, debe considerarse incompatible con el sistema establecido en nuestra constitución y ser rechazado de plano[1173]. En el polo opuesto, el derecho penal material sí se presenta como adecuado a un sistema democrático, ya que la razón de sus prohibiciones es evitar un determinado daño. Como hemos afirmado, la limitación de libertad en que consisten las normas sólo puede tener como fundamento la mejora de la convivencia social. Por tanto, el derecho penal material intentará mediante sus dictados evitar daños para las condiciones esenciales de la convivencia en sociedad, esto es, para los denominados

[1172] En tal sentido, Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit . p. 142.
[1173] En este sentido, HASSEMER afirma que la prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pueda remitirse a algo más que a la violación de la norma supondría terrorismo de estado. HASSEMER, W. "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 103.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

bienes jurídicos[1174]. De este modo, según el razonamiento propuesto, la fórmula del estado social y democrático de derecho exige un derecho penal material y éste a su vez un sustrato para sus normas que vendría constituido por los bienes jurídicos[1175]. De tal punto de partida pueden colegirse una serie de consecuencias.

A) Necesidad de concreción material del bien jurídico

Según lo afirmado hasta ahora, a partir del sistema político socialmente consensuado debe optarse por un derecho penal material basado en la lesividad, esto es, en los daños a las condiciones externas de la convivencia.

Para que dicho daño sea verificable y para que el derecho penal sea realmente —y no solo aparentemente— material, no basta con aludir a un bien jurídico sin más. Éste debe definirse de un modo certero y concreto[1176], evitando formulaciones vagas que conllevan la formalización de facto del derecho penal[1177] y que posibilitan la intervención penal en cualquier circunstancia o bajo cualquier pretexto[1178].

[1174] Este principio básico es acogido claramente en la exposición de motivos de nuestro actual código penal.

[1175] TERRADILLOS BASOCO realiza una afirmación semejante, pero en sentido lógicamente inverso. Para el profesor gaditano un derecho penal respetuoso del principio del bien jurídico obliga al legislador a manejar una concepción material del delito. Vid. TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit . p. 124. No podemos compartir esta reflexión, al menos en el orden lógico que se plantea. Si se razona de ese modo, se convierte al bien jurídico en un axioma. Se coloca al mismo al inicio del razonamiento y desde él se deduce la necesidad de un derecho penal material, pero la elección de tal punto de partida queda sin justificación y por tanto, no admite un debate racional. En nuestra opinión con ello se confunden causa y consecuencia. Como hemos afirmado en el texto, es el sistema político del que nos hemos dotado —un sistema democrático de libertades— el que obliga a una concepción material del derecho penal y ésta la que exige los bienes jurídicos como objeto de protección. Procediendo de esta forma no se oculta la justificación de todo el proceso, la cual se hallaría en el consenso social. Tal punto de partida nos parece más racional que la adopción acrítica de un principio que puede compartirse o no.

[1176] Así, entre otros, vid. TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit . p. 124; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal*. PPU. Barcelona, 1987 p. 189; HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" (traducción de ZIFFER, P. S.), en *Doctrina penal*, nº 46/47, 1989. p. 280; HASSEMER, W. "¿Puede haber delitos que…" cit. p. 104; HASSEMER, W. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y estado*, nº 1, 1991. p. 32.

[1177] BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y…* cit. pp. 195-196. Para una interesante crítica a estas formulaciones vagas del bien jurídico, Vid. ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil…* cit. p. 28.

[1178] 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. Vid. HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 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*" Vid. BUSTOS RAMIREZ, J. "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", en *Pena y estado*, nº 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

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Por tanto, la primera condición, que estimamos fundamental, para poder afirmar la concreción y exactitud que exigimos al bien jurídico pasa por que el mismo describa algo *real*.

VON LISTZ fue el primer autor que afirmó que el injusto tenía un contenido material independiente de la apreciación del legislador. Los objetos de tutela no nacerían de la ley, sino de la realidad social. De este modo, el legislador a través de la norma descubre tal contenido, pero no lo crea, ya que el mismo es metajurídico[1179].

No obstante, a pesar de la vocación realista de tal planteamiento, el autor austriaco no llegó a agotar el mismo hasta sus últimas consecuencias en lo referente a la materialidad del bien jurídico. Como ha señalado AMELUNG, para VON LISTZ el bien jurídico aparece cuando el delito es contemplado, no como un suceso del mundo exterior, sino como una lesión jurídica. En dicho contexto, no es aplicable la causalidad natural y, por tanto, el bien jurídico tampoco puede ser dañado. Éste sería así un *concepto* y, por tanto, inmortal e inmune a acciones humanas[1180]. Precisamente a causa de esta intangibilidad del bien jurídico, precisará el autor de un objeto físico que represente al bien jurídico en el mundo "exterior" y que sea lesionado materialmente por la acción delictiva: el objeto de la acción. De esta manera, LISTZ mantiene una comprensión dualista del delito presidida por una concepción ideal del bien jurídico[1181].

Frente a la postura acabada de exponer encontramos la de BINDING. Este autor, desde un racionalismo positivista, toma como dato originario el derecho positivo y

---

toda virtualidad limitadora e inútil desde el punto de vista de la interpretación teleológica. Vid. LAURENZO COPELLO, P. "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", en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 12, 2003. p. 449

[1179] Vid. HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 37; AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 85.

[1180] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p.86. Este autor expone un claro ejemplo de ese carácter inlesionable del bien juridico: El bien jurídico "familia" sólo podría dañarse si se instaurara el amor libre, pero no por acciones individuales.

[1181] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Comares, 2003. p. 285. Según esta autora, el debate sobre cuál sea el criterio de selección de los objetos de tutela penal, es independiente de cuál sea el contenido de éstos. Ello explicaría el que concepciones como la de LISTZ, que afirman que los bienes jurídicos deben extraerse de la realidad social (criterio de selección) puedan desembocar en una concepción idealista del objeto de tutela (contenido). Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 283; de otra opinión, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1992. p. 267; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal", en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense*, nº 69, 1983. pp. 86-87.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

conceptúa al delito como una lesión del derecho subjetivo del estado a mandar y a exigir obediencia. No obstante, para poder diferenciar las infracciones administrativas de las penales —ya que ambas tenían en su base esa desobediencia al derecho—, tuvo que acudir a un elemento material. Tal elemento era el bien jurídico, el cual cosificaba en el mundo de las percepciones los ataques a las "*condiciones de una vida sana de la comunidad jurídica*", ya que la conducta delictiva en ningún caso podía lesionar materialmente la norma o los derechos subjetivos al no existir éstas a nivel perceptivo[1182]. En palabras del propio BINDING, "*en la superficie de la desobediencia se esconde como núcleo la lesión de un bien*[1183]". De esta forma, el bien jurídico aparece en su pensamiento como algo real y lesionable, como algo material.

Ante tal disyuntiva —bien jurídico ideal o real—, como ya hemos afirmado *supra*, hay que preferir la segunda. Con respecto a la primera, la misma puede ser objeto de varias objeciones de calado. En primer lugar, si el bien jurídico se configura como una idea —como una valoración positiva abstraída de la realidad— no será posible su lesión salvo en un sentido figurado, como un desprecio u oposición subjetiva a la misma. En tales condiciones, la lesión del bien jurídico se conecta exclusivamente con el fuero interno del agente y el único "efecto" a tener en cuenta es la propia desobediencia de la norma[1184]. Con ello nos encontraríamos de nuevo inmersos en un derecho penal formal, el cual ya hemos rechazado como incompatible con nuestro sistema político democrático. De otro lado, si los bienes jurídicos no pueden afectarse causalmente, aparecerían como intangibles y, por tanto, inlesionables. De ser así, aquellos no necesitarían protección jurídica alguna[1185] y la intervención del derecho penal perdería su legitimación material.

Ahora bien, a pesar de lo dicho y de sostener un concepto fundamentalmente material de bien jurídico, no puede desconocerse que este instrumento penal, en cuanto

[1182] Vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social*… cit. p. 38 y ss.
[1183] BINDING, K. *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtsmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Band 1. Normen und Strafgesetze. 3 Auflage. Wilhelm Engelmann. Leipzig, 1916. p. 365. cit. en HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social*… cit. p. 43.
[1184] Así tb. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 286-287.
[1185] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p.175; AMELUNG, K. "El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 251; en un sentido análogo, ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 34 (nm. 67).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

tal, posee también un componente ideal o valorativo[1186]. Tal componente valorativo le viene del juicio de valor que, sobre la realidad que le sirve de base (el llamado *substrato* del bien jurídico), realiza el legislador. Con tal valoración se enriquece un objeto de la realidad que en la naturaleza es neutro dándole un sentido positivo o valioso en la sociedad. Ello no impide seguir manteniendo que el bien jurídico es material. Como ha señalado AMELUNG, no se entiende por qué una *realidad* valorada positivamente no continúa siendo una realidad sobre la que se puede influir causalmente[1187]. Lo determinante es exigir que ese objeto sobre el que recae la decisión valorativa sea un objeto real y no ideal, de forma que lo decisivo no sea la valoración *per se*, sino el objeto[1188].

Una vez afirmado lo anterior, hay que ser cautos para no confundir real con físico. En tal sentido, HEFENDEHL, nos recuerda que la realidad no es una mera concentración de objetos corpóreos contiguos sin ninguna relación entre ellos[1189]. La alternativa a *ideal* no es *material* (físico), sino real; y la realidad no sólo se compone de objetos físicos, sino también de fenómenos psíquico-intelectuales[1190]. De ello se deriva que el bien jurídico no necesita ser físico para poder ser lesionable y para constituir un fundamento material válido para el derecho penal. No existirá, por tanto, ninguna objeción en que, junto a realidades materiales, fenómenos sociales constatables puedan ser objeto de protección del derecho penal y que los mismos puedan ser lesionados de forma fehaciente sin exigir un resultado en el mundo físico aprehensible por los sentidos

[1186] En tal sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización del bien jurídico protegido", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007. p. 35; ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Atelier. Barcelona, 2003. p. 88; AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit p. 187; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 305.

[1187] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 106.

[1188] ALCÁCER GUIRAO cita un ejemplo que ilustra perfectamente las diferencias entre las consecuencias de una concepción ideal o material del bien jurídico con respecto al bien "vida": Para una noción material, lo merecedor de protección es la vida concreta de cada ciudadano en cuanto realidad positivamente valorada. Para la versión espiritualizada, lo protegido es el valor social vida en cuanto tal. Vid. ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. p. 73.

[1189] HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Carl Heymanns Verlag. Köln, Berlin, Bonn, München, 2002. p. 28.

[1190] HEFENDEHL, R. "Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 411; así tb. en *Kollektive Rechtsgüter*…cit. p. 28; En el mismo sentido ROXIN, C. "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p.447.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

(*v. g.* el honor o el patrimonio). La componente estrictamente física queda reservada al llamado *objeto de la acción*. El mismo no opera en el nivel de la antijuricidad, sino en el del tipo, actuando como objeto sobre el que recae la modificación causal separada de la acción exigida exclusivamente en los delitos de resultado y al cual no se exige forzosamente una vinculación con el bien jurídico[1191].

Por otra parte, también hay que ser precavidos para evitar que una concepción realista de los bienes jurídicos nos avoque a una concepción asocial y estática de los mismos. AMELUNG ha advertido de este peligro. Según el autor alemán, la teoría de los bienes jurídicos tiende a contemplar la sociedad como un sujeto que sufre un daño en sus bienes y no como un complejo de relaciones estructuradas. Con ello los bienes aparecen como objetos externos a la sociedad y no como relaciones obrantes en su seno[1192]. Frente a tal actitud, se recuerda que el bien jurídico debe ser una entidad enclavada en el complejo entramado social[1193], en cuanto condiciona las posibilidades de participación en los sistemas sociales por parte de sus titulares[1194]. Los bienes jurídicos son así realmente relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal[1195] y, por tanto, no deben interpretarse como bienes de titulares aislados, sino como bienes en procesos sociales juridificados, es decir, como condiciones bajo las cuales los portadores del bien pueden ostentar su papel en la coordinación social de acciones[1196]. En este entendimiento, el daño al bien frente al que se protege no provendrá exclusivamente de una modificación natural del mismo, sino de que se destruya o limite su funcionalidad, su posibilidad de uso. La interpretación aquí mantenida entronca claramente con la afirmación welzeliana según la cual los bienes jurídicos deben estar siempre "en función".[1197]

[1191] Como puede observarse, la diferencia entre bien jurídico y objeto de la acción no radica en su sometimiento a las leyes causales (ya que ambos lo están), sino en su relación con los fines de protección. El bien jurídico es el verdadero objeto de protección de la norma, mientras que el objeto de la acción es simplemente un instrumento para construir la descripción típica de los delitos de resultado material. Vid. AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit p. 106.

[1192] Vid. AMELUNG, K. "Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit", en JUNG, H.,MÜLLER-DIETZ, H. y NEUMANN, U. (Hrsg.) *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*. Nomos Verlag. Baden-Baden, 1991. pp. 271 y 276.

[1193] BUSTOS RAMIREZ, J. "Necesidad de la pena…"cit. p. 107

[1194] MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Ed. B de f. Montevideo, 2006. p. 136; en el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit . p. 136.

[1195] HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social*… cit. p. 152; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y*… cit. p. 191.

[1196] ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. p. 96.

[1197] Vid. AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit pp. 189-190.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Por último, la conexión con la realidad de los bienes jurídicos y su inserción en la sociedad obliga a una última puntualización. Los bienes jurídicos deben entenderse como productos eminentemente históricos[1198]. OCTAVIO DE TOLEDO ha señalado que las relaciones jurídicas están vinculadas en términos de dependencia con las transformaciones materiales de la sociedad[1199]. Por lo tanto, los bienes jurídicos, como condiciones esenciales de convivencia, están sometidos a la evolución de las mismas y van a ir modificándose según las necesidades de cada tipo de sociedad. No van a existir pues bienes jurídicos eternos y necesarios *per se*, sino que éstos son históricamente contingentes y pueden nacer y morir junto con los criterios valorativos del sistema social de referencia. Las palabras de LAURENZO COPELLO son ilustrativas al respecto. "*Una adecuada comprensión del bien jurídico presupone la adaptación del derecho penal a cada situación histórica, pues en definitiva no se trata sino de localizar situaciones o estados de cosas que precisamente por su funcionalidad en un determinado sistema social —geográfica y temporalmente delimitado— adquieren una especial entidad y deben ser conservadas*."[1200]

B) Exclusión de los valores morales

Una segunda consecuencia que puede extraerse de la elección de un derecho penal material es la exclusión de contenidos meramente ético-morales de las normas jurídicas. Esta afirmación, si bien, debe matizarse cuidadosamente. Así, es un lugar común en la doctrina el que el derecho penal no debe proteger contenidos meramente morales, pero pocos autores justifican debidamente tal cuestión, dándose la misma por resuelta como una obviedad.

La moral designa las directrices de comportamiento social en una determinada colectividad. La moral sería, para entendernos, las llamadas "*buenas costumbres*" o el "*super yo*" en terminología psicológica. Consiste en una serie de valoraciones y dictados de conducta que proceden del fuero interno de la persona y que se adquieren en el proceso de socialización de la misma, indicándole cómo actuar en las diversas situaciones de la vida social.

[1198] HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social*… cit. p. 151.
[1199] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo XLIII. Fascículo I. Enero-abril, 1990. p. 11; en el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría…" cit. p. 92.
[1200] LAURENZO COPELLO, P. "Recensión a SILVA…" cit. p. 255

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Así contemplada, no pueden obviarse las semejanzas con el derecho penal e incluso puede constatarse cómo muchos preceptos penales tienen en su base una previa valoración moral. Acciones como matar, robar, estafar, etc. son también indiscutiblemente inmorales. ¿Deben por ello ser expulsadas estas conductas del ámbito del derecho penal? Nadie sostendría esto último.

Lo anterior demuestra que la tajante separación entre derecho y moral que se predica no es tal y que dicha distinción es más problemática de lo que parece, habiendo zonas donde convergen una y otra disciplina[1201]. Creemos que incluso puede afirmarse que el derecho penal también protege de forma indirecta la moral social de un determinado contexto histórico o, al menos, una parte importante de la misma. Además, si realmente existen unas pautas ciertas de conducta asentadas en la población de manera estable, ello es sin duda un hecho social real y, como tal, podría ser objeto de protección legítima del derecho penal[1202]. Entonces, ¿qué quiere decirse con que deben excluirse los contenidos meramente morales del ámbito de protección de un derecho penal material?

Como ya hemos aclarado, lo decisivo para un derecho penal material es que las normas penales atiendan a la evitación de daños sociales y no a la mera actitud del autor. Por tanto, los contenidos morales que deben quedar excluidos son aquellos que sólo tienen que ver con una calificación ética del comportamiento, pero de los que no se puede predicar ninguna lesividad social (*v.g.* comportamientos homosexuales o sadomasoquistas entre adultos)[1203]. Si estos contenidos se aceptaran dentro del derecho penal, lo decisivo para su punición sería meramente la actitud interna por parte del autor de infidelidad a un determinado mandamiento de carácter ético. Se estaría protegiendo un puro juicio de valor, una mera ideología. Ello, como sabemos, contradice las bases de un sistema democrático pluralista en el que un fundamento de la convivencia es

[1201] Vid al respecto, JAKOBS, G. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II curso internacional de derecho penal (Lima, 29,31 de agosto y 1 de septiembre del 2000).* Grijley. Lima, 2000. pp. 50-52.
[1202] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 36; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría…" cit. p. 88.
[1203] En tal sentido, vid. ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 19. TERRADILLOS BASOCO reconoce la proximidad entre los conceptos de bien jurídico y valor, pero se reafirma en la necesidad de valorar el efecto social de los comportamientos y no su mera adecuación a una determinada ética. TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit. p. 132.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

precisamente la tolerancia frente a comportamientos que contradicen las propias convicciones valorativas[1204].

Ahora bien, junto a estas conductas meramente inmorales y no lesivas pueden existir asimismo conductas que se califiquen como meramente inmorales, pero de las cuales sí quepa predicar un determinado daño (*v.g.* el adulterio puede destruir la familia de una forma traumática). En estos casos, si se decide que tales conductas no deben ser prevenidas por el derecho penal, tal juicio no provendrá de su carácter ontológicamente moral, sino de una ponderación sobre la relevancia o gravedad de tales daños a la sociedad a luz de las concepciones valorativas vigentes.[1205].

De este modo, queda claro que un derecho penal material debe expulsar de su seno como objetos de protección los puros valores morales en tanto dicha rama del ordenamiento jurídico no puede señalar lo qué es moralmente correcto y tratar de modificar el fuero interno de los ciudadanos imponiendo unas determinadas opciones éticas[1206]. Sólo está habilitado, como parte del control social, para evitar la desviación respecto a unas condiciones externas mínimas de convivencia. Consecuentemente, la exclusión moral que predicamos no lo será únicamente por poseer tal naturaleza, sino por poderse predicar de tales comportamientos que no irrogan daños a la sociedad o que éstos no son de una gravedad tal que los haga merecedores de la tutela penal según los criterios valorativos reinantes.

C) Rechazo de la vigencia de las normas como objeto exclusivo de protección de un derecho penal material

Recientemente ha surgido una corriente doctrinal impulsada por Günter JAKOBS que, teóricamente situada en el seno de un derecho penal material, centra el daño producido por el delito (condición esencial para poder hablar de un derecho penal material) en la defraudación de expectativas que supone para los miembros de la

[1204] Así, ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 22. En estos casos, la posible incomodidad o sentimientos negativos de otras personas al contemplar esos actos inmorales no pueden considerarse dañosos de cara a una protección por parte del derecho penal. A modo de ejemplo, la contrariedad que puede suponer para algunas personas heterosexuales el ver a dos personas del mismo sexo dándose "muestras de cariño" no es muy distinta de la que siente una persona de ideas izquierdistas cuando escucha una sólida defensa de las virtudes del mercado.
[1205] En tal sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 36; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. pp. 138-139.
[1206] MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. . pp. 65-66; TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit. p. 133.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sociedad el incumplimiento de las normas[1207]. Ello impediría a los ciudadanos actuar con seguridad en sus interacciones sociales. De este modo, según esta escuela, la esencia del delito reside no en la lesión de bienes jurídicos, sino en la desautorización de la norma por parte del autor. La pena, por tanto, no tiene una finalidad preventiva, sino restaurativa de la creencia en el poder vinculante de aquélla[1208]. El delito no es ya un fenómeno que produzca efectos en el mundo exterior al propio sistema social, sino un "hecho social", un proceso de comunicación referido al sistema mismo[1209].

Desde los puntos de partida que se han asumido previamente —un derecho penal material anclado en un sistema democrático de libertades— este posicionamiento nos parece susceptible de algunas críticas[1210].

En primer lugar, a pesar de que esa defraudación de expectativas normativas podría catalogarse en cierto modo como un daño social, éste es tan sólo aparente si la norma no está legitimada por algo más allá de la propia autoridad del legislador. Pensemos en una norma que estipulara la prohibición de manifestarse. Efectivamente las personas tienen una expectativa de que esa norma se va a cumplir y conforme a tal creencia organizarán su comportamiento. Sin embargo, en este caso, la defraudación de expectativas producida difícilmente podría tildarse como dañosa. Es cierto que podría achacarse a nuestro razonamiento el que también la protección de bienes jurídicos depende de la existencia de un criterio externo que los dote de legitimidad no obstante, como ha señalado MIR PUIG, no es lo mismo partir del presupuesto de que las normas necesitan en todo caso una realidad que las legitime y que la misma deba concretarse, que afirmar la validez originaria de cualquier norma independientemente de su contenido[1211].

[1207] La legitimación de las normas es algo que esta corriente omite por considerarlo una cuestión política y no científica.
[1208] Un resumen sobre los presupuestos fundamentales de esta corriente doctrinal puede encontrarse en ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 49 y ss; ROXIN, C. "¿Es la protección de bienes jurídicos…" cit. p. 457 y ss. Dicho autor resalta el paralelismo entre estos postulados y la teoría pura de la pena de HEGEL.
[1209] Vid. ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. p. 62.
[1210] Aunque a los planteamientos de JAKOBS se han realizado críticas tanto desde el punto de vista metodológico como dogmático, nosotros recogeremos únicamente las primeras puesto que son las que se relacionan directamente con el objeto inmediato de estudio. Una síntesis más general de las críticas formuladas a JAKOBS puede leerse en ABANTO VÁSQUEZ, M. A. "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en *Revista Penal* n°18, 2006. p 27 y ss. Puede consultarse asimismo ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. pp. 104-119.
[1211] MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. . p. 300;

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

De acuerdo a lo anterior, entendemos que esta postura avoca a una formalización de facto del derecho penal. Como puede comprobarse, el daño aducido no es material o por lo menos no se contempla desde esa perspectiva, sino que el mismo es meramente comunicativo o simbólico y tiene que ver, más que con afecciones a los intereses humanos reales, con la actitud interna de los autores[1212]. Con ello, se subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. Las normas son limitaciones de la libertad de los ciudadanos y erigirlas en objeto último de protección del derecho punitivo supone considerarlas valiosas en sí mismas, es decir, considerar valiosa *per se* la restricción de libertad que implican. Ello no puede admitirse desde la perspectiva democrática de la que partimos, ya que las normas son un mal —en cuanto limitaciones de la libertad— que sólo puede justificarse para mantener intereses fundamentales de los individuos[1213]. Concepciones como la de JAKOBS ponen en entredicho esta afirmación fundamental y pueden constituir el pórtico de entrada a una exigencia de adscripción interna a los preceptos penales que, amén de autoritaria, conduce a un acercamiento indeseable entre nuestra disciplina y la moral.

En nuestra opinión, es el punto de vista que adopta esta doctrina el que la lleva a esas consecuencias no deseables. JAKOBS parece operar exclusivamente desde el punto de vista de la pena. Desde la pena, lo protegido puede parecer exclusivamente la norma, pero no hay que olvidar que esa norma a su vez tiene un objeto material de protección que es la causa justificante última[1214]. A modo de ejemplo, en el delito de homicidio, la pena protegería la norma de no matar, pero la norma de no matar tiene un fin ulterior cual es la protección de la vida. Si el daño producido fuera exclusivamente simbólico —la puesta en duda de la norma— bastaría una simple medida comunicativa como una declaración de que la norma sigue en vigor. El hecho de que se exija una pena, un mal, indica que la finalidad del derecho penal no es sólo la de mostrar que la norma sigue vigente, sino también la de conseguir efectos preventivos materiales frente a conductas lesivas de bienes jurídicos.

[1212] PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…cit. p. 733.
[1213] MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. p. 340.
[1214] Así se manifiesta WELZEL en WELZEL, H. "Studien zum System des Strafrechts", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.* nº 58, 1939. p. 511 (nm. 30), cit. en AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit p. 187. Del mismo parecer, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.Derecho penal español…cit. p. 18; ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. p. 127.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

De lo hasta aquí dicho no puede extraerse empero que la protección de la vigencia del ordenamiento no constituya un fin del derecho penal, sino únicamente que tal cometido no puede ser el principal o exclusivo de esta rama del ordenamiento[1215]. La protección de la vigencia de la norma cumple un importante rol en el aseguramiento de la identidad normativa de la sociedad[1216] que también debe ser custodiado por el derecho penal. Ahora bien, tal papel es instrumental con respecto a la protección de realidades materiales que tengan interés para las personas (i.e. bienes jurídicos). Tal condición subordinada puede apreciarse ostensiblemente en el hecho de que la vulneración de la norma exige que se haya lesionado —o al menos puesto en peligro— efectivamente el bien jurídico. Si no hay tal lesión, difícilmente se puede hablar de contravención de la norma y de ataque a la vigencia de la misma[1217].

D) Recapitulación

Retomando las ideas expuestas hasta ahora, ha quedado claro que la opción por la protección de bienes jurídicos no es axiomática, sino que tal elección se deduce de la exigencia de un derecho penal material que conlleva un estado democrático como el que nos hemos dotado. Tal forma de estado exige como requisito para recortar la libertad de sus ciudadanos mediante el derecho penal el que tal limitación esté justificada por garantizar unas determinadas condiciones esenciales de convivencia frente a los daños que se les pueda irrogar.

Desde esta toma de postura básica, aparece en primer lugar, como una consecuencia obligada el que el bien jurídico deba tener una *concreción real*, a fin de que los daños sobre los mismos puedan comprobarse empíricamente. Tal concreción material no debe suponer su materialidad física, sino que será suficiente 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 contiguo y estático, sino que deben captarse desde una *perspectiva dinámica*, es decir, desde el punto de vista de las funciones que

[1215] En tal sentido, ROXIN, C. "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen (Trad. CANCIO MELIÁ, M.)" [en línea], en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 15-01, 2013. p. 4. Disponible en la página web: http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf
[1216] ALCÁCER GUIRAO atribuye a la defraudación de expectativas y al cuestionamiento del ordenamiento el componente lesivo social que todo delito debe poseer. ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. p. 123.
[1217] ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. p. 124.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desempeñan para las personas en sociedad, las cuales son las que motivan su valoración positiva por el legislador. Del mismo modo, la propia realidad social que predicamos de los bienes a proteger por un derecho penal material nos conduce a negar la inmutabilidad de los mismos y a afirmar su *contingencia temporal*. Es decir, 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, la opción por un derecho penal material y por tanto la exclusión de intervenciones a tenor de la actitud del autor nos lleva a *excluir 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, el derecho penal material nos conduce a afirmar la *imposibilidad de que la protección de la vigencia de las normas sea el fin primordial* del derecho penal, desplazando con ello a la protección de bienes jurídicos. Esta opción conlleva un alto riesgo de concepciones autoritarias y formales del derecho penal que acaben aproximando a éste a la mera moral en el sentido que hemos defendido más arriba. Tal postura parte 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 convivencia. De todo lo anterior, sin embargo, no se deduce el que la protección de la vigencia de la norma sea un fin ilegitimo o irreal 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.

En síntesis, el derecho penal material debe preocuparse de los daños a bienes jurídicos reales y mutables, pero no de asegurar valores meramente morales o la vigencia de las normas en exclusiva.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

5.1.2. Función político-criminal limitada del concepto de bien jurídico

De lo argumentado en el punto anterior se deduce que, sobre la base de un derecho penal material, el bien jurídico puede desarrollar una función crítica o político criminal. Así, únicamente será apto para ocupar dicho papel algo real, debidamente inserto en la sociedad de su tiempo y que no constituya una valoración ética sin daño social externo ni pretenda el mero aseguramiento de la vigencia de las normas. Sólo las realidades que se amolden a tales parámetros podrían ser considerados bienes jurídicos legítimos de un derecho penal material.

Lo anterior constituye la concepción tradicional de la función crítica del bien jurídico. Como puede observarse, la misma únicamente permite excluir, no sin ciertas dificultades[1218], una serie de realidades estrictamente morales, el mero mantenimiento de las normas, etc. dejando un amplio margen de actuación positiva al legislador en todo lo demás. En tal sentido, su función es exclusivamente "negativa"[1219] y su virtualidad limitante resulta a todas luces insuficiente.

A pesar de lo dicho, un sector de la doctrina —erróneamente a nuestro parecer— ha intentado ir más allá de esa caracterización negativa y ha perseverado en elaborar un concepto de bien jurídico con una mayor potencia político-criminal.. Desde tales premisas se sostiene que, si se sabe con exactitud lo que sea un bien jurídico, el mismo podrá cumplir también una función político criminal positiva vinculando al legislador a proteger exclusivamente dichos objetos[1220]. Si bien la intención que anima estas propuestas es loable, el sendero escogido no nos parece el más afortunado, ya que el mismo está abocado al fracaso. No es posible exagerar la función crítica que posee el bien jurídico ni exigir del concepto más de lo que el mismo está en condiciones de poder ofrecer[1221]. En tal sentido, en la actualidad existe un sólido consenso doctrinal en

[1218] Vid. *supra* lo dicho sobre la distinción entre moral y derecho.
[1219] En tal sentido Vid. PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…cit. p. 735; ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. p. 99; HASSEMER, W. "¿Puede haber delitos que…" cit. p. 101; HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 214.
[1220] En este sentido ROXIN alude al bien jurídico como una "directriz político criminal del legislador", la cual actúa como un arsenal de instrucciones para la elaboración de un derecho penal propio del estado de derecho democrático liberal. Vid. ROXIN, C. "¿Es la protección de bienes jurídicos…" cit. p. 452. A esta opinión del autor alemán se refiere también TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit. p. 124. Afirma que esta ha sido la manera habitual de proceder PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…" cit. p. 726.
[1221] 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. Vid. AMELUNG, K. "El concepto «bien jurídico»…" cit. p. 264; en el mismo sentido

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que el mero concepto de bien jurídico no es apto por sí solo para indicar qué realidades deben ser protegidas por el derecho penal y para legitimar sus normas[1222]. La simple apelación al bien jurídico no viene a decir nada sobre su posible contenido[1223].

Se trata por tanto, más que de elaborar un concepto de bien jurídico conforme al cual se identifique correlativamente qué es lo que se va a proteger, de buscar en otro lugar criterios que permitan delimitar cuál debe ser el contenido material de aquel, de forma que el mismo pueda cumplir esa función político criminal o limitante del poder legislativo que se le exige desde una concepción material del derecho penal presidida por el principio de intervención mínima. Como ha señalado agudamente 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 legiferante en exclusiva, pues entonces la eficacia limitadora de este instrumento devendría completamente nula[1224].

Para acometer esta empresa ya hemos aclarado el concepto de bien jurídico. Por tanto, salvo que se quiera caer en una pura tautología[1225], habrá que acudir a otros instrumentos o criterios que escojan las materias dignas de protección de entre los objetos reales, acudiendo para ello a criterios éticos, políticos, pragmáticos, etc. de mayor amplitud que el limitado concepto jurídico penal que estudiamos[1226].

FRISCH, W. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 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*".

[1222] En tal sentido Vid. HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 215; MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. p. 87.

[1223] TERRADILLOS BASOCO, J. "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en *Pena y estado*, nº 1, 1991. p. 9

[1224] TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit. p. 129. En igual sentido se manifiesta SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho*… cit. pp. 267-268.

[1225] AMELUNG, K. "El concepto «bien jurídico»…" cit. p. 232.

[1226] Así AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 341; ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*…cit. pp. 24 y 71-72; WOHLERS, W. "Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 403; SEHER, G. "La legitimación de normas penales…" cit. p. 70.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En esta tarea tienen tradición los llamados enfoques internos al sistema jurídico y, dentro de ellos, las llamadas teorías constitucionalistas, las cuales se basan en la carta magna para identificar contenidos propios del bien jurídico. También han cosechado abundantes apoyos las llamadas teorías externas, las cuales buscan allende las fronteras del ordenamiento jurídico los contenidos a los que se ha de limitar el legislador penal en su tarea. Analicemos brevemente ambos enfoques[1227].

5.1.2.1. El enfoque interno: las teorías constitucionalistas

Estas teorías, como su nombre indica, acuden al propio ordenamiento jurídico para concretar los contenidos de tutela del derecho penal y más específicamente al texto legal que preside el mismo: la constitución. Dichos enfoques pueden ser estrictos o amplios[1228]. Los primeros sostienen la existencia de obligaciones constitucionales de tutela penal, es decir, identifican los contenidos penalmente protegibles con los bienes de relevancia constitucional. Los segundos se remiten en cambio de una manera más laxa al texto fundamental: La constitución es interpretada como el marco de referencia del sistema jurídico-político en cuanto en ella se consagra el modelo de estado del cual se van a derivar el fin del derecho penal y los contenidos tutelables por dicho sector jurídico. Tales teorías son susceptibles de crítica.

En primer lugar, las mismas, amén de tener su origen en un positivismo estricto ya trasnochado, conducen a una formalización o cristalización del concepto de bien jurídico. Dicha formalización obedece precisamente a esa conceptuación estrictamente legalista y piramidal del ordenamiento jurídico, en el que se olvida la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones. Se presenta la constitución como un producto acabado e infalible en el que ya se habrían adoptado todas las decisiones posibles. Sin embargo, la constitución no puede constituir un límite al descarte o creación de bienes que impliquen una profundización del estado social y democrático. La constitución es el marco de referencia fundamental del sistema, pero no puede cerrar el mismo[1229].

[1227] En los apartados sucesivos seguimos principalmente lo expuesto por SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 50 y ss.
[1228] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 177.
[1229] Así, BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y*… cit. pp. 192.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En segundo lugar, se confunden las distintas funciones que corresponden a los bienes jurídicos y a los derechos fundamentales. MIR PUIG señala al respecto que la función primordial de la constitución no es regular el comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder. El reconocimiento de bienes por la carta magna tiene por objeto fijarlos como límites a respetar principalmente por los poderes públicos[1230]. Los bienes jurídicos tendrían por el contrario una función más compleja, puesto que implican relaciones sociales concretas de los individuos entre sí[1231].

En tercer lugar, se puede criticar también a estas posturas el que las mismas se fundamentan en la pena, esto es, seleccionan los objetos de protección atendiendo a la gravedad de las consecuencias penales. Las teorías constitucionalistas parecen asumir que si las penas afectan a derechos fundamentales, las mismas sólo pueden imponerse para salvaguardar bienes del mismo rango. Tal manera de proceder no es acertada puesto que no resalta el carácter intolerable de las conductas en la vida real, sino que parte de un dato jurídico ya dado —la pena— para establecer los objetos que debe tutelar el derecho penal[1232]. Lo ambiguo del silogismo que parecen utilizar estas teorías puede comprobarse fácilmente en que el mismo igual vale para reclamar un derecho penal mínimo que para justificar un derecho penal máximo sobre la base de una reducción en el carácter lesivo de las sanciones a aplicar[1233].

Las posturas que tratamos suponen igualmente una reducción del campo de juego de la política criminal, desatendiendo por ejemplo cuestiones pragmáticas sobre la necesidad del castigo[1234]. Basta el reconocimiento de un valor constitucional detrás de un bien para que deban incriminarse los ataques al mismo. La relevancia constitucional en realidad sólo supone un indicio de su aptitud para ser objeto de protección del derecho punitivo, pero no puede aportar datos para determinar frente a qué modalidades de ataque es necesario intervenir ni para aclarar el grado de afección que es necesario para que se reaccione mediante el recurso al derecho penal. El no tener en cuenta estas

[1230] MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. . p. 90.
[1231] Vid. tb. TERRADILLOS BASOCO, J. "Función simbólica y…" cit. p. 15.
[1232] En tal sentido vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad*… cit. p. 102 y ss; si bien el autor no vincula este razonamiento crítico a las teorías constitucionalistas.
[1233] Precisamente en esta cuestión se fundan las propuestas actuales de HASSEMER, SILVA o JAKOBS sobre la diferenciación de diversas "velocidades" dentro del derecho penal.
[1234] En tal sentido, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Función y límites del principio de…" cit. p. 10

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

cuestiones nos devuelve a una concepción retribucionista del derecho penal más preocupado por la reafirmación simbólica de valores constitucionales que por la prevención eficaz de conductas dañosas[1235].

Igualmente, a las posturas constitucionalistas se les puede achacar el que sean un criterio demasiado limitado de selección de objetos de protección. Las leyes penales han protegido tradicionalmente bienes de gran importancia social que, sin embargo, no aparecen mencionados en la constitución (*v.g.* la fe pública). Además, estas tesis pasan por alto la mutabilidad de nuestras sociedades actuales[1236] puesto que no permiten incorporar nuevos intereses que pudieran surgir del devenir del sistema social y que no fueron previstos en el texto fundamental en el momento de su aprobación. OCTAVIO DE TOLEDO critica en este sentido que si bien la constitución es amplia y con vocación de durabilidad, no puede predicarse de la misma el don de la adivinación perfecta. De tal modo, no puede pedírsele que profetice el futuro y lo que el mismo pueda imponer en orden a la protección penal de nuevos intereses impensables en el momento de su confección[1237].

Como conclusión a las críticas hasta ahora reseñadas es ostensible que la constitución no contiene un catalogo de bienes jurídicos a tutelar[1238]. Las teorías constitucionalistas conllevan una serie de deficiencias que las hacen inidóneas para constituir un criterio positivo de selección de bienes jurídicos. Para ello, como explicitaremos más adelante, se requiere de un proceso de concreción articulado en más fases y basado en diversos principios.

Ahora bien, el hecho de que la constitución no suponga una guía segura en la selección de los bienes jurídicos no significa que su utilidad en dicho campo sea exigua y que deba quedar al margen en tal tarea. En primer lugar el texto fundamental tendrá una función que, por obvia, no debe desdeñarse. La constitución constituye un límite negativo, una barrera infranqueable del campo de actuación del derecho penal. De tal

[1235] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 55; PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…" cit. p. 729.
[1236] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 33.
[1237] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Función y límites del principio de…" cit. p. 11; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad*… cit. p. 180.
[1238] OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Función y límites del principio de…" cit. p. 11; en similar sentido, STERNBERG-LIEBEN, D. "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 107.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

modo, no será posible proteger penalmente bienes jurídicos que sean incompatibles con la misma (*v.g.* la superioridad del marido sobre la mujer en el matrimonio) ni prohibir conductas que sean expresión de derechos o principios garantizados en su tenor (*v.g.* el voto de las personas sin ingresos)[1239]. De igual manera, la recepción constitucional de una determinada realidad, como ya se ha apuntado, no deja de ser un indicio de la aptitud de la misma para ser objeto de protección del derecho penal. A partir de ahí, este indicio deberá ponderarse con otra serie de cuestiones y principios para que finalmente cristalice en un bien jurídico o se deseche tal opción.

5.1.2.2. El enfoque externo: las teorías sociológicas

Junto a las posturas que se acaban de exponer, existe otro tipo de posicionamientos que, dando crédito a las inquietudes que mostrara VON LISTZ, entiende que los objetos de tutela del derecho penal no pueden ser suministrados por el propio derecho, sino que deben ser descritos por otras ciencias que estudien la vida social pues es en ella donde realmente tienen aquellos su origen.

A) Las teorías funcionalistas: la dañosidad social

En el ámbito de los enfoques externos gozan de gran predicamento las teorías funcionalistas. Éstas —de un modo muy simplificado—, partiendo de las tesis sociológicas ,ciertamente no idénticas, de PARSONS y LUHMANN, tratan de fijar los contenidos de protección del derecho penal contemplando el sistema social humano como una especie de mecanismo y al delito como algo que daña el funcionamiento óptimo del mismo.

En tal marco teórico, AMELUNG ha defendido una teoría de la dañosidad social que intenta constatar empíricamente las consecuencias dañosas del delito como criterio de incriminación. Desde un punto de partida ilustrado, concibe al derecho penal como un instrumento para el aseguramiento de las condiciones de la vida humana en común y, de acuerdo con tal idea, su objeto serán las conductas que contraríen una norma prevista para asegurar la subsistencia de la sociedad. Los efectos dañosos del delito por tanto no deben ser aislados, sino que han de referirse al completo sistema social conllevando un

[1239] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 64 y ss; CARBONELL MATEU, J. C. "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos", en VV.AA. *Cuadernos de derecho judicial. Intereses difusos y derecho penal* (Dir. BOIX REIG, J.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1994. p. 14.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

riesgo de desorganización. Ello le lleva a excluir la idea de bien jurídico como objeto externo y a centrarse en las condiciones de funcionamiento general de la sociedad como objeto de protección.

Esta propuesta, sin embargo, sólo atiende al *ser* de una sociedad ya dada, pero no suministra parámetros de legitimación de las normas penales. Únicamente nos dice si la contravención de una norma es funcional o no a un sistema, pero no aporta datos sobre el *deber ser* de la misma. Por esta misma razón el propio autor se ve obligado a acudir a dos premisas normativas de legitimación que exceden el funcionalismo: la república federal alemana como sistema social y la constitución alemana como fuente legitimante de dicho sistema[1240]. Al acudir a criterios normativos para encontrar las pautas de referencia para considerar dignos de pena ciertos comportamientos, cae en una incongruencia, pues su original propósito era extraer los mismos de la realidad social.

De otro lado, el criterio funcionalista de la dañosidad social presenta grandes dificultades para justificar el daño colectivo de conductas que, aun produciendo daños muy individualizados, presentan un alto contenido lesivo (*v.g.* el homicidio) o para explicar por qué determinados fenómenos sociales altamente disfuncionales no son objeto del derecho penal ni se reclama que lo sean (*v.g.* las decisiones políticas erróneas).

Por último, el criterio que repasamos presenta el riesgo de identificarse con las simples conductas desviadas capaces de erosionar los modelos de comportamiento consolidados, lo cual llevaría a la protección de un orden de valores tradicional que no tendría en cuenta la existencia de mecanismos de composición de conflictos distintos al derecho penal, la existencia de un cierto nivel de tolerancia social hacia las conductas disfuncionales o desviadas ni, en definitiva, la posibilidad de adaptación y evolución del sistema ante dichas conductas.

Así, el criterio de la dañosidad social también presenta una serie de aspectos que lo hacen inidóneo para ser utilizado como criterio global de selección de los contenidos del derecho penal. No obstante, el mismo no es completamente inservible. Este criterio apunta de manera muy oportuna a la necesidad de aproximación a las ciencias sociales para una adecuada descripción empírica del objeto de protección penal y, como se verá

[1240] Vid. AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit pp. 367-369; AMELUNG, K. "Rechtsgutverletzung und…" cit. p. 278 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

más adelante, nos será de gran utilidad para acometer un análisis de la lesividad real de los comportamientos problemáticos en el ámbito urbanístico.

B) Las valoraciones sociales: la teoría personalista de HASSEMER

HASSEMER ha señalado que, aunque el bien jurídico nace realmente por su recepción positiva[1241], tal nacimiento no es caprichoso. El legislador utiliza en su creación unos objetos valorados previamente y perfilados según las compresiones normativas sociales. De esta forma, el legislador no extrae bienes de una nada social, sino que está vinculado a unas valoraciones sociales previas[1242], las cuales toman por base fundamentalmente la frecuencia de la lesión del interés, la intensidad de la necesidad del mismo y la intensidad de la amenaza producida con el ataque[1243]. Es de advertir que, como valoraciones sociales que son, las mismas no tienen por qué ser objetivas y ello puede llevar a demandas de criminalización poco racionales o a no castigar conductas altamente dañosas que no sean percibidas como tales por la población. No obstante, de forma coherente, asume el autor estas circunstancias e indica que la política criminal podrá ilustrar a la sociedad e intentar cambiar su percepción distorsionada, pero, en tanto dichas valoraciones no varíen, deberán ser tenidas en cuenta por el legislador[1244].

SOTO NAVARRO si bien reconoce la coherencia interna de este planteamiento, le achaca el que a continuación imponga un elemento limitante en la base de su construcción conceptual que la condiciona completamente[1245]. En efecto, como tendremos oportunidad de especificar más adelante con mayor detalle, el autor de la escuela de Frankfurt sitúa en el centro de toda su construcción al individuo como elemento irrenunciable y, en virtud de tal decisión, niega legitimidad a cualquier objeto de tutela que no proteja en última instancia bienes de carácter eminentemente personal. Ello deja fuera de juego *ab initio* las demandas sociales de tutela de bienes jurídicos colectivos en sentido estricto —aquellos que no pueden reconducirse a la protección de

[1241] Críticamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Función y límites del principio de…" cit. p. 14. (n. 19).
[1242] HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 212 y ss.
[1243] HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría…" cit. p. 283. Con más profundidad, HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 147 y ss.
[1244] Vid sobre este tema y los tabúes sociales HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 244 y ss.
[1245] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 76 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

bienes personales— y parece olvidar que el estado actual además de liberal es social, lo que le obliga a tener unas miras más amplias que las estrictamente individuales.

De este modo, tampoco esta teoría nos parece suficientemente convincente para suministrar los contenidos a proteger por el derecho penal. A pesar de que la misma parte acertadamente de las valoraciones sociales en cada momento histórico, contiene una limitación de base que excluye toda una serie de contenidos de carácter supraindividual de gran importancia en la sociedad actual. Ello supone a nuestro entender una cristalización del derecho penal y la renuncia, so pretexto de frenar una expansión incontrolada de dicho sector, a aceptar una evolución natural de tal disciplina[1246].

5.1.2.3. Opción personal

Como hemos puesto de manifiesto, las teorías previamente presentadas no nos parecen apropiadas para dotar de contenido a los objetos de protección del derecho penal ni para constituir un mecanismo eficaz que limite la discrecionalidad del legislador más allá de la mera restricción negativa que ofrece el concepto de bien jurídico por sí solo. Aparte de otras razones críticas ya expuestas, cada una de las teorías tradicionalmente utilizadas en la asignación de contenidos al derecho penal razonan desde una perspectiva parcial. Las mismas atienden a una única fuente de legitimación de las normas, lo cual resta diversidad y riqueza al debate sobre los objetos a proteger y lleva en muchos casos a desatender interesantes perspectivas de análisis que no se integran en sus estrechos puntos de mira.

En su lugar, para acometer la labor de atribución de contenidos a los bienes jurídicos, vamos a optar por un modelo de decisión legislativa que atienda a más niveles de análisis y a más perspectivas valorativas que los modelos tradicionales expuestos. Con ello creemos que el debate gana en riqueza y que la solución que se obtenga adquiere una mayor solidez discursiva. El modelo de decisión que concretamente vamos a utilizar es el llamado modelo "*de la racionalidad legislativa*" desarrollado por ATIENZA[1247] de modo general y aplicado a la legislación penal por DÍEZ

[1246] En el mismo sentido crítico vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 37; PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…cit. p. 731.
[1247] Vid. ATIENZA, M. *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas. Madrid, 1997.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

RIPOLLÉS[1248]. 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 interesa, las conductas que deben ocupar al derecho penal en nuestro ámbito de estudio particular. Posteriormente, a partir de esas conductas y a través de un proceso lógico de inducción, accederemos a cual sea el bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos.

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[1249]. 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[1250].

5.1.3. Concepto de bien jurídico adoptado

Según hemos visto hasta el momento, el bien jurídico es un constructo jurídico que se exige en el ámbito de un sistema democrático como elemento central de un derecho penal material basado en el daño. Igualmente, se ha comprobado que dicho constructo tiene un papel limitante de la discrecionalidad legislativa bastante exiguo y que el mismo no puede constituir un criterio de determinación de las normas penales,

[1248] Sobre todo en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad*… cit. Vid tb. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.
[1249] SEHER, G. "La legitimación de normas penales…" cit. p. 91.
[1250] SEHER, G. "La legitimación de normas penales…" cit. p. 92.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sino que, para cumplir dicho papel político-criminal, necesita de teorías externas que le suministren su contenido y embriden con ello al legislador.

De todo lo anterior se extrae el carácter eminentemente instrumental del bien jurídico. El mismo no es una realidad sustantiva que deba ser reconocida por el legislador en el mundo real y que suministre por sí solo los contenidos de tutela del derecho penal, sino un instrumento técnico a través del cual se muestra la realidad sobre la que inciden los comportamientos dañosos socialmente y que 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 él 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 cuando se ha producido una lesión del mismo[1251].

Un concepto de bien jurídico análogo al que aquí mantenemos es sostenido por DÍEZ RIPOLLÉS[1252]. Al mismo se le ha criticado por ciertos autores su supuesto carácter ideal[1253]. Sin embargo, 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 sí[1254]. 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

[1251] Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 82.
[1252] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 34 y ss.
[1253] Vid. PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso*… cit. p. 242 (n. 108); LAURENZO COPELLO, P. El resultado en derecho penal. Tirant lo blanch. Valencia, 1992. p. 70 (n. 36).
[1254] Así, SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 295; Vid tb. en el mismo sentido, BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y*… cit. p. 167.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

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 que faltaría a la verdad[1255].

Una vez tenemos claro, qué vamos a entender por bien jurídico y las funciones que el mismo cumple en la teoría del derecho penal, únicamente nos queda adentrarnos en el desarrollo del modelo de decisión legislativa que hemos elegido como instrumento para dotarlo de contenido. No obstante, antes de acometer dicha tarea, estimamos oportuno realizar una pequeña digresión sobre un tema que nos afecta de lleno y respecto al cual habrá que tomar algunas decisiones fundamentales. Dicho tema no es otro que la sin duda controvertida cuestión de los bienes jurídicos colectivos.

[1255] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit p. 176.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

5.2. Los bienes jurídicos colectivos como objeto de protección penal

5.2.1. Legitimidad de la protección de los bienes jurídicos colectivos

5.2.1.1. Notas introductorias: sobre el origen y las características de los bienes colectivos

Como ha señalado AMELUNG, la idea de que una sociedad puede garantizar una vida humana emancipada únicamente a través de la garantía de derechos individuales se ha desechado hace tiempo. En la sociedad moderna deben mantenerse procesos y garantizarse situaciones que no están subordinadas a los requerimientos individuales[1256]. Como consecuencia de este hecho innegable surgen los bienes jurídicos colectivos[1257] a proteger por el derecho penal.

Este tipo de bienes, propios de nuestro tiempo, sino que los mismos ya eran objeto del derecho penal tradicional. En el mismo podíamos hallar bienes como la fe pública, la administración de justicia, la seguridad interior y exterior del estado, etc[1258]. Lo novedoso en la actualidad por tanto no es la existencia de los mismos, sino la profusión con que tales bienes se han alojado en nuestro moderno derecho penal[1259]. Este renovado impulso que ha adquirido la introducción de bienes jurídicos colectivos tiene una clara explicación histórica.

Según GÓMEZ BENÍTEZ, la evolución de las costumbres adquiridas por el bien jurídico va pareja a la historia de transformación del estado. Así, actualmente se habría llegado a un estado social y democrático de derecho se ve obligado a proteger, junto a los viejos intereses individuales, un buen número de nuevos intereses surgidos al

[1256] AMELUNG, K. "Rechtsgutverletzung und…" cit. p. 273.
[1257] Adoptamos esta denominación frente a otras que también son utilizadas (tales como "bienes *supra*individuales", "difusos o difundidos", "universales"…) por parecernos la más correcta terminológicamente al no introducir connotaciones desacertadas y ser la que mejor capta la esencia característica de estos bienes que, como se verá más adelante, reside en la pertenencia pro indiviso a cualquier individuo o agrupación de los mismos. Sobre la crítica de esos otros términos vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 193-194.
[1258] BUSTOS RAMÍREZ, J. "Los bienes jurídicos colectivos…" cit. p. 195. Debe advertirse, no obstante, que, a pesar de lo dicho y del indiscutible contenido colectivo de tales bienes, los mismos tenían que ver principalmente con el aparato estatal y se interpretaban en realidad como bienes de un sujeto ficticio constituido por el propio estado. Ello no contradice sin embargo materialmente la afirmación anterior de que siempre hayan sido necesarios este tipo de bienes ubicados en un nivel de relación metaindividual.
[1259] PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso*… cit. pp. 215-216.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

compás de las mutaciones habidas en los modos de producción[1260]. Por tanto, la evolución desde un estado derecho liberal —preocupado exclusivamente por asegurar el orden social en un contexto de garantías formales— a un estado social en el que se aspira a asegurar a todos los ciudadanos unas determinadas condiciones materiales como presupuesto de la convivencia pacífica es el que motiva la mayor asunción por el derecho de determinados intereses colectivos frente a épocas pasadas[1261].

Frente a algunos autores que los identifican principalmente por su titularidad compartida o por la imposibilidad de disponibilidad individual[1262], nosotros entendemos que su idiosincrasia radica en su indivisibilidad en el sentido de no distributividad. Un bien será colectivo cuando sea conceptual, fáctica o jurídicamente imposible dividir tal bien en partes y atribuirlas de forma individual en tanto porciones[1263]. Desde esta toma de postura, deviene ineludible la crítica a la calificación de colectivos de bienes que en realidad sólo protegen bienes individuales clásicos (como la vida, la integridad física, el patrimonio…) frente a determinados tipos de ataque que los ponen en peligro de manera generalizada o indeterminada: los llamados "bienes jurídicos colectivos de referente individual"[1264].

En este sentido SOTO NAVARRO tomando como ejemplo los delitos contra la seguridad colectiva del título XVII del libro II del código penal, ha demostrado de manera convincente que los intentos por dotar de una entidad propia a estos bienes no

[1260] GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría…" cit. pp. 12-14.
[1261] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 37. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, J. C. "Breves reflexiones sobre…" cit. p. 11.
[1262] Vid. a modo de ejemplo CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y…* cit. p. 204. También parece destacar esta característica CARBONELL MATEU, J. C. "Breves reflexiones sobre…" cit. p. 17. Crítica a estas posturas, SOTO NAVARRO recuerda muy agudamente que también los bienes jurídicos pueden pertenecer a una pluralidad de personas (v. g. el patrimonio) y que no pocos bienes jurídicos individuales son indisponibles por sus titulares, dependiendo esta disponibilidad más de la naturaleza del bien en sí que de la titularidad unitaria o conjunta del mismo. Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 194-198.
[1263] HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter*… cit. p. 112; HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje material de la norma penal", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 189. En idéntico sentido, SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 199, la cual sigue los postulados del autor alemán en esta materia.
[1264] Crítico también respecto a estas construcciones HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter*… cit. p. 139 y ss.; HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje…" cit. p. 191; SCHÜNEMANN, B. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 218 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

resultan satisfactorios y que en ellos se produce una formalización del bien jurídico en torno a conceptos vacuos tales como la confianza o la seguridad que sólo adquieren suficiente entidad material para dirigir una interpretación teleológica de los respectivos tipos cuando se les dota de un referente individual[1265]. Según la autora, con los delitos que protegen estos bienes jurídicos se busca en realidad un adelantamiento de las barreras de protección frente a comportamientos que no pueden ser debidamente abarcados por las estructuras tradicionales debido a que dichas conductas suelen responder a un patrón de tentativa imprudente de lesión, de ordinario impune. Se observa así que el supuesto carácter colectivo no se lo da el bien jurídico protegido, sino el tipo de peligro del que se trata de prevenir a los bienes individuales de que se trate: un peligro abierto o genérico, es decir, frente a un número incierto de sujetos pasivos que no se concreta *ex ante* ni, en muchos casos, tampoco *ex post*. Así las cosas, este tipo de delitos no introducen un nuevo bien colectivo distinto al individual, sino una nueva estructura típica: los delitos de peligro general[1266]. En virtud de ello, cuando tras un bien jurídico colectivo únicamente puedan descubrirse bienes jurídicos individuales que se protegen en un estadio muy anterior a la lesión, habrá que concluir que dicho bien es únicamente una "metáfora conceptual" y deberá prescindirse del mismo.

Otra característica de buena parte de los bienes jurídicos colectivos "*stricto sensu*" que será de especial importancia en nuestro objeto de estudio es su carácter conflictual[1267]. Con esta afirmación quiere señalarse que los mismos no pueden aspirar a ser protegidos de manera integral. Como es fácil observar, en la gran mayoría de las ocasiones, los ataques a estos bienes provienen de actividades en principio lícitas y funcionales al sistema[1268], de las cuales no se puede prescindir completamente. Ello exige una ponderación de los diversos intereses en juego a realizar no ya en cada caso

[1265] Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 200-213.
[1266] No puede entrarse aquí en la valoración de la legitimidad o ilegitimidad de esta nueva estructura típica. Amén de no disponer de espacio para afrontar tal cuestión, la misma se aparta claramente del objeto de estudio. Por tanto, sirva lo argumentado únicamente para reseñar que ese afrontamiento anticipado de riesgos para bienes jurídicos tradicionales debe dilucidarse mediante cuestiones de estructura típica y no de bien jurídico, el cual, como ya sabemos, no tiene capacidad para cribar las modalidades de ataque que deban ser abarcadas por el derecho penal, sino únicamente para señalar la realidad valiosa a la que atacan los diferentes comportamientos típicos.
[1267] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 213.
[1268] Así. PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…" cit. p. 742; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 213-214.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

concreto, sino originariamente en sede legislativa cuando se confecciona el tipo[1269], dejando de lado aquellos comportamientos que, aunque no inocuos, no tienen entidad suficiente como para ser merecedores de responsabilidad penal (principio de lesividad)[1270]. En esta cuestión será de vital importancia un correcto conocimiento y articulación con la regulación extrapenal de la actividad que se trate.

En definitiva, por bienes jurídicos colectivos habrá que entender exclusivamente aquellas realidades referidas a estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del estado y la sociedad no divisibles en partes alícuotas entre los individuos (*v.g.* la administración de justicia, la administración pública, la seguridad social, el medio ambiente…). Algunas de esas estructuras deberán delimitarse además mediante una ponderación que atienda a los intereses implicados tanto en su conservación como en su limitación.

5.2.1.2. Las críticas a los bienes jurídicos colectivos

Los bienes jurídicos colectivos de nuevo cuño entendidos como lo hemos hecho han sufrido un cuestionamiento de su legitimidad. Estas críticas pueden sistematizarse en tres grandes grupos. Críticas con base en el principio de intervención mínima, críticas a partir del principio de seguridad jurídica y críticas basadas en el carácter ideológico de los bienes colectivos.

A) Críticas desde el principio de intervención mínima

En primer lugar se ha cuestionado que el derecho penal deba extenderse a los nuevos aspectos de la vida social. En tal sentido, MIR PUIG destaca que por la vía de los nuevos intereses se está produciendo una tendencia a la ampliación del derecho penal que se contrapone al programa de despenalización progresiva que en otras materias se propugna en nombre del principio de intervención mínima[1271]. Desde estos

[1269] Sobre las consecuencias dogmáticas de la ubicación en el tipo de la ponderación de intereses en la protección de bienes jurídicos, vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 216-217.

[1270] En este sentido HEFENDEHL diferencia entre un consumo del bien colectivo contrario al ordenamiento jurídico que puede reducirlo y destruirlo y un consumo acorde al mismo que deja incólume al bien. En ambos casos, no obstante, hay un "consumo" y, por lo tanto, el bien es afectado. En el primer caso se extralimita la ponderación de intereses realizada y en el segundo sin embargo no. Vid. HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje…" cit. p. 189; HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter*… cit. p. 112.

[1271] MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. p. 79.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

postulados se sostiene que los delitos contra bienes jurídicos colectivos pretenden proteger intereses no asumidos aún de modo suficiente por la sociedad[1272]. Donde otra perspectiva, también se crítica a estos nuevos objetos de protección el que los mismos están siendo protegidos por el derecho penal con preferencia a otras medidas eficaces y menos gravosas. Así, por ejemplo, HASSEMER, que acepta de una manera resignada la protección de este tipo de intereses únicamente cuando se corresponden con los intereses del individuo[1273], aduce que una admisión generosa de los mismos conlleva el riesgo de consentir al derecho penal no ya en *ultima ratio*, sino en *prima* o incluso *sola ratio* de la protección de bienes jurídicos[1274]. Igualmente, MIR PUIG advierte del riesgo de convertir al derecho penal en un mero instrumento sancionador de normas no penales. Con la pretensión de una mayor eficacia se estaría engrosando el derecho penal accesorio, cada vez más parecido al derecho administrativo y cada vez más alejado de los principios del núcleo histórico del derecho penal. Frente a dicha tendencia, reclama la autonomía del derecho penal[1275] en la definición de sus normas primarias, así como la renuncia a acudir a la intervención penal con el ánimo de conseguir un efecto disuasorio más intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas por la conciencia social[1276].

Respecto a las primeras críticas formuladas (basadas en la infracción del aspecto fragmentario del principio de intervención mínima), puede convenirse con CARBONELL MATEU en que la extensión del derecho penal no debe depender del carácter individual o colectivo de los bienes protegidos. Por tanto, negar a los bienes jurídicos colectivos por principio su entrada en el derecho penal supone ignorar los cambios sociales acaecidos, pretendiendo abordar problemas sociales actuales con un instrumental del siglo XVIII[1277]. Asimismo, la propuesta de limitar la aceptación de

[1272] Así, SGUBBI, F. *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990. pp. 11-12, cit. en SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 172.
[1273] Vid. HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría…" cit. pp. 280-281..
[1274] HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría…" cit. p. 284.
[1275] Críticamente, MORALES PRATS, F. "Técnicas de tutela penal de los intereses difusos", en VV.AA. *Cuadernos de derecho judicial. Intereses difusos y derecho penal* (Dir. BOIX REIG, J.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1994. pp. 81-86. Para este autor, es necesaria una combinación equilibrada entre la protección penal y extrapenal. En su opinión debe rechazarse tanto un modelo de excesiva autonomía del derecho penal como un modelo de excesiva dependencia en la protección de estos nuevos intereses. Sobre esta cuestión vid. tb. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. pp. 38-39.
[1276] Vid. MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. pp. 80-84.
[1277] Vid. SEHER, G. "La legitimación de normas penales…" cit. p. 74; CARBONELL MATEU, J. C. "Breves reflexiones sobre…" cit. p. 11.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estos bienes exclusivamente a aquellos que tengan claras connotaciones individualistas estaría reconociendo simplemente el fracaso anticipado de elaboraciones conceptuales novedosas que albergaran de manera convincente las nuevas necesidades de tutela de las actuales sociedades[1278]. Todo ello, según PORTILLA CONTRERAS, supone asumir una concepción puramente liberal opuesta a las propias corrientes neoliberales que aceptan ya el protagonismo estatal y su incidencia en la infraestructura económica[1279]. Pero no solo esto. Si se observa el código penal y se excluyen —como hemos hecho *supra*— los bienes jurídicos que, bajo la apariencia de un bien jurídico colectivo, únicamente encubren el adelantamiento de las barreras de protección frente a bienes individuales, afirmar que la hipertrofia actual del derecho penal trae causa exclusivamente de los bienes jurídicos colectivos es una afirmación un tanto arriesgada[1280].

Junto a lo dicho, a la vista de los estudios sociológicos sobre participación y asociacionismo que muestran el grado de concienciación ciudadana en los nuevos ámbitos sometidos a regulación penal (*v.g.* medio ambiente, urbanismo, seguridad del trabajo, protección de consumidores…), habrá que matizar cuidadosamente la afirmación de que estamos ante intereses no asumidos por la sociedad[1281]. Pero, aunque se llegara a aceptar esa falta de arraigo social generalizado, la ausencia de conciencia social debida a la falta de práctica en el ejercicio no convierte a los intereses colectivos en simples actividades administrativas de escasa relevancia social, pues esos bienes son en muchos casos necesarios pare el ejercicio efectivo de los derechos individuales[1282]. En estas condiciones, afirmar que su protección infringe el principio de fragmentariedad sigue siendo aventurado.

Por tanto, el auténtico problema parece residir en la selección de las modalidades de ataque a estos nuevos bienes en lugar de en el carácter de los mismos[1283]. Para contrarrestar este problema, más que cerrar *ab initio* el acceso de los bienes jurídicos

[1278] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 37.
[1279] PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…" cit. p. 740.
[1280] En un sentido similar, PRIETO DEL PINO, A. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores.* Tesis doctoral. Dirigida por José Luis Díez Ripollés. Universidad de Málaga. Facultad de derecho, 2001. p. 438.
[1281] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 173-174.
[1282] PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…" cit. p. 740; CARBONELL MATEU llega incluso a deducir la necesidad de tutela penal de estos intereses de la propia constitución. Vid. CARBONELL MATEU, J. C. "Breves reflexiones sobre…" cit. p. 16.
[1283] GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría…" cit. pp. 16-17.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

colectivos al derecho penal, se tratará de hacer un esfuerzo a la hora de fundamentar y cribar la incriminación de determinadas conductas, de forma que no cualquier ataque a aquéllos sea atendido con el recurso a la pena[1284].

Por lo que respecta al otro haz de críticas (basadas éstas en la infracción del carácter subsidiario de la intervención mínima), las mismas pueden ser relativizadas. La ineficacia del derecho penal a la hora de perseguir los delitos contra estos nuevos objetos puede predicarse también de la persecución frente a delitos con un bien jurídico tradicional como la vida o la propiedad. En tales casos, sin embargo, no se recomienda la impunidad de los autores ni el recurso a otros sectores del ordenamiento jurídico menos gravosos. De igual modo, no existe una confirmación empírica de que para perseguir estos nuevos ilícitos existan medios más eficaces que el derecho penal[1285]. En este sentido, más que en la baja persecución o en la frecuencia de su comisión, habría que detenerse en el efecto preventivo sobre potenciales infractores[1286], lo cual se compadece mejor con el carácter preventivo del derecho penal. Una buena conclusión es la que ha señalado CORCOY BIDASOLO. Según esta autora, estas críticas no son determinantes para negar la legitimidad de la protección de estos bienes, sino que, en todo caso, apuntan a la necesidad de modernizar el sistema judicial para superar los problemas procesales y a que los aplicadores tengan una buena técnica jurídica y la utilicen correctamente[1287]. Junto a ello debería avanzarse también en el derribo de trabas de carácter social (reputación de los autores, connivencia entre la clase política y los grandes agentes económicos privados, efecto no estigmatizante de las penas pecuniarias…).

B) Críticas desde el principio de seguridad jurídica

Desde esta perspectiva, los críticos a la existencia de los bienes jurídicos colectivos afirman que la excesiva amplitud de este tipo de bienes y su falta de

[1284] De no ser así, BARATTA advierte del riesgo de que la exclusión "por principio" de los bienes jurídicos colectivos e indeterminados sea compensada con una aceptación, también "por principio", de los bienes jurídicos personales e indeterminados y que esta aceptación sustituya la comprobación empírica de la hipótesis de la idoneidad de la pena en la tutela de estos bienes, transformándose en un nuevo soporte ideológico de la teoría instrumental del derecho penal. Vid. BARATTA, A. "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y estado* nº 1, 1991. p. 40.
[1285] PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…" cit. p. 740.
[1286] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 175.
[1287] CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y*… cit. p. 196.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

concreción conceptual conlleva forzosamente el empleo de estructuras de peligro abstracto[1288]. Ello conduce según HASSEMER a una disolución del propio concepto de bien jurídico ya que, "*en vez de una víctima visible, en vez de un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa*[1289]".

Tales críticas tienen su origen principalmente en una errónea concepción idealizada de los bienes jurídicos colectivos que asume que estos bienes no son susceptibles de lesión. Lo inconsistente de tal planteamiento es patente. Si se sostiene que no es posible determinar cuándo se ha producido la lesión de los mismos, no se entiende cómo puede saberse el momento en que son puestos en peligro, puesto que este hecho sólo puede acreditarse en referencia a la efectiva lesión. Si no se puede identificar ésta, cómo se puede identificar un estadio previo a la misma[1290].

Por otra parte, las posturas que analizamos parten de un panorama en el que la mayoría de los bienes jurídicos colectivos son definidos mediante fórmulas confusas, vagas, inconcretas o genéricas y asumen dicha realidad como inevitable o incluso apropiada. Como ha señalado agudamente PRIETO DEL PINO, dicha inconcreción no es un mal que aqueje exclusivamente a los nuevos bienes jurídicos colectivos. Cualquier estado o relación social valiosa que no sea puramente física conllevará ciertas dificultades de concreción. Piénsese en bienes indiscutidamente individuales como el honor o la integridad moral[1291]. Por tanto, frente a la actitud conformista que presentan las tesis críticas expuestas, es necesario, en lugar de renunciar a los bienes que estudiamos o criticar los mismos por inconcretos, acometer una labor de concreción que los dote de un contenido material susceptible de lesión[1292]. De este modo, desde una debida formulación del bien jurídico colectivo atenta a las ciencias sociales, es perfectamente posible construir en torno al mismo delitos de lesión o, en su defecto, de

[1288] El carácter forzoso de esta opción se justifica en que únicamente esta estructura permite soslayar las dificultades que presentan los bienes jurídicos colectivos en cuanto a la determinación de su lesión y a la prueba del nexo causal entre una acción individual y el resultado lesivo.
[1289] Vid. HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría…" cit. p. 279.
[1290] En tal sentido, SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 178.
[1291] PRIETO DEL PINO, A. *El derecho penal ante el uso*… (tesis doctoral) cit. p. 441.
[1292] Así, BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y*… cit. p. 189; PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…" cit. p. 740; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 186.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

peligro concreto[1293]. Si dicha labor de concreción aparece como imposible, habrá que concluir que se está recurriendo a un mero pretexto de bien jurídico para ampliar arbitrariamente la intervención del estado[1294].

C) Críticas basadas en el carácter ideológico de los nuevos bienes colectivos

Sobre todo desde la escuela de Frankfurt se achaca a los bienes jurídicos colectivos el que los mismos son más influenciables ideológicamente que los bienes jurídicos individuales[1295]. Con ello se quiere significar que este tipo de bienes pueden constituir una puerta de entrada para la introducción por parte del estado de determinados valores o ideas. Así, estos nuevos bienes jurídicos trasmitirían objetivos de organización política, económica y social, proviniendo sus substratos no ya de la sociedad civil sino del propio estado. La atención se estaría centrando más en funciones públicas que en exigencias sociales[1296]. En esta línea, MIR PUIG advierte del riesgo de que el estado social confunda la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, difundidos entre amplios segmentos de la población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque[1297]. Ello estaría otorgando al derecho penal una función promocional que no le es propia[1298].

A estas críticas se ha opuesto con razón el que la carga ideológica no es algo exclusivo de los bienes jurídicos colectivos. En la medida en que todo bien jurídico es el producto de una valoración social y legislativa, su condicionamiento ideológico resulta ineludible[1299]. Por tanto, resulta contradictorio que no se cuestione la labor de conservación y legitimación del modelo económico preexistente que desarrolla el derecho penal (a través de la elevada protección del patrimonio *v.g.*) y sí el supuesto carácter *promocional* del mismo. En realidad, cuando el ordenamiento punitivo protege estos nuevos intereses, no está realizando una labor promocional *stricto sensu*, sino contribuyendo a la defensa de valores fundamentales de la colectividad. Así las cosas, aunque el derecho penal no puede convertirse en base de las transformaciones sociales,

[1293] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 38; BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y…* cit. p. 198.
[1294] Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y…* cit. p. 189.
[1295] HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría…" cit. p. 279.
[1296] Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 190.
[1297] MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. p. 78.
[1298] MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. p. 80.
[1299] PRIETO DEL PINO, A. *El derecho penal ante el uso…* (tesis doctoral) cit. p. 448.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

nada se opone a que la pena contribuya mediante la defensa de los valores sociales básicos a la estabilidad del sistema social que nos hemos procurado[1300].

5.2.1.3. Conclusión

Como se ha podido comprobar, las objeciones a la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídicos colectivos admiten respuestas convincentes, lo que les priva de su pretendida capacidad deslegitimadora de los bienes jurídicos colectivos. Como se ha pretendido demostrar, la aparición de este tipo de bienes es una consecuencia natural del propio desarrollo de nuestra sociedad y del tipo de estado en ella inserto, que no hay que rehuir. Las críticas formuladas, más que para negar la oportunidad de su protección penal, deben servirnos para poner en evidencia los defectos que en la actualidad aún aquejan a la protección de estos bienes a la luz de un derecho penal garantista y social. Por tanto, la conclusión que debe extraerse de las mismas no es precisamente que sea acertado renunciar a proteger penalmente estos intereses fundamentales, sino la necesidad de proceder a una profundización y concreción de los mismos. Es preciso perfilar adecuadamente el concepto de bien jurídico colectivo y dotarlo de un contenido concreto de forma que sea posible identificar con claridad su efectiva lesión por parte de acciones humanas[1301] y que queden fuera de consideración únicamente aquellos bienes que "chirríen" en el seno de un derecho penal material. Mejor que posturas derrotistas como la de HASSEMER es necesario adoptar una actitud constructiva que lleve a superar los problemas en vez de dar por fracasada la lucha antes de entrar al campo de batalla. En resumen, a la vista de lo dicho, creemos haber demostrado satisfactoriamente la legitimidad de la protección penal de bienes jurídicos colectivos como categoría general.

5.2.2. Relación de los bienes jurídicos colectivos con los bienes jurídicos individuales

Aunque, como ya hemos visto, los bienes jurídicos colectivos poseen unas características propias que los autonomizan con respecto a los individuales, esto no los desvincula completamente de ellos, ya que, por principio, todos los bienes jurídicos

[1300] Sobre tal cuestión vid. PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima…cit. p. 741.
[1301] LAURENZO COPELLO, P. "Recensión a SILVA…" cit. p. 259.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

responden o deben responder a la protección del libre desarrollo de los individuos. Ante tal situación, merece la pena clarificar adecuadamente las relaciones entre ambos tipos de bienes.

Para las llamadas teorías **monistas personalistas**, de las que son representantes destacados la escuela de Frankfurt y HASSEMER a su cabeza[1302], existe una inequívoca relación de subordinación entre los bienes jurídicos colectivos y los individuales. Concretamente HASSEMER, a pesar de su resignada aceptación de los bienes jurídicos colectivos, afirma que el fin prioritario del derecho penal es asegurar los bienes personales. Así, la función de dicho sector del ordenamiento jurídico no sería la seguridad general o la evitación de daños sociales, sino la imputación de un hecho punible a una persona y, por tanto, la individualización de un problema. Como consecuencia de ello el derecho penal debe esforzarse en atender al desarrollo de las estructuras sociales y sus problemas anejos, pero sin descuidar su tradición personalista. Dicha tradición consiste precisamente en funcionalizar los intereses colectivos y estatales a partir del individuo: los bienes jurídicos universales adquieren fundamento únicamente en la medida en que se corresponden con los intereses del individuo[1303]. Desde tal postulado se percibe la relación individuo-sociedad-estado como una situación de conflicto o tensión que se salda con una relación jerárquica a favor de los bienes jurídicos individuales[1304].

Como ha señalado SOTO NAVARRO, la teoría personalista mezcla dos planos de reflexión puesto que una cosa es que los bienes jurídicos colectivos conlleven un interés individual de cada uno de los miembros de la sociedad en su conservación y otra que tal suma de meros intereses individuales pueda dotar de contenido concreto al bien jurídico colectivo. A opinión de la autora, la postura de HASSEMER no sería susceptible de grandes reparos si la orientación a la persona se entendiera en un sentido teleológico, es decir, si la persona se considerara como la *ratio legis* de todas las normas penales, pero

[1302] En España SILVA SÁNCHEZ parece aproximarse bastante a estos planteamientos. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho*… cit. p. 291 y ss. Igualmente, CARBONELL MATEU, J. C. "Breves reflexiones sobre…" cit. pp. 16-22; también, MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. pp. 91-92.
[1303] Vid. HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría…" cit. p. 281. Con más profundidad sobre esta cuestión vid. HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 82 y ss. Así mismo, ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 17; STERNBERG-LIEBEN, D. "Bien jurídico, proporcionalidad y…" cit. p. 109 y ss. En sentido crítico vid. AMELUNG, K. "El concepto «bien jurídico»…" cit. p. 235 y ss.
[1304] HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría…" cit. p. 283.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sin que ello condicionara la configuración autónoma de los bienes jurídicos colectivos. Sin embargo, esto no es así y el autor alemán extrae de su teoría personalista consecuencias que inciden sobre la estructura típica de los delitos referidos a los nuevos bienes jurídicos colectivos, exigiendo una construcción típica que recoja directamente la lesión o el peligro concreto para los bienes individuales que se hallan teóricamente en la base del interés colectivo de que se trate. A pesar de tal exigencia, HASSEMER no llega a agotar hasta sus últimas consecuencias su razonamiento puesto que, con la salvedad del bien jurídico medio ambiente, no aclara de ningún modo cómo han de funcionalizarse otros bienes jurídicos colectivos (como la administración de justicia, la administración pública…) a partir de intereses netamente individuales[1305].

Otra consecuencia poco deseable de colocar al individuo necesariamente por encima de los intereses colectivos es el riesgo de subjetivización del concepto de bien jurídico. Si la incriminación de conductas se vincula exclusivamente a necesidades individuales directas, pueden acabar protegiéndose por el derecho penal meras necesidades psicológicas o pretensiones subjetivas. Éstas se apartan claramente de la reflexión racional al estar vinculadas a reacciones inconscientes y emocionales. No debe confundirse el profundo rechazo o conmoción que producen algunos delitos con la característica que los define y justifica como tales: el perjuicio social objetivo. El juicio de desvalor de los delitos se basa en el daño social objetivo que ellos producen y no en la magnitud de la reacción subjetiva que igualmente conllevan. Un hecho que lleva aparejado una gran conmoción, pero una dudosa lesividad social, no será materia apropiada del derecho punitivo[1306].

Con base en esta última crítica debe recelarse de las construcciones dogmáticas que edifican los bienes jurídicos colectivos sobre los conceptos de seguridad o confianza[1307]. Las mismas renuncian a la constatación objetiva de verdaderos perjuicios

[1305] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 236-238.
[1306] A modo de ejemplo pueden citarse las conductas homosexuales, las cuales en el pasado producían una gran conmoción social, pero carecían de una dañosidad social relevante. En la actualidad podría señalarse asimismo el caso del tráfico de drogas a pequeña escala, el cual presenta características similares a las que hemos adjudicado a las conductas homosexuales.
[1307] Mantiene una concepción de este tipo, basada en la seguridad y confianza, CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y*… cit. p. 208 y ss. Crítico a las mismas, AMELUNG, K. "El concepto «bien jurídico»…" cit. p. 249. ROXIN, por su parte, afirma que en general no es misión del derecho penal mantener alejadas emociones negativas de los ciudadanos. Sin embargo, hace una excepción con respecto al sentimiento de seguridad. Vid. ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 22 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sociales externos como factores de punición y se centran en sensaciones del fuero interno de cada individuo de insegura percepción a nivel colectivo o social[1308].

Junto a estas posturas, que no entendemos acertadas por las razones ya expuestas, se ubican las llamadas **teorías dualistas**[1309]. Las mismas admiten la existencia tanto de bienes jurídicos individuales como colectivos, pero sin establecer entre ellos una tensión jerárquica o de subordinación[1310]. Esta orientación ha sido mantenida en la doctrina española, entre otros, por autores como BUSTOS RAMIREZ o SOTO NAVARRO.

El primero entiende que los bienes jurídicos colectivos tratan de atender materialmente a las necesidades del individuo, para que la protección de sus bienes individuales no acabe formalizándose de facto. De tal modo, los bienes jurídicos colectivos serían *complementarios,* desde una perspectiva material, de los bienes individuales[1311].

La segunda sostiene en un sentido similar al anterior que existe entre ambas categorías de bienes una relación de *dependencia recíproca*. Los intereses del individuo dignos de protección sólo pueden determinarse en atención a la sociedad en que se integra, puesto que uno de los principios básicos de la intervención penal es la afección de la convivencia social, sin que dicha intervención se justifique cuando el comportamiento no supere el mero conflicto entre agresor y víctima. Al revés, los intereses sociales tampoco son ajenos al individuo, dado que éste participa en su

[1308] Sobre lo anterior vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 234-236.
[1309] Existen también posturas monistas sociales. No obstante, debido a su escasa difusión, hemos optado por no tratarlas de modo específico.
[1310] Así, AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 364.
[1311] BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y*… cit. pp. 196-197. El autor pone como ejemplo el bien jurídico en el delito fiscal. Desde una perspectiva tradicional individualista, se pone el acento en el patrimonio, en el derecho de crédito del estado. Con ello se confunde bien jurídico y derecho subjetivo y se pasa por alto el carácter masivo y universal característico de los bienes jurídicos colectivos. Otros autores se centran en la fe pública. Con la solución individualista también se escaparía la esencia del bien jurídico de este delito que no sería otra cosa que la relación social basada sobre la satisfacción de necesidades de todos los miembros de la sociedad, complementario para la protección de la vida, la salud, la libertad… De ello deduce que el bien jurídico en el delito fiscal únicamente se puede precisar a partir del sentido que tiene la intervención del estado y, por tanto, lo protegido es el proceso de recaudación de ingresos y de redistribución de los mismos. Sólo de esta manera, a juicio del autor, puede quedar precisado el ilícito penal, evitándose las confusiones con otros bienes jurídicos y la inefectividad de la ley por la exigencia de requisitos ajenos al bien jurídico, como es el caso del ánimo de defraudar.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

conformación y porque sirven, en mayor o menor medida, a su autorrealización personal. De esta forma, lo individual está mediado por lo social y viceversa[1312].

En nuestra opinión, en el tema que tratamos, debe adoptarse una concepción dualista. Estas teorías aparecen a nuestro juicio como las más equilibradas y más fieles a la realidad actual. Con ellas, por un lado, no se corre el riesgo de supeditar el individuo social, ya que uno de sus principios al colectivo social esenciales es que el individuo es el centro del sistema y el fin último del estado y de la protección penal. Por otro lado, tampoco impiden que los bienes jurídicos colectivos tengan cierta autonomía propia, bastando con una referencia mediata y última a los intereses individuales. Desde tal marco teórico no es necesaria una afección directa a intereses personales concretos en todo caso, la cual convertiría a los bienes jurídicos colectivos en un mero refuerzo de la protección de los individuales y les negaría su esencia verdaderamente colectiva (en tanto no susceptibles de distribución). Asimismo, con una concepción dualista de los bienes jurídicos colectivos en la que éstos aparecen como autónomos, no resulta obligado el recurso a los tipos de peligro abstracto, que es a lo que se tiende cuando los delitos contra bienes jurídicos colectivos se intentan construir en relación a un bien jurídico individual supraordenado que se protege complementariamente[1313].

5.2.3. Posibilidad de lesión de los bienes jurídicos colectivos a través de acciones individuales

En el ámbito de los bienes jurídicos colectivos existe un *topos* argumentativo que se ha ido asentando y que en la actualidad parece haberse convertido casi en un dogma: la imposibilidad de constatar de la lesión de estos bienes a través de acciones individuales[1314].

[1312] Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 233. La autora presenta como ejemplo de su razonamiento en este caso la propiedad. Así, afirma que la propiedad privada per se no es objeto de protección penal en cuanto interés esencial del individuo, sino que su valoración positiva está condicionada por un determinado sistema socioeconómico que se ha estructurado sobre dicha institución. Tal dependencia también se da en un sentido inverso: las formas de conducta que afectan al orden socioeconómico en general repercuten sobre los intereses patrimoniales de los individuos al menos de forma indirecta. Incluso el propio HASSEMER reconoce en cierta manera una relación entre bienes jurídicos individuales y colectivos. "No hay ningún bien jurídico de la generalidad sin referencia individual ni ningún bien jurídico individual sin relevancia universal" llega a decir. Vid. HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 231.

[1313] Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y*… cit. p. 198

[1314] Así, entre otros autores, AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 387; STERNBERG-LIEBEN, D. "Bien jurídico, proporcionalidad y…" cit. p. 116; ALCÁCER GUIRAO, R. "La protección

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Esta apresurada conclusión trae causa, según SOTO NAVARRO, de que se pasa por alto que en el área de los bienes jurídicos colectivos, el criterio tradicional de determinación de unidades lesionables no es aplicable. Tal criterio no es otro que el del individuo como portador del bien jurídico. Dicha circunstancia, lamentablemente, en vez de motivar la profundización en nuevos criterios para realizar tal determinación, ha conducido a una inaceptable asunción de la imposibilidad de lesión de estos bienes jurídicos colectivos y la construcción de peligro como los únicos o los más idóneos para recoger la esencia de las conductas atentatorias contra ellos[1315].

Junto a lo ya dicho, otra de las causas de esta orientación doctrinal reside en una errónea identificación del resultado naturalístico con la lesión del bien jurídico. En el ámbito que estudiamos, la habitual dificultad para establecer un objeto físico que sirva para percibir y medir el efecto sobre el bien jurídico lleva a concluir que la lesión del mismo no es constatable y real[1316]. Ello desemboca en una espiritualización o idealización del bien jurídico frente a la que ya nos hemos pronunciado críticamente *supra*.

Ante esta situación, algunos autores —principalmente alemanes—, partiendo de la premisa de la falta de causalidad lesiva real entre acción típica y bien jurídico colectivo, han intentado buscar un equivalente material a la misma. Tal equivalente lo hallan en el concurso de multitud de actuaciones individuales. Es el llamado "pensamiento de la acumulación". Dicha teoría surge principalmente de las interpretaciones realizadas en torno al § 324 del código penal alemán (contaminación de aguas —*Gewässerverunreinigung*—)[1317] y la misma asume que, si no se sancionan penalmente ciertas conductas en sí inocuas para el bien jurídico, habría que contar con una realización masiva de las mismas que sí podría perturbar gravemente las funciones que

del futuro y los daños cumulativos" [en línea], en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 04, 2002. p. 9. Disponible en la página web: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html; HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 232; HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje…" cit. p. 194.

[1315] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 306-307.

[1316] PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso*… cit. pp. 242-243; en similar sentido, CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y*… cit. p. 221.

[1317] El autor que introdujo esta idea en la reflexión penal por primera vez es KUHLEN. Vid. KUHLEN, L. "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)", en *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*, 1986.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desarrollan los bienes colectivos[1318]. Ello supliría en el plano de la criminalización la falta de lesividad real de cada una de las acciones independientes. Para VON HIRSCH y WOHLERS, el fundamento normativo de la obligación de omitir acciones inofensivas que si se llevan a cabo por una pluralidad significativa de ciudadanos conducen a efectos indeseados se encuentra en los deberes vinculados a la entrada en sociedad. Dado que todos los ciudadanos tienen los mismos derechos, nadie puede legítimamente ser un "aprovechado", es decir, nadie tiene el derecho a adoptar conductas que todos sus demás conciudadanos deben omitir para evitar las temibles consecuencias que se producirían si no lo hacen. En definitiva se trata de un deber de cooperación[1319]. Así las cosas, lo problemático para estos autores sería realmente la selección de las conductas relevantes y no tanto la legitimación de la penalización de las mismas en general. Dicha selección, para ser legítima, deberá resolverse atendiendo a una serie de factores. En concreto suele aludirse a que la acumulación de conductas ha de ser esperable de forma realista y a que el bien jurídico que se vaya a proteger de esta manera sea de tal importancia que justifique dicha protección[1320].

A pesar de lo bienintencionado de estas orientaciones, las mismas se enfrentan a una serie de objeciones de calado. Así, ya desde la propia doctrina alemana se les recrimina el que conducen a un castigo *ex iniuria tertii*, el que no determinan suficientemente cuándo es de esperar un número de contribuciones suficiente para una afección seria del bien jurídico y el que permiten legitimar pseudobienes jurídicos[1321]. De entre ellas, a nuestro entender, la crítica más demoledora es la primera, puesto que enfrentaría a esta teoría con elementos básicos del derecho penal como son la responsabilidad por el hecho o el principio de imputación subjetiva[1322].

[1318] HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje…" cit. pp. 194-195; Vid. tb. HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter*… cit. p. 183.

[1319] VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. "Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 300.

[1320] Así, VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. "Teoría del bien jurídico y…" cit. pp. 301-305; FRISCH, W. "Bien jurídico, derecho…" cit. p. 337; HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje…" cit. p. 195; Con mayor detenimiento sobre este extremo, vid. HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter*… cit. p. 184 y ss.

[1321] ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 39 (nm. 82).

[1322] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.*Derecho penal español*…cit. p. 221 y ss. y p. 237 y ss. El principio de imputación subjetiva conlleva el que únicamente pertenecen a una persona aquellos actos realizados materialmente por ella y cuya aparición puede ser controlada por su voluntad de realización. Con ello quedan excluidos claramente los hechos producidos por otros.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Frente a tal objeción, los partidarios de la acumulación arguyen que la misma sólo se daría si en el ámbito concreto del tipo se fundara el injusto en la conducta de terceros. Del mismo modo, mantienen que el pensamiento acumulativo es justificable desde la filosofía moral, ya que si se constata que la infracción de la norma de conducta lesiona el bien jurídico de una cantidad lo suficientemente grande de personas, es inadmisible una defensa del sujeto actuante en el sentido de que su contribución aislada es irrelevante para el bien jurídico. No habría ninguna razón por la que el ordenamiento deba privilegiar a dicho sujeto frente a los demás[1323].

Tales argumentos no nos parecen suficientes como para vencer la crítica formulada con anterioridad. Por lo que respecta al primero de ellos, además de que sea dudoso el que únicamente se produzca una responsabilidad *ex iniuria tertii* cuando se haga alusión a actos de terceros en el ámbito del tipo y no cuando esos actos se tengan en cuenta en el proceso de criminalización, admitir la acumulación como elemento justificante de la prohibición impactaría en la línea de flotación de un derecho penal material. En efecto, a juicio de los propios defensores de esta idea, cada uno de los actos individuales es inocuo en sí mismo considerado y, por tanto, no podría predicarse de cada uno de ellos —que es lo único que es posible prohibir penalmente— una lesividad material que fundamente la prohibición. Ello acabaría dando lugar a un derecho penal formal que castigaría meras desobediencias normativas y estaría inculcando directrices morales, más en atención a la importancia percibida del bien por estos autores que a la lesividad efectiva de la conducta.

Con respecto al argumento de la filosofía moral, entendemos que en el mismo hay una importante contradicción de base. Como puede observarse, en el argumento justificante ofrecido la premisa fundamental es la contravención de una norma —la cual, no lo olvidemos, únicamente se refiere a una acción individual para no caer en la responsabilidad por el hecho ajeno— que ***lesiona*** un bien jurídico de una cantidad tan elevada de destinatarios que no es posible anteponer la libertad del individuo a la magnitud de tal efecto lesivo. Sin embargo, ellos mismos niegan *ab initio* esa posibilidad de lesión que luego aparece como elemento justificante. Igualmente, como señala STERNBERG-LIEBEN, la inmoralidad de este "gorroneo" no supone realmente

[1323] HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter*… cit. pp. 189-193; HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje…" cit. p. 195.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

un perjuicio para una condición del desarrollo personal de otro que legitime la tipificación penal de la conducta. Éste sólo se daría cuando se pusiera en peligro el bien jurídico colectivo, cosa que, por definición, no ocurre ya que para ello es necesario precisamente un elevado número de acciones[1324]. De este modo, nuevamente vuelve a venirse abajo el edificio conceptual erigido como justificación al desaparecer el pilar fundamental de la lesividad.

En realidad, creemos que el defecto básico de estas teorías es que parten de un concepto demasiado estricto de lesividad que identifica erróneamente lesión y destrucción del bien jurídico. Como ha señalado un sector de la doctrina, en los bienes jurídicos colectivos se da también una lesión del bien cuando se produce un único perjuicio puntual sin que deba comprometerse ni desaparecer el sistema completo[1325]. Así, es suficiente que la pureza del agua de una determinada área se empeore por encima del nivel de tolerancia típicamente establecido, pero no es preciso que el sistema hídrico como un todo sea destruido. Esto es aplicable también para los bienes individuales. Un guantazo es sin duda una lesión a la integridad física, aunque la integridad corporal del ofendido no se lleve a un nivel crítico. Incluso en el homicidio, aunque se destruye una vida, ello es prácticamente irrelevante para la subsistencia de la vida humana como categoría, ya que no es necesaria la desaparición de ésta del planeta ni siquiera de una zona determinada[1326].

En nuestra opinión el problema que abordamos surge porque los bienes jurídicos colectivos se definen de forma tan amplia que sólo resulta perceptible su lesión en perspectiva (esto es precisamente lo que hace la teoría de la acumulación). Por ello, la solución al mismo pasa por definir concretamente el bien de que se trate e identificar dentro del mismo una serie de unidades funcionales, de modo que sea posible percibir adecuadamente el efecto lesivo de las acciones individuales sobre aquéllas. Partidario de este planteamiento se muestra DÍEZ RIPOLLÉS. Según el mismo, que el bien jurídico tenga una dimensión colectiva no quiere decir que tal bien no sea susceptible de diferenciación en elementos individualizables que constituyan concretas formas de

[1324] Vid. STERNBERG-LIEBEN, D. "Bien jurídico, proporcionalidad y…" cit. p. 116.
[1325] Entre otros, ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 40 (nm. 85); DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 36; PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso*… cit. p. 243; CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y*… cit. pp. 219-220.
[1326] Ejemplos extraídos de ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 39 (nm. 83); DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. p. 36.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

manifestación del mismo con respecto a las cuales verificar la lesión[1327]. En dicho cometido, el camino adecuado será el que ha propuesto SOTO NAVARRO. La autora, desde postulados funcionalistas corregidos axiológicamente, trata de concretar los bienes jurídicos colectivos en atención al valor funcional de los mismos para el sistema social. Desde tal perspectiva, lo dañado por la acción delictiva será alguna/s de las **funciones sociales** que cumplen dichos bienes, la cual ha de ser indispensable para la subsistencia o desarrollo del sistema social global y, además, susceptible de un aprovechamiento colectivo. Una vez determinadas adecuadamente esas funciones, es posible identificar conductas lesivas para la mismas entendiendo por tal efecto lesivo su impedimento u obstaculización. Dicho efecto lesivo redundará a su vez en el individuo en cuanto lesiona sus posibilidades de acción, bien porque aquel resulta excluido de la interacción social, bien porque se limita su potencial aprovechamiento a título individual[1328]. De este modo, cada vez que una acción limita o destruye posibilidades de uso de un bien jurídico colectivo acordes con los objetivos a los que éste sirve en el desenvolvimiento del sistema social, se produce su lesión[1329]. Se puede constatar así la contribución que ha tenido en la misma la acción individual que se juzga.

5.2.4. Recapitulación

En el presente apartado se ha tomado conciencia de un tema de profunda importancia en la actualidad: los bienes jurídicos colectivos. Tal clase de bienes, aunque ya existían tradicionalmente en el seno del derecho penal, han experimentado un notable aumento con el desarrollo del estado social y ello ha hecho saltar las alarmas en nuestra disciplina, tan atenta al carácter fragmentario del derecho penal.

Este tipo de bienes acogen estructuras e instituciones básicas para el funcionamiento del estado y la sociedad, y se caracterizan principalmente por su carácter indivisible y conflictual. Dicha caracterización nos ha permitido distinguir los bienes jurídicos colectivos *stricto sensu* de aquellos otros que no son más que un mero adelantamiento de las barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, a fin de protegerlos frente a determinados tipos de ataque que los ponen en peligro de manera generalizada o indeterminada.

[1327] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización…" cit. pp. 36-37.
[1328] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 320-322.
[1329] PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso*… cit. p. 245.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Incluso así conceptuados, los bienes jurídicos colectivos han sido objeto de múltiples críticas que han ido siendo rebatidas. Estas críticas afirman que esta clase de bienes conculcan principios como el de intervención mínima o el de seguridad jurídica y que los mismos reforzarían el carácter simbólico del derecho penal frente a su carácter instrumental. En contra de las mismas, a lo largo de la exposición realizada se ha tratado de demostrar que la introducción de estos nuevos intereses es una consecuencia necesaria del propio devenir histórico y que incluso es dudoso que la actual hipertrofia penal traiga causa exclusivamente de los mismos. Igualmente se ha demostrado que una certera concreción de los bienes jurídicos colectivos elimina los riesgos de inseguridad y que una adecuada comprensión de los mismos en el marco de estado social aleja las sombras de una hipotética asunción de funciones promocionales por parte del derecho punitivo.

En otro orden de cosas, se ha puesto de manifiesto que la relación de los bienes jurídicos colectivos con los individuales no debe percibirse como antagónica ni jerárquica a favor de los segundos como pretende la escuela de Frankfurt. Frente a tal concepción, se ha destacado la complementariedad de ambos tipos de bienes, si bien el individuo se sitúa, como *ratio legis*, en el centro del ordenamiento jurídico, ya que cualquier actuación represora estatal sólo puede justificarse por la búsqueda del desarrollo del mismo.

Por último, se ha dejado constancia de que los bienes jurídicos colectivos son perfectamente lesionables a través de acciones individuales. Las teorías que niegan este extremo suelen partir de un concepto demasiado estricto de lesión vinculado a connotaciones en exceso naturalistas y suelen confundir aquélla con la destrucción total del bien. Frente a las mismas, el camino propuesto por nosotros pasa por la exacta definición de los bienes y por su división en una serie de unidades funcionales menores con respecto a las cuales poder constatar el perjuicio realizado de manera individual.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

5.3. El modelo de la racionalidad legislativa como instrumento para determinar el bien jurídico protegido en materia urbanística

Una vez especificado qué es lo que entendemos por bien jurídico y adoptadas una serie de decisiones básicas en torno a los bienes jurídicos colectivos, es momento ya de adentrarnos en el desarrollo del modelo de decisión que utilizaremos para llegar a la determinación de cuál sea el objeto de protección en el seno de los delitos contra la ordenación del territorio.

En dicha tarea, en primer lugar, realizaremos una sucinta exposición teórica del modelo que vamos a utilizar para conocer sus entresijos y poder operar con el mismo de forma eficiente. En un segundo momento, utilizando todos los materiales recabados hasta el momento en la presente investigación, se aplicará dicho modelo al ámbito de la ordenación territorial para seleccionar finalmente una serie de conductas lesivas de especial relevancia a partir de las cuales inducir el bien jurídico que se ve dañado por ellas, si bien ésta última será tarea ya del siguiente capítulo.

5.3.1. El modelo de la racionalidad legislativa: panorama teórico general

La propuesta de modelo de decisión racional legislativa que nos proponemos seguir es una especificación en el ámbito del derecho penal[1330] realizada por DÍEZ RIPOLLÉS de una construcción más general basada en la racionalidad, formulada en el seno de la teoría general del derecho por ATIENZA[1331].

Este modelo, como su nombre indica, busca introducir racionalidad en la tarea del legislador de dotar de contenido al derecho penal. Adopta para ello DÍEZ RIPOLLÉS un concepto originario de racionalidad como "*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*[1332]". Con tal objetivo en mente, erige un edificio conceptual que pretende desarrollar una argumentación político-

[1330] No obstante, el mismo autor reconoce tener la impresión de que buena parte de las afirmaciones que se realizan en este modelo penal serían aplicables mutatis mutandis a otros sectores del ordenamiento jurídico. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 86.
[1331] Vid. ATIENZA, M. *Contribución a una teoría*… cit.
[1332] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 86.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

criminal ordenada y atenta a las diferentes perspectivas valorativas e instrumentales a considerar[1333].

Dicha construcción consiste en un modelo dividido en cinco niveles de racionalidad que se refieren a ámbitos argumentativos distintos. Un seguimiento fiel de los mismos ha de dar lugar a una decisión legislativa penal racional en el sentido arriba apuntado, 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. En dicho modelo, cada nivel de racionalidad superior delimita el campo de juego de los niveles inferiores, acotando un ámbito de reflexión progresivamente más reducido. Los niveles iniciales tienen que ver con cuestiones esencialmente valorativas y se va descendiendo progresivamente a cuestiones más instrumentales.

Los niveles de racionalidad que integran la propuesta de DÍEZ RIPOLLÉS serían los siguientes:

a) La racionalidad ética

b) La racionalidad teleológica

c) La racionalidad pragmática

d) La racionalidad jurídico-formal

e) La racionalidad lingüística

La *racionalidad ética*[1334] es el nivel de racionalidad más desarrollado por el autor. En él, se "*saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad*". Tales creencias están tan interiorizadas que presentan un nivel de debate muy bajo o prácticamente nulo, incluso en el caso de cambios muy paulatinos en el tiempo. En el ámbito jurídico penal[1335], se ubican bajo esta rúbrica un grupo de principios que son denominados "estructurales de primer nivel" que establecen los contornos básicos de una intervención penal legítima. Dichos

[1333] En este sentido, RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. p. 153.
[1334] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 92 y ss. Igualmente en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.
[1335] 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, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 92.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

principios se dividen a su vez en tres grandes grupos: Los *principios de la protección*, que atenderían a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del derecho penal; los *principios de la responsabilidad*, que se ocuparían de los requisitos que deben darse en un comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad penal por él, y los *principios de la sanción*, que pondrían de manifiesto los fundamentos de la reacción con sanciones a la conducta criminalmente responsable. En este trabajo, dados los objetivos limitados del mismo, nos centraremos exclusivamente en el primer grupo de principios, puesto que son ellos los relevantes para hallar el objeto de tutela de cualquier delito[1336].

A este primer nivel de racionalidad pertenece igualmente la selección del criterio democrático como método para legitimar decisiones en cuestiones controvertidas en subsiguientes niveles de racionalidad[1337]. Su importancia, como ya hemos señalado, es reducida en este primer nivel —a excepción de situaciones de crisis ideológica o cultural—, pero es fundamental en la racionalidad teleológica y va decreciendo posteriormente en importancia en el resto de niveles.

En la *racionalidad teleológica*[1338], se sientan las bases de un discurso ético-político 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

[1336] En dicha categoría se estudiarán los principios de lesividad, fragmentariedad, interés público y correspondencia con la realidad

[1337] Sostiene el autor que no hay en las sociedades modernas otra fuente de legitimación de las decisiones colectivas —incluidas las político criminales— que no sea la popular. Una vez superado el umbral de las creencias compartidas de forma casi unánime (el llamado "*mundo de la vida*" habermasiano), cualquier decisión controvertida debe solventarse acudiendo con las cautelas precisas al criterio de las mayorías. Ello es obligado si se quiere proceder de acuerdo con la esencia de nuestras sociedades pluralistas y democráticas basadas en la precomprensión de unos ciudadanos con capacidad de análisis crítico, responsables y competentes para debatir y decidir sobre asuntos referentes a la convivencia social. En esto precisamente aventaja la concepción que exponemos a las teorías constitucionalistas y a las partidarias de enfoques tecnocráticos o elitistas, ya que en ellas nos encontramos únicamente una casta que, negando esa precomprensión democrática de la ciudadanía, o bien se escuda en un libro sagrado que ya ha tomado las decisiones fundamentales y que sólo resta interpretar —tarea vedada por supuesto al pueblo—, o bien pastorea a esa masa popular a la que concibe como incapaz de acceder correctamente a los problemas sociales y de debatirlos y proponer soluciones de forma adecuada.
Ahora bien, es importante ser cautos para no desembocar por esta vía en el siempre temible populismo. Para ello será necesario que las convicciones generales no se identifiquen en un sentido vulgar con la opinión pública como cualquier estado de opinión coyuntural que sea mantenido por la sociedad debido a un determinado suceso o a la influencia de determinados agentes. Frente a tal modo de proceder, las convicciones sociales que deban tener influencia en las decisiones político criminales deben aludir a opiniones compartidas de manera generalizada por la población, que muestren una persistencia temporal notable y que no obedezcan a transacciones entre diversos grupos sociales, sino a un consenso social sobre lo correcto. Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 183 y ss.

[1338] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 94.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

una formulación de los objetivos perseguidos (las conductas que se desean impedir) que determinará el objeto de tutela, su grado de protección deseable y los correspondientes niveles de exigencia de responsabilidad y de sanción aplicable en caso de incumplimiento de la norma. Como se verá más adelante, este nivel de racionalidad será fundamental en nuestro trabajo.

La *racionalidad pragmática*[1339], por su parte, 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 aplicar coactivamente la misma en caso de incumplimiento que es esperable que tanto el cumplimiento de la norma como su aplicación contrafáctica produzcan los efectos de tutela perseguidos y que, por último, la aplicación de la norma se va a poder mantener dentro de los principios acordados de la responsabilidad y la sanción.

La *racionalidad jurídico-formal* busca asegurar un sistema jurídico coherente. En palabras de ATIENZA, "*las leyes deben constituir un sistema; un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias que lo presente como un sistema de seguridad (en tanto previsibilidad")*[1340].

En último lugar, la *racionalidad lingüística* pretende garantizar las habilidades comunicacionales de las normas[1341]. Es decir, se trata de conseguir una efectiva transmisión del contenido de las normas o, como señala ATIENZA, la comunicación fluida de mensajes normativos[1342].

Junto a estos cinco niveles existe una dimensión transversal a todas ellas que es la *eficiencia*. Ésta no es un nivel de racionalidad independiente, sino una cualidad exigible a todas las racionalidades internamente y a la relación entre ellas externamente. La eficiencia introduce una ponderación coste-beneficio que impide que la priorización de ciertos aspectos en detrimento de otros llegue a un punto en que se perjudique al conjunto. ATIENZA lo ejemplifica muy claramente. Así, manifiesta el filósofo del

[1339] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 95.
[1340] Vid. ATIENZA, M. *Contribución a una teoría*… cit. p. 32.
[1341] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 96.
[1342] ATIENZA, M. *Contribución a una teoría*… cit. p. 29.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

derecho, en el nivel de la racionalidad legislativa, tiene sentido perseguir la claridad y la precisión hasta cierto punto. Puede llegar un momento en que el beneficio que supone un aumento de precisión lingüística no compensa el coste en cuanto a la extensión de la ley, el tiempo empleado en su redacción, etc[1343]. Lo mismo puede decirse con respecto a la articulación de todos los niveles de racionalidad entre sí; la eficiencia tiende a asegurar un equilibrio óptimo entre las diversas racionalidades, de modo que en ningún caso, el aseguramiento de un determinado nivel de racionalidad conlleve la anulación total de otro u otros[1344].

Por último, a efectos de un mejor conocimiento de la propuesta de DÍEZ RIPOLLÉS, únicamente nos resta presentar sucintamente las diferencias que plantea su sistema en relación con el originariamente esbozado por ATIENZA. Dichas divergencias residen principalmente en los siguientes extremos.

En primer lugar, el orden con el que DÍEZ RIPOLLÉS aborda el estudio de los diferentes niveles de racionalidad es el inverso al que utiliza ATIENZA. Como ya hemos visto, para el penalista el nivel inicial de todo el esquema es el ético. Esta decisión la justifica el autor en su intento de establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes, más allá de un mero instrumento de análisis de la legislación ya existente[1345].

En segundo lugar, en el ámbito de la racionalidad teleológica, señala que los aspectos a tratar en dicho nivel son previos a los propuestos por ATIENZA. Antes de ocuparse de la eficacia de la ley habrá que dilucidar, como ya se ha comentado, los objetivos perseguidos.

En último término, en la racionalidad pragmática DÍEZ RIPOLLÉS, además de la verificación de que las leyes son obedecidas[1346], incluye otra serie de exigencias adicionales, ya mencionados.

[1343] Vid. ATIENZA, M. *Contribución a una teoría*… cit. p. 93.
[1344] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 97.
[1345] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 91.
[1346] Vid. ATIENZA, M. *Contribución a una teoría*… cit. p. 36.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

5.3.1.1. Algunos apuntes al modelo de la racionalidad legislativa a la luz de la tesis de Rando Casermeiro

A) Su tesis

RANDO CASERMEIRO ha trabajado específicamente en la distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Para acometer tal tarea ha utilizado también el modelo de la racionalidad legislativa expuesto que, en su opinión, es sumamente útil para ordenar y sistematizar los criterios de distinción entre ambos sectores del derecho frente a la habitual mezcolanza de razones procedentes de diferentes niveles de racionalidad que se emplea en tal cometido[1347].

El autor, luego de una convincente crítica[1348], abandona los criterios tradicionales de distinción (ontológicos, cuantitativos, cualitativo, mixtos…) de ambas materias por no aportar una sólida fundamentación a la distinción, y propone, por el contrario, extender los principios que rigen la intervención penal a dicha disciplina[1349] para, una vez obtenidas unas pautas de intervención globales del derecho punitivo, formular un conjunto de criterios de diferenciación de las dos ramas que lo componen, el derecho penal y el derecho administrativo sancionador[1350]. La hipótesis de partida para dicha estrategia teórica será la unidad del *ius puniendi* estatal[1351].

Dentro de la racionalidad ética, en el ámbito de los principios de protección llega a una serie de importantes conclusiones. En lo que respecta al principio de *lesividad*[1352] observa que, aunque el mismo ha sido utilizado en exclusiva en el seno del derecho penal, no existen obstáculos para su transposición al ámbito del derecho administrativo sancionador. No puede sancionarse —penal o administrativamente—, por tanto, una

[1347] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 158.
[1348] Vid. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 45 y ss.
[1349] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 147
[1350] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 150
[1351] Esta idea no es absolutamente nueva y la misma halla un precedente en la sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel y otros) del Tribunal europeo de derechos humanos en la que se habla de la *materia penal* o del *derecho penal en sentido amplio.* Dicha corriente ha sido asumida también por nuestro Tribunal supremo (STS 876/1972, de 9 de febrero, STS 1291/1972, de 9 de marzo; STS de 21 de marzo de 1979; etc.) y nuestro Tribunal constitucional. De este último es fundamental la STC 18/1981, de 8 de junio, la cual recoge en su F. J. 2 la siguiente afirmación: "los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestación del ordenamiento punitivo del estado (…) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales". Sobre ello vid. con mucho mayor detalle y más citas jurisprudenciales RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 76-96.
[1352] El contenido de este principio y de los demás principios integrantes de la racionalidad ética se analizará en profundidad *infra.*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

conducta que no represente un daño para la sociedad[1353]. El propio artículo 10 de la constitución (libre desarrollo de la personalidad) cercena la posibilidad de que los poderes públicos interfieran en los planes de vida de los ciudadanos más allá de aquellas cuestiones que perjudiquen a los demás[1354]. Ello impide la punición de conductas meramente inmorales o desviadas por parte del derecho penal o de cualquier otro sector del *ius puniendi*. De otro lado, tampoco es legítimo que el derecho administrativo sancionador castigue conductas que supongan meras desobediencias a la norma. Como acertadamente ha señalado RANDO CASERMEIRO, la renuncia a buscar un contenido de injusto más allá del acto de desobediencia a una norma jurídica es tan inaceptable en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal. Lo contrario supondría admitir la capacidad del estado de "amaestrar" al ciudadano en la obediencia al derecho, lo cual es completamente inadmisible en un estado social y democrático de derecho como el nuestro[1355]. Por todo ello, se confirma que el principio de lesividad, tal y como ha sido formulado para el derecho penal, es aplicable íntegramente al derecho administrativo sancionador. Así, cualquier prohibición del estado y la eventual sanción de su incumplimiento deben encontrar su fundamento forzosamente en una conducta que se pueda catalogar como dañosa.

Por su parte, en lo tocante al principio de *fragmentariedad*, tradicionalmente ha sido entendido como una "llave de distribución" de contenidos que oponía el derecho administrativo sancionador como alternativa al derecho penal. El derecho penal se ocuparía de los atentados más graves a los presupuestos de la convivencia, mientras que el derecho administrativo sancionador haría lo propio con los ataques de menos importancia. Frente a tal concepción, el autor considera que el principio de fragmentariedad, más que una "llave de distribución", es una "llave de paso". Dicho principio, al orientar hacia el castigo de las conductas más gravemente atentatorias contra los presupuestos esenciales de la convivencia, permite el empleo de las sanciones más graves (prisión fundamentalmente), pero no impide el castigo simultáneo de otras conductas de menor gravedad (*v. g.* una falta de hurto) con sanciones más leves (multa, localización permanente…) cuyo fundamento de punición no es la fragmentariedad del

[1353] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 161-162.
[1354] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 164.
[1355] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 181.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

derecho penal[1356]. De este modo, ni el derecho penal puede identificarse exclusivamente con el uso de la prisión ni el derecho administrativo con el empleo de sanciones insignificantes. No obstante, esa relación suele mencionarse cuando se comparan ambas disciplinas[1357]. Con ello se oscurece el hecho de que el derecho penal protege bastantes bienes jurídicos con multas pecuniarias y que su ataque suele activar de forma conjunta las dos instancias del *ius puniendi* estatal. No puede negarse entonces que el derecho penal contiene bastantes ilícitos de una gravedad análoga a los del derecho administrativo sancionador que se mueven en una zona fronteriza y frente a los cuales se usan medios iguales o muy similares[1358].

Por tanto, el principio de fragmentariedad no aparece como un principio exclusivo del derecho penal que le suministre contenidos de manera infalible. Los ataques a los presupuestos más esenciales para la convivencia efectivamente justifican un elevado rango de protección, pero estos bienes, sin embargo, no son únicamente la vida, la libertad, la integridad física, etc. También existen bienes de una importancia "no fundamental" en cuya defensa el derecho penal comparte labor con el derecho administrativo sancionador, el cual igualmente sólo estará legitimado para intervenir severamente cuando los mismos puedan calificarse como presupuestos esenciales para la convivencia. La fragmentariedad es así un requisito ético que se exige indistintamente a cualquiera de las potestades del derecho punitivo[1359].

Como conclusión, queda claro que los principios de la protección son perfectamente aplicables a las dos ramas sancionadoras del estado sin matizaciones. De ello se deriva que no es posible establecer diferencias a nivel ético entre ambas disciplinas.

El nivel subsiguiente es el de la racionalidad teleológica. En el mismo, a partir de la teoría proveniente del tribunal europeo de derechos humanos conocida como de *los*

[1356] Esta reflexión se basa en la concepción de DÍEZ RIPOLLÉS —que veremos un poco más adelante— del principio de fragmentariedad como un principio expansivo en lugar de restrictivo. Vid. *infra*, Apdo. 5.3.2.1. B) ii).
[1357] Señala RANDO CASERMEIRO en este sentido cómo es harto común para intentar delimitar las dos disciplinas implicadas el comparar la pena privativa de libertad con las multas administrativas, lo cual lleva a comparar también infracciones de diferencia extrema. Se acude así a la comparación entre un homicidio y un mal aparcamiento. Ello no es más que una "verdad de Perogrullo" que omite toda la "zona gris" que no admite una disección tan sencilla en función del criterio de la gravedad de la conducta. Vid. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 199.
[1358] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 200.
[1359] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 209.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

subconjuntos borrosos, se va a utilizar la "*lógica analógica*" para intentar el deslinde que el autor afronta[1360]. Dicha forma de razonar no posibilita —como la "*lógica digital*"— una decisión de tipo sí/no, sino que introduce más variables y se produce un análisis más complejo que dará una respuesta escalada, de mayor o menor aproximación a una u otra rama del ordenamiento punitivo.

Con las antedichas bases metodológicas, el autor se percata de que los fines asignados a una y otra rama del derecho son diversos, lo cual podría suponer una base para la distinción. En este sentido muestra que el derecho administrativo sancionador tiene una suerte de "querencia" hacia las figuras de peligro que lo configuraría un sector especializado en anticipar las barreras de protección penal[1361]. Esta concepción, a su juicio, presenta algunos inconvenientes como el de que finalmente se acaba recurriendo a la importancia del bien jurídico para articular la distinción, lo cual resta operatividad al criterio que se dice seguir y el de que, en muchas ocasiones, ante la incapacidad para definir certeramente qué es lo que se protege y qué daño se produce, se acude artificialmente a las figuras de peligro[1362]. No obstante, a pesar de tales defectos, se estima correcto que el derecho administrativo sancionador tenga objetivos de anticipación de la tutela de bienes que también protegerá el derecho penal. De ello se deduce el que la potestad sancionadora administrativa debería llevar el protagonismo cuantitativo en la protección frente a riesgos y que la presencia de un peligro que no sea concreto debe ser un dato favorable a la intervención administrativa[1363].

Junto al criterio de distinción analógico acabado de comentar, añade RANDO el de los fines de la administración pública. El derecho administrativo sancionador presenta una conexión lógica y estrecha con la actividad y los fines de la administración pública que lleva a poder señalar un *núcleo duro* de la potestad sancionadora de la administración[1364]. Ahora bien, en ciertas ocasiones el derecho penal también debe entrar a proteger bienes conectados con esa actividad administrativa. Por ello este criterio debe combinarse con el anteriormente señalado del derecho administrativo sancionador preventivo. Ello da lugar a una fórmula de síntesis en el siguiente sentido.

[1360] Una explicación sobre los rasgos básicos de esta teoría en RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 247-252.
[1361] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 282.
[1362] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 284-285.
[1363] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 286.
[1364] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 310.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

"*El derecho administrativo sancionador debe proteger frente a comportamientos gravemente antisociales que interfieren con el cumplimiento de los fines de la administración. En los supuestos de concurrencia con el campo de protección penal, el uso de las diferentes estructuras de peligro debería estar en condiciones de distribuir adecuadamente los contenidos de tutela entre ambos sectores del derecho punitivo*[1365]."

Como puede observarse, la racionalidad teleológica tampoco aporta razones definitivas para distinguir entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Todo lo más, en función de los fines de una y otra disciplina, suministra criterios que orientan la preferencia por uno o por otro, pero que, en ningún caso, obligan a decantarse por alguno de ellos. Ello trae como consecuencia que la decisión deberá terminar de tomarse en función de cuestiones prácticas, en el terreno de la racionalidad pragmática.

En la racionalidad pragmática se valora si una determinada disposición puede ser aplicada en la práctica para cumplir los objetivos que se han fijado en la racionalidad teleológica. En tal sentido se juzga en dicho nivel de racionalidad la *eficacia* y *efectividad*[1366] de una norma dada.

Dado que RANDO CASERMEIRO trata, no de juzgar la racionalidad de un determinado subsistema en particular, sino de distinguir los contenidos del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, se percata de que las diferencias en efectividad o eficacia entre ambas ramas del *ius puniendi* pueden suministrar pautas de distinción útiles entre dichos sectores[1367]. Tal labor de ponderación será realizada por el *principio de subsidiariedad*, el cual representa la valoración propia de la dimensión transversal de la *eficiencia* en el seno de la racionalidad pragmática. De esta manera, el principio de subsidiariedad emitirá un juicio sobre cuál subsistema punitivo funciona mejor y a menor coste a la luz de las variables específicamente pragmáticas de la eficacia y efectividad[1368].

Si, como se ha visto, no existen diferencias éticas entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, y a nivel teleológico los resultados tampoco son

[1365] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 311-312.
[1366] Una ley será *efectiva* si se cumple o hace cumplir y *eficaz* si con la misma se logran los objetivos perseguidos.
[1367] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 372.
[1368] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 374.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

totalmente concluyentes, será el ámbito de la racionalidad pragmática el más decisivo a la hora de distribuir los contenidos entre ambas disciplinas. De este modo, sería en el principio de subsidiariedad donde se ubicaría el núcleo del problema de la distinción. Como concluye RANDO CASERMEIRO, "*si todos los intentos por distinguir derecho penal y derecho administrativo sancionador han fracasado hasta el momento, si ninguno puede dar cuenta adecuadamente de la necesidad de desdoblar el control social punitivo en dos instancias diferenciadas, el último recurso que puede justificar la distinción pasa por configurar al derecho administrativo sancionador como una alternativa punitiva que encuentra una justificación eficientista, a la que cabrá acudir, pues, cuando el saldo coste-beneficio sea más favorable que hacer intervenir al derecho penal*[1369]".

B) Consecuencias para nuestra investigación

El modelo de la racionalidad legislativa tal y como es presentado por DÍEZ RIPOLLÉS está pensado para su aplicación en exclusiva al ámbito del derecho penal. No obstante, a la luz de la teoría de RANDO CASERMEIRO aparece como posible ampliar su marco de actuación, de forma que dicho modelo sea perfectamente aplicable al *ius puniendi* estatal en sentido amplio.

El nivel de la racionalidad ética, al menos en el ámbito de los principios de la protección, sería común a los dos subsistemas que integran dicho conjunto normativo. Ello hace que no sea posible discriminar conductas como penal o administrativamente relevantes en función de su lesividad o fragmentariedad. Es decir, cuando llegue el momento de discutir y verificar en el nivel de la racionalidad teleológica qué conductas son efectivamente lesivas y fragmentarias y cuáles no, las escogidas no lo serán en exclusiva para el derecho penal, sino que serán conductas que interesen tanto al derecho penal como al derecho administrativo sancionador. Sólo en niveles de un perfil bajo de abstracción —esto es, a partir de la racionalidad pragmática— será posible ir asignando contenidos separados a dichas disciplinas.

Lo dicho tiene una importancia fundamental de cara al objeto de nuestra investigación. Como hemos afirmado en páginas anteriores, el bien jurídico es un instrumento técnico que se obtiene de una abstracción a partir de las conductas

[1369] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 377-378.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

relevantes para el derecho penal —en principio—. Según sabemos también, dentro del modelo de la racionalidad legislativa, el lugar apropiado para discutir cuál sea el objeto de tutela y para tomar una decisión sobre dicho tema es la racionalidad teleológica. En dicho nivel de racionalidad, sin embargo —según la relectura de la tesis de DÍEZ RIPOLLÉS acabada de apuntar—, aun no es posible una separación estricta de las conductas que interesan a una u otra rama del *ius puniendi*. Por tanto, la abstracción que da lugar a la formulación de un bien jurídico se realizará a partir de conductas que interesan al derecho punitivo globalmente considerado y no a alguno de sus subsistemas en particular. Ello dará como consecuencia una fundamental hipótesis de partida de nuestro trabajo: el bien jurídico protegido es único para el derecho punitivo. Esto es, *derecho penal y derecho administrativo sancionador comparten un mismo objeto de protección*.

Esta afirmación se correspondería con la idea de WELZEL, según la cual, "*a partir del ámbito nuclear de lo criminal discurre una línea continua de injusto material que ciertamente va disminuyendo, pero que nunca llega a desaparecer por completo, y que alcanza hasta los más lejanos ilícitos de bagatela, e incluso las infracciones administrativas están vinculadas con ella*[1370]". De hecho, a partir de esta idea de continuidad entre las dos ramas del ordenamiento punitivo, tanto HASSEMER como ROXIN mantienen que no hay diferencias en el aspecto del bien jurídico entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador[1371]. Según nos indica el segundo de los autores citados, los ilícitos administrativos protegen también la vida en común la libertad, etc. Los mismos son administrativos exclusivamente por el principio de subsidiariedad, pero en ningún caso por carencias en la calidad de los bienes jurídicos protegidos[1372].

[1370] WELZEL, H. "Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht", en *Juristenzeitung*, 1956. pp. 238-240. cit. en SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. Edisofer. Madrid, 2011. pp. 135-136.
[1371] Vid. HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie*…cit. p. 219; ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 31; En España vid. tb. CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general. Introducción*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid, 2004. p. 55. Esta opinión ha sido recogida inclusive en cierta manera por nuestro Tribunal constitucional. En su ya citada sentencia 18/1981, de 8 de junio (F.J. 2), como se recordará, puede leerse: "hasta el punto de que **un mismo bien jurídico** puede ser protegido por técnicas administrativas o penales" (el resaltado es nuestro).
[1372] ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*… cit. p. 32; ROXIN, C. "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica…" cit. p. 14.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A pesar de lo dicho y aunque en la actualidad se ha abandonado la idea de que el derecho administrativo sancionador protege intereses administrativos en lugar de bienes jurídicos, aún subsisten corrientes que quieren ver una diferencia de carácter entre los bienes jurídicos en general y los calificados como bienes jurídicos "*penales*"[1373]. Ello supone sin duda un mero cambio de etiquetas, un simple tropo nominalista[1374]. Lo que antes eran los intereses administrativos pasan a denominarse ahora bienes jurídicos, pero siguen contraponiéndose a ellos los bienes jurídicos penales. En el fondo se sigue sin asumir por estas posturas la idéntica calidad de los objetos protegidos por ambas ramas del derecho punitivo.

Nosotros, como ya hemos afirmado, nos apartamos de estas concepciones. Como ha señalado RANDO CASERMEIRO, si no se acepta que el derecho administrativo sancionador protege bienes jurídicos al igual que hace el derecho penal, los principios de fragmentariedad y subsidiariedad no pueden desarrollar su función selectiva: Si el derecho administrativo sancionador no protegiera este tipo de bienes, el principio de fragmentariedad no podría atribuirle la defensa frente a los ataques más graves a los mismos. Igualmente, si el derecho administrativo sancionador no tuviera aptitud para ocuparse de la protección de bienes jurídicos, tampoco el principio de subsidiariedad podría remitirle, en su caso, los ataques contra éstos cuya prevención resulte igualmente eficaz con un menor coste aflictivo[1375]. En definitiva, debe mantenerse que "*los bienes jurídicos protegidos por el derecho administrativo sancionador son exactamente los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal*[1376]". Una cuestión ulterior será comprobar qué modalidades de ataque a esos mismos bienes deben ser asumidos por uno u otro sector del ordenamiento jurídico.

Transpuesta esta conclusión a nuestra investigación la misma nos llevará a mantener que en el aspecto territorial el objeto de protección es común y único para el derecho administrativo sancionador y para el derecho penal, dependiendo la distinción entre ambas ramas punitivas exclusivamente de las conductas desviadas asumidas por cada una. Dado que ello excedería claramente el objeto de nuestra tesis, no se profundizará en dicha distinción más allá unas ciertas pautas orientativas.

[1373] Vid. por todos, MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. . p. 85 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho*… cit. *passim*. pp. 38-39, 267 y 275.
[1374] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 255.
[1375] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 256.
[1376] RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 269-270. (Cursiva en el original.)

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

5.3.2. Aplicación de la racionalidad legislativa a nuestro objeto de estudio

A continuación, en las líneas que siguen, iremos desgranando progresivamente el modelo de la racionalidad legislativa tal y como lo hemos formulado previamente. Como ya se ha señalado en alguna ocasión, el objetivo será el de, utilizando los abundantes conocimientos obtenidos en los primeros capítulos de la investigación, seleccionar una serie de conductas lesivas a partir de las cuales podrá inferirse justificadamente cuál debiera ser el bien jurídico protegido de los delitos urbanísticos. Debe advertirse no obstante que, dado que la selección del objeto de tutela es materia propia de la racionalidad teleológica, no se avanzará en el modelo de racionalidad, salvo alguna puntualización, más allá de dicho nivel.

5.3.2.1. La racionalidad ética, en especial los principios de la protección

Como ya se ha especificado, en este nivel de racionalidad se vuelcan las creencias que se encuentran firmemente arraigadas en un determinado tiempo y una determinada sociedad sobre el derecho punitivo. Las mismas, de manera prácticamente indiscutida, establecerán una serie de principios de intervención punitiva que marcarán todo el proceso posterior de discusión racional/democrática sobre la decisión legislativa. En este sentido podría decirse que el contenido de esta racionalidad es "por definición". Es decir, se comparte o no se comparte, pero el mismo carece de un contenido discursivo efectivo y se limita simplemente a establecer, digámoslo así, las "reglas de juego" de la elaboración posterior, que se realizará a través de los subsiguientes niveles de racionalidad.

El modelo que hemos adoptado establece una ordenada estructuración de los principios penales básicos —los denominados principios estructurales de primer nivel— en tres grandes grupos que resultan de considerar dos aspectos distintos. De un lado, las tres decisiones político criminales básicas que fundamentan el derecho penal: mantener el orden social básico mediante la evitación de los daños o riesgos más graves a los bienes fundamentales para la convivencia; incidir exclusivamente sobre personas responsables de los perjuicios ocasionados o susceptibles de ser responsables de ellos; y neutralizar tales conductas a través de la reacción penal. De otro lado, los elementos que

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

integran el subsistema de control penal: las normas, las sanciones y el procedimiento de exigencia de responsabilidad[1377].

Los grupos resultantes, como ya es conocido, son los principios de la protección, los principios de la responsabilidad y los principios de la sanción. Dentro del primer grupo se alojarían cuatro principios: el principio de *lesividad*, el principio de *esencialidad* o *fragmentariedad*, el principio de *interés público* y el principio de *correspondencia con la realidad*. En el segundo, los principios incluidos serán el principio de *certeza* o *seguridad jurídica*, el principio de *responsabilidad por el hecho*, el principio de *imputación*, el principio de *reprochabilidad* o *culpabilidad* y el principio de *jurisdiccionalidad*. Por último, bajo la rúbrica de los principios de la sanción se alojan los principios de *humanidad de las penas*, el principio teleológico o de los *fines de la pena*, el principio de *proporcionalidad de las penas* y el principio del *monopolio punitivo estatal*. Dado el objeto de la presente investigación, a fin de ser congruentes con el mismo, nos centraremos exclusivamente en los principios de la protección pues son éstos los fundamentales a la hora de abordar el tema del objeto de tutela en el derecho penal.

Centrándonos ya en los ***principios de la protección***, son cuatro los principios que integran este grupo. El autor los sitúa a todos al mismo nivel. Sin embargo, nosotros estimamos oportuno realizar alguna apreciación en torno a este extremo. A nuestro juicio, existe un cierto orden lógico de prelación entre los principios de la protección que haría conveniente distinguir dos subgrupos. Para ser exactos podríamos hablar de principios "*presupuesto*" y principios "*sustantivos*". Los principios presupuesto serían los que el autor trata en segundo lugar —interés público y correspondencia con la realidad—, mientras que los principios sustantivos serían los citados al principio —lesividad y fragmentariedad—. Dicha denominación obedece a que entendemos que, previamente al juicio sobre la lesividad o fragmentariedad de una conducta, es un requisito previo e insoslayable el que la misma se formule de acuerdo a la realidad percibida de un modo empírico-social y que tal comportamiento produzca efectos que trasciendan a la interacción autor/víctima, poniendo en riesgo la pervivencia misma del orden social. Únicamente una vez cubiertos estos requisitos tendrá sentido el preguntarse si esa conducta es lesiva y si tal lesividad reviste una especial entidad, lo

[1377] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 137.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

cual, además, deberá apoyarse en datos reales y medirse con respecto al todo social y no sólo con respecto a la relación entre los implicados por el delito. Por todo ello, será éste el orden que sigamos a la hora de exponer el contenido de este apartado[1378].

A) Principios presupuesto

i) El principio de correspondencia con la realidad

Este principio tiene que ver con el modo de aproximación a los hechos imperante en nuestra sociedad. Abandonadas sobradamente aproximaciones a la realidad ideales, mágicas o religiosas, nuestro sistema de creencias impone que las conductas que vayan a ser objeto del derecho penal provengan de una observación del mundo externo que pueda calificarse como empírica, esto es, que pueda ser apoyada en datos objetivos y contrastables provenientes de disciplinas científicas. Por disciplinas científicas deben entenderse obviamente no sólo las naturales, sino también las sociológicas. Estas últimas son imprescindibles, máxime cuando muchas de las cuestiones que han de verificarse tienen que ver con la propia sociedad humana y sus relaciones internas. De acuerdo con este principio, no estarán fundadas éticamente valoraciones de la realidad social y de los comportamientos que en ella tiene lugar que no parten de los rasgos efectivos del fenómeno social que pretenden evaluar.

Aplicado lo anterior al ámbito que nos ocupa, ello nos obligará a ofrecer una sistematización de conductas urbanísticas problemáticas extraídas de la realidad. La fuente de dicha selección no puede ser en ningún caso la inspiración personal ni cualquier otra forma de selección artificiosa. Por ello, nos basaremos exclusivamente en la práctica urbanística real desde las diversas perspectivas desde las que la hemos analizado en los primeros capítulos de la tesis. Las conductas así escogidas serán la "materia prima" con la que habremos de trabajar y a partir de ellas se seleccionarán, utilizando los que hemos dado en llamar principios sustantivos, las conductas que merezcan atención a afectos punitivos, de las cuales posteriormente se inferirá el objeto de protección.

[1378] Nos parece que DÍEZ RIPOLLÉS, al igual que criticaba a ATIENZA, utiliza en este grupo de principios un esquema expositivo que trata más bien de mostrar un análisis descriptivo-teórico del mismo. Sin embargo, si lo que se busca es la aplicación efectiva del modelo en la toma de decisiones legislativas, entendemos más correcto el orden que proponemos nosotros.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ii) El principio de interés público

El principio de interés público supone dos exigencias[1379]. En primer lugar, las conductas que se consideren relevantes han de desplegar efectos que trasciendan el conflicto entre autor y víctima. Es decir, el conflicto debe tener una vocación de generalidad de forma que, si no se responde adecuadamente al mismo, pueda poner en riesgo las bases de la convivencia.

En segundo lugar, el conflicto que trasciende a la relación personal debe valorarse desde la perspectiva de los intereses generales de toda la sociedad y no desde intereses colectivos meramente parciales y privativos de determinados grupos sociales.

A nuestro nivel de estudio, deberá comprobarse que cualquier conducta urbanística sobre la que vayamos a juzgar su especial dañosidad social y que podamos tener por relevante cumpla con los requisitos antedichos. No obstante, en virtud de la propia materia y de su carácter ontológicamente público, las más de las veces, si no todas, esta característica vendrá de suyo. Por ello, este principio no presentará especiales problemas en nuestra investigación.

B) Principios sustantivos

i) El principio de lesividad

A través de esta exigencia ética se introduce en la decisión legislativa el carácter material del derecho penal. Cualquier conducta que vaya a ser objeto de un reproche por parte del derecho sancionador y susceptible de ser castigado con una sanción ha de suponer un daño efectivo a la sociedad, a la convivencia pacífica de las personas. En otras palabras, este principio requiere que únicamente se tengan en cuenta las conductas que puedan calificarse como lesivas.

En relación con este tema es bastante habitual en la doctrina vincular directamente el principio de lesividad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. En tal sentido, se define una conducta como lesiva cuando la misma daña un bien jurídico[1380]. A nuestro entender tal correlación lógica es incorrecta[1381]. La lesividad es

[1379] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 144.
[1380] Así, entre otros, MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. . pp. 266-267; ABANTO VÁSQUEZ, M. A. "Acerca de la teoría de… cit. p. 4; SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho*… cit. pp. 268-269.
[1381] En esta línea vid. también DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 139; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 49.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

una de las condiciones previas a la averiguación del bien jurídico, pero no la única. Constatada la lesividad, será necesario superar el filtro de la fragmentariedad o esencialidad para concluir que una conducta resulta del interés del derecho punitivo. Sólo entonces puede utilizarse dicha conducta para analizar qué realidad socio-valorativa —qué bien jurídico en definitiva— es afectada por ella. El error, como puede observarse, consiste en confundir el hecho de que todas las conductas que atentan contra un bien jurídico son —o debieran ser— lesivas con el de que todas las conductas lesivas atentan contra un bien jurídico. En virtud de lo dicho, no entenderemos que lesividad significa ataque a un bien jurídico, sino que deberemos buscar en otro lugar el contenido de tal principio ético. En concreto acudiremos a la idea de *dañosidad social*.

Como ha señalado AMELUNG, referir la lesividad directamente al bien jurídico supone una *externalización* del daño social. Cuando se procede de ese modo, no se ubica la dañosidad de la conducta en la desorganización de la sociedad, sino en un objeto externo a la misma: el bien. La sociedad no se contempla así como un sistema de relaciones, sino como un sujeto hipotético que sufre un daño en sus bienes o intereses[1382]. Sin embargo, dañino para la sociedad no puede ser simplemente lo que contradiga intereses, sino sólo lo que hace imposible su coexistencia[1383]. Por ello, la dañosidad social debe analizarse desde una perspectiva interna al sistema social; deben constatarse los efectos dañosos del delito en el seno de la sociedad surgida del contrato social.

Desde esta perspectiva, *dañoso socialmente* —y por tanto, lesivo— es un fenómeno disfuncional, un fenómeno social que impide o dificulta que el sistema social supere los problemas que se oponen a su continuidad y, por ello, pone en duda la misma. El delito es un supuesto especial de fenómeno disfuncional, el cual contradice una norma institucionalizada que es necesaria para la superación de los problemas de subsistencia de la sociedad[1384]. Ahora bien, el propio AMELUNG reconoce la dificultad de establecer un concepto de dañosidad social válido para todas las sociedades pasadas, presentes y futuras. En virtud de ello, resalta la relatividad del concepto. Qué sea dañoso sólo puede resolverse atendiendo a las decisiones estructurales previas, es decir,

[1382] AMELUNG, K. "Rechtsgutverletzung und…" cit. p. 271; de forma más extensa en AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 344 y ss.
[1383] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 70.
[1384] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 361.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

atendiendo a cómo se han solucionado los problemas sistémicos en una sociedad concreta, lo cual es una cuestión política y no teórica[1385]. Como consecuencia de ello, acaba recurriendo —fuera ya del funcionalismo— a la constitución como instrumento en el que se han adoptado esas decisiones estructurales previas[1386]. De tal modo, finalmente, sería dañoso socialmente lo apropiado para destruir el sistema social diseñado constitucionalmente[1387].

El punto de referencia, como puede observarse, no es el individuo, ni las necesidades del hombre individual, sino la sociedad[1388]. No obstante, las necesidades individuales no son completamente desatendidas. Los efectos dañosos de los hechos delictivos tienen que ser descritos como efectos sobre la existencia de un sistema de interacción, al cual pertenece el aseguramiento de esferas de acción individual. Como los sistemas de interacción son sistemas de acción, las consecuencias del delito hay que describirlas como efectos sobre el actuar humano, ya sea como daño a los procesos de interacción o como perjuicio a las posibilidades de actuación individual que son garantizados en el marco de la integración de intereses individuales[1389].

La postura acabada de referir no ha estado exenta de críticas. Desde diversos frentes doctrinales se le han formulado ciertos reparos.

En primer lugar, se ha afirmado que dicha teoría presenta un nivel de abstracción similar al de la teoría del bien jurídico que dificultaría enormemente su aplicación a la práctica legislativa[1390]. Como defensa frente a estas críticas señala SOTO NAVARRO que se confunden dos planos en la argumentación del profesor alemán. Por un lado se encontraría la determinación en un plano normativo genérico de la función del derecho penal, cual es el aseguramiento de las condiciones para una vida en común pacífica. Por otro, una concreción en un plano descriptivo de lo socialmente dañoso como toda forma de conducta que atenta contra el orden social pactado. Desde esta segunda perspectiva sí

[1385] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 368.
[1386] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 369.
[1387] AMELUNG, K. "Rechtsgutverletzung und…" cit. p. 278.
[1388] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 363 y 364.
[1389] AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 386; en similar sentido, MIR PUIG, S. *Estado, pena*…cit. . p. 87 y ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría…" cit. p. 85 y ss.
[1390] Vid. referencias en SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 71 (n. 85).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que sería posible una concreción operativa de la dañosidad social como la idoneidad de una conducta para la desorganización de la sociedad[1391].

Igualmente se le ha reprochado a la idea de dañosidad social el riesgo que supone de protección de meros valores morales, así como de olvido del individuo al funcionalizar las garantías individuales en aras del todo social.

Según los críticos, el concepto de dañosidad social entendido como puesta en peligro de la continuidad del sistema existente puede identificarse fácilmente con conductas meramente desviadas que erosionan los modelos de convivencia consolidados y funcionales al sistema. Un derecho penal basado en esta idea sería estático y reaccionario, amén de moralizante[1392]. Desde la otra perspectiva se acusa a este concepto funcionalista de encerrar el riesgo de quedarse sólo en la protección de la estructura social en conjunto olvidando al sujeto concretamente protegido. Ello puede dar cobertura a posturas totalitarias[1393].

Para afrontar la primera parte de la crítica no es ocioso recordar que ya se comentó en su momento[1394] que no existían trabas lógicas para considerar que una conducta moralmente rechazable pudiera ocasionar un daño efectivo y ser considerada lesiva. No obstante, incluso aunque ello no fuera así, tal hecho no sería problemático para nuestra reflexión puesto que, a diferencia de AMELUNG, no utilizamos la dañosidad social como criterio exclusivo de selección de los contenidos penales, sino sólo como un filtro inicial entre otros. De esta manera, no existe el riesgo de que conductas inmorales de muy baja lesividad acaben siendo objeto del derecho penal, puesto que, posteriormente a la constatación de una cierta dañosidad social, vendrán nuevos juicios valorativos que excluirán dicha conducta del ámbito punitivo.

Por lo que respecta a los riesgos totalitarios, para conjurar los mismos basta con recordar en todo momento que el individuo es la razón de ser del sistema social y que el mismo se instaura sólo como una condición del desarrollo de aquel[1395]. Esto mismo ha

[1391] Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 72.
[1392] Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. Aproximación al derecho… cit. p. 269; ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico*… cit. p. 92; TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit . p. 135
[1393] MIR PUIG, S. *Introducción*… cit. p. 137 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho*… cit. p. 269; TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades…" cit . p. 134.
[1394] Vid. *supra,* Apdo. 5.1.1.1. B).
[1395] Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. Aproximación al derecho… cit. p. 270

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sido destacado por el propio AMELUNG, el cual señala que, a la hora de salvaguardar la vida en común, no se puede prescindir de decisiones políticas. A dichas decisiones políticas pertenecería el postulado del valor intrínseco de la persona, el cual no es parte del funcionalismo *stricto sensu*, pero debe ser asumido forzosamente[1396].

En definitiva, como puede observarse, se cumple lo que afirma buena parte de la doctrina. El funcionalismo —en nuestro caso el concepto funcionalista de dañosidad social— es una herramienta muy útil para observar y analizar la realidad social y jurídica[1397]. No obstante, cuando además de dicha observación se quieren tomar decisiones, es necesario complementar tal aproximación con determinados valores[1398]. Muchos autores recurren a la constitución como referente axiológico en tanto la misma representa el orden valorativo históricamente consensuado de la sociedad de referencia. Nosotros, sin embargo, estimamos que dicho parámetro es demasiado estático. La constitución efectivamente juega un papel importante como núcleo valorativo a tener en cuenta, pero la misma es poco flexible; refleja las decisiones valorativas de un determinando y rígido contexto histórico y social. Por ello, la búsqueda de valores debe abrirse a la sociedad viva y atender al criterio democrático o de las convicciones mayoritarias. Todas las opciones con relevancia social deben tenerse en cuenta en el debate sobre los contenidos de tutela del derecho punitivo. Tal decisión hará el proceso un poco más inseguro, pero dotará al resultado de una legitimidad tal que compensará los riesgos iniciales. En virtud de lo dicho, en nuestro estudio adoptaremos el concepto funcionalista de dañosidad social corregido con las puntualizaciones anteriormente realizadas. Tendremos así por lesivas en la discusión posterior a las conductas socialmente dañosas, esto es, que amenacen la supervivencia de la sociedad en cuanto instrumento del desarrollo del individuo y no como fin en sí mismo. Por ello, el daño, aunque referido a la estructura social, deberá tener consecuencias también en la esfera del individuo privándole de oportunidades de participación o disfrute en el todo social.

[1396] Vid. AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz*…cit. p. 389.
[1397] En tal sentido, SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 30.
[1398] PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso*… cit. p. 51 y 213; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 81-82.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ii) El principio de fragmentariedad o esencialidad

La última de las directrices éticas que impone el modelo de la racionalidad para el debate subsiguiente es que las conductas que vayan a tenerse en cuenta supongan los ataques más graves a los bienes más esenciales para la convivencia[1399].

Según DÍEZ RIPOLLÉS, el fundamento de este principio ético debe verse en la gravedad de los ataques y no en la de la reacción penal, como es sin embargo habitual. Es la gravedad de los ataques a los bienes esenciales para la convivencia la que justifica acudir a sanciones tan graves como las penales y no al revés[1400]. Ello le confiere, en contra de la percepción dominante[1401], un carácter expansivo y no limitador. Es decir, este principio permite que el derecho penal se extienda a todos los ataques a los bienes más imprescindibles para la convivencia. Sólo otros principios de la responsabilidad o la sanción mitigarán sus efectos expansivos, pero no el propio principio de esencialidad[1402].

Es conveniente desligar este principio del principio de subsidiariedad aunque haya sido habitual la convivencia de ambos bajo un metaprincipio de intervención mínima. El principio de subsidiariedad contiene un componente propio de instrumentalidad que aconseja considerarlo en la racionalidad pragmática[1403]. Como sabemos, ello tiene una gran importancia a la hora del reparto de contenidos entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

Así esbozado, el principio de esencialidad o fragmentariedad nos llevará a elegir, de entre las conductas previamente seleccionadas como lesivas, aquellas que supongan los ataques más graves, más lesivos. La vara de medir para dicho juicio será nuevamente tanto lo estipulado en la carta magna como límite infranqueable, como los intereses presentes en la sociedad sostenidos por amplias mayorías.

[1399] De ahí el término "esencialidad" introducido por DÍEZ RIPOLLÉS.
[1400] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 141. Como señala el autor, si así no fuera, si el problema residiera en que nos vemos obligados a restringir el derecho penal debido a las sanciones tan graves como prevé, habría otra solución más fácil, que no implicaría restringir el derecho penal: rebajar el nivel aflictivo de las sanciones.
[1401] Vid. por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Función y límites del principio de…" cit. pp. 10-11.
[1402] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 142.
[1403] DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. La *racionalidad*… cit. p. 143.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Aclarados los principios éticos que marcarán las reglas de juego de la discusión sobre el objeto de tutela del derecho punitivo, nos adentramos ya en la discusión material sobre el mismo. Es hora de abordar la racionalidad teleológica.

5.3.2.2. La racionalidad teleológica: la discusión democrática sobre el objeto de tutela

En el apartado que ahora iniciamos nos adentramos en la racionalidad teleológica. En dicho nivel de racionalidad, abandonado el terreno de los consensos generalizados e interiorizados los principios que deben regir la intervención punitiva estatal, se trata de averiguar los objetivos del derecho punitivo y en concreto su objeto de tutela. En dicha tarea, asumiendo el carácter preventivo de este sector jurídico, vincularemos los objetivos a las conductas que se quieren prevenir, es decir, se trata de averiguar en este nivel de racionalidad las conductas de cuya comisión en el futuro se pretende desincentivar aflictivamente a los ciudadanos.

A la hora de realizar dicha selección se partirá de una sistematización de las conductas urbanísticas problemáticas para, a continuación, ver cuáles de ellas resultan las más dañosas socialmente. No debe olvidarse que, dado que en este nivel de racionalidad hemos abandonado los consensos sociales, el juicio de dañosidad podrá provenir únicamente de una discusión racional y democrática en la que se tenga en cuenta tanto los criterios valorativos fijados en la constitución, como otros juicios y preferencias presentes en la sociedad, así como datos proveniente del análisis empírico y sociológico de la realidad. Fruto de dicho debate racional blancos de intervención del derecho punitivo estatal en este campo, a partir de los cuales se podrá deducir ya el objeto de tutela mediante un proceso de abstracción lógica o conceptual.

A) Sistematización de las conductas urbanísticas: La manifestación del principio de correspondencia con la realidad

Como ya se ha visto, uno de los principios éticos de la protección es el llamado principio de *correspondencia con la realidad.* De acuerdo con el mismo, es un requisito ético de cualquier intervención legislativo-punitiva el que la misma se realice a partir de una aproximación empírica a la realidad.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En el ámbito de nuestra investigación, este principio nos obliga a que, a la hora de identificar los objetivos del derecho penal urbanístico, se parta de unas conductas problemáticas extraídas de la práctica real del urbanismo caracterizadas tal y como acaecen efectivamente en la realidad. Dado que una enunciación exhaustiva de todas estas conductas es prácticamente inabarcable —amén de poco operativa— se optará por realizar una sistematización de las mismas en diversas categorías o clases de conductas. Teniendo en mente lo "hercúleo" de dicha tarea, debe apelarse obligadamente a la indulgencia de los lectores para el caso de que, a su juicio, alguna conducta sea omitida o no sea debidamente abarcada.

De acuerdo a lo acabado de afirmar, la sistematización de conductas que se propone a continuación parte de una gran división inicial entre conductas que tienen una incidencia física en el terreno (conductas de construcción material) y aquellas otras que no lo tienen por poseer un componente más jurídico o procedimental que material (operaciones jurídicas conexas con la construcción: aprobación de licencias, parcelaciones…). Dentro de las conductas con incidencia física se van a excluir por principio aquellas conductas "legales" desde un punto de vista formal o jurídico, esto es, aquellas actuaciones realizadas con licencia y conforme a la legalidad y el planeamiento en vigor[1404]. Nos centraremos así en nuestro análisis exclusivamente en aquellas conductas con incidencia física en el territorio que no se encuentran amparadas por una licencia (por no existir ésta o por ser nula) o que no se ajustan a la misma. Dentro de ellas se diferenciará entre aquellas actuaciones que sean legalizables (es decir, que sean compatibles materialmente con la correspondiente legislación) y aquellas que no. De otro lado, todas las conductas que se propongan —con incidencia física o sin ella—, se analizarán en relación con las diferentes clasificaciones posibles del suelo[1405].

[1404] Si bien son imaginables casos en los que una determinada construcción autorizada realizada conforme a la ordenación urbanística puede conllevar un efecto negativo o una determinada lesividad social de acuerdo a lo visto en los capítulos iniciales de esta investigación, entendemos que la misma no debe ser objeto del derecho punitivo en virtud del principio de coherencia del ordenamiento jurídico. Como mucho podrá criticarse políticamente la ordenación que la ampara o, si procediera, plantearnos la relevancia penal de la conducta que ha conducido a dicha decisión política y que legitima dicha actuación material.

[1405] En relación a la clasificación del suelo debe advertirse que, dado que el urbanismo y la ordenación del territorio son una competencia asumida por las comunidades autónomas, cada una de ellas tiene la potestad de denominar las clases de suelo como mejor le parezca. En lo que respecta a la clasificación más general, no existen diferencias apreciables y la nomenclatura es la tradicionalmente utilizada (suelo urbano, urbanizable y no urbanizable). Sin embargo, esto no es así en las subcategorías de esas tres grandes clases de suelo, muy especialmente en el ámbito del suelo urbanizable. A pesar de ello, en esta clase de suelo puede apreciarse una identidad de concepto bajo dichas denominaciones diversas. A

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Confeccionamos así un cuadro como el que se mostrará más abajo, en el cual podremos localizar rápidamente qué tipo de categoría estamos analizando.

A continuación exponemos dos tablas. La primera recogerá las conductas que hemos denominado "**conductas con incidencia física en el territorio**" y la segunda las que se ubican bajo el rótulo "**conductas sin incidencia física en el territorio**".

grandes rasgos, puede observarse en las leyes autonómicas la distinción entre un suelo urbanizable que va a absorber el crecimiento de la ciudad de manera más inminente y que por ello está divido en sectores y tiene cierta ordenación o determinación básica en el planeamiento (aunque deba ser desarrollado posteriormente por el correspondiente plan parcial) y aquel otro suelo urbanizable que, a pesar de tener la misma vocación de suelo a desarrollar, está pensado para un más largo plazo y no suele estar sectorizado ni tiene ningún tipo de ordenación. A estos efectos, la denominación que nos parece más gráfica es la que adopta la ley asturiana del suelo y es la que utilizaremos nosotros. De este modo, en el suelo urbanizable distinguiremos entre suelo urbanizable *prioritario* y suelo urbanizable *no prioritario*. En lo que respecta al suelo urbano y no urbanizable, los mismos se dividirán respectivamente en las categorías clásicas de consolidado y no consolidado y especialmente protegido y ordinario. En aquellas categorías en las que el planeamiento asigne ya un uso se distinguirá igualmente en función de si el mismo es lucrativo (residencial, industrial, hotelero…) o social (sistemas generales, vivienda social, zonas verdes…).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

	Tabla 1: Conductas con incidencia física en el territorio	Suelo urbano								Suelo urbanizable						Suelo no urbanizable			
		Consolidado				No consolidado				Prioritario				No prioritario		Ordinario		Especialmente protegido	
		lucrativo		social		lucrativo		social		lucrativo		social							
		No Leg.	Leg	No Leg.	Leg..	No Leg.	Leg..	No Leg.	Leg..	No Leg	Leg	No Leg	Leg	No leg	Leg	No Leg..	Leg.	No leg	Leg.
	Movimientos de tierra y extracción de áridos	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
	Actuaciones urbanísticas en contra de los usos del suelo	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36
	Actuaciones urbanísticas en contra de las determinaciones morfológicas	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54
Actuaciones urbanísticas en contra de obligaciones específicas establecidas por la ley o el planeamiento	Actuaciones sobre el subsuelo	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72
	Actuaciones sobre edificios fuera de ordenación	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90
	Actuaciones sin el instrumento habilitante (plan parcial, plan especial, estudio de detalle…)	91	92	93	94	95	96	97	98	99	100	101	102	103	104	105	106	107	108
	Actuaciones en contra de las normas sobre higiene, estéticas o paisajísticas	109	110	111	112	113	114	115	116	117	118	119	120	121	122	123	124	125	126
	Actuaciones en contra de una orden de suspensión de obras	127	128	129	130	131	132	133	134	135	136	137	138	139	140	141	142	143	144
	Incumplimientos en materia de ejecución	145	146	147	148	149	150	151	152	153	154	155	156	157	158	159	160	161	162

Tabla 2: Conductas sin incidencia física en el territorio	Suelo urbano								Suelo urbanizable						Suelo no urbanizable			
	Consolidado				No consolidado				Prioritario				No prioritario		Ordinario		Especialmente protegido	
	lucrativo		social		lucrativo		social		lucrativo		social							
	No Leg.	Leg	No Leg.	Leg..	No Leg.	Leg..	No Leg.	Leg..	No leg	Leg	No leg	Leg	No leg	Leg	No Leg..	Leg.	No leg	Leg.
Parcelaciones en contra de la legalidad[1406]	163	164	165	166	167	168	169	170	171	172	173	174	175	176	177	178	179	180
Obstaculización a la inspección	181		182		183		184		185		186		187		188		189	
Omisión de la inspección o silencio sobre las conductas ilícitas descubiertas	190		191		192		193		194		195		196		197		198	
Informe positivo de actos no ajustados a la legalidad a sabiendas de tal hecho	199		200		201		202		203		204		205		206		207	
Resolución o votación a favor de actos no ajustados a la legalidad a sabiendas del tal hecho	208		209		210		211		212		213		214		215		216	
Conclusión de convenios urbanísticos en contra de los fines legales o de planeamiento	217		218		219		220		221		222		223		224		225	
Perversión de los fines legalmente establecidos para los instrumentos de intervención en el mercado del suelo	226		227		228		229		230		231		232		233		234	

[1406] Las parcelaciones urbanísticas, en contra de lo que pudiera parecer, se han ubicado dentro de las conductas sin incidencia física en el territorio dado que las mismas son una operación puramente jurídica o registral por la que un determinado terreno es dividido en lotes o porciones dando lugar a diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del mismo. La materialización de esta parcelación sobre el terreno (por tanto con incidencia física) ya no sería propiamente una parcelación, sino actos de ejecución que se ubicarían en alguna de las categorías con incidencia física señaladas anteriormente en función de las características del caso concreto.

Como se puede observar, tras la sistematización de las conductas urbanísticas problemáticas propuestas, el universo de estudio está compuesto por 234 categorías. Tal volumen hace metodológicamente inviable su estudio individualizado. Como consecuencia de ello, de entre las mismas se escogerá una muestra que sea representativa y de la que puedan extraerse posteriormente de un modo convincente los materiales necesarios de cara a concretar el bien jurídico a proteger.

En el sentido apuntado, las conductas seleccionadas como suficientemente ilustrativas, serán, en primer lugar dentro de las que tienen incidencia física sobre el territorio las *actuaciones en contra de los usos establecidos por el planeamiento y las actuaciones en contra de las determinaciones morfológicas*: Estas dos clases de conductas se seleccionan porque las mismas se refieren a las cuestiones centrales que el urbanismo trata de regular —uso y morfología—, en tanto las mismas son las que conforman fundamentalmente las características del espacio urbano. En segundo lugar, se han elegido las *conductas urbanísticas realizadas sin el planeamiento habilitante*: Dicha elección se justifica debido a que las mismas suponen la ignorancia del instrumento fundamental a través del cual el urbanismo se desenvuelve, el cual supone además la legitimación última de cualquier acto de transformación del suelo.

Dentro ya del ámbito de las conductas sin incidencia física en el territorio, se tendrán por relevantes en primer lugar las *parcelaciones urbanísticas irregulares*: Dichas conductas nos parecen idóneas para ser tenidas en consideración en nuestro estudio por cuanto las mismas tienen de ordinario una importancia de primer nivel en el inicio del procedimiento de transformación urbanística. A continuación, serán analizadas las conductas administrativas de *votación o resolución a favor de actos urbanísticos contrarios a las leyes o a los fines del urbanismo*: Estas conductas son altamente ilustrativas del conjunto, puesto que las mismas se hallan en el origen de cualquier ordenación espacial que se lleve a cabo; del mismo modo, repercutirán indirectamente en el fin fundamental del urbanismo, cual es la ordenación racional de los usos y formas en la ciudad.

Tras la selección operada, nuestra muestra queda reducida a 81 categorías conductuales. A partir del análisis y discusión sobre la lesividad y fragmentariedad de

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

las mismas[1407], podrán obtenerse unos resultados que en nuestra opinión son altamente representativos del objeto del derecho punitivo en esta materia. Debe puntualizarse que por objeto no se entiende aquí una realidad unitaria, sino un conjunto de conductas que el derecho punitivo estatal trata de evitar o prevenir y de las que se va a poder ocupar legítimamente. A partir del objeto así entendido será posible abstraer un concepto genérico que muestre la realidad sobre la que dichas conductas inciden negativamente. Éste será propiamente el bien jurídico protegido que buscamos.

B) La lesividad de las diferentes conductas urbanísticas problemáticas seleccionadas

En este apartado acometeremos la discusión racional sobre la lesividad de las conductas urbanísticas propuestas. Como base para dicha discusión se utilizará, como ya sabemos, el concepto funcionalista de dañosidad social, si bien corregido desde una perspectiva personalista en el sentido ya apuntado anteriormente[1408]. A partir de los datos que nos brinda la realidad —manifestación también del principio de correspondencia con la realidad—, el objetivo será comprobar qué conductas suponen una amenaza para la supervivencia e integración de la sociedad, entendida como un instrumento de desarrollo del conjunto de los individuos, desde la óptica de la ordenación territorial. Todas las conductas que no superen dicho filtro deberán desecharse consecuentemente como objeto del derecho punitivo estatal.

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de los usos del suelo en suelo urbano (casillas 19, 21, 23 y 25)*

La calificación pormenorizada del suelo alude al uso específico que se puede implantar en una determinada parcela o manzana en virtud del planeamiento (residencial, industrial, terciario, turístico, equipamiento, infraestructura…). Por otra parte, en todo lo que sigue se van a entender por actuaciones urbanísticas se van a entender todas aquellas operaciones que se realizan sobre el suelo y que dan lugar, bien a su preparación para la edificación (urbanización), bien a un cuerpo arquitectónico, es

[1407] No se va a entrar propiamente en el análisis del principio de interés público puesto que, debido a la misma naturaleza de la cuestión que abordamos, el conflicto que se genera con todas estas conductas problemáticas trasciende claramente la perspectiva individual y tiene un componente social indiscutible. En todas las conductas que se van a analizar el componente de interés público va de suyo y, por tanto, no tiene sentido un análisis pormenorizado de dicha cuestión.
[1408] Vid. *supra,* Apdo. 5.3.2.1. B) i).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

decir, a un determinado volumen constructivo. Éstas últimas pueden ser a su vez temporales (instalaciones) o permanentes (construcción y edificación).

El tema de los usos en el planeamiento es una cuestión ciertamente compleja. La planificación, aunque establezca un uso pormenorizado para la parcela o manzana, no suele hacerlo de forma exclusiva y excluyente, sino que admite por lo general cierta variabilidad en el mismo. Ello, como ya sabemos, es una realidad que se conecta con el propio fenómeno urbano y su exigencia de diversidad. Así, además del uso pormenorizado de la parcela, se suelen establecer usos alternativos —que pueden sustituir al pormenorizado— y usos compatibles —que pueden coexistir con el pormenorizado en una determinada proporción—. De este modo, actuaciones no legalizables en contra del uso asignado serán aquellas que no sean alternativas o compatibles o bien superen la proporción de compatibilidad que se establezca.

En el ***suelo urbano, tanto consolidado como no consolidado de uso lucrativo (casillas 19 y 23 respectivamente),*** el uso más extendido suele ser el residencial o comercial. Con dichos usos, por lo general, suelen ser compatibles todos los demás con excepción del uso industrial. De este modo, el supuesto más ostensible de alteración no legalizable del uso en el suelo urbano será el de llevar a cabo una *actuación urbanística de uso productivo industrial (no compatible por tanto) en una parcela destinada a uso residencial o comercial, o viceversa*. Si esto ocurre, se irrogan indefectiblemente una serie de perjuicios a los residentes y usuarios de la zona en la que dicha infracción del uso se produce[1409] que permiten calificar a la misma de lesiva.

Las actividades industriales son de ordinario unas actividades que generan ruidos, olores, humos, vibraciones, se llevan a cabo a horas intempestivas, etc. Todo ello constituye un conjunto de fuertes estresores ambientales que reducen notablemente la calidad de la vida de las personas que habitan en la zona y que las afectan fisiológicamente de diversos modos[1410]. Como tuvimos la oportunidad de comprobar en el primer capítulo de esta investigación, tanto la contaminación acústica como la contaminación por olores o humos, cuando superan un determinado umbral, pueden producir de forma análoga defectos en la concentración, irritabilidad, insomnio, sordera

[1409] En el supuesto de que la zona tenga un uso industrial global o pormenorizado y la infracción del uso consista en ubicar allí viviendas o comercios se producen los mismos perjuicios para las personas que residan y utilicen la zona.
[1410] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdos, 1.2. y 1.3.1.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

psicológica, etc[1411]. Asimismo, tal cuadro de estrés ambiental tampoco es inocuo de cara a las conexiones psicológicas de las personas con su entorno. En tal sentido, se produce una minoración de la satisfacción residencial y del sentimiento de pertenencia, así como una falta de apego al lugar[1412]. En una tercera vuelta de rosca incluso podría afirmarse que esa desafección psicológica dificulta la identificación simbólica con la zona, lo que puede dar lugar a sentimientos de movilidad residencial y a una menor responsabilidad para con la misma. Tal desentendimiento con respecto al área residencial puede originar una reducción del control social informal y una desestructuración de las relaciones sociales, resultando con ello incrementos en la percepción de inseguridad o, incluso, un favorecimiento de la delincuencia ante la degradación social del área afectada[1413].

Un segundo supuesto de infracción de uso pormenorizado no legalizable sería el de incluir en una parcela *un uso compatible con dicho uso pormenorizado, pero en una proporción superior a la permitida por el planeamiento*. Sería el caso por ejemplo de incluir comercios, hoteles, locales recreativos, etc. en una parcela con uso pormenorizado residencial en más cantidad de la permitida por el planeamiento, o al revés, incluir viviendas en una parcela o manzana destinada a usos comerciales por encima de lo permitido. En este caso, la lesividad de las conductas es al menos discutible en nuestra opinión. Es lícito pensar que el límite que establece el planeamiento para estos usos compatibles se corresponde con el punto a partir del cual existe un riesgo de que estas actividades pueden suponer una molestia a los residentes por ruido, humos (pensemos en restaurantes), masificación…, lo cual generaría unos efectos negativos análogos a los ya vistos para el uso industrial. No obstante, entendemos que existen dos razones que no hacen idénticos los dos casos y que abogan por una lesividad cuanto menos reducida en esta segunda hipótesis a no ser que de la realidad en el caso concreto se deduzca claramente lo contrario.

En primer lugar, creemos que son difícilmente comparables los niveles de ruidos y otras molestias que puede producir un uso industrial y los que genera la vida normal de los usos comerciales y de servicios. Estos efectos negativos, además, por el reducido tamaño de estos establecimientos en comparación con el de los industriales, pueden contenerse fácilmente —o mucho más fácilmente que en el caso de la industria— a

[1411] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdos. 1.2.2. y 1.2.5.
[1412] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdos. 1.3.2. y 1.3.3.
[1413] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.4.3.2. especialmente, C) y D).

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

través del empleo de soluciones técnicas. En segundo lugar, esas molestias —leves en nuestra opinión— se ven compensadas por el efecto positivo que produce una alta mezcla de usos en la zona desde un punto de vista social. Como tuvimos ocasión de comprobar, la existencia de una rica vida social en la calle debida a esos usos distintos a los residenciales promueve un mayor contacto social y hace a las zonas más seguras[1414]. Esta situación fomenta asimismo la implicación y responsabilidad con el área en el que se habita. Todo ello puede redundar en una satisfacción residencial elevada y en una identificación simbólica con el lugar que compense las pequeñas molestias que el sobredimensionamiento de dichas actividades pueda ocasionar. En este mismo sentido, no puede olvidarse que el fenómeno urbano no está exento de conflicto, sino que éste es consustancial a aquel. La ciudad por su propia esencia requiere bullicio, alboroto, actividad, conflicto, transacción… Las orientaciones urbanísticas que buscan un modo de vida sin perturbaciones de ningún tipo apuntan más bien a formas de convivencia aislada más propias del campo que de la ciudad. Ello supondría satisfacer en exclusiva las demandas de un perfil determinado de ciudadano: el burgués propietario. En este sentido estas tendencias podrían ser calificadas claramente de homogeneizantes y, por ello mismo, de antiurbanas.

Un último supuesto no legalizable de infracción del uso pormenorizado es el de implantar en un solar un *uso alternativo no permitido*. Es decir, se sustituye completamente el uso pormenorizado señalado en la licencia o en el planeamiento. En este caso entendemos que lo realmente relevante es la compatibilidad del uso. Si el uso pormenorizado que se implanta en lugar del señalado en el planeamiento es un uso compatible con el uso global del sector, los resultados serían análogos a lo ya dicho para el caso de sobredimensionamiento de un uso compatible. No obstante, en el caso de que el uso sustituido sin cobertura legal sea específicamente el residencial, puede hablarse de un daño a nivel económico, aunque el uso que se establezca sea compatible. La implantación de ese nuevo uso en lugar del residencial supondrá una minoración de las viviendas previstas en el sector de que se trate. Dicha reducción presionará los precios de las viviendas de esa zona al alza, lo cual puede ser el desencadenante de tensiones especulativas que redundarán negativamente en el suministro de viviendas a la

[1414] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdos. 3.4.3.1. y 3.4.3.2. C) i) α)

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

población y que son desestabilizadoras para la economía tal y como se vio en el capítulo dos de esta investigación.

Si el uso alternativo "*contra legem*" que se implanta por su parte es incompatible con el uso global (industrial en un sector con uso global residencial *v.g.*), la lesividad presentaría un perfil paralelo a lo ya sugerido para el caso de los usos incompatibles en primer lugar.

En lo que respecta a los ***suelos urbanos que hemos denominado "de uso social", tanto en el suelo urbano consolidado como no consolidado (casillas 21 y 25),*** tales usos suelen calificarse como complementarios y no se establecen límites a los mismos. Es decir, si una persona tiene derecho a construir unas viviendas y finalmente decide construir un parque público, tal cambio de uso en principio será irrelevante[1415]. Por ello nos centraremos aquí en los casos opuestos, es decir, aquellos casos en los que *un determinado suelo tiene establecido como uso pormenorizado un uso dotacional, pero se infringe dicho destino asignándole un uso lucrativo* (se construyen viviendas donde debería establecerse un complejo hospitalario o un colegio, se construyen viviendas libres en una zona destinada a vivienda protegida, etc.). En estos casos, además del daño obvio al servicio público a que servía dicho equipamiento no materializado, lo característico es que se priva a ese sector de unos determinados servicios pensados para hacer frente a ciertas necesidades de los habitantes de dicha zona. Si a tal reducción de servicios unimos el aumento de población no previsto como consecuencia de la ocupación de las viviendas que se construyen en lugar de aquellos, obtenemos una situación de sobrecarga de los servicios restantes que da lugar a una sensación de hacinamiento en los residentes del área[1416]. Tal perjuicio será especialmente palpable en el ***suelo urbano no consolidado (casilla 25)***, ya que precisamente una de las características habituales de este suelo es que carecen de los servicios suficientes para servir a la edificación existente y por ello mismo deben ser "replanificados" *ex novo*

[1415] Decimos en principio porque tal cambio de uso también podría tener consecuencias dañosas graves si se produce de una manera acumulativa. Así, si en un sector destinado a uso residencial de forma global muchos propietarios deciden construir un parque en lugar de viviendas, se produce una contracción de la oferta de ésta que puede tensar los precios al alza, dificultando con ello el acceso a este recurso vital. De igual modo, si finalmente existen muchas menos viviendas que las proyectadas en principio para la zona, la densidad poblacional de la misma se verá reducida, lo cual puede ser negativo de cara a las relaciones sociales de dicha zona y a su propia seguridad a partir de ciertos umbrales. En todo caso, dado que estos cambios son permitidos por la ley, consideramos suficiente esta apreciación y no profundizaremos en el tema.

[1416] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.2.6

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

pese a estar incluidos en la malla urbana. Como ya tuvimos ocasión de comprobar, el hacinamiento puede producir en ciertas condiciones efectos negativos sobre el rendimiento o sobre la solidaridad interpersonal. Este último efecto negativo afecta a su vez al desarrollo de una sana vida social con las consecuencias negativas que ello conlleva y que ya se han mencionado unas pocas líneas atrás (movilidad residencial, falta de apego al lugar, reducción del sentimiento de pertenencia, aumento de la sensación de inseguridad…).

En el caso concreto de las zonas verdes y los espacios libres, su sustitución ilegítima por otros usos lucrativos, además de contribuir a la sensación de hacinamiento por la privación de la sensación de apertura que dichos espacios aportan y por obligar a compartir con más personas el mismo espacio, conlleva un atentado a los valores ambientales y paisajísticos que se concentran en las mismas. La desaparición de zonas verdes de un sector supone una importante merma en la función de absorción y regeneración de los gases tóxicos provenientes del tráfico rodado que dichas zonas llevan a cabo. Igualmente se reduce un espacio semipúblico de gran utilidad para fomentar el contacto social y la vida urbana. Todo ello puede tener las consecuencias que ya se han visto sobre la satisfacción residencial, la identificación simbólica y el apego al lugar, así como sobre la seguridad de la zona.

En lo que se refiere al viario, de una parte, el mismo es un elemento fundamental de los mapas cognitivos (las llamadas sendas). De este modo, su afección puede contribuir a un defecto en la orientación, producir cierto estrés[1417] y, en determinadas situaciones o zonas, aumentar la sensación de inseguridad[1418]. De otro lado, sobre todo en nuestras conurbaciones semidifusas o difusas, la red viaria es un elemento vertebrador de la ciudad que conecta unas partes de ésta con las demás y permite a los ciudadanos acceder a todos los servicios que la urbe ofrece. De tal modo, si se construye violando este uso, se está atentando contra esa conectividad de la ciudad pudiendo relegar a partes de ésta fuera de los circuitos y flujos urbanos o, por lo menos, dificultando su acceso. Ello tendría consecuencias desastrosas para el área defectuosamente conectada, ya que podría iniciarse un círculo vicioso de degradación. En un primer momento, la zona experimentaría un importante descenso de la

[1417] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.1.1
[1418] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.4.3.2. B) ii).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

complejidad que la haría poco atractiva para otros habitantes de la ciudad. Tal hecho contribuiría a convertir dicha zona en una especie de gueto, atacándose con ello claramente la cohesión social. Del mismo modo, ese abandono y aislamiento contribuirían a percibir la zona como insegura desde el exterior, lo cual abundaría aun más en el aislamiento de la zona y en el descenso de su vitalidad. Estas percepciones, a su vez, harían el lugar muy poco deseable para la inversión en el mismo y podrían convertirlo en un foco de atracción de marginalidad que alimentará aun más el círculo vicioso del aislamiento hasta degradar completamente la zona.

Por último, un supuesto de vulneración de uso social que estimamos merece un comentario independiente por su especificidad es el de la *vulneración del uso destinado a viviendas de protección oficial*. Esta conducta se producirá mayormente en el suelo ***urbano no consolidado* (*casilla 25*)**, dado que en el mismo hay una planificación *ex novo* y, por ello, será frecuente incluir este tipo de vivienda en las previsiones legales. En el ***suelo urbano consolidado*** en cambio ***(casilla 21)*** el suelo está "colmado" y este uso resultará generalmente más esporádico. En lo que respecta a la lesividad del comportamiento, cuando en un suelo destinado a este tipo de viviendas se construyen viviendas libres u otros usos se producen importantes daños, a nuestro entender. En primer lugar, desde una perspectiva económica, se impide a los poderes públicos controlar en cierta medida el precio de la vivienda. Como sabemos, con la inclusión de viviendas con algún régimen de protección en cada uno de los sectores de la ciudad se puede domeñar el mercado inmobiliario ofreciendo viviendas en la zona a un precio inferior al de mercado[1419]. Con esta práctica se puede poner coto a las tendencias ascendentes en los precios inmobiliarios, las cuales atraen especuladores ante la expectativa de futuras revaloraciones. Si se vulnera la previsión legal de VPO, se inutiliza este mecanismo regulatorio y en esa zona no existe posibilidad de control público del mercado inmobiliario. Con ello se estaría indefenso ante procesos especulativos que pueden degenerar en peligrosos sobredimensionamientos artificiales del sector de la construcción, con las temibles consecuencias económicas y sociales de todos conocidas. En segundo lugar, la vulneración del uso de vivienda protegida supone un importante atentado al respecto del derecho fundamental contenido en el artículo 47 de nuestra constitución. Con la eliminación de las viviendas protegidas en un sector se

[1419] Vid. *supra*. Cap. 3. Apdo. 3.2.4.2.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estaría privando o dificultando seriamente el acceso a una vivienda a todas aquellas personas que no tienen la posibilidad económica de acceder de manera cómoda a un alojamiento en un mercado libre marcado por el beneficio privado. Esto, como sabemos, incide muy especialmente en los jóvenes, mermando su capacidad de emancipación y el relevo generacional. En último lugar, y casi como una consecuencia de lo acabado de comentar, si se elimina ilegalmente la vivienda de protección oficial de un determinado sector determinadas personas quedarán excluidas de la posibilidad de vivir en dicho lugar. Ello conllevará una cierta homogeneización de la zona, lo cual, como sabemos, reduce la complejidad urbana y la vitalidad del área en cuestión. Dicha circunstancia puede llevar a una aparente mayor sensación de seguridad pues en realidad lo que fomenta son actitudes de miedo al "otro", suponiendo todo ello un ataque significativo a la cohesión social de la ciudad.

- *Actuaciones urbanísticas legalizables en contra de los usos del suelo en suelo urbano (casillas 20, 22, 24 y 26)*

Por contraposición a las conductas acabadas de analizar, las actuaciones urbanísticas legalizables en ***suelo urbano de uso lucrativo (casillas 20 y 24)*** estarán constituidas principalmente por construcciones que se adaptan al uso pormenorizado para la parcela, pero que no han solicitado la oportuna licencia o por actuaciones que, en contra de lo señalado en la licencia, levantan una construcción destinada a un uso diverso al obligado, pero compatible con el mismo.

En el caso de *construcciones que se adaptan al uso pormenorizado para la parcela, pero que no han solicitado la oportuna licencia* estimamos que la lesividad material de la conducta no se da. De facto, se está cumpliendo con el planeamiento y, por tanto, no se generan perjuicios como los señalados con anterioridad. Con respecto a las *actuaciones que, en contra de lo señalado en la licencia, levantan una construcción destinada a un uso diverso al obligado, pero compatible con el mismo*, en tanto que el uso es compatible con el uso pormenorizado establecido para la parcela, tampoco se darían los daños generales antedichos por la variación del uso en sí.

En lo que se refiere a las actuaciones legalizables en contra de la calificación en los ***suelos urbanos de uso social (casillas 22 y 26)***, hay que distinguir también los dos casos que hemos visto en el suelo lucrativo, que difieren en cierto modo en su

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

tratamiento. En primer lugar, si la actuación se adapta al uso social pero carece de licencia, la lesividad sería meramente formal. Si, por el contrario, se *contraviene materialmente el uso social mediante una actuación urbanística*, la cuestión varía. En este último caso estimamos que dichas actuaciones, dada su especial lesividad, son difícilmente legalizables. Las construcciones que infringen la calificación en este tipo de suelos, como ya se ha visto, generan unos daños que no pueden hacerlas compatibles con la legislación o el planeamiento y, por tanto, legalizables. En cualquier caso, si lo fueran es porque no se contravendrían los valores materiales que su calificación protege y, por tanto, no podría predicarse la lesividad material de la conducta constructiva llevada a cabo.

Un último supuesto que es común tanto al ***suelo urbano de uso lucrativo (casillas 20 y 24) como de uso social (casilla 22 y 26)*** es aquel en el que una *actuación urbanística destinada a un uso determinado, a pesar de no ser compatible con la ordenación urbanística en el momento de su ejecución, debido a un cambio sobrevenido en el planeamiento, pasa a ser compatible con la misma y, por tanto, legalizable*. Este es un supuesto de gran complejidad puesto que por tal vía podría legalizarse cualquier actuación con independencia de la constatación de sus efectos materiales sobre la ciudad o el terreno implicado. Es por ello que la solución a la cuestión que se plantea pasa por analizar certeramente las causas que han llevado a dicho cambio de planeamiento.

En este sentido, debe recordarse que el planeamiento es una regulación que está pensada para regir a largo plazo. Por tanto, la innovación ocasional del mismo sólo podría traer causa de ciertos cambios sobrevenidos que hagan que la ordenación proyectada no cumpla su función de organización del espacio de manera acorde a una serie de intereses materiales. Así, si la modificación del planeamiento obedece a una mutación demostrable y constatable empíricamente de las condiciones materiales que afectan al suelo urbano y que exige precisamente ese cambio y no cualquier otro para poder seguir satisfaciendo las necesidades de los habitantes de ese entorno, la conducta no será lesiva *ex post*. El comportamiento que antes aparecía como dañoso ahora pasará a no serlo, precisamente por ser compatible con el respeto de los valores materiales imperantes en el terreno. Si, por el contrario, tras la modificación del planeamiento no pueden fundarse en causas materiales que motiven dicho cambio de parecer y, por el contrario, se muestra injustificado, arbitrario o casual, entendemos que la conducta

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

seguirá siendo lesiva. La misma atentará contra los valores materiales persistentes justificadamente en el suelo, cuya variación no se ha motivado debidamente. En estos casos podría hablarse de fraude de ley y dicha actuación incluso apuntaría a estudiar la posible responsabilidad de sus autores desde la óptica de las decisiones de planeamiento no ajustadas a la legalidad o a los fines de la actividad planificadora. Sobre esta última perspectiva y su dañosidad tendremos la oportunidad de pronunciarnos en profundidad *infra*.

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de los usos del suelo en suelo urbanizable prioritario (casillas 27 y 29)*

En el ***suelo urbanizable prioritario lucrativo (casilla 27)*** habrá que distinguir entre el suelo prioritario que ya cuente con ordenación pormenorizada y aquel que no. En este último únicamente se le asignará un uso global al sector, pero no un uso pormenorizado a cada parcela, al menos en el planeamiento general.

En lo que se refiere al ***suelo urbanizable prioritario ya ordenado***, las consecuencias de una contravención no legalizable de la calificación serán muy similares a lo ya dicho para el suelo urbano. El suelo urbanizable prioritario ordenado es un suelo que se haya inserto de pleno en el proceso urbanizador hasta el punto de contar incluso con un plazo perentorio en el que la urbanización debe llevarse a cabo. Por ello podría calificarse al mismo en cierto modo como un "suelo urbano virtual". En virtud de esta equiparación, a efectos prácticos, entendemos que en este tipo de suelo los daños por *actos de urbanización o construcción no legalizables en contra de la calificación* vendrán ocasionados nuevamente sobre todo por la construcción de un uso incompatible en una parcela o sector, pero no así por la ubicación de un uso compatible con el mismo en una proporción superior a la permitida. En los casos de *sustitución completa del uso permitido por uno compatible pero no admitido como alternativo*, sólo podrá hablarse de lesividad —como también ocurriera en el caso del suelo urbano— cuando el uso sustituido plenamente sea el residencial, pues ello supondría una minoración en la provisión de vivienda proyectada que constituiría un aliciente para el encarecimiento de la misma y, por tanto, un inductor de falencias o inestabilidades en el mercado inmobiliario. Como consecuencia, se aprecia que la lesividad de las conductas no legalizables en contra de la calificación urbanística pormenorizada en el suelo urbanizable ordenado es de una naturaleza análoga a la que hemos visto en el suelo

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

urbano. Sin embargo entre ambas subyace una diferencia fundamental. Mientras que en el suelo urbano los daños se producen desde el mismo momento en que se realiza la acción, en este tipo de suelo esto no es así. Dado que el suelo urbanizable está aún en proceso de ejecución, no existen habitantes en el mismo y, por tanto, no se pueden producir de forma efectiva los daños psicológicos, económicos o sociales que hemos visto en el suelo urbano. Es por esto por lo que entendemos que en las conductas señaladas aquí lo que se origina realmente es un *peligro concreto* de producción de dichos daños.

En lo que se refiere a la peligrosidad de la conducta, la misma está fuera de toda duda. Resulta obvio que, desde una perspectiva *ex ante*, aparece como probable el que la realización de una construcción no legalizable en contra del uso pormenorizado de la parcela genere los daños que se han señalado con anterioridad. De otro lado, el carácter concreto de dicho peligro se constata igualmente al tener en cuenta que dicho suelo está sometido a un plazo para su ejecución y, por tanto, es sólo cuestión de tiempo que los valores que se tratan de proteger sean dañados. En tal sentido puede afirmarse que los mismos se hallan ya irremisiblemente dentro del radio de acción de la conducta peligrosa.

Por lo que respecta al ***suelo urbanizable prioritario lucrativo sin ordenación pormenorizada***, dicha ordenación es un requisito previo a cualquier actividad material sobre el terreno. Su ausencia, por tanto, determinará la imposibilidad de cualquier acto ejecutivo. Por esta misma razón, si se *edifica o ejecuta sin la ordenación detallada* nos encontraríamos ante otro supuesto que estudiaremos más adelante, concretamente el de llevar a cabo actos de ejecución sin el instrumento habilitante (casillas 91 y ss.).

Desde la perspectiva específica de los usos —que es la que aquí nos interesa— la existencia del instrumento que establece dicha ordenación detallada —un plan parcial por lo general— nos llevaría a hablar de suelo urbanizable ordenado y, por tanto, sería de aplicación lo acabado de decir para tal tipo de suelo. Si por el contrario el instrumento al que nos referimos no existe, la solución en cuanto a usos suele ser la de asimilar este suelo al régimen del suelo no urbanizable y sólo permitirse determinados usos constructivos vinculados a actividades agrícolas, ganaderas, cinegéticas, forestales,

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

etc[1420]. De ello se deduce que, en dicho suelo, de lo que se trata principalmente es de proteger valores ambientales. Desde esta perspectiva, la realización de una actuación urbanística en contra de los usos vinculados a la utilización racional de los recursos naturales estaría atacando a las propiedades del suelo como recurso natural. En primer lugar, en el supuesto de obras permanentes, se estaría produciendo un sellado del suelo debido a la cimentación que destruye la capa fértil y afecta a la función de producción de biomasa del suelo. De otro lado, se produce una incidencia negativa en el funcionamiento del hábitat natural existente donde se erige la construcción no adaptada a esos usos naturales. Muy especialmente en el caso de obras de urbanización (aceras, viario…) se contribuye a la fragmentación del hábitat impidiendo o dificultando el tráfico biológico fluido. Tampoco puede olvidarse que este suelo no cuenta con la conexión a los servicios de abastecimiento y desalojo de residuos de la urbe. En tales circunstancias, la implantación de usos no vinculados al destino natural del suelo generará unos residuos que, al no ser evacuados de forma óptima, producirán en muchos casos filtraciones de sustancias tóxicas que ocasionarán la contaminación del suelo y de las aguas subterráneas[1421].

Junto a los valores ambientales, otro daño que se produce íntimamente unido a los mismos es el daño paisajístico. Cualquier paraje natural consustancialmente conlleva unos importantes valores paisajísticos naturales que quieren ser preservados por el legislador o el planificador cuando se asemeja el régimen de usos del suelo urbanizable no ordenado al del suelo no urbanizable. El levantamiento en dicho suelo de una construcción rompe con la armonía estética del entorno natural. Este atentado tiene incidencia la actitud interna de las personas, disminuyendo el apego al lugar y afectando negativamente a la identificación simbólica con el espacio tanto a un nivel personal como social.

[1420] Dicha forma de proceder es consistente con la legislación estatal. En el real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo, se contemplan exclusivamente dos situaciones básicas del suelo. El suelo urbanizado, que es aquel que está integrado en los núcleos urbanos y cuenta ya con las dotaciones y conexiones necesarias y el suelo rural, que es aquel que va a ser preservado de la construcción o aquel que tiene vocación de ser urbanizado, pero aun no está ejecutado. De esta manera, en un intento de proteger el suelo como recurso escaso, el suelo rural y su régimen se hacen extensivo de forma residual a cualquier suelo que no pueda ser considerado urbano de facto.

[1421] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdos. 3.1.1. y 3.1.2.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Además de lo dicho, no puede olvidarse que, aunque este suelo no posea ordenación pormenorizada y por ello precisamente se asimile al rural, el mismo tiene una clara vocación de ser urbano en el medio plazo, hasta el punto de tener asignado ya un uso global o característico para el sector. Por tanto, además de los perjuicios actuales ya señalados para los valores ambientales y paisajísticos, si la *actuación urbanística que se lleva a cabo es permanente e incompatible con el uso global* (una construcción de uso industrial en una zona con uso global residencial, una construcción hostelera en una zona con uso global industrial…), puede afirmarse aquí también un *peligro hipotético*[1422] de producción de los daños (estrés ambiental, contaminación, insatisfacción residencial, reducción de la calidad de vida, etc.) que se afirmaron para el suelo urbano. Y es que, además de una acción objetivamente peligrosa *ex ante*, existe la posibilidad de que ese suelo se ordene en cualquier momento y, consecuentemente, de que los valores a proteger en el suelo urbano entren en el radio de acción de dicha conducta peligrosa.

En lo que se refiere al ***suelo urbanizable prioritario adscrito a un uso social o dotacional (casilla 29)***, el esquema de la lesividad es análogo a lo ya visto hasta el momento. En aquel ***suelo urbanizable de este tipo que cuente con ordenación pormenorizada*** se puede hablar de un peligro concreto respecto a los daños que ya vimos en relación con el suelo urbano destinado a uso social (sensación de hacinamiento, reducción de la vida social, aumento de la contaminación, fragmentación de la ciudad…). Por su parte, en el ***suelo urbanizable que aun no cuenta con dicha ordenación detallada***, es difícil hablar propiamente de un destino social, salvo que el uso global sea el dotacional o el residencial protegido. Únicamente en los casos reseñados (uso global dotacional), si la *actuación urbanística que se realiza es claramente incompatible con ese uso global social* (industrial *v.g.*) podría hablarse de peligro hipótetico respecto a daños como el estrés ambiental, la sensación de hacinamiento, insatisfacción residencial, etc. Junto a estos daños futuribles, en cualquier caso, se producirá un atentado a los valores ambientales y paisajísticos actuales del

[1422] Entendemos por peligro hipotético aquel en el que, además de la peligrosidad de la acción concreta en el sentido de que desde una perspectiva ex ante aparece como probable la producción de un resultado lesivo, exista la posibilidad de que el objeto material entre en el radio de acción de dicha conducta peligrosa.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

terreno en los mismos términos que se ha comentado unas líneas atrás en el ámbito del suelo urbanizable prioritario no ordenado de uso lucrativo (casilla 27).

- *Actuaciones urbanísticas legalizables en contra de los usos del suelo en suelo urbanizable prioritario (casillas 28 y 30)*

En lo que respecta al ***suelo urbanizable prioritario de uso lucrativo (casilla 28)*** con ordenación pormenorizada, los supuestos legalizables son nuevamente la *realización de una actuación urbanística acorde al uso, pero sin licencia* o bien la materialización de una *obra cuyo uso no sea el reflejado en la licencia, pero que sea compatible con el uso pormenorizado y se halle dentro de los límites de techo edificable para ese uso compatible*. En cualquiera de ambos casos estimamos forzado hablar de lesividad material debido a que, de facto, se cumplen las normas al respecto o las operaciones llevadas a cabo son compatibles con las mismas. Por ello precisamente no hay lugar a los daños que hemos visto en relación con las actuaciones no legalizables, máxime cuando en este tipo de suelo urbanizable, como ya habíamos señalado, esos daños no son actuales, sino potenciales. En el caso que comentamos hay una actuación que aun no produce daños efectivos y que en un futuro próximo tampoco los va a producir. La ausencia de lesividad material es ostensible.

En lo que hace al ***suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada*** la cuestión es en cierto modo distinta. Como ya se ha señalado, no es posible construir sin la existencia de dicha ordenación. Por ello, la realización de una *construcción en dicho suelo acorde al uso, pero sin licencia y sin que la misma responda a la utilización racional de los recursos naturales* (usos agrícolas, cinegéticos, ganaderos…), aunque dicha obra sea compatible con el uso global establecido y pudiera serlo con el uso pormenorizado futuro, en todo caso infringe los valores ambientales que se tratan de preservar de manera actual en la zona. Las consecuencias dañosas de tal proceder ya se han especificado. Si, por el contrario, de lo que se trata es de una *construcción acorde a los usos naturales permitidos llevada a cabo sin la oportuna licencia, o bien una construcción no ajustada al tenor de la licencia, pero compatible con tales usos*, debemos negar el carácter lesivo al comportamiento por no producirse daños materiales de ningún tipo ni atacarse frontalmente los valores naturales y paisajísticos que se quieren proteger.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En el supuesto de que el ***suelo urbanizable esté destinado a un uso social (casilla 30)*** por la ordenación detallada, el llevar a cabo una *actuación urbanística acorde a dicho uso pero sin la licencia requerida* no conlleva tampoco perjuicio material alguno, dado que de facto la actuación es conforme con la norma y, por tanto, no se producen los perjuicios asociados a su contravención que ya hemos visto en el ámbito de las actuaciones no legalizables. Por su parte, si de lo que se trata es de una *actuación en contra de la licencia pero claramente compatible con el uso social establecido en la misma*, estimamos que la solución es idéntica. Si una determinada construcción es compatible con el uso social que estaba previsto para la parcela en que se ubica lo será porque dicho cambio de uso no produce disfunciones en la articulación del sector de que se trata ni mermas en los servicios que han de suministrarse y, por tanto, no habrá daños reseñables que permitan hablar propiamente de lesividad material.

Cuando no existe ordenación pormenorizada, los usos admitidos —como ya se ha repetido en un par de ocasiones— son aquellos que se adapten a una utilización racional de los recursos naturales de la zona. Como consecuencia de ello, si las actuaciones urbanísticas que se lleven a cabo, pese a no estar autorizadas, son respetuosas con aquellos, no se estarán dañando los valores ambientales que se quieren proteger en este tipo de suelo y tampoco habrá base material para hablar de lesividad pese a la ausencia de licencia o a su contravención.

En cualquiera de ambos casos, ya esté el suelo adscrito a un uso lucrativo o social, si lo que hace a la conducta legalizable es que la *ordenación de usos cambia mediante una innovación sobrevenida del planeamiento* (se sectoriza o se desarrolla un plan parcial, se recalifica una zona *v.g.*), el elemento de juicio para ver si la conducta es materialmente lesiva o no será, como ya se ha dicho en otro lugar, comprobar las razones que avalan dicho cambio de planificación. En el caso de que el mismo obedezca a razones materiales que puedan ser comprobadas, efectivamente la actuación no será lesiva *ex post* puesto que respetará los valores que imperan en la zona tras el cambio. Si por el contrario no puede hallarse una razón material detrás de dicha innovación, sino un mero cambio de criterio fáctico, deberá sostenerse la lesividad de la conducta, la cual seguirá produciendo los daños que se han comentado en el apartado anterior.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de los usos del suelo en suelo urbanizable no prioritario (casilla 31)*

Este tipo de suelo está pensado como un suelo urbanizable residual, es decir, es un suelo que está previsto para absorber el crecimiento urbano, pero a largo plazo y sólo cuando se agote el suelo urbanizable prioritario. Por esta razón, su régimen de uso por lo general va a ser análogo al del suelo no urbanizable. De acuerdo con tal afirmación, como ya ocurriera también en el suelo urbanizable prioritario no ordenado, únicamente se van a permitir unos usos determinados: construcciones destinadas a explotaciones agrícolas, forestales, ganaderas, cinegéticas o similares que guarden relación directa con la naturaleza y destino de la finca; actuaciones destinadas a infraestructuras o servicios públicos; actuaciones de naturaleza provisional o, en general, aquellas actuaciones calificadas como de interés público por su utilidad pública o interés social.

Los daños que se van a producir consecuentemente cuando se lleve a cabo una *construcción adscrita a un uso no legalizable* en este tipo de suelo son fundamentalmente ambientales. Así, se van a producir las disfunciones en el suelo como recurso natural y los daños sobre el mismo que ya han sido comentadas en apartados anteriores. Además, de un modo más específico, si estaba proyectado la realización de una infraestructura o un servicio público, la realización de una actuación urbanística no legalizable en dicho terreno va a interferir con la misma dando lugar a un perjuicio en el disfrute de dicha estructura o servicio por parte de los ciudadanos. Por ejemplo pueden dañarse las conexiones entre nodos urbanos (pensemos en ferrocarriles carreteras…) dando lugar a una disminución del contacto y la complejidad del núcleo poblacional perjudicado debido a la limitación en sus comunicaciones. De la misma manera, si lo proyectado para el terreno era una construcción destinada a un servicio público, se acabará perjudicando el mismo y se creará en los ciudadanos una disminución en su calidad de vida que redundará en una disminución de la satisfacción residencial y del apego al lugar.

Desde un punto de vista económico también pueden atisbarse ciertos efectos perniciosos con este tipo de actuaciones, las cuales son extensibles, como se comprobará, al suelo no urbanizable ordinario. En tal sentido, una construcción no legalizable en este tipo de suelo conllevará una reducción en los costes de producción por el menor valor de mercado del suelo sobre el que se asienta. Ello da una ventaja

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

injusta al vendedor de dicha construcción que puede aprovechar para incitar a la demanda mediante un precio más competitivo a costa de la legalidad infringida. El impulso a la demanda resultante puede dar origen a un efecto llamada de capitales que podría desembocar en tendencias especulativas y desestabilizadoras del sector de la construcción y, llevado a sus últimas consecuencias, de toda la economía.

De otro lado, al encontrarse este suelo desconectado de la urbe, en los supuestos de obras de urbanización o de grandes promociones, se da lugar a la aparición de núcleos aislados de población. Éstos, amén del impacto ecológico que ya conocemos, conllevan una serie de disfunciones a nivel social. La principal es que ese aislamiento con respecto a la urbe supondrá una merma considerable de la diversidad en la zona, lo cual la hará reacia a una vida social dinámica y, por tanto, poco proclive al contacto social de sus habitantes. A esta pobreza de la vida social también coadyuvará el hecho de que normalmente las densidades poblacionales en estos núcleos no serán muy altas y el de que muy probablemente no haya una gran heterogeneidad de usos y servicios, primando principalmente el carácter exclusivamente residencial. Junto a lo dicho, la distancia de la zona con respecto al núcleo urbano y la subsiguiente dependencia del automóvil igualmente contribuirán a un modo de vida de bajo contacto social urbano y puede llevar a una exclusión social de los circuitos de actividad e intercambio urbanos a las personas que no posean automóvil.

Además de la falta de vitalidad social, el núcleo aislado, al no responder al planeamiento, no habrá asegurado la diversidad social necesaria mediante la previsión de las oportunas viviendas de protección oficial y ello tendrá como consecuencia una cierta homogeneidad social, la cual, unida a la escasa vida en la calle, fomentará actitudes de miedo al otro y de miedo al delito en general. Estas circunstancias pueden dar lugar a un urbanismo defensivo que profundice aun más en el miedo al delito y en la reducción de la cohesión social de la ciudad. Por último, este escenario de escasa interrelación social marcado por la sensación de inseguridad puede dar como resultado un cierto desapego y un menor sentimiento de responsabilidad por la zona que llevará a una menor eficacia colectiva[1423]. Dicha fenómeno puede acabar por dar lugar a una atracción de la delincuencia hacia la zona ante el descenso del control social.

[1423] Sobre este concepto y sus implicaciones vid. lo dicho *supra* Cap. 3. Apdo. 3.4.3.2. C) iv).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Desde esta misma perspectiva social, otro horizonte posible, y tampoco esperanzador, es el de que las personas, debido precisamente al aislamiento y a la homogeneidad social de la zona, desarrollen una fuerte identificación simbólica con la misma que los haga sentirse tanto personal como socialmente diferenciados del resto de la ciudad. En esta situación, más que un contacto social urbano marcado por la civilidad[1424], existiría un contacto íntimo propio de sociedades rurales. En tal caso, el apego al lugar y la territorialidad pueden potenciarse en exceso generando un superávit de adhesión grupal que degenere en actitudes comunitaristas marcadas por el miedo y el rechazo al otro. Ello ataca igualmente la cohesión social de la ciudad y anima poderosamente el círculo vicioso de la inseguridad y de la exclusión social.

- *Actuaciones urbanísticas legalizables en contra de los usos del suelo en suelo urbanizable no prioritario (casilla 32)*

El supuesto más habitual de los recogidos bajo este epígrafe será el de realización de una *actuación urbanística permitida en este tipo de suelo sin ostentar la licencia requerida*. De este modo, si la actuación llevada a cabo realmente responde a una utilización racional de los recursos naturales acorde con el valor ambiental de la zona o a una actuación de interés público, el hecho de no poseer la licencia no supone ningún cambio sustancial en la conducta ni en sus efectos y, por tanto, no puede predicarse lesividad material de la misma en este aspecto. En el supuesto de que exista *licencia que autorice la construcción pero la misma no sea respetada escrupulosamente*, como en otros casos, si la conducta es legalizable, lo será porque precisamente la misma no ataca los valores que se tratan de proteger en esa zona, sino que es compatible con los mismos. Desde esta perspectiva tampoco podría hablarse de lesividad a nuestro parecer. Por último, si de lo que se trata es de que ha habido una *modificación del planeamiento que hace que la conducta ahora sea conforme con el mismo*, se reproduce la solución ya comentada en otros casos. Sólo se podrá negar la lesividad *ex post* de un uso disconforme al planeamiento anterior si el cambio que ahora lo hace aceptable tiene una justificación real y constatable empíricamente. Si no es así, la modificación de planeamiento es arbitraria y la conducta debe seguir entendiéndose como lesiva.

[1424] En relación a dicho concepto, vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.4.1.2

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de los usos del suelo en suelo no urbanizable (casillas 33 y 35)*

El suelo no urbanizable es aquella clase de suelo que el planeamiento preserva de la urbanización. Por lo general suele ser una categoría residual, esto es, integrado por todos aquellos suelos que no son clasificados como urbanos ni como urbanizables. No obstante, siguiendo la estela de la ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de colegios profesionales, algunas comunidades autónomas han adoptado el sistema establecido por dicha ley y señalan específicamente las áreas que pertenecen a esta clase se suelo, considerando urbanizable el resto. Sea como fuere, esta clase de suelo suele dividirse de forma general en dos categorías. El suelo no urbanizable ordinario, que está compuesto principalmente por el suelo agrícola, y el suelo no urbanizable de especial protección, el cual contiene valores de una especial importancia que justifican una protección reforzada. En esta última categoría se incluyen habitualmente los suelos con un especial valor ecológico o paisajístico (como parques naturales, ecosistemas singulares, monumentos naturales. etc.), los suelos que pertenecen al dominio público o que están adscritos a un uso público (sistemas generales, zonas litorales, fluviales, vías pecuarias, sus zonas de servidumbre, etc.), y los suelos con valores artístico-históricos singulares (conjuntos arquitectónicos singulares, poblaciones con arquitectura tradicional…).

En el ***suelo no urbanizable ordinario (casilla 33)*** los usos permitidos con carácter general son análogos a los vistos para el suelo urbanizable que hemos dado en llamar no prioritario. De este modo, a grandes rasgos, se van a permitir las obras e instalaciones necesarias para el desarrollo de actividades acordes al destino natural del suelo (agrícolas, ganaderas, cinegéticas…), la vivienda aislada vinculada a dichas explotaciones cuando esté justificado, la reparación o rehabilitación de construcciones ya existentes sin alterar la tipología edificatoria tradicional ni realizar aumentos de volumen, las obras de realización y mantenimiento de infraestructuras y servicios públicos e, incluso excepcionalmente, usos diversos a los naturales calificados como de interés público o utilidad social.

Como se puede comprobar, la *transgresión de manera no legalizable de este régimen de usos* irroga unos perjuicios que atacan directamente a los valores ambientales y paisajísticos que se tratan de proteger de manera prioritaria en dicha clase

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de suelo. Como ya ocurriera en el suelo urbanizable no prioritario, la realización de actuaciones urbanísticas en contra de los usos previstos por el planeamiento dañará las propiedades naturales del suelo mediante procesos de compactación y sellado que reducirán o incluso harán desaparecer su fertilidad y su capacidad de producir biomasa. De la misma manera, la dificultad en la evacuación de residuos al no existir conexión a los colectores de la ciudad, sobre todo en el caso de núcleos de viviendas o actividades no agropecuarias, da lugar a un filtrado de sustancias tóxicas al suelo que lo va contaminando y lo hace perder su fertilidad y calidad. Igualmente, la desconexión con el núcleo urbano produce un aumento de la necesidad de automóvil y de la utilización del mismo. Ello contribuye a la difusión de la ciudad y supone un aumento de la emisión de gases contaminantes a la atmosfera.

En el supuesto específico de *actividades no vinculadas a una utilización tradicional de los recursos naturales permitidas expresamente por el planeamiento*, las mismas en principio atacan igualmente a los valores ambientales señalados y tienen un efecto lesivo sobre las propiedades naturales del suelo. No obstante, de una forma excepcional, esos daños son compensados por el beneficio social que pueden suponer a nivel económico o estratégico para una determinada zona. En todo caso, para que esa compensación de la lesividad sea posible, debe asegurarse técnicamente una minimización del impacto ambiental de las actuaciones, carecer de carácter permanente y permitir restaurar con cierta facilidad las propiedades del suelo. Si estas circunstancias no se dan su realización es claramente lesiva desde el punto de vista apuntado. Esta misma compensación de lesividad ocurre con las *obras necesarias para las infraestructuras o servicios públicos y para las de utilidad social.*

En el caso del *uso residencial*, hay que distinguir dos posibilidades. En primer lugar, cuando dicho uso no se implanta de forma aislada, sino a modo de *núcleos residenciales con proceso de urbanización o grandes promociones*, estén éstos adscritos o no a actividades agropecuarias.

En tal caso, la acción llevada a cabo conlleva una serie de claros perjuicios materiales. Los más ostensibles son los daños ambientales ya señalados. Tampoco pueden desconocerse los perjuicios que a nivel paisajístico se irrogan a la clase de suelo que comentamos. El suelo no urbanizable es un suelo caracterizado por su valor paisajístico natural. Cualquier concentración de construcciones le hará perder su

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

componente natural y su atractivo estético. Ello, como sabemos, producirá una merma en el apego al lugar y una disminución de la función de descarga perceptiva que cumplen estos paisajes gracias a su armonía y simpleza natural.

De otro lado, también aquí, la construcción de núcleos de viviendas en suelo no urbanizable puede introducir inestabilidad en el mercado inmobiliario debido a la posibilidad de animar la demanda artificialmente mediante un precio bajo en comparación con las viviendas situadas en suelo apto para construir y, de este modo, inducir tendencias especulativas harto perjudiciales para la economía en general.

Por último, se repiten también los perjuicios sociales apuntados con anterioridad. La distancia y desconexión con respecto al núcleo urbano presuponen una baja diversidad y complejidad que no activa la vida social. Tal circunstancia dota a esos núcleos de un carácter no urbano, monocromo y aislado, que redunda en un aumento de la percepción de inseguridad y en una fractura en la cohesión social debido a la habitual homogeneidad social de dichas zonas o, por el contrario, en un aislamiento comunitarista marcado por una gran identificación simbólica con el espacio que da lugar a actitudes defensivas, profundizándose de tal modo en la fractura social. En el primer caso, por su parte, el aislamiento y el escaso contacto social producen igualmente una falta de percepción de responsabilidad común por la zona y una consecuente baja eficacia colectiva que pueden dar origen a un riesgo de atracción de la delincuencia. Igualmente la desconexión social y la necesidad de automóvil pueden llevar a la exclusión social con respecto a los circuitos de actividad urbana a aquellos habitantes de estas zonas que carezcan de tal medio de transporte por poseer un escaso poder adquisitivo.

En el otro supuesto, el de *construcción de residencias aisladas no vinculadas a la explotación agrícola*, la cuestión varía un poco. En lo que se refiere al impacto medio ambiental, los procesos de sellado y compactado del suelo así como la eliminación de residuos son iguales con independencia del destino de la construcción, por lo que si las viviendas aisladas vinculadas a la explotación suponen un atentado tolerable a los valores ambientales, la misma caracterización deben tener las viviendas aisladas no vinculadas a dicha explotación. Con respecto al paisaje, dependiendo de la tipología edificatoria, tampoco tiene que darse un gran impacto estético si las viviendas son aisladas y adaptadas al entorno natural (materiales naturales, baja altura, aire rústico…).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En cambio sí que persisten los daños económicos y sociológicos apuntados anteriormente con ciertos matices. En el aspecto económico, el efecto animado de la demanda, el cual, debido precisamente al carácter aislado de las viviendas puede concebirse como algo menor que en el caso de núcleos o grandes promociones. Con respecto a las cuestiones sociológicas, el carácter aislado de la vivienda no impide que se sigan lesionando a los valores urbanos de diversidad y contacto, pero su lesión no resulta muy perjudicial.

En lo que respecta al ***suelo no urbanizable de especial protección (casilla 35)***, el mismo tiene tal condición debido a que aloja unos valores singulares o escasos. Por ello los usos constructivos permitidos en dicho suelo van a ser exclusivamente los compatibles con tales valores y con el régimen reforzado de protección. En los supuestos de ***suelo no urbanizable por su valor ecológico,*** si bien la realización de forma no legalizable de *obras destinadas a usos diversos de los permitidos* ataca a los valores ambientales, en este caso, estos valores lo son de un sistema ecológico de especial singularidad o escasez. Aquí, esa destrucción del manto fértil o esos procesos de compactación, sellado o contaminación a que se da lugar afectan a unos suelos en los que se ubican especies vegetales especialmente singulares por su carácter endémico, por su reducido número, por su especial relación con la fauna, etc. De este modo, la materialización de usos que no se ajusten a la ley o el planeamiento produce una completa transmutación del hábitat —o incluso su pérdida— que afecta profundamente al funcionamiento ecológico y a la diversidad natural de dicha área al privarla de su soporte físico. Igualmente, estas zonas suelen constituir en muchos casos pulmones verdes de los núcleos urbanos circundantes. Por tanto, una transmutación del uso en la zona como la comentada, con la consiguiente pérdida de masa vegetal, incidirá en un aumento de la concentración de dióxido de carbono y en una más deficiente oxigenación de su ámbito de influencia. El dióxido de carbono, además, es un gas de efecto invernadero cuya mayor concentración puede originar un aumento de la temperatura, lo cual podría tener diversos efectos en las personas como la astenia, una mayor irritabilidad, descensos en el rendimiento, estrés ambiental, etc.[1425]

El impacto paisajístico en estas zonas de las actividades que comentamos tampoco es baladí. Nos hallamos ante áreas que presentan una calidad paisajística indiscutible.

[1425] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.2.1.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Las mismas poseen una composición escenográfica de alto valor estético-natural que sería claramente lesionada si se realizan actividades constructivas. Dichos paisajes, por su singularidad, tienen una importante relevancia en la identificación simbólica de las personas habitantes de las zonas aledañas con los mismos. Su lesión, por tanto, comporta un importante perjuicio a los procesos de identificación personal y social con el lugar. De la misma manera, una lesión tan importante de tales conexiones psicológicas con el ambiente y de esos valores estéticos también redunda en una gran disminución de la satisfacción residencial y puede conducir en casos extremos a un desapego del lugar, que puede desembocar en dejadez y llevar a su completa degradación.

En lo tocante al ***suelo no urbanizable de especial protección por su valor histórico-artístico, cultural o paisajístico***, cualquier actuación de las estudiadas que se realicen en el mismo supondría una lesión de valores paisajísticos de gran importancia. El paisaje, según ha sido definido en el convenio europeo del paisaje, es "cualquier parte del territorio tal como la percibe la población y cuyo carácter es el resultado de la interacción de factores naturales o/y humanos[1426]". Por tanto, el paisaje no es suministrado en exclusiva por la naturaleza, sino que también admite la acción del hombre sobre la misma que la mejore o le imprima un sello característico. Es decir, en estos casos, el paisaje nace sobre el patrimonio natural y crece como patrimonio cultural incluyendo las aportaciones humanas al mismo. Esta realidad es perfectamente palpable en el suelo que ahora comentamos, ya que el mismo es fruto precisamente de esa acción humana que otorga al lugar su carácter estético y armónico. En este tipo de suelos suelen fijarse elementos de la historia humana del lugar o tipologías edificatorias tradicionales (casas cueva, casas colgantes…), lo cual los hace pieza fundamental para los procesos de identificación simbólica, tanto personal como social, con el ambiente. Una introducción de usos distintos a los tradicionales en los mismos puede llevar a la completa destrucción de esos valores o de la composición equilibrada de la escena, acarreándose los importantes perjuicios psicológicos que ya conocemos

En los ***suelos adscritos al dominio público*** debe distinguirse entre el dominio público natural (marítimo, fluvial, pecuario, etc.) y el dominio público llamémosle

[1426] Artículo 1. a. del Convenio europeo del paisaje. Consejo de Europa. 2000. Disponible en la página web: http://www.magrama.gob.es/en/desarrollo-rural/temas/desarrollo- territorial/090471228005d489_tcm11-24940.pdf

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

"común" o "genérico". En el ***dominio público natural***, los valores afectados y los daños producidos tendrán nuevamente un claro componente ambiental. En zonas marítimas y litorales un *uso distinto al estrictamente natural*, además de los procesos de compactación y sellado del suelo pueden producirse también fenómenos de salinización debido a una alteración del equilibrio osmótico ocasionado por la sobrecarga de los acuíferos y la disminución de las fuentes de agua dulce. Del mismo modo, la alteración del uso natural y su sustitución por otros tipos de usos también afectará a los valores paisajísticos generales que todo ambiente natural virgen posee consustancialmente. Con ello se afectará a la función de descarga sensorial que tales paisajes cumplen para las personas así como a otras funciones psicológicas del espacio.

Por su parte, en lo que al ***dominio público genérico*** se refiere, esto es, el que sin poseer unos especiales valores está destinado en general a un uso o servicio público (*v.g.* el patrimonio municipal del suelo, terrenos para establecer un ferrocarril,…), hay que proceder cautelosamente. Los suelos contenidos en esta categoría pueden ser muy heterogéneos y, por tanto, no pueden emitirse juicios generales sobre la lesividad de los usos no permitidos que se alojen en el mismo. En general habrá que remitirse, dependiendo del tipo de suelo en que se ubique, a lo ya dicho con anterioridad y, en todo caso, comprobarse el grado de afectación al servicio público a que se halle adscrito dicho suelo para pronunciarse sobre la lesividad de la conducta en cada caso concreto. En el caso particular del llamado ***patrimonio público del suelo***, el cual está pensado para ubicar sobre el mismo viviendas de protección oficial públicas o para controlar el precio del suelo, la *violación de este régimen de uso* tendrá efectos lesivos sobre factores económicos o sobre el acceso a la vivienda. En este último caso, como ya sabemos, pueden verse afectados de manera importante los procesos de emancipación juvenil y de relevo generacional[1427].

- *Actuaciones urbanísticas legalizables en contra de los usos del suelo en suelo no urbanizable (casillas 34 y 36)*

Tanto en el ***suelo no urbanizable ordinario (casilla 34)*** como ***de especial protección (casilla 36)***, si nos encontramos ante una *construcción de las permitidas por el planeamiento, pero realizadas materialmente sin licencia*, entendemos que no puede

[1427] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.2., especialmente Apdo. 3.2.3.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

hablarse de lesividad. Si una determinada construcción en las condiciones en que ha sido llevada a cabo respeta de hecho el planeamiento y no produce consecuentemente ninguno de los perjuicios que acabamos de ver en el ámbito de los usos, el hecho de no haberse sometido a un control previo de la administración no puede hacer que dicha actuación sea ahora dañosa. Por ello debe sostenerse una vez más aquí la ausencia del carácter lesivo de tales actuaciones.

Cuando de lo que se trata es de la realización de una *construcción diversa a la autorizada en la licencia, pero aun así legalizable por ser compatible con el planeamiento y la legislación*, estimamos que la solución debe ser análoga a lo manifestado en el párrafo anterior. Si es compatible con el planeamiento significa que no ataca a los fines y valores que éste trata de preservar y por lo tanto, no puede decirse de la misma que produzca daños materiales.

En los casos en los que una *modificación sobrevenida del planeamiento* haga compatible un uso anteriormente disconforme con el mismo hay que repetir aquí lo ya dicho en otros casos. Si la innovación está justificada por un cambio real de las circunstancias, la conducta aparecerá como no lesiva *ex post*. Si por el contrario no puede encontrarse una razón material que justifique la nueva ordenación de usos, debe mantenerse que la conducta sigue produciendo los mismos daños materiales que anteriormente irrogaba al suelo no urbanizable y que la misma, por tanto, es lesiva.

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo urbano (casillas 37, 39, 41 y 43)*

Por determinaciones morfológicas de planeamiento nos referimos a lo que en urbanismo se suele denominar la ordenanza, es decir, las condiciones constructivas que deben respetar las actuaciones según su tipología. Estas determinaciones se refieren a condiciones como parcela mínima, altura, edificabilidad, retranqueos, ocupación de parcela, normas estéticas, disposición de fachada, disposición interna y superficies habitables mínimas, iluminación…, es decir, a las características que van a dar forma a la construcción que se erija en las parcelas concretas de cada sector de planeamiento.

Tales determinaciones son muy detalladas y diversas y, por tanto, es complicado pronunciarse sobre la lesividad de la infracción de cada una de ellas en concreto. No

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

obstante, sí que puede hacerse un juicio general sobre los valores que se tratan de proteger en su conjunto y los daños que conlleva su contravención.

En el ***suelo urbano en general (casillas 37, 39, 41 y 43)***[1428] las diferentes ordenanzas buscan conseguir un diseño que asegure la calidad de vida de los ciudadanos residentes en un amplio abanico de aspectos. Por tanto, la *contravención de manera no legalizable de las ordenanzas constructivas* supone una serie de perjuicios materiales de cierta consideración. En primer lugar puede hablarse de perjuicios estéticos o paisajísticos: Si se contravienen las normas sobre alturas, aspecto, colores, etc. se da lugar a una apariencia estridente en lugar de armónica y compensada que afecta a la estética de la estampa urbana. Ello, como se ha dicho en repetidas ocasiones, afecta a la satisfacción residencial, al apego al lugar y a la identificación simbólica con el mismo. No obstante, tampoco puede pensarse que una absoluta monotonía en las formas es positiva. Los cambios y transiciones suaves producen una diversidad que hace atractiva la visión y produce cierta activación en el observador. Esta necesaria diversidad es tenida en cuenta por el planeamiento, el cual suele combinar tipologías para dar lugar a paisajes bien balanceados. Por tanto, la contravención de las mismas también podrá tener lugar en ciertos casos por producir una monotonía que empeora el paisaje.

Las condiciones morfológicas de los edificios también van a tener influencia, en segundo lugar, sobre la elaboración de los mapas mentales. Así, uno de los elementos que componen este mecanismo psicológico son los distritos, los cuales son partes de la ciudad que se reconocen como una unidad. Dicha unidad puede percibirse a través de un determinado aspecto físico característico (casas de una determinada altura, una determinada morfología…) por lo que la transgresión de las normas morfológicas puede hacer más difícil esa percepción y, por tanto, dificultar la formación de mapas mentales. Ello, como ya sabemos, tendrá consecuencias negativas sobre la orientación de las personas en la ciudad y sobre los procesos de comunicación espacial y simbólica, los cuales afectan al sentimiento de pertenencia al lugar y a la identidad personal y social de lugar.

La transgresión de las normas que tratamos, en tercer lugar, puede tener consecuencias sobre el estrés ambiental padecido por las personas. Como ya se dijo,

[1428] No encontramos diferencias reseñables a efectos de lesividad que justifiquen un tratamiento independiente de cada una de las categorías ubicadas en este tipo de suelo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

unos edificios de cierta altura pueden influir sobre el viento y las corrientes de aire o incluso crearlas. De tal modo, el no respeto de las normas sobre altura de los edificios o sobre su ubicación puede dar lugar a corrientes de aire que, como también se vio, influyen negativamente en la calidad de vida dependiendo de su intensidad. Las normas sobre iluminación de los edificios, por su parte, están pensadas para suministrar a éstos y a las dependencias de los mismos una cantidad óptima de luz. De tal manera, su contravención supondrá un aporte insuficiente de luz y una serie de perjuicios a nivel de estrés (disminución en el rendimiento, depresión, etc.). En lo que se refiere a las normas sobre aislamiento acústico, si estas no se respetan, se dan niveles de ruido que afectan también negativamente la vida de las personas pudiendo producir insomnio, hiperestimulación, nerviosismo, ansiedad, disminución del rendimiento, irritabilidad…

La violación de normas sobre altura, edificabilidad u ocupación de parcela afectan también, en cuarto lugar, a la densidad del área de que se trate. Si se construye más de lo permitido ese exceso de habitabilidad será ocupado generalmente por más personas, lo cual redundará en un aumento de aquella magnitud en la zona. Como sabemos, una densidad elevada es positiva para la diversidad así como para una vida social animada; no obstante, si esa medida se sobrepasa, la densidad degenera en hacinamiento y se producen una serie de efectos negativos tales como la reducción del rendimiento en tareas poco relevantes, irritabilidad, tendencia al aislamiento social, etc. Es por ello que, desde esta perspectiva, la transgresión de este tipo de normas sólo aparece como lesiva en aquellos sectores en los que el planeamiento haya previsto ya una densidad elevada y, debido a la infracción, este nivel óptimo se supera. Si la densidad era muy baja, estos comportamientos no aparecen como lesivos, al menos desde la perspectiva que tratamos. Desde otro punto de vista, una densidad elevada que no ha sido prevista y es fruto de una transgresión del planeamiento también producirá un efecto de sobrecarga en los servicios públicos y dotaciones previstos para el sector que influirá negativamente en la calidad de vida de las personas y en la satisfacción de sus necesidades

Por último, una vulneración de las previsiones morfológicas puede tener que ver con la prevención del delito. Como tuvimos la oportunidad de ver en el capítulo tres de esta investigación, el diseño urbanístico tiene una importante influencia en la prevención de la delincuencia. De este modo, el planeamiento, a la hora de establecer

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sus prescripciones morfológicas suele tener en cuenta el llamado CPTED (crime prevention through environmental design) o prevención situacional. En virtud de la misma, se limita la altura de los edificios y el número de plantas de las viviendas, se orientan las fachadas en un determinado sentido que favorezca la vigilancia natural, se establecen unos mínimos de alumbrado público, se busca mediante el diseño una clara definición territorial, etc[1429]. Por ello, si se vulneran las determinaciones de planeamiento que tienen que ver con estas medidas se estará dificultando la prevención del delito y poniendo una condición para facilitar éste. Se puede generar una atracción de delincuentes a la zona y aumentar la sensación de inseguridad en los habitantes, los cuales se mostrarán más reacios a interactuar en la vía pública disminuyendo la vida social y el contacto en la zona. Tal circunstancia puede dar lugar a tendencias de insatisfacción residencial y desapego al lugar que desemboquen en movilidad residencial, iniciándose una espiral de degeneración de la zona y de concentración de desventajas, ya que las personas con escasos recursos no pueden emprender esas tácticas de huida y se ven abocadas a permanecer a pesar de las circunstancias.

- *Actuaciones urbanísticas legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo urbano (casillas 38, 40, 42 y 44)*

Como se ha venido manteniendo hasta el momento, en el supuesto de las actuaciones legalizables nos parece forzado hablar de lesividad material por las mismas razones que hemos dado con anterioridad en otros supuestos. Si las actuaciones urbanísticas *respetan las determinaciones de planeamiento referentes a la morfología pero carecen de licencia*, en ningún caso se podrá afirmar que las mismas dañan los valores materiales que hemos puesto de manifiesto. Si una actuación es materialmente la misma, la existencia o no de licencia previa no quita ni pone absolutamente nada a su carácter más o menos lesivo. Del mismo modo, si lo que ocurre es que existe una *desviación con respecto a lo permitido por la licencia, pero dicha desviación puede asimilarse por el sistema* sin problemas, tampoco habrá daños materiales porque precisamente la razón de su legalización es la compatibilidad material con los valores y objetivos que se fijan en el planeamiento. Si hubiera algún daño sustantivo el hecho no podría legalizarse.

[1429] Vid. *supra* Cap. 3. Apdo. 3.4.3.2. C) iii).

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Cuando el carácter legalizable de la construcción procede de un *cambio de planeamiento* que modifica las determinaciones morfológicas en este tipo de suelo, una vez más hay que mantener que lo determinante de cara a un pronunciamiento sobre la lesividad son las razones de dicho cambio. Si el mismo obedece a una mutación de las necesidades o circunstancias del sector que justifican materialmente dicha innovación, se podrá decir que la actuación no es lesiva *ex post* porque responde a unas nuevas circunstancias con las que es acorde materialmente. En caso contrario, esto es, si el cambio es casual o arbitrario, se deberá mantener la lesividad de la conducta pues sigue atentando contra los valores materiales que imperaban en el terreno de forma originaria y debidamente motivada.

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo urbanizable (casillas 45, 47 y 49)*

Nuevamente hay que distinguir aquí entre el suelo urbanizable que cuenta ya con ordenación pormenorizada (suelo urbanizable prioritario "ordenado") y aquel que no (suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada y suelo urbanizable no prioritario). En el ***suelo urbanizable prioritario ordenado (Casillas 45 y 47)***, como ya se dijo, es posible con carácter general compaginar la urbanización y la edificación y, por tanto, puede considerársele un suelo urbano *in fieri* o virtual en el sentido de que es un suelo que se encuentra inmerso de lleno en el proceso de transformación urbanística. Por tanto, el incumplimiento no legalizable de las determinaciones morfológicas del planeamiento va a producir un peligro concreto de efectos lesivos como los especificados para el suelo urbano. Como ya se vio, la existencia de un proceso urbanizador en marcha hace que esos valores urbanos que van a ser lesionados en un futuro estén ya en el radio de acción de las conductas peligrosas.

Por lo que respecta al ***suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada y al suelo urbanizable no prioritario (Casillas 45,47 y 49),*** ambos son clases de suelo en las que en principio no se podrá edificar, con la excepción de actuaciones correspondientes a infraestructuras y servicios públicos, actuaciones de utilidad social, actuaciones desmontables y aquellas vinculadas al uso natural de los terrenos. Todas ellas se regirán habitualmente en lo que a morfología se refiere por lo que diga el planeamiento general o, en su defecto, por lo señalado para el suelo no urbanizable ordinario, suelo a cuyo

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

régimen se suele vincular el de este tipo de suelo. En todo caso, las determinaciones que se hagan tendrán por objeto, no los valores y funciones que se han señalado para el suelo urbano, sino principalmente la preservación, una vez más, de los valores ambientales y paisajísticos que rigen de manera actual en el suelo hasta que no se acometa su urbanización en virtud de la ordenación pormenorizada oportuna que lo convierta en "ordenado" y virtualmente urbano. Como consecuencia de ello, la violación de las normas morfológicas tendrá como efecto principalmente daños al paisaje natural o tradicional y ciertos daños ambientales si no se respetan las normas sobre calidad ambiental, evacuación de residuos, abastecimiento de agua, etc. (*v.g.* reducción de masas arbóreas, filtrado de sustancias contaminantes, desecación de acuíferos…).

- *Actuaciones urbanísticas legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo urbanizable (casillas 46, 48 y 50)*

De nuevo, cuando las *actuaciones urbanísticas en contra de las determinaciones morfológicas* que se llevan a cabo son legalizable o autorizable, esto es, *fieles a esas determinaciones pero sin licencia*, o al menos *claramente compatibles con ellas*, hay que sostener la ausencia de lesividad de tales conductas desde una perspectiva material. En el primer caso, la conducta materialmente realizada es sustancialmente idéntica a la demandada por la legislación o el planeamiento, mientras que en el segundo, a pesar de haber una divergencia, esta es perfectamente asumible desde las previsiones de aquellos. Ello demuestra que tal divergencia no genera perjuicios dignos de consideración.

En los casos en los que el carácter legalizable de la conducta que transgrede las estipulaciones morfológicas provenga de una *modificación sobrevenida del planeamiento*, para comprobar la lesividad material de tal conducta habrá que estar a las causas de la modificación. Si la misma es consecuencia de un cambio real en la situación del suelo que la justifica, la conducta devendrá no lesiva *ex post* por cambio en la situación fáctica del suelo. Si el cambio carece por el contrario de justificación material constatable, la conducta deberá ser calificada como lesiva, ya que los valores de referencia serán los establecidos con anterioridad de forma justificada, a los cuales sigue atacando la conducta virtualmente legalizable.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo no urbanizable (casillas 51 y 53)*

El principio general en el suelo no urbanizable, ya sea este ordinario o de especial protección, es que dicho suelo debe preservarse del proceso urbanizador. A pesar de ello se van a permitir, como ya se ha dicho en reiteradas ocasiones, una serie de actuaciones en el mismo que tienen que ver principalmente con el uso natural del terreno o con actuaciones de interés público. Para todas ellas se suele establecer una cláusula general en el planeamiento en la que se regulan las condiciones edificatorias que deben poseer las construcciones en este tipo de suelo, las cuales se desarrollarán más detalladamente en planes menores (generalmente un plan especial).

En el caso del ***suelo no urbanizable ordinario (casilla 51)*** la c*ontravención de dicha ordenanza* origina fundamentalmente daños paisajísticos. El objetivo de este tipo de normas en este suelo es sobre todo el conseguir un bajo impacto visual y unas edificaciones lo más adaptadas al entorno posible (se intenta que las construcciones sean de baja altura, que se utilicen materiales naturales de la zona, que no sobrepasen una determinada edificabilidad u ocupación, etc.), de modo que no se rompa la armonía natural del conjunto. Por su parte, la contravención de normas que tienen que ver con cuestiones técnicas tales como evacuación de residuos, aislamiento acústico, climatización, etc. tienen que ver con valores ambientales y serán de esta última naturaleza los perjuicios originados por su contravención.

En lo que hace al ***suelo no urbanizable de especial protección (casilla 53),*** cuando excepcionalmente se permita la actuación urbanística en tal ubicación la *contravención de las normas morfológicas* conlleva principalmente daños estético-paisajísticos. En el ***suelo no urbanizable de especial protección por motivos ecológicos*** el conjunto ambiental es de una singularidad o importancia tal que cualquier construcción que no respete las estrechas determinaciones constructivas impuestas supondrá una perturbación de esa imagen virgen que se quiere preservar en este tipo de suelo. En él se busca mantener un estado en el que la acción humana sea imperceptible o al menos completamente adaptada al entorno y a la estética natural. Estos paisajes producen una sensación de descarga y relajación que se vería lesionada si no se cumplen estas normas, produciendo una perturbación no deseada en el observador. De igual forma, la mutación de un paisaje natural conlleva disfunciones en los procesos de

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

identificación simbólica con tal ambiente y apego por el lugar. De otra parte, nuevamente, la vulneración de las normas constructivas que tengan que ver con aprovechamiento energético, evacuación de residuos, eficiencia térmica, aislamiento acústico, etc. provocarán una serie de daños ambientales como contaminación del suelo, emisión de gases de efecto invernadero, contaminación acústica, etc.

En el ***suelo no urbanizable de especial protección por razones paisajísticas, artísticas o histórico culturales***, el atentado es común y lo es de nuevo principalmente a los valores paisajísticos. En estos tipos de suelo se dan unos conjuntos visuales característicos o peculiares que hacen preciso determinar muy certeramente cómo se debe construir en los mismos para evitar que ese carácter único se pierda o acabe siendo eclipsado por en un entorno de características muy disímiles. Si estas normas no se respetan, el paisaje o el conjunto histórico-artístico se verá transmutado y ello, como ya es sabido, afectará a una de las principales funciones psicológicas de estos lugares, cual es proveer puntos de anclaje para la identificación simbólica con el ambiente. Este defecto generará disfunciones en la identidad tanto personal como social el lugar y, consecuentemente, en la satisfacción residencial. De igual modo, la afectación a estos enclaves únicos tiene efectos perversos sobre la formación de los mapas cognitivos de las personas. Como sabemos, estos puntos visuales característicos constituyen un elemento de vital importancia en los mapas mencionados, los llamados hitos. Su afectación producirá deficiencias en la capacidad de orientación y ello redunda en un sentimiento de incomodidad en las personas e incluso, en situaciones tensas, en un mayor sentimiento de inseguridad o miedo al delito.

En el ***dominio público natural*** por su parte, debido a los valores que aloja y que justifican su carácter demanial, se repetirán los mismos daños que los señalados para el suelo de especial protección por razones ecológicas.

En lo que se refiere por último al ***dominio público de carácter ordinario***, en cualquier caso, se dañará el servicio público al que esté afecto. Junto a ello, una vez más, dada la casuística que puede encerrar este tipo de suelo, no es posible hacer aquí un juicio unívoco sobre su lesividad que sea comprensivo de todas las posibilidades que en el mismo se encierran y habría que pronunciarse sobre este aspecto en cada caso concreto.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- *Actuaciones urbanísticas legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo no urbanizable (casillas 52 y 54)*

En el suelo no urbanizable, cuando nos encontramos ante vulneraciones legalizables de las determinaciones morfológicas de planeamiento, se ubiquen éstas en ***suelo no urbanizable ordinario o de especial protección,*** hay que distinguir tres casos.

En primer lugar, cuando las *actuaciones urbanísticas respetan dichas determinaciones de facto, pero carecen de licencia*. En este caso no se dan ninguno de los daños señalados con anterioridad. Una vez más, las conductas son materialmente exactas a aquellas que sí han obtenido licencia y cumplen los mismos parámetros morfológicos. Por tanto, la existencia de permiso o no de la administración no puede suponer ninguna variación en los daños materiales producidos por la actuación urbanística en sí.

En segundo lugar, nos encontramos con aquellos supuestos en los que *no se respetan exactamente las determinaciones de planeamiento existentes en materia morfológica, pero dicha desviación es compatible con aquéllas*. En este caso, si decimos que las actuaciones son compatibles con la ordenación proyectada es porque, de hecho, la actuación llevada a cabo tiene cabida dentro de la ordenanza morfológica sin que ello suponga un ataque a los valores materiales que se tratan de preservar en tal terreno. Por tanto, debe mantenerse también la falta de lesividad material de estos comportamientos.

Por último nos encontramos con aquellos casos en que las actuaciones, a pesar de no respetar las condiciones morfológicas de un determinado plan ni ser compatibles con las mismas, pasan a ser compatibles o respetuosas de la ordenación vigente por *innovación del planeamiento*. En este caso, como ya se ha mantenido reiteradamente, habrá que estar a los motivos que han llevado a dicha modificación. Si la misma obedece a un cambio real en la situación de los terrenos que la justifique, efectivamente, dicha actuación aparecerá como no lesiva *ex post*. Si por el contrario, la modificación no puede justificarse sobre la base de ningún argumento material ni en base a ninguna mutación de las condiciones originariamente existentes y la misma es meramente discrecional o arbitraria, deberá entenderse que los parámetros morfológicos correctos eran los anteriormente establecidos de manera justificada y, por tanto, la actuación,

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

aunque formalmente amparada, seguirá siendo dañosa del modo que se ha señalado en las líneas precedentes para este suelo.

Antes de continuar con el análisis de la tercera gran categoría de conductas elegidas como representativas de la problemática del urbanismo y la ordenación del territorio, debe hacerse un comentario transversal sobre todas las conductas legalizables estudiadas hasta el momento. En este sentido, como se ha podido comprobar, la conclusión a la que se ha llegado en torno a las mismas, ya sea en el ámbito de las actuaciones en contra de los usos ya sea en el ámbito de las actuaciones en contra de las determinaciones morfológicas, es que las mismas no son lesivas desde una perspectiva material, con la excepción de aquellas conductas que han obtenido el carácter de legalizable debido a una modificación posterior del planeamiento que no obedece a un cambio real de las condiciones reales del terreno sobre el que dicho planeamiento incide. Desde una perspectiva formal, en cambio, dichas conductas sí que parecen generar una lesión al control de la administración, la cual originaría a su vez una suerte de riesgo para los valores materiales inherentes a cada tipo de suelo. En efecto, si las actuaciones urbanísticas no se someten al control previo administrativo existe el riesgo de que las mismas se lleven a cabo de una manera contraria a lo establecido por el planeamiento y, por tanto, de una manera potencialmente lesiva para los valores materiales comentados.

A pesar de lo dicho, creemos que el riesgo señalado no es tal o, por lo menos, que el mismo no desaparece con el control previo administrativo y que, por tanto, el argumento citado no es válido para sustentar la lesividad de las conductas legalizables. En tal sentido, si las actuaciones son efectivamente acordes a las normas o compatibles con ellas, es posible mantener desde una perspectiva *ex ante* la ausencia de riesgos para los valores que se tratan de proteger, con independencia de que la actuación esté amparada o no en una autorización habilitante. Por tanto es evidente la ausencia de peligrosidad de la conducta para los valores materiales, sea ésta controlada o no por la administración. Pero es más, incluso en el caso de actuaciones no legalizables puede ponerse en duda la efectividad del control administrativo para evitar conductas peligrosas con respecto a los valores territoriales salvo en los casos de actuaciones imprudentes o desconocedoras de la legalidad. Así, aunque la administración controle previamente el proyecto de la actuación que se quiere a llevar a cabo, ello no evita que

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

los particulares actúen desviadamente si ese era su propósito. Un particular siempre podrá construir materialmente aunque le hayan denegado la licencia para ello o aunque lo que construya sea abiertamente opuesto o extralimitado con respecto al proyecto autorizado. Por tanto, el riesgo de que los particulares realicen construcciones en contra de los valores materiales inherente al suelo subsiste a pesar del control administrativo previo. Realmente la existencia de tal riesgo tiene más que ver con la ausencia de una inspección posterior sobre las actuaciones materiales que se lleven a cabo, que con la elusión del previo control administrativo.

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables llevadas a cabo sin el instrumento de planeamiento habilitante en el suelo urbano (casillas 91, 93, 95 y 97)*

Hasta este momento hemos visto conductas materiales que se apartaban de lo establecido en el planeamiento. A partir de ahora vamos a analizar conductas que se llevan a cabo precisamente sin que exista un instrumento de planeamiento o un proyecto de ejecución que las respalde. Precisamente por este hecho estas conductas carecerán forzosamente de licencia, ya que la misma no puede concederse si no es en función de lo que establezca el planeamiento correspondiente.

En el ***suelo urbano consolidado (casillas 91 y 93),*** lo más habitual será que el planeamiento general establezca directamente la ordenación pormenorizada (usos y morfología) y, por tanto, parece difícil actuar sin que exista el mismo. No obstante, puede que nos encontremos ante poblaciones que no contaban con anterioridad con dicho planeamiento sirviéndose de las denominadas normas subsidiarias, o de ante sectores de suelo consolidado que requieran de un plan especial o de un estudio de detalle.

En cualquiera de estos casos, no puede decidirse a priori si el hecho de llevar a cabo una *actuación urbanística sin aguardar a la existencia del planeamiento que la respalde* produce daños efectivos, puesto que nos falta precisamente el instrumento que va a marcar cuáles son los parámetros constructivos exactos de uso y forma en ese sector de suelo cuya infracción supone una actuación lesiva para los valores materiales que en el mismo se alojan. Por tanto, es como si se construyera a ciegas, ya que la actuación llevada a cabo puede coincidir o no posteriormente con las estipulaciones del plan y, por tanto, puede producir o no daños materiales sobre aquellos valores. De este

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

modo, parece claro que lo que produce este tipo de conductas es una situación de peligro de que se den los efectos dañosos ya vistos *supra* en la infracción de las determinaciones sobre uso y forma en suelo urbano (daños ambientales, paisajísticos, monotonía de la vida social, sensación de hacinamiento…). Como puede observarse, la situación de peligro es clara puesto que si nos situamos desde una perspectiva *ex ante* en la posición del autor, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto conocidas y cognoscibles por el sujeto (inexistencia de planeamiento, posibilidad de conformidad de su obra con el mismo o no…) y la experiencia de la época sobre los cursos causales, aparece como probable la producción de una lesión de los valores materiales que se alojan en el suelo. Más exactamente, entendemos que es una situación de peligro concreto puesto que, desde el mismo momento en que se lleva a cabo la actuación, los valores que se intentan proteger —presentes de facto en el suelo urbano— entran irremisiblemente en el radio de acción de la conducta peligrosa. En el mismo instante en que se inicia la construcción sin haberse aprobado el estudio de detalle que debía ordenar los volúmenes del sector, por ejemplo, los valores paisajísticos de la zona están siendo puestos en riesgo por dicha acción.

En el ***suelo urbano no consolidado (casillas 95 y 97),*** por su parte, además de las estipulaciones del planeamiento general, lo más habitual será que la ordenación detallada venga establecida por un plan parcial o un plan especial. En este caso ocurre lo mismo que en el suelo urbano consolidado. Si se lleva a cabo una actuación urbanística (ejecución o edificación) sin aguardar a que esa ordenación detallada sea establecida por el correspondiente plan, se está incurriendo nuevamente en un peligro concreto de que dicha actuación produzca los daños ya vistos respectivamente en la contravención de usos y de estipulaciones morfológicas para este tipo de suelo. Si no se conoce el planeamiento es probable que la actuación no se ajuste a los parámetros que aquel establezca —los cuales marcan los límites de tolerancia en cada uno de los valores que encierra dicho suelo— y sea consecuentemente dañosa.

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables llevadas a cabo sin el instrumento de planeamiento habilitante en el suelo urbanizable (casillas 99, 101 y 103)*

En este ámbito de suelo, si nos centramos en el que hemos denominado ***suelo urbanizable prioritario, (casillas 99 y 101)***, si el mismo no posee ordenación detallada directamente desde el planeamiento general, de nuevo será normalmente un plan parcial

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

el que establezca dicho ordenación. En los casos en los que se actúe sin cualquiera de esos dos instrumentos habilitantes, por las razones que ya se han comentado con anterioridad, se estará incurriendo en una conducta no lesiva propiamente, sino peligrosa. Existe una alta probabilidad de que la actuación llevada a cabo con desconocimiento de los parámetros de uso y morfología para el sector acabe siendo dañosa en el sentido que hemos visto *supra* cuando se actúa en contra de estas determinaciones (riesgos ambientales y paisajísticos sobre todo). De otra parte, el carácter de este peligro es en nuestra opinión hipotético, puesto que existe una clara posibilidad de que la ordenación detallada se apruebe en cualquier momento y, consecuentemente, de que los valores urbanos a proteger entren en el radio de acción de la conducta constructiva peligrosa.

En el ***suelo urbanizable no prioritario (casilla 103)***, por definición no existe ordenación detallada. Como sabemos, es un suelo que únicamente está previsto para construir en el largo plazo cuando lo demanden justificadamente las necesidades de la ciudad. Por ello, los valores que imperan en el mismo y que tratan de ser protegidos son principalmente valores ambientales y paisajísticos. Debido a ello, se le asimilaba al régimen constructivo del suelo urbanizable, rigiéndose por las clausulas generales que obren en el planeamiento general y por lo establecido por los planes especiales que para cada actuación en concreto se aprueben. Por tanto, si se actúa sin que existan aún dichas determinaciones, se actúa a ciegas, ya que no se sabe si la actuación que se va a llevar a cabo es compatible o no con los diversos valores materiales que imperan en la zona. Como consecuencia de ello, la conducta también aquí aparece como peligrosa concretamente desde el punto de vista de la lesividad, pues existe una probabilidad razonable de que la actuación llevada a cabo no se ajuste a las determinaciones sobre usos o morfología que establezcan los instrumentos de planeamiento que deben aprobarse y, por tanto, de que produzcan los daños que ya se vieron en los apartados correspondientes[1430]. Debe hacerse notar que, en el caso de que no exista instrumento de planeamiento, si la actuación es contraria a las estipulaciones básicas que sobre usos o forma señala la ley, la conducta no será peligrosa sino directamente lesiva pues en tales condiciones la lesión de los valores inherentes al suelo es actual.

[1430] Vid. *supra actuaciones no legalizables en contra de los usos en el suelo urbanizable* y *actuaciones no legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo urbanizable*.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables llevadas a cabo sin el instrumento de planeamiento habilitante en el suelo no urbanizable (casillas 105 y 107)*

El ***suelo no urbanizable***, como sabemos, sea ***ordinario (casilla 105)*** o ***de especial protección (casilla 107)***, es un tipo de suelo en el que cualquier clase de construcción aparece como excepcional puesto que el objeto de dicha clasificación es precisamente preservarlo del proceso urbanizador. Por ello, cualquier actuación en el mismo requiere por lo general, amén de respetar los requisitos legales básicos, de la aprobación de un plan especial que detalle las actuaciones que se van a llevar a cabo. Cuando se procede sin tal apoyo documental, se estaría incurriendo en una conducta concretamente peligrosa de producir daños ambientales, paisajísticos o psicológicos como los ya estudiados. Si no existe un plan especial que regule la actuación, el sujeto desconoce los requisitos constructivos necesarios para no dañar los intereses materiales ubicados en tal suelo. Así, la construcción llevada a cabo puede ser conforme o no con los mismos, pero tal extremo es desconocido hasta que el instrumento habilitante estipule la ordenación precisa. En tal situación, como ya se ha dicho, aparece como probable la producción de resultados dañosos para los intereses materiales alojados en tal tipo de suelo. Obviamente huelga aclarar aquí también que si la actuación contraviene ya originariamente las estipulaciones legales, la misma no será peligrosa, sino directamente lesiva para los intereses señalados.

- *Actuaciones urbanísticas legalizables llevadas a cabo sin el instrumento de planeamiento habilitante (casillas 92, 94, 96, 98, 100, 102, 104, 106 y 108)*

Cualquier tipo de actuación llevada a cabo sin el instrumento de planeamiento que la respalda muy difícilmente va a ser legalizable a priori. La única posibilidad imaginable es que la construcción acabe siendo acorde con el planeamiento que se apruebe más tarde. En dicho momento la actuación se convertirá en una simple actuación sin licencia y compatible con el planeamiento existente como las vistas un poco más arriba. Esta situación, no obstante, no resta peligrosidad a la conducta en el momento de su realización.

En efecto, la perspectiva para juzgar sobre la peligrosidad de una conducta es, como ya hemos dicho, una perspectiva *ex ante*. Por ello, también en estos casos, si nos situamos en el lugar del autor en el momento de realización de la acción con todos los

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

conocimientos conocidos y cognoscibles por el mismo, así como con los conocimientos de la época sobre los cursos causales, sigue apareciendo como probable la producción de los daños de los que se ha hablado en las páginas anteriores. Este hecho no varía aunque *ex post* la conducta efectivamente no resulte atentatoria a tales valores. Cuando con posterioridad a la realización de la conducta peligrosa surge un instrumento de planeamiento antes inexistente que convalida la actuación llevada a cabo, lo que ocurre no es que la acción deje de ser peligrosa debido a una contemplación *ex post*, sino que una conducta que anteriormente era peligrosa, es objeto de una nueva valoración que, precisamente por ser favorable al reo, se va a aplicar retroactivamente a la actuación realizada en un momento anterior. Dicha situación es análoga a la ya vista en el marco de las actuaciones legalizables en contra de los usos y la morfología y, por lo tanto, debe aplicarse la misma solución. Si las determinaciones del instrumento de planeamiento que se aprueba *ex novo* legitiman la situación y sus directrices están justificadas por la situación previa del terreno o por un cambio en ella (*v. g.* era necesario urbanizar un nuevo sector para acoger un fuerte presión demográfica en una zona de la ciudad, un suelo no urbanizable por razones agrícolas ha perdido las características que lo clasificaban como tal…), la actuación, aunque peligrosa *ex ante*, deja se castigarse puesto que la nueva valoración que recae sobre el territorio hace innecesario el castigo al no querer ya evitarse esas conductas sobre ese terreno. Si por el contrario la aprobación del instrumento y las directrices que convalidan la actuación no aparecen debidamente justificadas a nivel material y puede calificarse dicho planeamiento de innecesario o arbitrario, se seguirá entendiendo la acción previa como peligrosa para los valores imperantes en el suelo puesto que los mismos, como se ha dicho, realmente no han cambiado.

- *Parcelaciones urbanísticas en contra de la legalidad o del planeamiento no legalizables en suelo urbano (casillas 163, 165, 167, 169)*

Como ya dijimos al momento de sistematizar las conductas urbanísticas problemáticas, las actuaciones de parcelación son en puridad, más que una actuación física, un acto jurídico por el que un determinado terreno se divide en varias partes, lotes o fincas. De este modo, se produce con la parcelación una suerte de multiplicación de espacios constructivos individualizados.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En el suelo urbano, a diferencia de lo que ocurre en otras clases de suelo, cualquier división simultánea o sucesiva de terrenos se va a considerar parcelación urbanística con independencia de su finalidad o vocación y va a requerir forzosamente de una licencia de parcelación. Lo que se busca asegurar principalmente con dicho control es que se respeten las llamadas parcelas mínimas. En el planeamiento, según el tipo de ordenanza ante el que nos hallemos (unifamiliar aislada, manzana cerrada, manzana abierta, ciudad jardín…), se va a estipular una parcela mínima que tiene por finalidad asegurar un espacio mínimo por construcción, de forma que se garantice su funcionalidad, y se evite unas densidades excesivas de población producidas por una atomización de los espacios constructivos de la ciudad.

Si nos situamos en el momento en que el acto jurídico de parcelación se lleva a cabo, aparece como probable que se produzcan una serie de daños en la fase de materialización de la misma sobre el terreno (ejecución). Asimismo, se puede mantener que los valores amenazados por ella se encuentran en el radio de acción de dicha actuación peligrosa ya desde el momento en que la parcelación se concluye documentalmente. Esto es así debido a que —precisamente por su carácter urbano— dichos valores están ya presentes en el suelo concreto sobre el que se va a ejecutar la división. De esta manera, la realización del acto jurídico de parcelación en contra de lo establecido en el correspondiente planeamiento ocasiona en nuestra opinión un peligro concreto de producción de determinados daños materiales que especificamos a continuación.

En lo que se refiere a los daños susceptibles de producirse en el ***suelo urbano consolidado (casilla 163 y 165)***, el *acto de parcelación en contra de la legalidad* da lugar a un riesgo de creación de vacíos edificatorios. Si la parcela resultante del acto de parcelación es de tan reducido tamaño que imposibilita materialmente construir en la misma, se producirían vacíos en plena malla urbana, los cuales causan un grave daño estético a la continuidad y al paisaje urbano. Igualmente, si a pesar de todo se lleva a cabo una construcción en tal tipo de parcela, la misma tendrá unas dimensiones que no responderán a los estándares de habitabilidad que ha fijado el planeamiento, resintiéndose con ello la calidad de vida, la satisfacción residencial y el apego al lugar de los habitantes.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En el ***suelo urbano no consolidado (casilla 167 y 169),*** además de los riesgos que se acaban de comentar para el suelo consolidado se produce un peligro de formación de núcleos de población de forma no planificada o arbitraria. Si las determinaciones sobre parcela mínima no se respetan en el acto de parcelación se crea el riesgo de dar lugar a una atomización de las parcelas y por tanto a una sobreconcentración de construcciones y de personas que ocasionarán una infradotación fáctica de la zona. Ello puede generar sensación de hacinamiento en los habitantes con todas sus consecuencias negativas ya estudiadas. Del mismo modo, la sobresaturación de personas ocasionada por unos solares de un tamaño menor al permitido producirá situaciones de masificación automovilística así como mayor concentración de emisiones contaminantes y de partículas en suspensión al aumentar la concentración de vehículos en la zona. En este último sentido, si aumenta la densidad poblacional en la zona y consecuentemente la de vehículos, para dar salida a toda esa presión automovilística habrá que conceder mayor espacio urbano al automóvil a costa del peatón. Con ello, como sabemos, se reduciría el dinamismo de las calles y, consecuentemente, la diversidad en las mismas y la vida social urbana. Tal situación a su vez puede redundar en mayor sensación de inseguridad o incluso en un favorecimiento del delito al crearse grandes zonas grises saturadas sin ningún tipo de atractivo callejero que lleve a las personas a realizar una vigilancia natural sobre las mismas.

- *Parcelaciones urbanísticas en contra de la legalidad o del planeamiento legalizables en suelo urbano (casillas 164,166, 168 y 170)*

Los actos de parcelación requieren de una licencia que los autorice. Un supuesto de parcelación irregular autorizable será por tanto aquel en el que la *parcelación se lleve a cabo de acuerdo a lo establecido en la legislación o el planeamiento, pero sin solicitar dicho título habilitante*. Como en otras ocasiones, si la parcelación respeta de facto lo estipulado por las normas que la regulan no puede decirse que la misma ocasione los riesgos que se han señalado ni, por tanto, tampoco que sea lesiva desde una perspectiva material.

El otro supuesto general de parcelación irregular autorizable será aquel en el que *no se respeta lo marcado por la licencia o el planeamiento, pero la misma es compatible con dichas estipulaciones*. En estos casos, la lesividad de la misma para los valores materiales que trata de preservar el planeamiento es inexistente o tan reducida

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que es prácticamente despreciable y por ello mismo puede ser asumida como aceptable. En tales condiciones no puede hablarse tampoco a nuestro entender de lesividad material real.

- *Parcelaciones urbanísticas en contra de la legalidad o del planeamiento no legalizables en suelo urbanizable (casillas 171, 173 y 175)*

En general, para poder llevar a cabo parcelaciones urbanísticas es necesario que esté aprobada la ordenación detallada, de forma que pueda conocerse cuál es la parcela mínima que señala cada ordenanza específica. Por tanto, en el suelo urbanizable habrá que distinguir entre aquel suelo que tenga ordenación pormenorizada y aquel que no.

El ***suelo urbanizable que cuenta con ordenación detallada dentro del ámbito del suelo urbanizable prioritario (casillas 171 y 173)*** debe ser entendido, como ya hemos hecho en otros lugares, como un suelo urbano virtual. Así, dicho suelo se encuentra sometido a un proceso de ejecución-transformación que lo está convirtiendo en urbano e incluso existe un plazo para llevar a cabo tal cambio sustancial. Sin embargo, los valores propios del suelo urbano que tratan de ser preservados de daños aún no se encuentran alojados en el mismo de forma actual, sino únicamente en potencia. Es por esto que, al momento del acto jurídico de la parcelación, tales valores no se encuentran en el radio de acción inmediato de la conducta peligrosa. Ésta —la parcelación— se va a ejecutar sobre un suelo —su radio de acción— que no alberga aun dichos valores fácticamente. No obstante, sí que existe la posibilidad de que esos valores entren en su radio de acción, lo cual acontecerá en el momento en que el suelo urbanizable adquiera definitivamente todas las características del suelo urbano mediante su completa ejecución.

Como consecuencia de todo ello puede afirmarse que las conductas de parcelación irregular llevadas a cabo en suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada generan un peligro hipotético de producción de discontinuidades urbanas. Ello sucederá si las parcelas resultantes de los actos jurídicos de parcelación son de unas dimensiones tales que impiden llevar a cabo materialmente la edificación lo que originará, consecuentemente, un claro riesgo de que se den lesiones paisajísticas y sus efectos psicológicos negativos asociados (desafección por el lugar, insatisfacción residencial, defectuosa identificación simbólica…). También se reproduce aquí, en el caso de que

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

materialmente sea posible edificar, el riesgo de que las construcciones resultantes sean de unas dimensiones que no permitan alcanzar los estándares de habitabilidad fijados por el planeamiento de cara a conseguir una calidad de vida aceptable o de que se produzca una sobrepoblación de la zona por un aumento no previsto de la capacidad de alojamiento de dicho sector al aumentar irregularmente las superficies edificables. Dicho aumento indeseable de la densidad llevaría aparejados también todos los efectos lesivos que ya se han visto en el suelo urbano.

Por lo que ***respecta al suelo urbanizable sin ordenación pormenorizada***, el mismo estará constituido por aquel ***suelo prioritario que no ha sido desarrollado por el planeamiento general ni por un plan de desarrollo*** —generalmente un plan parcial— ***(casillas 171 y 172)*** y por el ***suelo urbanizable no prioritario (casilla 175)***. En estos suelos las tornas se invierten y la semejanza lo es ahora con el suelo no urbanizable y sus valores materiales característicos.

De ese modo, en este tipo de suelo en principio no se admiten las parcelaciones urbanísticas salvo que las mismas tengan que ver con el cumplimiento de los deberes de los propietarios de cesión de terrenos. Con ello se trata de prevenir fundamentalmente la creación de nuevos asentamientos urbanos que demanden unas dotaciones y una urbanización y supongan un crecimiento aislado y discontinuo con respecto al núcleo de la urbe. Si dichos actos se llevan a cabo se crea un peligro concreto de daños ambientales puesto que una parcelación en dichos terrenos materialmente rústicos puede dar lugar a una concentración de edificaciones que conlleve diferentes procesos lesivos. En primer lugar, se producirían procesos de compactación y sellado del suelo que lo privan de sus propiedades naturales. De igual forma, se crea el riesgo de una contaminación del suelo y los acuíferos por filtración de sustancias tóxicas provenientes de los residuos de esas construcciones, las cuales no cuentan con un sistema de evacuación de residuos conectados a las redes generales de la ciudad. También puede producirse, como ya se ha comentado en alguna ocasión, una disminución de la biomasa de la zona y una segmentación de los hábitats naturales que existen en la misma, ya que la aparición de islas constructivas artificiales que promueve una parcelación no permitida supondría una barrera a las especies para transitar libremente por la zona y podría interceptar sus rutas habituales de desplazamiento. Por último, el aislamiento de la zona con respecto a los núcleos urbanos conlleva el uso casi obligado del vehículo a

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

motor, con lo que existe un riesgo elevado de que también aumenten las emisiones de gases contaminantes y de micropartículas al aire.

Junto a los posibles daños ambientales, como también es habitual, de manera aneja a los mismos se produce con las parcelaciones ilegales un peligro concreto de daños paisajísticos. El posible surgimiento de núcleos constructivos al amparo de un acto de parcelación ilegal en una zona desconectada de la ciudad originaría una pantalla visual, una suerte de cuerpo extraño no integrado con el entorno que, en lugar de producir en el observador una sensación de descanso visual y armonía, ocasionaría una activación perceptiva contraria a las funciones psicológicas que los paisajes naturales deben cumplir.

En otro sentido, ese peligro concreto de surgimiento de núcleos urbanos aislados como consecuencia de los actos de parcelación ilegal también originaría determinados daños a la vida social de la zona. Como ya se ha visto en otro lugar, el aislamiento con respecto al núcleo urbano produciría un empobrecimiento de la diversidad en la zona y una homogeneización de la misma que podría tener como consecuencia una importante disminución del dinamismo de la vida urbana y del contacto social que a su vez tenderían a producir una reducción en la vigilancia natural y un subsiguiente aumento de la sensación de inseguridad. Dicho sentimiento podría dar lugar a su vez a fenómenos de "bunkerización" del espacio y de exclusión social que retroalimentaran ese círculo vicioso de miedo al delito y aislamiento. Como también se vio, existe el riesgo paralelo de que el aislamiento lleve a una fuerte identificación simbólica con el espacio y a un comunitarismo exagerado que profundice en la exclusión social de los "otros" y que, de igual forma, puede degenerar en ese blindaje espacial y en el mismo círculo vicioso de exclusión y miedo.

- *Parcelaciones urbanísticas en contra de la legalidad o del planeamiento no legalizables en suelo no urbanizable (casillas 177 y 179)*

En el suelo urbanizable se suele distinguir generalmente entre parcelaciones agrarias y parcelaciones urbanísticas. Estas últimas son exclusivamente aquellos actos jurídicos de división de terrenos orientadas teleológicamente a un destino o uso urbanístico. Tal tipo de actos está prohibido con carácter general en este terreno también con miras a eliminar principalmente el riesgo de formación de núcleos urbanizados en

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

medio del suelo natural. El posible surgimiento de estos núcleos conllevaría unos daños como los que ya se han señalado para el suelo urbanizable sin ordenación detallada, puesto que los valores que aloja dicho suelo y los del que analizamos en este preciso momento responden a un mismo patrón.

Tanto en el ***suelo no urbanizable ordinario (casilla 177)***, como en ***el de especial protección (casilla 179)*** los riesgos a los que se da lugar por el acto jurídico de parcelación son fundamentalmente ambientales, paisajísticos y sociales. La diferencia entre una y otra categoría residirá una vez más en la mayor importancia o singularidad de estos valores en el ámbito del suelo no urbanizable de especial protección.

- *Parcelaciones urbanísticas en contra de la legalidad o del planeamiento legalizables en suelo urbanizable y no urbanizable (casillas 172, 174, 176, 178 y 180)*

En este apartado hay que distinguir certeramente entre aquellas actos de parcelación que tengan lugar en suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada (casillas 172 y 174) aquellas otros que tengan lugar en suelo urbanizable prioritario sin dicha ordenación (casilla 172 y 174), en suelo urbanizable no prioritario (casilla 176) y en suelo no urbanizable (casillas 178 y 180).

En el ***suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada (casillas 172 y 174)*** existe en el planeamiento una estipulación sobre la parcela mínima en cada tipo de ordenanza, y por ello puede darse el caso de parcelaciones que respeten dichas determinaciones pero que no hayan obtenido la licencia preceptiva. En tales casos, de forma congruente con lo que se viene manteniendo hasta el momento, entendemos que la conducta no presenta ni lesividad ni peligro material dado que, de facto, se respetan las determinaciones que son exigidas para obtener la licencia y, por tanto, se mantienen a raya los riesgos materiales que su contravención originaría y que ya hemos estudiado *supra*. Igualmente, si la parcelación llevada a cabo no se corresponde con lo autorizado en la licencia, pero dicha parcelación es compatible con la ordenación detallada propuesta, ello significará que tampoco se generan perjuicios ni riesgos materiales y, por ello mismo, la conducta es susceptible de ser legalizada.

En el ***suelo urbanizable prioritario sin ordenación pormenorizada (casilla 172 y 174), en suelo urbanizable no prioritario (casilla 176) y en suelo no urbanizable***

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

(casillas 178 y 180), la característica común es que son suelos en los que no es posible que exista una ordenación urbanística pormenorizada; además, en los mismos, a diferencia del suelo urbano y sus asimilados, los valores preponderantemente protegidos son los valores ambientales y paisajísticos, queriendo preservarse dichos terrenos del proceso de transformación urbanística. En tal situación, como ya se ha dicho, el régimen general es que están prohibidas las parcelaciones urbanísticas y, por tanto, entendemos que muy difícilmente podrán darse supuestos de susceptibilidad de legalización de estos actos. Si efectivamente se diera alguno, entendemos que la solución sería la que hemos señalado en el párrafo anterior.

- *Resolución o votación a favor de actos no ajustados a la legalidad o a los fines del planeamiento a sabiendas de tal hecho en el suelo urbano*[1431] *(casillas 208, 209, 210 y 211)*

Bajo esta rúbrica nos vamos a referir a aquellos actos por los que un miembro de la administración, ya sea a título individual, ya sea como miembro de un órgano colegiado, en el ejercicio de la discrecionalidad administrativa da su aprobación conscientemente a un determinado acto urbanístico (una licencia, un convenio urbanístico, un instrumento de planeamiento, una modificación puntual de planeamiento, etc.) que, o bien no se ajusta a las determinaciones legales o de planeamiento, o bien contradice abiertamente sus fines (recalificación de un terreno no demandado materialmente por el crecimiento de la urbe, implantación de usos incompatibles en una zona, descalificación de una zona protegida mientras perduran sus valores singulares, modificación puntual del planeamiento que no responde a un cambio real de circunstancias, etc.). Como ya se señaló en su momento[1432], si bien la administración tiene cierto margen para dirigir el urbanismo, la misma no goza de una discrecionalidad absoluta y, en todo caso, deberá motivar el porqué de sus actuaciones

[1431] Antes de acometer el estudio de estas conductas es preciso señalar que las mismas podrían estudiarse en abstracto, es decir, desligadas de su relación concreta con cada uno de los tipos de suelo. No obstante entendemos que tal forma de proceder —la habitual por otra parte— deja a un lado el componente netamente urbanístico de las mismas. 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 como fraudes alimentarios, salud pública, etc. Sólo desde un análisis de la lesividad en el sentido propuesto puede discriminarse la entidad lesiva de cada una de las actuaciones administrativas y justificarse, como es nuestro propósito, la afección a un mismo objeto jurídico tanto por las conductas con incidencia física en el territorio previamente estudiadas como por las conductas que no tienen dicha incidencia física.
[1432] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.3.2.2

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de forma que las mismas puedan ser enjuiciadas por los ciudadanos o por los órganos de control oportunos. Por tanto, puede afirmarse que el ejercicio de su discrecionalidad no es libre, sino que se encuentra sometido a la concurrencia de una serie de razones que justifiquen claramente la dirección de la actuación administrativa adoptada y, en todo caso, a la persecución activa del bien común entendido según las convicciones sociales mayoritarias de la sociedad.

Dentro del ***suelo urbano, en el ámbito del suelo consolidado (casillas 208 y 209)***, la ordenación del mismo suele venir establecida directamente por el planeamiento general. De acuerdo a lo afirmado, cualquier *modificación puntual del mismo* no gozará automáticamente de legitimidad, sino que habrá que comprobar si efectivamente existen razones materiales suficientes que justifiquen el cambio operado. Cuando no puedan apreciarse dichas razones, cuando las mismas sean de una debilidad tal que equivalgan a su ausencia o cuando contradigan abiertamente los fines legales o del propio planeamiento, nos encontraremos ante el supuesto que estamos comentando. Tal situación normalmente traerá causa, sobre todo en la disciplina que nos movemos, de que el representante público con competencia para decidir habrá priorizado determinados intereses particulares frente a los intereses públicos que debería proteger en virtud de su cargo.

En lo tocante a la lesividad de estas conductas, se pueden identificar dos categorías claramente individualizables. De un lado, una serie de lesiones efectivas que serán generales e idénticas con independencia del tipo de suelo sobre el que se lleve a cabo la actuación que estudiamos 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 la primera categoría, el hecho de que un organismo que tiene que velar por el bien común y por una ordenación del crecimiento de la urbe que responda a una serie de valores materiales (ambientales, paisajísticos, económicos, sociales, sociológicos, preventivos…) haga caso omiso de los mismos produce una lesión directa a ciertos valores democráticos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Así, con la actuación comentada se produce en primer término una violación de la igualdad y de la representación democrática[1433]. Los representantes de la soberanía popular no actúan de acuerdo a lo que ésta demanda, sino 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 por las instancias decisorias.

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 obtienen 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 e indeseable redunda a su vez en una percepción negativa de las instituciones y en una serie deslegitimación de las mismas que acaba por instalar la anomia[1434] 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, tráficos de influencias…

Las actuaciones antidemocráticas reseñadas producen igualmente una lesión efectiva del mecanismo psicológico de actuación-transformación en materia territorial[1435]. Dicho mecanismo es, como se recordará, un componente esencial de la apropiación del lugar y de la territorialidad cuya lesión va a afectar igualmente a la identificación simbólica con el espacio. Así, si la creación y conformación de la ciudad no responden a parámetros democráticos, las personas no sienten que actúan e influyen

[1433] Vid. *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.3.3.
[1434] Vid. sobre este concepto *supra* Cap. 3. Apdo. 3.3.3.
[1435] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.3.5.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

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 un descenso en el control social informal que redunda en un mayor sentimiento de inseguridad e, incluso, puede dar lugar a un repunte de la criminalidad real.

Desde el otro punto de vista anunciado —el de los riesgos específicos para cada tipo de suelo— la actuación desviada de los poderes públicos origina en ***el suelo urbano consolidado (casillas 208 y 209)*** un peligro concreto de producción de determinados daños materiales. Así, de un lado, desde una perspectiva *ex ante*, nos encontramos ante una conducta peligrosa, dado que es probable que dicha conducta produzca los resultados dañosos que a continuación se detallarán y, de otro, la conducta peligrosa —la decisión injusta— repercute sobre un suelo —su radio de acción— en el que ya se alojan los bienes o valores a proteger. Con respecto a los daños que es probable que se produzcan, los mismos dependerán del tipo de decisión injusta que se adopte. En general nos remitiremos a los daños señalados para este tipo de suelo en las conductas con incidencia física en el territorio anteriormente comentadas. Así, entre otros, es 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; etc.

En lo que hace al ***suelo urbano no consolidado (casillas 201 y 202)***, también se produce ese doble nivel de lesividad. Por una parte, como ya se ha dicho, se reproducen los efectos lesivos directos anteriormente comentados y por otra se repite también el peligro concreto de los daños acabados de citar A modo de ejemplo, la aprobación injustificada de un instrumento de planeamiento o de un convenio urbanístico en este tipo de suelo puede conllevar daños paisajísticos y simbólicos (pensemos en 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

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

justificado, produciéndose un incremento artificial de la oferta de vivienda que inestabiliza el mercado inmobiliario y laboral), daños sociales (se generan con la reforma injustificada de la zona procesos de aburguesamiento —*gentrification*— que excluyen a determinados colectivos de la zona, restando diversidad urbana a la misma; 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.

- *Resolución o votación a favor de actos no ajustados a la legalidad o a los fines del planeamiento a sabiendas de tal hecho en el suelo urbanizable (casillas 212, 213 y 214)*

Nuevamente, en esta clase de suelo hay que distinguir entre dos grandes categorías que responden a una naturaleza diversa. El suelo urbanizable prioritario que cuenta con ordenación detallada (casillas 212 y 213) y el suelo urbanizable sin esa ordenación (casillas 212 y 213) junto con el suelo urbanizable no prioritario (casilla 214).

En un primer momento, como ya se ha afirmado, las conductas que estudiamos producirán de manera común a ambos tipos de suelo los daños a la calidad democrática y psico-sociológicos que ya han sido detallados y que resulta ocioso reiterar.

Por su parte, de una manera específica, en cada una de las categorías apuntadas también se dan una serie de consecuencias lesivas particulares. En el ***suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada (casillas 212 y 213)***, la *resolución o votación a favor de actos contrarios a las normas urbanísticas o a los fines de planeamiento* (un plan parcial, una modificación puntual del planeamiento que establece la ordenación detallada…) provoca un peligro hipotético de producción de daños como los vistos en el seno de las conductas con incidencia física en el territorio para este tipo de suelo, dependiendo del tipo de actuación material que el acto injustamente acordado ampare (daños psicológicos como estrés ambiental, desorientación, insatisfacción residencial…; daños paisajísticos, simbólicos, económicos, sociales, securitarios, ambientales, etc.). Como ya se ha repetido en otros lugares, en el ámbito de influencia de la conducta peligrosa —constituido por el suelo urbanizable con ordenación detallada— aún no se alojan materialmente los valores amenazados, pero sí que existe la posibilidad de que

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

los mismos acaben residenciándose en dicho ámbito. Ello acontecerá en cuanto el suelo se ejecute de modo completo y adquiera las características de urbano.

En el ***suelo urbanizable prioritario sin ordenación pormenorizada (casillas 212 y 213)*** y en el ***suelo urbanizable no prioritario (casilla 214)***, en el marco de las conductas que estudiamos, lo habitual será la *aprobación de un plan que convierta dicho suelo en prioritario sin que sea necesario para el desarrollo de la urbe, la aprobación de un plan parcial que dote de ordenación detallada a un terreno para permitir su ejecución innecesaria, la modificación del planeamiento general con el mismo fin,* etc. En estos terrenos, los valores preponderantes son los valores ambientales y paisajísticos y, por tanto, serán fundamentalmente de este tipo los riesgos que se originan con la conducta estudiada. No obstante, junto a los mismos, las actuaciones que estudiamos generan también uno de los peligros más importantes para la conformación adecuada y sostenible de la ciudad, cual es el de su extensión o difusión injustificada sobre el terreno. Con las mismas se ampara formalmente la creación de núcleos urbanos deficientemente conectados en zonas alejadas de la urbe que, amén del obvio 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…), originan un duro golpe para la vida y la cohesión social de la ciudad. En este último sentido, como también se ha comentado en algún momento, 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, las mismas son zonas en las que 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.

Desde el punto de vista económico también son perjudiciales estas actuaciones. Así, si la aprobación injusta de un instrumento urbanístico autoriza la ejecución de una zona que realmente no es demandada por el crecimiento real de la ciudad o por razones demográficas, ello supondrá un repunte del empleo y la inversión que puede parecer a simple vista positivo. Sin embargo, dado que tal repunte es claramente un "fuego

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

fatuo", el mismo no podrá mantenerse en el tiempo e inducirá forzosamente inestabilidades y falencias en el mercado a largo plazo que perjudicarán su estabilidad. Por su parte, el empleo creado será un empleo con poca vocación de continuidad en el largo plazo puesto que no está sustentado en una necesidad real. Se genera con ello inestabilidad social. De igual manera, esas construcciones no demandadas realmente (principalmente viviendas) 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. Como puede observarse, el promotor obtiene un beneficio económico y los capitales especulativos un bien de inversión a un precio razonable que retendrán para obtener un futuro rédito. Por el contrario, los trabajadores y los futuros adquirentes de vivienda —generalmente jóvenes que desean emanciparse— son los claros perdedores de esta jugada.

- *Resolución o votación a favor de actos no ajustados a la legalidad o a los fines del planeamiento a sabiendas de tal hecho en el suelo no urbanizable (casillas 215 y 216)*

Como viene siendo habitual, en este tipo de suelo se reproducen los daños que se han señalado para el suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada y para el suelo urbanizable no prioritario, debido a que todos ellos alojan en general los mismos valores y responden a una misma *ratio* de protección. En este sentido, en esta clase de suelo las actuaciones comentadas producen de nuevo los daños efectivos a la calidad democrática ya reseñados, así como el peligro concreto ya detallado en el apartado anterior. En esta dirección últimamente señalada, la *aprobación consciente de instrumentos de planeamiento o la innovación de los mismos de manera no ajustada a la ley, al planeamiento o a sus fines* (modificación del planeamiento general que convierte suelo no urbanizable en urbanizable prioritario, plan especial que autoriza determinada actuación no justificada, descalificación de una zona de especial protección…), o la *aprobación de licencias contrarias a todo ese corpus normativo*, genera riesgos concretos de daños ambientales, paisajísticos, sociales y económicos como los ya vistos *supra*. También, una vez más, la diferencia entre ***el suelo no urbanizable ordinario (casilla 215)*** y el de ***especial protección (casilla 216)*** vendrá dada por la singularidad o especial valía de los valores alojados en dicho suelo en

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

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).

Antes de finalizar con el análisis de las conductas de resolución o votación a favor de actos urbanísticos no ajustados a la legalidad, al planeamiento o a sus fines a sabiendas de tal hecho, debe hacerse un comentario final unitario sobre un tipo de conducta que puede darse en cualquiera de las clases de suelo. Esta modalidad consiste concretamente en que el acto sobre el que injustamente se resuelve positivamente o se vota a favor tiene como objeto adaptar injustificadamente el instrumento correspondiente a la realidad actual para convertir en legalizables ciertas actuaciones anteriores materialmente dañosas. Tal tipo de actuación es también indudablemente lesiva, pues, aparte de producir una vez más severos daños directos a la calidad democrática, origina una ocultación formal de los daños que la conducta anterior está produciendo de hecho. Dicha actuación sería equiparable a una especie de fraude de ley pues se utiliza la posibilidad legítima de alterar el planeamiento para un fin claramente espurio. De este modo, este tipo de conducta consolida los efectos lesivos del comportamiento desviado que intenta encubrir: al ocultarlos bajo un halo de legalidad, dichos daños se siguen produciendo, pero, ahora, sin que nadie haga nada por impedirlos o por devolver la situación al estado anterior.

i) Recapitulación

Del conjunto de conductas analizadas únicamente se van a seleccionar para pasar al siguiente nivel de análisis —la comprobación de su esencialidad— aquellas de las que ha sido posible demostrar que ocasionan perjuicios constatables o bien un riesgo de producción de dichos perjuicios para valores o funciones alojados materialmente en el suelo sobre el que se llevan a cabo. En tal sentido, entendemos que han quedado fuera de tal selección las conductas que puedan considerarse legalizables[1436], con la única excepción de las actuaciones urbanísticas legalizables llevadas a cabo sin el

[1436] Esta conclusión es coherente con la interpretación que se había venido dando al término "no autorizadas" en la redacción del artículo 319 anterior a la reforma operada por la L.O. 5/2010, de 22 de junio. La doctrina, de una manera unánime, entendía que una conducta que pudiera ser conforme al ordenamiento jurídico (legalizable) carecía de la lesividad necesaria como para poder ser castigada. En otras palabras no podía castigarse la mera infracción de la norma y, por ello, se entendía "no autorizadas" como referidas a no autorizables para dotar de una lesividad relevante al comportamiento. Nosotros partimos en este estudio de la base de que la lesividad debe exigirse para cualquier manifestación del *ius puniendi* estatal y, por tanto, tampoco será posible sancionar administrativamente la mera infracción formal de la norma en los casos de actuaciones urbanísticas legalizables.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

planeamiento habilitante[1437]. Tales actuaciones no han mostrado en ninguno de los casos analizados atisbos de lesividad material. Las conductas legalizables suponen la simple transgresión nominal de las normas en la materia y, todo lo más, un riesgo genérico de disminución de la fuerza vinculante de aquellas. Este último riesgo, a nuestro entender, es puramente formal y, consecuentemente, no es suficiente para catalogar las conductas legalizables de lesivas a efectos de abrir la puerta al *ius puniendi* del estado; máxime cuando existen otros mecanismos menos gravosos y de naturaleza no sancionatoria que permitirían asegurar perfectamente la obediencia a las prescripciones sobre ordenación del territorio y urbanismo y su vigencia. Entre otras, pueden citarse el mecanismo de restablecimiento de la legalidad, las multas coercitivas, la ejecución subsidiaria, etc.

Un supuesto específico de actuación legalizable que merece un comentario específico es el de las conductas legalizables por modificación posterior del planeamiento. Como se ha visto, en el caso de que dicha modificación sea infundada, subsistirá la lesividad del comportamiento que se trate. Ello es así porque los valores inherentes al suelo anteriores a la modificación siguen subsistiendo —de ahí lo infundado de la misma— y, consecuentemente, siguen siendo dañados por la actuación aunque la misma sea formalmente conforme a derecho. De otra parte, si la modificación de planeamiento que convierte en legalizable la conducta sí está fundada —esto es, obedece a cambios reales en el suelo o en la valoración social sobre el mismo—, entendemos que la conducta en el momento de realizarse es lesiva, pero *ex post* deja de serlo y, por tanto, no tiene sentido reclamar la atención del derecho penal sobre ella.

Existen otras conductas que presentan un perfil lesivo dudoso, el cual debe ser valorado con especial cautela en cada caso concreto. Entre ellas destacan: la implantación de un uso compatible con el uso pormenorizado en una proporción superior a la permitida por el planeamiento tanto en suelo urbano como en el suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada; la contravención de las determinaciones morfológicas referentes a la edificabilidad o las alturas en zonas de baja densidad, o las construcciones aisladas en suelo no urbanizable no vinculadas a la

[1437] Como se ha visto *supra*, estas actuaciones se entienden peligrosas en todo caso. Únicamente en los supuestos de modificación posterior del planeamiento que obedezca a razones reales no será necesario el castigo, pero no por falta de peligrosidad de la conducta previa, sino por no existir razones materiales que demanden ya la punición.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

explotación agrícola. Como se vio, estas conductas en determinados supuestos incluso podrían resultar positivas por incrementar la diversidad de la zona o no suponer una lesividad material excesiva.

En definitiva, con exclusión de las conductas aquí señaladas, todas las demás deben entenderse dañosas socialmente y exclusivamente sobre ellas versará a continuación el juicio referente a la gravedad de las mismas, es decir, lo que se conoce comúnmente como el principio de fragmentariedad.

C) Análisis de la fragmentariedad de las conductas lesivas previamente seleccionadas.

Como vimos con anterioridad, el principio de fragmentariedad o esencialidad plasma la exigencia ética de que no es suficiente con que una conducta pueda calificarse como lesiva socialmente, sino que es necesario que dicha dañosidad alcance un nivel tal que justifique que el ordenamiento jurídico pueda llegar a imponer sanciones por ello. Tal nivel cualificado de dañosidad provendrá de una doble condición[1438]. En primer lugar, de que se ataquen valores o presupuestos claramente esenciales para nuestra modelo de convivencia externa y, en segundo lugar, de que dichos ataques sean de una especial gravedad.

La vara de medir para estos dos presupuestos la constituirá el modelo valorativo constitucional que se puso de relieve en el capítulo cuarto de esta investigación, en tanto cristalización de las opiniones valorativas mayoritarias contemporáneas en torno a la ordenación espacial. No obstante, dicho modelo valorativo cristalizado deberá ser forzosamente complementado con las aportaciones provenientes de la realidad cotidiana actual para dotar al mismo de un mayor dinamismo y evitar así el obvio anquilosamiento axiológico que produce el limitarse exclusivamente a un texto legal de difícil modificación como es la constitución.

Es preciso recordar también que este principio no debe entenderse como un principio limitador *stricto senso*, sino como una especie de principio "válvula" que permite, una vez superado el mismo, llegar todo lo lejos que admita el ordenamiento jurídico. Serán razones provenientes de otros niveles de racionalidad o de otros

[1438] Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.*Derecho penal español*…cit. p. 20.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

principios los que modularán la entidad concreta de la reacción punitiva que el mismo autoriza en abstracto. Por tanto, no debe olvidarse que, desde el paradigma de análisis que proponemos, la aplicación del principio de fragmentariedad o esencialidad abre el paso o lo cierra al *ius puniendi* estatal globalmente considerado. En función de tal precomprensión, aquellas conductas que incumplan este criterio no tendrán la entidad lesiva suficiente como para poder ser merecedoras de una sanción, debiendo acometerse su control o prevención mediante otros medios a disposición del estado menos aflictivos. En otras palabras, si una conducta no es considerada lo suficientemente grave en virtud de este principio, ello no significará que su control corresponda al derecho administrativo sancionador, como se hace de ordinario, sino que la misma debe ser abordada a través de otras instancias de control social no punitivas.

Con estos comentarios previos estamos ya en disposición de adentrarnos en el análisis de la gravedad de las conductas que han superado el filtro previo de la lesividad. No obstante, aun debemos hacer un último apunte metodológico.

A lo largo de todo el análisis de la lesividad se ha podido comprobar que los diferentes tipos de suelo pueden agruparse de hecho en torno a dos grandes categorías en función de los valores que predominantemente se alojan en los mismos y que tratan de ser preservados con carácter preferente. De un lado encontramos el suelo urbano y su asimilado (suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada). En dichos suelos predominan los valores urbanos de calidad de vida, salubridad, estabilidad económica y social, sociabilidad, diversidad, cohesión social y seguridad entre otros. De otro lado, se halla el suelo no urbanizable y sus satélites (suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada y suelo urbanizable no prioritario), en los cuales los valores centrales son eminentemente los ambientales y paisajísticos, si bien también hallan reflejo muchos de los valores antedichos de manera menos evidente o indirecta[1439].

En virtud de esta constatación, en el análisis subsiguiente sobre la fragmentariedad de las conductas urbanísticas se procederá de la siguiente manera:

En un primer momento se analizará de modo general el carácter esencial de cada uno de los valores que se alojan de manera principal en los dos grandes bloques de

[1439] Esta clasificación nos recuerda a las dos situaciones básicas del suelo a las que alude el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo: suelo urbano y suelo rústico.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

suelo puestos de manifiesto. Este análisis global y unitario se justifica debido a que dichos valores están vinculados intrínsecamente a cada categoría de suelo y, por tanto, serán indefectiblemente el blanco recurrente de las acciones lesivas desarrolladas en las mismas con independencia de su concreta modalidad.

En un momento ulterior, se procederá al análisis individualizado de la gravedad de cada modalidad concreta de ofensa a los valores que previamente se han justificado como esenciales en los dos grandes bloques de suelo que fácticamente hemos acotado.

Respondemos así al doble juicio que presenta el principio de esencialidad o fragmentariedad. La primera parte de dicho juicio exige que los valores atacados sean de una importancia esencial para el sistema. La segunda parte por su parte exige que los ataques concretos a esos valores esenciales sean de una gravedad considerablemente elevada.

Aclarado lo anterior estamos ya en disposición de adentrarnos en la discusión racional sobre la fragmentariedad o esencialidad de las conductas lesivas previamente seleccionadas.

- *Carácter esencial de los valores alojados especialmente en el suelo urbano en sentido amplio.*

El suelo urbano y el suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada son unos tipos de suelo que se caracterizan por su relación directa con la urbe y, por tanto, con una concentración especialmente densa y diversificada de personas. Este hecho hace que en estos suelos adquieran prioridad o centralidad una serie de valores que se conectan íntimamente con las personas, tanto consideradas en su individualidad como en atención a su convivencia en sociedad. Como consecuencia de esta realidad, en el suelo "urbano" globalmente considerado —y exclusivamente dentro del marco específico de nuestro estudio— hallamos insertos, entre otros, valores tales como la salud de las personas y la calidad de vida, la sostenibilidad o estabilidad económica y social, la satisfacción de las necesidades sociales, la diversidad y cohesión social, el contacto, la seguridad y la participación igualitaria en los procesos de toma de decisiones sociales. Tales valores van a ser atacados recurrentemente por las diferentes conductas urbanísticas lesivas que hemos seleccionado previamente. Obviamente también se alojan en este suelo en diferente medida valores ambientales y paisajísticos;

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

no obstante, el estudio sobre su carácter esencial se realizará en el marco del suelo no urbanizable por ser en éste donde estos valores están residenciados de un modo central.

En lo que respecta a la salud —en la cual se incluía de forma indubitada el desarrollo psicológico equilibrado—, la misma ostenta si duda la categoría de bien esencial en nuestra sociedad hasta tal punto que, como ya sabemos, nuestra constitución la recoge como un derecho fundamental en su artículo 43. Con ello se obliga a los poderes públicos a abstenerse de conductas que pudieran poner en peligro aquélla y a llevar a cabo acciones encaminadas a salvaguardar la misma frente a los riesgos que la acechen[1440]. 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)[1441]. De este modo, como puede observarse, la salud se presenta como un componente esencial en el desarrollo de la persona, de forma que su ausencia obstaculiza enormemente el logro de las metas que se proponga aquélla. Así, los daños psicológicos que producen las actuaciones urbanísticas que hemos estudiado generan una sensación general de desasosiego y de malestar inespecíficos que acompañan en todo momento a la persona y que le impiden desarrollar con normalidad sus tareas y vincularse de un modo completo al espacio en el que se desarrolla su existencia. 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. Como ya se vio, el crecimiento económico no es un fin en sí mismo, sino que el mismo constituye en nuestro sistema un medio para el fin supraordenado del progreso social en virtud del artículo 40 de la constitución. Nuestro

[1440] Vid. *supra* Cap. 4, Apdo. 4.1.1.2.
[1441] Vid. *supra* Cap. 4. Apdo. 4.1.1.3.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

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 mantenibles en el largo plazo y puedan desplegar efectos positivos para toda la sociedad. Así, 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 rápida y sucesiva destrucción del mismo, endeudamiento de las familias en falso…) y generalmente sólo benefician a sectores muy determinados de la misma. 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 que estudiamos es el del carácter de servicio público del urbanismo. Este principio también tiene acomodo constitucional. Concretamente el mismo podía deducirse, como tuvimos la oportunidad de comprobar, del artículo 47 de nuestra constitución al caracterizarse la vivienda no como un bien patrimonial, sino como una necesidad social a ser satisfecha por los poderes públicos[1442]. Dicho principio es, del mismo modo que el anterior, un principio esencial de nuestro sistema social puesto que el mismo 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

[1442] Vid. *supra* Cap. 4 Apdo. 4.2.1.3. A) ii).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

guarda una conexión directa con la prohibición de especulación en materia urbanística alojada igualmente en el artículo 47 CE y de una importancia central.

Los principios constitucionales económicos mencionados hallan un indiscutible respaldo social que justifica el carácter esencial de los mismos. En este sentido son incontables los múltiples movimientos ciudadanos que en la actualidad demandan una reformulación del capitalismo y una economía puesta al servicio de todas las personas ("*democracia real ya*" o los "indignados" son claros ejemplos mediáticos). La ciudadanía demanda de forma mayoritaria 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 que se refiere a la satisfacción de las necesidades sociales, dicho valor es una manifestación del principio más amplio de la solidaridad propia del estado social. En nuestro concreto ámbito de estudio, una necesidad social cuya satisfacción se ataca especialmente con muchas de las conductas lesivas seleccionadas es la necesidad de vivienda. La satisfacción de dicha necesidad ocupa un lugar central en nuestro sistema hasta tal punto que la misma constituye un derecho fundamental recogido en el artículo 47 CE, como ya se vio[1443]. La satisfacción de este derecho está también directamente relacionada con la dignidad humana y la capacidad de autodeterminarse en la sociedad, puesto que si una persona no tiene cubiertas sus necesidades vitales básicas —entre las que se halla fuera de toda duda la vivienda—, difícilmente podrá participar de forma autónoma en el devenir social. También coadyuva al carácter esencial de este valor su importancia para el relevo generacional y la participación de la juventud en la vida social, recogida constitucionalmente en el artículo 48[1444]. En efecto, una gran parte de la demanda real[1445] de vivienda de la sociedad procede de los jóvenes que van alcanzando la edad de emancipación y que necesitan de este recurso básico para continuar con su proyecto vital. Si dicho mecanismo está bloqueado o no funciona con la fluidez necesaria se produce un estancamiento en la emancipación y un consecuente freno en el relevo generacional que impide a la juventud entrar decididamente en la vida adulta. La

[1443] Vid. *supra* Cap. 4. Apdos. 4.3.2.1.1. y 4.3.2.1.2.
[1444] Vid. *supra* Cap. 3. Apdo. 3.2. y Cap. 4. Apdo. 4.3.2.2.
[1445] Por real nos referimos a no especulativa.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

dirección tomada en esta materia por la ley del suelo o los potentes movimientos sociales que apoyan la satisfacción de este derecho fundamental (stop desahucios *v.g.*) refuerzan la vigencia social del mismo en unos momentos en que las nefastas consecuencias de una crisis especulativa se dejan ver en toda su plenitud en este aspecto concreto. Como consecuencia de todo ello no alberga dudas para nosotros el carácter esencial de este valor.

Además de la satisfacción de la necesidad de vivienda, las conductas que hemos seleccionado también pueden atacar la satisfacción de otras necesidades sociales de igual importancia, como por ejemplo el derecho a la salud (artículo 43 CE), el derecho a la educación (artículo 27 CE) o cualquier otro cuando la función del suelo afectada tenga que ver con esos servicios sociales (pensemos en que se construye en contra del uso hospitalario en un suelo, dejando sin ese equipamiento al sector). En definitiva, como manteníamos al principio, la satisfacción de cualquiera de las necesidades básicas de las personas constituye una manifestación del carácter social de la forma de estado de la que nos hemos dotado según el artículo 1 de nuestra constitución y del principio de igualdad material recogido en el artículo 9.2 de dicho texto legal. La importancia fundamental de dichos valores no necesita mayores justificaciones por nuestra parte.

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

En primer lugar, dichas condiciones de vida en la sociedad se deducen del propio concepto de vivienda digna recogido en el artículo 47 CE. Como se tuvo la oportunidad de ver, por vivienda no había que entender meramente un receptáculo en el que la persona pueda guarecerse, sino que en el concepto de vivienda constitucionalmente garantizado se incluía un entorno difuso de vivienda de calidad que permitiera el desarrollo integral de la persona[1446]. Tal entorno adecuado en un ámbito urbano exige precisamente esas condiciones de contacto, diversidad, riqueza de la vida urbana, seguridad, etc. Por tanto, las mismas forman parte del contenido de un derecho fundamental y adquieren consecuentemente su misma importancia central en el seno de nuestro ordenamiento jurídico.

[1446] Vid. *supra* Cap. 4. Apdo. 4.2.1.3. A) i).

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

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)[1447]. 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 nuestra 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 artículo 104 en su forma de seguridad ciudadana. Como ya se vio, 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 contra de su naturaleza, en un lugar gris e inhabitable.

Aparte de su recepción constitucional, si acudimos a las creencias cotidianas, estos valores siguen conservando intacta su vigencia social y puede afirmarse su 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 elevada 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 la comprensión de la misma como una riqueza típicamente humana aparecen como requisitos esenciales de una cohabitación pacífica que redunda en una mayor vitalidad de nuestras urbes. Se contribuye así al contacto social y a la salud de la vida urbana. 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 y animan a luchar en contra de las prácticas xenófobas o de exclusión que aún persistan.

En lo que se refiere a la seguridad, de pocos valores puede afirmarse la vigencia y el acogimiento social con que cuenta la misma. Nos encontramos inmersos de lleno en

[1447] Vid. *supra* Cap. 4. Apdo. 4.3.4.1.1.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

una psicosis securitaria que genera altas cotas de intolerancia a la inseguridad y que hacen de esta cuestión un tema omnipresente. Si bien este último hecho no puede considerarse algo positivo[1448] y hay que exigir un anhelo de seguridad racional y que 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 el mismo es un vector esencial de nuestra sociedad actual.

Para finalizar, en lo tocante a los valores de participación democrática, transparencia, interdicción de la arbitrariedad y control ciudadano de la actuación de los poderes públicos, los mismos también pueden justificarse como valores esenciales de nuestro sistema social.

Así, ya en el propio preámbulo de la constitución y en su artículo 1.1 CE se alude al principio democrático como rasgo configurador esencial y meta de nuestra organización política. Dicho principio implica que los ciudadanos deben participar en la toma de decisiones públicas y, por tanto, cuando se ataca a este valor con conductas que traicionan la representación política o que desoyen la voz ciudadana como por ejemplo la aprobación de planes en contra de las alegaciones efectuadas por los ciudadanos o las aprobaciones de modificaciones de planeamiento beneficiando solapadamente a un promotor, etc. se está atacando uno de los pilares básicos de nuestro sistema y uno de sus signos identificativos básicos.

Del mismo modo, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos es un principio de primer nivel recogido en el artículo 9.3 CE. Como ya pudimos comprobar, este valor —que se complementa con la sujeción al ordenamiento jurídico de los poderes públicos recogida en el artículo 9.1 CE— obliga a que detrás de las medidas que toman los representantes del pueblo pueda atisbarse una serie de razones materiales que las justifiquen y que alejen la sombra del puro decisionismo. Si las decisiones urbanísticas y las grandes líneas de los diferente planes 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 el mismo 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

[1448] Críticamente sobre este fenómeno y sus funestas consecuencias, vid. *supra,* Cap. 3. Apdo. 3.4.3.2. D).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

poder seguir calificando al sistema de democrático. Si fuera de otra manera nos encontraríamos ante una forma autárquica de gobierno camuflada bajo una apariencia de democracia formal.

Y qué decir por último de la transparencia y el control de la actuación de los poderes públicos. Dichos valores provienen de una idea que atraviesa toda la carta magna y que se manifiesta en un buen número de preceptos constitucionales[1449]. De tal manera, al igual que ocurría con los valores anteriormente mencionados, son éstos unos valores inherentes a la propia democracia y, consecuentemente, comparten su importancia fundamental. El sistema democrático exige un delicado balance entre todos los poderes del estado de forma que unos controlen a los otros para evitar las irregularidades y, sobre todo, exige por su propia naturaleza un control de la ciudadanía hacia sus gobernantes que, en último término, no son más que sus mandatarios. Es por ello que el ejercicio correcto de la representación en la que consiste actualmente la democracia exige una responsabilidad de los políticos ante sus electores y un control exhaustivo de todas sus actuaciones. En materia urbanística cuando los ciudadanos no tienen conocimiento de cuáles van a ser las actuaciones que se van a llevar a cabo y no pueden criticarlas o cuando las infracciones no se sancionan por interesada dejadez de la inspección o de los órganos instructores, etc. todo ello daña la democracia como tal. De ahí que afirmemos sin temor a equivocarnos que estos valores también tienen el carácter de esenciales en nuestro sistema social.

Los valores democráticos a los que nos acabamos de referir también 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 sus intereses o ante los recientes y sonados casos de corrupción política (caso "Noos", caso "Bárcenas", caso "de los EREs andaluces", caso "Palau", etc.)[1450].

[1449] Entre otros, se recoge esa idea de control al poder público en los artículos 20, 66, 105, 108, 111 y 136 de la constitución.
[1450] En el barómetro del CIS de abril de 2013 puede comprobarse claramente ese malestar ciudadano. Son esclarecedores los datos siguientes: Un 49,2% de los encuestados entienden que la situación política en

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

A la vista de lo dicho hasta ahora, creemos haber demostrado suficientemente el carácter primordial de los bienes o valores que son atacados mediante las conductas lesivas que previamente hemos seleccionado. Así, todos los valores estudiados cumplen funciones de primer orden en nuestro sistema de convivencia que los hacen imprescindibles y han demostrado una incuestionable aceptación social mayoritaria, así como que los mismos. De acuerdo con estos razonamientos, se puede decir que han superado el primer filtro del principio de fragmentariedad y que, por tanto, son valores dignos de ser protegidos por el derecho punitivo estatal.

- *Carácter esencial de los valores alojados de forma predominante en el suelo no urbanizable en sentido amplio.*

Las clases de suelo que ahora estudiamos —por oposición a las que acabamos de analizar— constituyen unas zonas que, aunque en algún caso relacionadas con el núcleo urbano (así ocurre con el suelo urbanizable prioritario sin ordenación pormenorizada y el suelo urbanizable no prioritario), tienen vocación de mantenerse incólumes ante el proceso urbanizador, cuando menos de manera actual o a corto y medio plazo[1451]. Dicha característica definitoria les es conferida por el suelo que dota de unidad lógica a este bloque —el suelo no urbanizable—, el cual extiende sus rasgos propios de manera gradualmente descendente hacia el suelo urbano.

De forma consecuente con la realidad bosquejada, los valores que tratan de ser preservados de forma primordial en dichas clases de suelo difieren en cierto grado de los que se alojan en la órbita del suelo urbano. En este sentido serán valores sobre todo ambientales y paisajísticos los que se radican en dichos suelos y los que serán atacados mediante las conductas lesivas anteriormente vistas. No obstante, no son éstos los únicos que se alojan en este bloque de suelo. Además de los bienes mencionados, también pueden ser aquí objeto de ataque mediato valores como la salud, la diversidad, la cohesión social, la seguridad, la estabilidad económica y social, la participación democrática, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o el control

España es muy mala; la corrupción y el fraude son el segundo problema que más afecta a España según los encuestados, y el gobierno y los políticos obtienen tasas de confianza inferiores a tres en una escala de 0 a 10. Vid. Centro de investigaciones sociológicas. Barómetro de abril. Estudio nº 2984. 2013. http://datos.cis.es/pdf/Es2984mar_A.pdf

[1451] En el suelo no urbanizable en sentido estricto esta vocación de mantenerse al margen de los procesos de transformación urbanística es permanente o indefinida.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sobre los mismos. El carácter esencial de estos últimos ya ha sido suficientemente aclarado en el apartado anterior y a él nos remitimos. Por tanto, nos centraremos aquí exclusivamente en el carácter esencial de los valores ambientales y paisajísticos.

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 las mismas o se las afecta de un modo que exceda la capacidad de autorregeneración ecológica, se pone en peligro la existencia de los seres humanos, ya que los mismos no pueden abandonar su frágil condición biótica y su dependencia respecto al entorno natural en el que viven (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…). 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. Incluso en casos particularmente alejados del mismo (*v.g.* la extinción de un determinado insecto o planta del corazón del Amazonas, el agotamiento de un determinado mineral, la contaminación de un área deshabitada…) podría afirmarse dicho efecto. No puede olvidarse que la biosfera constituye una unidad coherente en la que todos sus elementos se hayan interconectados en un engranaje sutil y perfecto —la hipótesis de *Gaia*[1452]—. Ello hace que cualquier daño al mismo genere una suerte de "efecto mariposa" que afecta irremisiblemente al resto de los componentes del sistema de algún modo, aunque quizás aun no contemos con un conocimiento científico que sea capaz de aprehenderlo. Negar esta realidad sería tan necio como negar la existencia de las ondas electromagnéticas porque no podemos verlas.

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*[1453]. El ser humano, como ser vivo que es, necesita una serie de aportes externos que sólo un medio apropiado puede proveerle. Si los mismos no se dan, la persona carecerá del margen de libertad preciso para un moderado logro de sus metas pues estará oprimido por la lucha constante por su supervivencia. Por tanto, sin unos parámetros ambientales adecuados no se puede

[1452] Vid. *supra* Cap. 4. Apdo. 4.3.1.1.2. B) (nota 906).
[1453] Vid. *supra* Cap. 4. Apdo. 4.1.1.2.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

aspirar a esa salubridad general y a un determinado estándar de calidad de vida. Dicha conexión es sin duda un punto más a favor del carácter primordial de los valores ambientales pues pocas líneas atrás acabamos de comprobar cómo la salud posee también dicho carácter.

El carácter imprescindible de los valores ambientales para la vida de las personas y para su desarrollo íntegro justifica sobradamente su recepción constitucional en el artículo 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 artículo 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. Como también pudimos comprobar, en nuestro modelo social los valores ambientales tienen una gran importancia como límite racionalizador de las tendencias capitalistas de crecimiento y consumo indefinido, 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, el mismo no puede ir tan lejos o aspirar a tal modo de vida que comprometa 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, como sabemos, 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

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

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 son 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.

Como consecuencia de todo lo dicho creemos estar en disposición de afirmar que los valores ambientales pueden calificarse como un valor esencial de nuestra sociedad a efectos del principio de fragmentariedad.

Para finalizar, en lo que se refiere a los valores paisajísticos, los mismos 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

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

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.

Como tuvimos la oportunidad de comprobar en el primer capítulo de esta investigación, 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 la percepción de los mismos 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 constituye un derecho fundamental 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 artículo 45 del texto fundamental. Dichas interconexiones apoyan firmemente la hipótesis de la fundamentalidad de los valores que estudiamos.

Además de ello, también aquí es posible conceptuar los paisajes como un patrimonio que debe ser transmitido a las generaciones futuras. Como ya constatamos, 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.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Dicho esto, damos por finalizado el análisis del primer juicio que integra el principio de fragmentariedad —el juicio sobre la esencialidad genérica de los valores atacados por las conductas lesivas—. El mismo ha dado como resultado la conclusión de que los valores a los que atacan las conductas lesivas previamente seleccionadas pueden calificarse como esenciales en nuestro modelo de convivencia y que los mismos en abstracto son lo suficientemente importantes como para permitir la intervención del *ius puniendi* estatal en su protección. A continuación, sólo nos resta comprobar si las modalidades concretas de ataque a dichos valores esenciales superan un cierto umbral de gravedad —segundo juicio de fragmentariedad—. Pasemos a ello sin más demora.

- *Implantación no legalizable de usos incompatibles con el planeamiento y actuaciones en contra de las determinaciones morfológicas en suelo urbano (casillas 19, 21, 23 y 25 y casillas 37, 39, 41 y 43) y urbanizable prioritario con ordenación detallada (casillas 27 y 29 y 45 y 47)*

Como tuvimos la oportunidad de ver, tanto la implantación de usos incompatibles con la ordenación detallada como la infracción no legalizable de las determinaciones morfológicas en el suelo urbano producían unos daños que suponían la ***lesión efectiva*** de los valores que se asocian a dicha clase de suelo, los cuales ya hemos justificado como esenciales *supra*. La simetría en los efectos de ambas actuaciones justifica el tratamiento conjunto de las mismas en lo que sigue.

Tal tipo de modalidad ofensiva puede calificarse sin duda como de una gravedad elevada. La lesión comporta que, en el momento de llevarse a cabo la acción, se está incidiendo efectivamente sobre los bienes atacados y que los mismos sufren un menoscabo material y constatable en su entidad que les impide desarrollar plenamente la función que les corresponde de cara a la articulación pacífica de la sociedad. Nada obsta así a la intervención del *ius puniendi* estatal.

En lo que se refiere al suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada, las conductas de implantación de usos incompatibles con la ordenación detallada o contrarias a las normas morfológicas producían, por su parte, un ***peligro concreto*** de producción de las lesiones efectivas que se dan en el suelo urbano. Como sabemos, tal tipo de peligro implica una elevada proximidad a la lesión puesto que, a pesar de no haberse producido el menoscabo efectivo de los bienes que se protegen, los mismos se

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

hallan en el ámbito de acción de la conducta peligrosa y, consecuentemente, la probabilidad de su lesión es muy alta, dependiendo la misma meramente del azar o, en este caso concreto, del transcurso del tiempo. En tales circunstancias se puede afirmar aquí también una gravedad suficientemente elevada como para poder acudir legítimamente al empleo de sanciones.

- *Implantación no legalizable de usos incompatibles con el planeamiento o la legislación y actuaciones urbanísticas contrarias a las determinaciones morfológicas en suelo no urbanizable (casillas 33 y 35), urbanizable prioritario sin ordenación detallada (casillas 27 y 29) y urbanizable no prioritario (casilla 31)*

En el ámbito del suelo no urbanizable y sus equiparados, las dos clases de conductas estudiadas suponían una ***lesión*** de los valores alojados en dicho suelo. Como se acaba de justificar, dicha modalidad ofensiva es suficientemente grave como para justificar la intervención punitiva del estado.

Debe hacerse una puntualización, no obstante, en referencia a la gravedad de las diferentes conductas aquí reseñadas. Así, no está de más recordar que, aunque todas las actuaciones que aquí estudiamos supongan una lesión grave a la misma clase de valores (ambientales y paisajísticos con carácter preferente), las conductas desarrolladas en el ámbito del suelo no urbanizable de especial protección se dirigen a unos bienes con unas características más escasas o singulares que hacen que su lesión deba verse como más grave que la de los mismos valores en el suelo no urbanizable ordinario o cualquiera de sus asimilados. Es decir, no es que las conductas que estudiamos generen en el suelo de especial de protección unos daños que produzcan una mayor destrucción de los objetos de protección, sino que, en tal tipo de suelo, los bienes a proteger son más escasos y por ello un atentado a los mismos de un carácter lesivo análogo resulta de una mayor gravedad. Esta puntualización deberá tener repercusión sobre todo a la hora de la elección y el calibraje de la sanción a imponer[1454].

[1454] Es lo que RANDO CASERMEIRO, siguiendo a PRIETO DEL PINO, denomina el nivel interno del principio de fragmentariedad. Vid. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. pp. 193 y ss. y 209 y ss; PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso*… cit. pp. 211-212.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables realizadas sin el planeamiento habilitante en suelo urbano (casillas 91, 93, 95 y 97) y urbanizable prioritario (casillas 99 y 101)*

Nuevamente hay que distinguir aquí entre el suelo urbano en sentido estricto y aquel que hemos caracterizado como urbano "virtual". En el primero de ambos, las conductas que estudiamos originaban un ***peligro concreto*** de producción de los daños acabados de ver en relación con actuaciones en contra de los usos o de las determinaciones morfológicas para esta clase de suelo. Tal modalidad ofensiva es, como también se ha dicho ya, de una entidad lo suficientemente elevada como para superar el nivel externo del principio de fragmentariedad. La probabilidad de lesión es tan elevada que se justifica la intervención del *ius puniendi* estatal para prevenir la realización de estas actuaciones aunque las mismas aun no hayan originado un perjuicio efectivo a los valores a proteger.

En el suelo urbanizable prioritario, el momento de la lesión efectiva se aleja un poco más y, como ya se justificó en su momento[1455], nos encontramos con un ***peligro hipotético*** de producción de los daños efectivos ocasionados por la contravención de usos o determinaciones morfológicas en suelo urbano. El carácter grave de esta modalidad ofensiva deja un mayor margen para el debate; no obstante, a pesar de dicho distanciamiento respecto al momento de la lesión, creemos posible seguir manteniendo la especial gravedad de estos comportamientos. En primer lugar, el que entre los valores que están en juego se encuentren valores de una importancia tal como la salud humana, la calidad de vida, los valores ambientales o la satisfacción de determinados derechos sociales como la vivienda, y el hecho de que algunos de los mismos entronquen directamente con principios de la talla de la dignidad humana y el pleno desarrollo de la personalidad, justifican sobradamente ese adelantamiento de las barreras de protección estatales hasta un riesgo de este tipo. En segundo lugar, la probabilidad de producción del resultado sigue siendo de una entidad tal que permite calificar al ataque como grave. No olvidemos que la acción llevada a cabo en el caso concreto es peligrosa y que, asimismo, existe una posibilidad considerable de que los valores protegidos entren en el

[1455] Vid. *supra,* Apdo. 5.3.2.2.B). *Actuaciones urbanísticas no legalizables llevadas a cabo sin el instrumento de planeamiento habilitante en el suelo urbanizable.*

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

radio de acción de aquella. Tildar un ataque de estas características como leve resultaría en nuestra opinión algo forzado.

- *Actuaciones urbanísticas no legalizables realizadas sin el planeamiento habilitante en suelo no urbanizable (casillas 105 y 107) y urbanizable no prioritario (casilla 103)*

En estos tipos de suelo nos encontramos con las acciones estudiadas nuevamente ante un ***peligro concreto*** de producción de los daños ambientales, paisajísticos, psicológicos y sociológicos que estudiamos al analizar las conductas en contra de los usos y de las determinaciones morfológicas en tales de tipos de suelo[1456]. La inminencia de la lesión que conlleva esta clase de peligro y la importancia de los valores sobre los que se cierne nos permite conceptuar una vez más el ataque como grave. A efectos del nivel interno del principio de fragmentariedad debe distinguirse aquí también el suelo no urbanizable de especial protección del resto de suelos abarcados por esta categoría. En tal tipo de suelo, como ya se ha dicho, el objeto de ataque reviste una mayor singularidad y, por tanto, su lesión reviste una mayor gravedad que deberá tenerse en cuenta a la hora de fijar la sanción.

- *Actuaciones urbanísticas legalizables realizadas sin el planeamiento habilitante en suelo urbano, (casillas 92, 94, 96 y 98), urbanizable (casillas 100, 102 y 104) y no urbanizable (106 y 108).*

Como ya apuntamos al analizar la lesividad de estas conductas, la existencia de supuestos legalizables en este ámbito se limitaba a que, con posterioridad a la realización de la actuación urbanística sin la cobertura del instrumento correspondiente, se aprobara el planeamiento habilitante y el mismo fuera coincidente con la actuación llevada a cabo. Ello originaba la conversión de la conducta en una actuación sin licencia compatible con el planeamiento y producía la impunidad del comportamiento en virtud de la retroactividad de ley penal en blanco más favorable. No obstante, tal hecho no eliminaba la peligrosidad de la conducta al momento de llevarse a cabo, que es lo que

[1456] Vid. *supra* Apdo. 5.3.2.2. B). *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de los usos del suelo en suelo urbanizable no prioritario, Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo urbanizable, Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de los usos del suelo en suelo no urbanizable y Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de las determinaciones morfológicas de planeamiento en suelo no urbanizable.*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

aquí realmente analizamos. Como consecuencia de ello, las modalidades de ataque a los valores alojados en cada tipo de suelo que producen las acciones aquí estudiadas son coincidentes con las ya vistas en los supuestos no legalizables. En virtud de tal equiparación, nos remitimos a lo ya dicho sobre la gravedad de cada una de dichas modalidades ofensivas.

Por último, para finalizar con el análisis de la gravedad de los ataques originados por las conductas con incidencia física en el territorio, hay que realizar un último apunte común a todas ellas que tiene que ver con el nivel interno del principio de fragmentariedad. En tal sentido, los daños a que dichas conductas dan lugar pueden producirse mediante una construcción o una edificación, o por medio de una instalación. Las dos primeras modalidades constructivas, debido a su carácter permanente, producen una merma de los valores protegidos con vocación de continuidad y difícil remoción; por tanto, de una mayor gravedad por la durabilidad de sus efectos y la mayor dificultad de su eliminación. Las instalaciones en cambio presentan un carácter temporal y removible que permite una más fácil supresión de los efectos dañosos a que se da lugar con el comportamiento que estamos estudiando. En tal sentido, su gravedad debe verse como de una entidad menor, si bien también suficiente para permitir el recurso al derecho penal en sentido amplio.

A continuación, seguimos con el análisis de la gravedad de los ataques ocasionados a través de las conductas sin incidencia física en el territorio.

- *Parcelaciones urbanísticas en contra de la legalidad o del planeamiento no legalizables en suelo urbano (casillas 163, 165, 167, 169) y en suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada (casillas 171 y 173)*

Las conductas aquí estudiadas una vez más producen una diferente modalidad de ataque a los valores que se cobijan en el suelo urbano en sentido amplio, dependiendo de dónde se lleven a cabo. En el suelo urbano en sentido estricto las mismas dan lugar a un ***peligro concreto*** de producción de daños psicológicos, paisajísticos, sociológicos, etc. En el suelo urbanizable con ordenación pormenorizada originan un ***peligro hipotético*** de producción de los mismos daños.

Con respecto al peligro concreto, como se ha repetido insistentemente, la especial proximidad del riesgo proscrito con los valores a proteger justifica la calificación de

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

dichos ataques como graves. En el caso del peligro hipotético, puede mantenerse la misma calificación de gravedad debido una vez más a la especial importancia de los bienes afectados y a una proximidad significativa entre el riesgo creado y los bienes a salvaguardar.

- *Parcelaciones urbanísticas en contra de la legalidad o del planeamiento no legalizables en suelo no urbanizable (casillas 177 y 179), suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada (casillas 171 y 173) y suelo urbanizable no prioritario (casilla 175)*

En estas clases de suelo, las parcelaciones que no respetan la legalidad o el planeamiento originan un ***peligro concreto*** para valores ambientales, paisajísticos y sociológicos, según hemos visto. La importante gravedad de tal modalidad ofensiva se ha defendido ya sobradamente *supra* y no tiene sentido reiterarnos en la misma.

- *Resolución o votación a favor de actos no ajustados a la legalidad o a los fines del planeamiento a sabiendas de tal hecho en el suelo urbano (casillas 208, 209, 210 y 211) y urbanizable prioritario con ordenación detallada (casillas 212 y 213)*

Como se vio al hilo del análisis del impacto lesivo de estas actuaciones, las mismas conllevan unos ataques a los valores protegidos de diferente entidad.

En el suelo urbano en sentido estricto, nos encontramos en primer lugar con una ***lesión efectiva*** con respecto a los valores democráticos y a ciertos aspectos psico-sociológicos (territorialidad, apropiación del lugar, identificación simbólica, eficacia colectiva, vigilancia natural…) además de con un ***peligro concreto*** respecto a valores como los sanitario-psicológicos, paisajísticos, sociales, sociológicos, etc. dependiendo del tipo de resolución injusta que se haya adoptado.

En el suelo urbanizable prioritario con ordenación detallada, además de la misma ***lesión efectiva*** con respecto a los valores democráticos y psico-sociológicos, nos topamos con un ***peligro hipotético*** respecto a los valores propios del suelo urbano acabados de reseñar.

Según lo mantenido reiteradamente hasta el momento, puede defenderse aquí una vez más que la entidad de tales tipos de ataque a los valores protegidos reviste una

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

gravedad suficiente como para cumplir sobradamente con las exigencias del principio de fragmentariedad.

- *Resolución o votación a favor de actos no ajustados a la legalidad o a los fines del planeamiento a sabiendas de tal hecho en el suelo no urbanizable (casillas 215 y 216) suelo urbanizable prioritario sin ordenación detallada (casillas 212 y 213) y suelo urbanizable no prioritario (casilla 214)*

Para finalizar, en toda la órbita del suelo no urbanizable nuevamente se produce una ***lesión*** de valores democráticos y psico-sociológicos y, al mismo tiempo, un ***peligro concreto*** para los valores alojados en dicha órbita de suelo (ambientales, paisajísticos, económicos, sociológicos…). La gravedad de tales ataques está de sobra justificada y de nuevo no tiene sentido reiterarse en la misma.

i) Recapitulación

A lo largo de todo el análisis que se ha llevado a cabo sobre la fragmentariedad de las conductas lesivas previamente seleccionadas se ha podido comprobar que dichas conductas atentan contra unos mismos valores que en todo caso pueden calificarse como esenciales, ya que están fuertemente asentados en nuestro sistema social de creencias. Dicha circunstancia ha sido corroborada por el hecho de que tales valores tienen un anclaje constitucional claro y, además de ello, una vigencia social indiscutible. De este modo, creemos haber demostrado convincentemente que los valores atacados por las conductas urbanísticas previamente seleccionadas por su lesividad material tienen un papel relevante en el aseguramiento de nuestra convivencia social externa, ya 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.

De la misma manera se ha puesto de manifiesto en las líneas precedentes que todas las conductas analizadas, con sus obvias diferencias, suponen un ataque a dichos valores esenciales que puede ser calificado como de una gravedad elevada. Tal gravedad cualificada hace que no existan obstáculos para que el derecho punitivo estatal se ocupe de todas ellas de forma legítima según los requerimientos éticos de nuestra sociedad.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

D) Síntesis conclusiva

En la racionalidad teleológica —dentro de la lógica de la protección—, abandonados ya los consensos básicos, se trata de averiguar de acuerdo con los parámetros valorativos suministrados previamente la racionalidad ética cuál es el objeto del derecho penal en sentido amplio, esto es, del *ius puniendi* estatal globalmente considerado. Dicho objeto o *telos* estaba constituido, como se advirtió, por las conductas que se tratan de prevenir mediante la amenaza de sanción, ya sea ésta de naturaleza penal o administrativa.

Esta determinación en un sistema democrático únicamente puede provenir del debate racional según un proceder discursivo y del triunfo de los mejores argumentos. Dicho proceso lógico es lo que se ha intentado plasmar en el presente apartado.

Así, tras una sistematización de las principales conductas urbanísticas problemáticas de acuerdo al principio ético de correspondencia con la realidad, se ha constatado que el universo resultante era de una extensión tal que no permitía ser abarcado de forma exhaustiva en esta investigación. Ante tal circunstancia, y teniendo presente nuestro fin último —desentrañar el bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos—, se ha optado por seleccionar una serie de conductas que resulten representativas de todo el universo de análisis, de forma que con su estudio pudieran obtenerse datos globalmente relevantes a partir de los cuales fuera posible inducir el objeto de protección general en nuestra materia de estudio. Para ello se han seleccionado en primer lugar las conductas contrarias a las determinaciones de uso y forma, dado que las mismas son la columna vertebral de la ordenación territorial y urbanística. Junto a ellas se ha optado también por seleccionar las actuaciones sin instrumento urbanístico que lo respalde, así como los actos aprobatorios de la administración en contra de la legalidad o de los fines de planeamiento, debido a que todos ellos afectan mediatamente a esa labor esencial de la ordenación territorial consistente en la estructuración de usos y formas sobre el terreno. Se han seleccionado igualmente las conductas de parcelación irregular por su singular importancia a la hora de iniciar los procesos de urbanización.

Con tal muestra, que entendemos representativa de todo el universo de estudio, se ha procedido en un primer momento a analizar la lesividad de las conductas escogidas y

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

a desechar aquellas de las que no se pudiera demostrar que produjeran algún daño material. Se ha llegado así a la conclusión de que las conductas legalizables en contra de los usos y de las determinaciones morfológicas, la implantación de ciertos usos compatibles en una proporción superior a la permitida, así como las parcelaciones irregulares legalizables no reúnen esta exigencia ética y, consecuentemente, no pueden ser tenidas en cuenta para la construcción del objeto de protección del *ius puniendi* estatal en esta materia.

Con posterioridad, a partir de las conductas que han superado el filtro de la lesividad, se ha procedido al análisis de la fragmentariedad en sus dos vertientes. En primer lugar, se ha analizado si el daño que producían las conductas seleccionadas se irrogaba a un valor que pudiera considerarse esencial según las convicciones sociales mayoritarias y, posteriormente, si el modo de ataque a dicho valor podía ser calificado de muy grave. Ambas cuestiones han sido respondidas afirmativamente en todos los casos mediante el empleo de diversos argumentos.

A partir del análisis sobre la fragmentariedad se ha podido observar que, aunque con distinta intensidad, todas las conductas urbanísticas representativas atentan de modo recurrente a unos mismos valores que se alojan en diferente medida en las distintas clases de suelo focalizadas en torno a dos polos marcados por el carácter plenamente urbano o natural del mismo. A partir de dicha constatación se ha deducido que, si esto es así en las conductas urbanísticas problemáticas más características, puede aventurarse que tal resultado será extrapolable a todas las demás conductas y que puede tomarse el mismo como muestra fiable de las realidades que se tratan de proteger en el ámbito urbanístico mediante el recurso a la sanción.

De este modo, se concluye finalmente en la racionalidad teleológica que el *ius puniendi* estatal en el ámbito territorial tiene por objeto prevenir las conductas que atenten contra los parámetros específicos del suelo que permiten al mismo desarrollar funciones de suma importancia para las personas y la sociedad, como la preservación de la salud fisiológica y psicológica, el mantenimiento de la estabilidad económica y social, la satisfacción de ciertas necesidades sociales, el fomento de la solidaridad, la promoción de la cohesión social y la diversidad urbana, el aseguramiento de la sostenibilidad ambiental, la gestión democrática del espacio donde se habita, etc. El concepto que permita describir adecuadamente la realidad social que abarca las

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

funciones que los diferentes suelos cumplen en nuestro sistema social será precisamente el objeto de protección del *ius puniendi* estatal en esta materia. Dicha labor de abstracción, no obstante, será el objeto del siguiente capítulo.

5.3.2.3. Excurso: La racionalidad pragmática: algunas pautas para la distribución de contenidos entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador

A) El protagonismo del principio de subsidiariedad en la distribución de contenidos

En el apartado anterior, hemos identificado las conductas urbanísticas frente a las que el derecho penal entendido en sentido amplio puede intervenir legítimamente. Como ya se vio, según la teoría a la que nos adscribimos, la racionalidad ética no suministraba parámetros útiles para distinguir entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, ya que ambos sectores se hallaban sometidos a los mismos principios éticos. Ello hacía que, en el marco de la protección, los principios de *correspondencia con la realidad, interés público, lesividad y fragmentariedad* rigieran la delimitación del campo de actuación de todo el derecho punitivo estatal y no sólo del derecho penal, como es lugar común en la doctrina.

Por su parte, en el ámbito de la racionalidad teleológica, en la cual se obtienen materialmente las conductas de las que puede ocuparse ese *ius puniendi* estatal globalmente considerado tampoco es posible establecer una separación tajante entre los dos sectores sancionadores que lo componen. Todo lo más, en función de la lógica analógica que se emplea en este tipo de racionalidad[1457], se suministran una serie de indicios que avalan la intervención de uno u otro sector. En tal sentido, la existencia de una lesión o un peligro concreto abogan por el empleo del derecho penal y la relación con los fines y actividades propias del derecho administrativo suministra apoyo al recurso al derecho administrativo sancionador.

A la luz de los criterios anteriores, queda claro que el ámbito en el que nos movemos es uno de esos supuestos paradigmáticos en los que la racionalidad teleológica no actúa tajantemente para distribuir contenidos. De este modo, en nuestra

[1457] Vid. *supra*. Apdo. 5.3.1.1. A)

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

opinión, el peso fundamental de la distinción se dará en la racionalidad pragmática a partir del desenvolvimiento del *principio de subsidiariedad*[1458].

En la aplicación de dicho principio, de forma coherente con la conceptualización unitaria que se ha dado al *ius puniendi* estatal a lo largo de este trabajo, hay que distinguir entre un nivel externo y uno interno. Como ya se ha dicho, la racionalidad teleológica nos suministra las conductas sobre las que el *ius puniendi* puede actuar de manera legítima, pero ello no hace que deba utilizarse obligatoriamente. Por ello, en el nivel externo del principio de subsidiariedad se comprueba si, en el ámbito de las conductas identificadas por la racionalidad teleológica —las cuales son aptas en principio para ser objeto del derecho punitivo—, los fines del *ius puniendi* pueden obtenerse en la misma medida o de una forma prácticamente equivalente a través de instancias no sancionatorias. Si ello no es posible, se pasaría al nivel interno de dicho principio. En tal nivel, una vez admitido que es imprescindible el recurso a la violencia estatal, se procedería a un reparto de cometidos entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador en virtud de un juicio de eficiencia coste-beneficio.

El desarrollo pormenorizado del principio de subsidiariedad en nuestro sector de estudio requeriría sin embargo de una extensión y una profundización empíricas que, además de distraer la atención respecto al objeto principal de la investigación, es fácticamente inabarcable en el seno de la misma. Como consecuencia de ello nos limitaremos aquí a suministrar unas pautas generales que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de efectuar el juicio utilitario en que dicho principio consiste. A partir de las mismas otros podrán profundizar en dicha tarea o nosotros mismos retomarla en futuros trabajos.

B) Los elementos a ponderar en el seno del nivel interno del principio de subsidiariedad

Como se ha repetido sobradamente, el principio de subsidiariedad en su nivel interno es un juicio eficientista según el cual sólo es lícito acudir al derecho penal cuando no se puedan obtener con el derecho administrativo sancionador, a menor coste, los beneficios asignados a aquel con un grado de éxito similar o no significativamente

[1458] Así tb. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 376. Dicho autor nos muestra en nota un muy nutrido grupo de autores que apoyan esta misma opción teórica. *Ibidem*. p. 377 (n. 15).

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

menor[1459]. Consecuentemente, para que este principio cumpla correctamente su función distribuidora de contenidos es fundamental conocer los costes y beneficios que ambas ramas del ordenamiento conllevan, para proceder luego a una ponderación realista y útil. A pesar de ello, es precisamente en este aspecto en el que suelen flaquear recurrentemente los intentos de aplicación del principio que tratamos. Como señala RANDO CASERMEIRO siguiendo a GARCÍA PÉREZ, el juicio de subsidiariedad suele simplificarse hasta convertirse en un recurso retórico vacío de contenido que se limita a comparar exclusiva y mecánicamente la mayor eficacia del derecho penal en la protección de bienes jurídicos en el lado de los beneficios con su mayor peso aflictivo para el infractor en el lado de los costes[1460]. Frente a tal actitud doctrinal es necesario reclamar un mayor esfuerzo indagatorio en los beneficios y costes de cada una de las ramas del derecho punitivo de cara a un desarrollo operativo del principio que tratamos.

En este sentido, consideramos especialmente digna de elogio la innovadora aportación que realiza el autor al que venimos siguiendo en estas líneas, el cual amplia de una forma considerable los elementos a tener en cuenta en los pros y contras de cada rama del subsistema punitivo. A su obra nos remitiremos en todo lo que sigue dada su especial agudeza en el abordaje del tema[1461].

i) Los beneficios

Entre los pros que habrá que analizar ineludiblemente a la hora de optar entre el derecho penal o el derecho administrativo sancionador se encuentra en primer lugar el ***nivel de éxito en la protección de los bienes jurídicos.*** Bajo dicha rúbrica deberá analizarse la efectividad y la eficacia de cada rama del ordenamiento punitivo a la hora de prevenir ataques a los bienes jurídicos que nos ocupan.

La efectividad designa la aptitud de cada rama punitiva para hacer cumplir sus normas y para responder a la comisión de infracciones. En este tema, lo habitual es considerar apriorísticamente que el derecho administrativo sancionador es más efectivo debido a su mayor *agilidad y rapidez*. Como consecuencia de tal punto de partida, se aconsejaría el envío al derecho administrativo del mayor número de infracciones posible. La asunción acrítica de esta premisa, no obstante, debe ser asumida de forma

[1459] Vid. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 388.
[1460] Vid. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 387; GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el derecho penal*. Aranzadi. Pamplona, 1997. p. 337.
[1461] Vid. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 387 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

matizada. Como ha demostrado RANDO CASERMEIRO[1462], el tiempo de resolución de los pleitos penales se asemeja bastante al de los expedientes administrativos, conclusión que se refuerza aún más si se tienen en cuenta los plazos de resolución de los recursos en vía judicial.

De igual forma, además de la rapidez en la tramitación de los asuntos, ha de analizarse la capacidad de ambas ramas punitivas para ocuparse de todos los asuntos que le competen de cara a pronunciarnos sobre la efectividad. En tal sentido hay que observar detenidamente la *cifra negra* en cada sector y la *congestión* del mismo. En estas materias también suele darse por ganador al derecho administrativo sancionador, si bien, nuevamente, deben relativizarse tales asunciones. En lo que se refiere a la cifra negra, además de la existencia en el ámbito administrativo sancionador de muy pocos datos empíricos que permitan realizar dicha comparación, el hecho de que los órganos que investigan y descubren los hechos delictivos y las infracciones administrativas normalmente coincidan resta seriedad a la afirmación de que esta magnitud sea más elevada en el ámbito penal. En lo que hace a la congestión del sistema penal, si se acude a datos empíricos[1463] puede incluso afirmarse una mayor resolutividad de la justicia penal frente a la de determinados ámbitos de la potestad sancionadora de la administración.

La eficacia, por su parte, se refiere al nivel de consecución de los objetivos fijados. En este ámbito habrá de compararse, entre otros extremos, cómo cumplen las funciones de *prevención general* y *especial* el derecho penal y el derecho administrativo sancionador a fin de tomar partido por uno u otro. A pesar de ello, lo habitual nuevamente es afirmar apriorísticamente que el derecho penal es ineficaz y asumir que la potestad sancionatoria de la administración va a obtener mejores resultados en función de premisas casi axiomáticas. En este sentido, si bien se conoce que el derecho penal alcanza sólo de manera limitada los fines aludidos, debe tenerse presente que no existen datos empíricos que posibiliten una comparación seria de la que deducir sólidamente que el derecho administrativo sancionador funcione mejor. Precisamente por ello será especialmente importante respaldar con datos empíricos la comparación

[1462] Vid. RANDO CASERMEIRO, P. *La distinción entre*… cit. p. 395 y ss.
[1463] Vid. RANDO CASERMEIRO. *P. La distinción entre*… cit. p. 412 y ss.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

entre ambas disciplinas en este aspecto si no se quiere caer en un determinismo ideológico que asigna al derecho penal un contenido fijado de antemano.

En segundo lugar, se encontrarían entre los beneficios a comparar las ***garantías que ofrece al infractor*** cada una de las ramas del ordenamiento punitivo. En esta materia, dadas las minuciosas garantías para el imputado que contempla el derecho penal, parece que la victoria lo es para esta última disciplina. Sin embargo, de cara a una comparación real habrá que tener en cuenta que, aunque de forma matizada, una buena parte de las garantías penales se han traspasado al derecho administrativo sancionador resultando éste también garantista en cierta su medida. Por otra parte, como señala RANDO CASERMEIRO, en ciertos casos, la ausencia de garantías puede ser un beneficio para el infractor. En este sentido, dado que el derecho administrativo sancionador no desarrolla técnicas de investigación tan intrusivas como el derecho penal, en ciertos casos no estará muy justificado molestar al ciudadano con unas garantías férreas que pueden ocasionarle más gravámenes que beneficios (desplazarse a declarar al juzgado, tener que nombrar abogado, presentarse personalmente en todas las fases del procedimiento, etc.). A pesar de lo dicho, habrá que ser muy cautelosos para evitar que, en virtud de este razonamiento, se introduzcan sanciones de una dureza muy similar a las penales (multas millonarias *v.g.*) impuestas sin respetar las garantías que tal gravedad demanda. Se tratará en definitiva de optar por aquella rama del *ius puniendi* que permita obtener la solución más eficiente a la tensión eficacia/garantías.

En tercer lugar, ha de atenderse a la ***operatividad del principio de oportunidad*** en cada sector punitivo. Este principio puede entenderse como un beneficio para el infractor puesto que permite renunciar a la sanción si ya se han cumplido los fines asignados a la misma. Este principio es objeto de un uso mucho más profuso en el derecho administrativo, si bien debe tenerse en cuenta que el principio ha ido ganando posiciones en el derecho penal como muestra el reciente protagonismo de las conformidades o de la mediación.

En último lugar, pueden contarse entre los beneficios a comparar los ***ingresos que puede brindar al estado*** cada una de las ramas del ordenamiento punitivo. Si bien ésta es una magnitud a tener en cuenta de un modo muy residual, no puede desconocerse que, en un contexto como el actual de déficit de financiación pública, la misma no puede pasarse completamente por alto. Así, salvo contadas excepciones, el

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

derecho administrativo sancionador posibilita una mayor recaudación que el derecho penal. No obstante, como se ha dicho, este beneficio debe ser ponderado de una manera muy matizada y cautelosa pues se corre el riesgo de primar el fin recaudatorio por encima del de protección de bienes jurídicos, el cual debe presidir en todo caso el *ius puniendi* estatal. En nuestra opinión el mismo sólo debe inclinar la balanza en uno u otro sentido a igualdad del resto de parámetros en comparación.

ii) Los costes

En primer lugar debe considerarse entre los costes a comparar el ***daño infligido por la sanción***. En este sentido, el derecho penal aparece de forma indiscutible como el sector más aflictivo en tanto que está autorizado a imponer sanciones privativas de libertad. Dicha posibilidad por el contrario está vedada constitucionalmente al derecho administrativo sancionador ex artículo 25 CE.

Dicha diferencia cualitativa entre ambos sectores se atenúa sin embargo cuando se comparan las sanciones de otra naturaleza. Así, en el ámbito de las privaciones de derechos, ambas ramas punitivas contemplan las inhabilitaciones para cargo u oficio, las privaciones de permisos, etc. si bien con mayor duración en el derecho penal. En lo que respecta a las sanciones patrimoniales, las tornas se invierten y es el derecho administrativo sancionador el que adquiere la mayor aflictividad en cuanto impone de ordinario multas de una cuantía muy superior a las que impone el derecho penal. Este hecho obedece a que el último utiliza mayoritariamente el sistema de días-multa, en el cual, a diferencia de lo que acontece en el ámbito administrativo, se debe tener en cuenta la situación económica del reo a la hora de determinar la cuantía de la cuota diaria según indica el artículo 50 CP.

En cuanto a la estigmatización producida, parece ser también el derecho penal el más costoso; no obstante, no puede desconocerse la tendencia actual de incrementar este efecto en el derecho administrativo sancionador mediante la introducción de los antecedentes administrativos en cada vez más sectores (tráfico, seguridad ciudadana, etc.)

En conclusión, si se atiende exclusivamente a la pena de prisión, el derecho penal será el más aflictivo pero, a la luz de los apuntes anteriores, tal preeminencia se matiza en cierta medida si atendemos al resto de sanciones. Por tal razón la comparación entre

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

los costes de ambos sistemas en este apartado deberá tener muy presente el tipo de solución sancionatoria que se vaya a emplear, no pudiéndose afirmar que el derecho penal siempre sea el más dañoso por definición.

En segundo lugar, debe atenderse también a la ***entidad de las técnicas de investigación y descubrimiento de infracciones***. En esta materia el derecho penal tiene el arsenal de medidas de investigación más intrusivas (entradas y registros en el domicilio, intervención de las comunicaciones, interrogatorios, detenciones…) sin duda. Por tanto, el mismo conllevará más costes en este aspecto que su contrincante. Esta cuestión debe tenerse en cuenta de manera combinada con la anterior ya que, por ejemplo, una mayor sanción económica puede ser menos costosa que una de menor cuantía asociada a una infracción para cuyo descubrimiento se han visto afectados importantes derechos del ciudadano.

De gran importancia entre los costes a valorar son asimismo las ***medidas cautelares*** que puedan imponerse en cada rama del *ius puniendi*. Aquí también el derecho penal parece ser el que representa un mayor coste para el infractor. Dicha superior aflictividad viene determinada porque entre el arsenal de este último se encuentra la prisión provisional. No obstante, si se atiende a otras medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, las diferencias entre ambos sectores se reducen de un modo ostensible, dado que los dos pueden utilizar técnicas de aseguramiento prácticamente idénticas. Si a ello se une el que, incluso en el ámbito concreto de la extranjería, es posible en el derecho administrativo sancionador una privación cautelar de libertad para asegurar una sanción no privativa de ésta —lo que no está permitido en el derecho penal—, la diferencia de aflictividad entre ambas instancias punitivas aparece aun más matizada y deberá ponderarse muy cuidadosamente en el caso concreto.

Otros costes que finalmente podrían tenerse en cuenta a la hora de comparar el derecho penal y el derecho administrativo sancionador son los ***sistemas de vigilancia*** empleados, las ***tasas de castigo de inocentes***, la ***victimización secundaria*** producida, los ***costes económicos*** de cada sector punitivo, etc. Estos últimos aspectos, sin embargo, a pesar de su novedad e interés, necesitan para su valoración de unos datos empíricos muy concretos que no suelen estar disponibles en la práctica y, por lo tanto, no podrán

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

utilizarse adecuadamente hasta que la criminología o las ciencias de la administración los aporten de una manera convincente.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 6

UNA PROPUESTA DE DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS URBANÍSTICOS

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CAPÍTULO 6
UNA PROPUESTA DE DELIMITACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS URBANÍSTICOS

El capítulo que ahora iniciamos constituye la culminación de nuestra investigación. En el mismo, tras todo el proceso lógico desarrollado en las páginas precedentes, se arribará al concepto de bien jurídico que, en nuestra opinión y desde una perspectiva *de lege ferenda*, debería latir en los delitos urbanísticos. A partir del mismo sería factible la construcción de unos tipos penales plenamente respetuosos con el principio de lesividad.

Como tuvimos la oportunidad de defender en el capítulo anterior[1464], el bien jurídico es un instrumento que, más que seleccionar, sintetiza en un único concepto todos aquellos intereses sociales que se ven dañados por las conductas de las que se va a ocupar el *ius puniendi* estatal. De este modo, a partir de una serie de conductas urbanísticas irregulares consideradas representativas se van a escoger las más gravemente lesivas, las cuales constituirán una parte importante del objeto del derecho punitivo en esta materia[1465]. A la luz precisamente de dichas conductas —de dicho objeto— se tratará de esclarecer cuál es la realidad social que de forma global cumple las diferentes funciones que son mermadas o afectadas por ellas.

Como paso previo a tal proceso de construcción conceptual, se analizarán críticamente las diferentes posiciones doctrinales surgidas en torno al bien jurídico protegido en los delitos que nos ocupan. Se pondrán de manifiesto las objeciones que a nuestro entender presentan dichas construcciones teóricas, a la vez que se tomarán de las mismas las aportaciones que nos resulten más provechosas de cara a la elaboración del objeto de protección material que buscamos.

Igualmente, como antesala a la proposición de un bien jurídico, se realizará una aproximación de *lege lata* al objeto de protección que en nuestra opinión se contiene en los vigentes *delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*[1466]. Dicha aproximación tratará de poner de manifiesto las carencias presentes en los mismos

[1464] Vid. *supra*, Cap. 5. Apdo. 5.1.3.
[1465] Vid. *supra*, Cap. 5. Apdo. 5.3.1.
[1466] Así reza inéditamente la rúbrica del capítulo I del título XVI del código penal tras la reforma operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desde la óptica de estudio y, consecuentemente, intentará justificar nuestra aproximación *de lege ferenda* al objeto de la investigación.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

6.1. Posturas doctrinales en torno al bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo

A poco que se lea sobre el tema que constituye el objeto de esta investigación, salta a la vista que no existe acuerdo en la doctrina sobre cuál sea el objeto de protección en la materia que tratamos[1467]. Las definiciones sobre el bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos son tantas como los autores que se han ocupado del tema[1468]. No obstante, sí que existe una coincidencia casi absoluta en la clasificación de todas esas opiniones en dos grandes grupos: las tesis formales y las tesis materiales[1469].

A continuación se expondrán las principales características y representantes de cada una de dichas tesis, así como las objeciones que desde nuestro punto de vista pueden realizarse a tales posicionamientos. Ello, más allá del mero interés taxonómico, nos permitirá conocer detalladamente el panorama teórico general sobre el problema que tratamos y, como ya dijimos, aprovechar las aportaciones doctrinales más relevantes para la construcción de nuestro propio concepto de bien jurídico.

[1467] Así, entre otros, SOUTO GARCÍA, E. M. "La ordenación del territorio y el urbanismo: el delito del art. 319 del código penal tras la reforma de 2010", en *Revista General de derecho penal*, nº 15, 2011. p. 6; SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*. Lex Nova. Valladolid, 2008. p. 54; SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. *Tratamiento penal del espacio: El territorio, el suelo, la ciudad. ¿Globalización o reinvención de lo local?* Colex. Madrid, 2003. p. 158; BERLANGA RIBELLES, E. V. "Infracciones y delitos urbanísticos: las infracciones urbanísticas", en *Las fronteras del código penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador. Cuadernos de derecho judicial* (Dir. PICÓ LORENZO, C.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997. p. 344; URRAZA ABAD, J. "Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales", en *Actualidad penal*, nº 2, 2001. p. 596; ROMERO REY, C. "Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio. En especial, el artículo 319 del código penal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* nº 177, 2004. p. 505.

[1468] En este sentido tb. RENART GARCÍA, F. "Urbanismo y derecho penal. Una aproximación a la problemática del tipo del injusto del art. 319.1 del código penal de 1995 (I)", en *Revista de doctrina y jurisprudencia*, nº 42, 2001, p. 13.

[1469] Existen autores que señalan la existencia de tres grupos, al desgajar un tercer grupo dentro de las tesis formales. Este grupo intermedio estaría constituido por aquellos autores que afirman que se protege la normativa urbanística, pero con miras a la protección mediata de algún fin material ulterior. En nuestra exposición se adoptará la clasificación bipartita puesto que entendemos que lo fundamental para clasificar las distintas tesis es el bien jurídico principal y no los fines remotos a los que se tienda con dicha protección. En tal sentido las posturas intermedias siguen partiendo de la defensa inmediata de la legalidad administrativa y por ello las consideramos tesis formales. De otro lado, esta clasificación bipartita es la más habitual en la doctrina, siendo asumida por la mayoría de los autores. Vid. al respecto, sin ánimo de exhaustividad, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. pp. 572-582; BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*. Atelier. Barcelona, 2007. p. 84 y ss.; BLANCO LOZANO, C. *El delito urbanístico*. Montecorvo. Madrid, 2001. pp. 31-33.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

6.1.1 Las tesis formales

Las tesis denominadas "formales" —*grosso modo*— fueron las primeras en aparecer tras la introducción inédita de los delitos urbanísticos en el código penal de 1995. Para tal grupo de autores, la intervención penal en la materia se sustenta principalmente en el sonado fracaso del derecho administrativo para imponer orden en la actividad urbanística de nuestro país. El derecho penal vendría a ocuparse de reforzar los mecanismos administrativos de control evitando su incumplimiento y, por tanto, con diferentes variantes, el objeto de protección sería la normativa administrativa sobre ordenación del territorio y urbanismo. El bien jurídico protegido sería así la ordenación del territorio, pero entendida en un sentido puramente normativo, como una parte del ordenamiento jurídico.

Esta postura en la actualidad puede calificarse de claramente minoritaria. No obstante, no son escasos los autores que se han adscrito a la misma. Ya en los primeros pronunciamientos en torno al nuevo código penal de la democracia, autores como BARRIENTOS PACHO afirmaban que el bien jurídico protegido venía constituido por la normativa reguladora de la ordenación del territorio[1470].Dicha opinión ha sido sostenida asimismo por DOMÍNGUEZ LUIS y FARRÉ DÍAZ[1471], así como por MARTÍNEZ ARRIETA[1472] o BOIX REIG y JUANATEY DORADO[1473]. No obstante, estos autores presentan cierta aproximación a las concepciones materiales al aludir de forma extensa a la protección de la calidad de vida como *ratio legis*. A la normativa sobre ordenación del territorio, exclusivamente en su sentido de ordenación

[1470] BARRIENTOS PACHO, J. M. "Delitos relativos a la ordenación del territorio", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Tomo 6, ref. D-351, 1996. p. 1557; En el mismo sentido, Vid. MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio", en *Revista penal*, nº 8, 2001. p. 65.

[1471] DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. y FARRÉ DÍAZ, E. *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*. Ediciones Revista general de derecho. Valencia, 1998. p. 76; Vid. tb. DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. "Delitos sobre la ordenación del territorio. Capítulo I", en DOMÍNGUEZ, J. A., HERNÁNDEZ, J., FARRÉ, E. y OTROS. *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*. BOSCH. Barcelona, 1999. p. 31

[1472] MARTÍNEZ ARRIETA, A. "Delito urbanístico", en *Empresa y delito en el nuevo código penal. Cuadernos de derecho judicial* (Dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.) Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997. p. 178; MARTÍNEZ ARRIETA, A. "Arts. 319 a 324", en *Comentarios al código penal* (Dir. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.). Tomo 4. Arts. 318 bis al 445 bis. BOSCH. Barcelona, 2007. p. 2462.

[1473] Vid. BOIX REIG, J y JUANATEY DORADO, C. "Capítulo I. De los delitos sobre la ordenación del territorio", en *Comentarios al código penal de 1995* (Coord. VIVES ANTÓN, T. S.). Vol. II. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996. p. 1574.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

administrativa, se refiere también DE LA CUESTA ARZAMENDI como el objeto de protección, aunque desde una perspectiva crítica[1474].

Una interesante precisión de tales posturas es la aportada por LÓPEZ RAMÓN. El eminente administrativista puntualiza agudamente que más que con la normativa de ordenación del territorio, el bien jurídico protegido debe identificarse con la legalidad urbanística. En tal sentido, afirma que la ordenación del territorio es un concepto que se refiere a una función pública de corrección de los desequilibrios territoriales, la cual no resulta implicada, ni siquiera indirectamente, cuando se tipifican los delitos de construcción no autorizable o de prevaricación urbanística. Dichos delitos están relacionados más bien con la legalidad urbanística, la cual tiene que ver con el uso del suelo y la edificación[1475]. A tal postura se adscriben también autores como ROMERO REY[1476] o ESCANILLA PALLÁS[1477].

Además de la postura acabada de exponer, existe dentro de las tesis formales otro conjunto de autores que no formulan exactamente el objeto de protección como la normativa de ordenación territorial o urbanística, sino como un interés institucional. En tal sentido, ALONSO ÁLAMO, en línea con una postura formal, señala que los tipos de los artículos 319 y 320 CP no captan acciones en sí mismas peligrosas para la calidad de vida o el entorno en el que se desenvuelve la vida, sino acciones puramente antinormativas; acciones contrarias a las normas administrativas que rigen en el sector con independencia de que generen cualquier peligro para los intereses materiales citados. Pero de ello deduce que el bien jurídicamente protegido es el *interés de la administración en el cumplimiento de las normas urbanísticas*[1478]. Idéntico

[1474] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo código penal de 1995", en *Actualidad Penal*, nº 15, 1998. p. 314.
[1475] Vid. LÓPEZ RAMÓN, F. "Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* nº 151, 1997. pp. 54-56.
[1476] ROMERO REY, C. "Interrelaciones entre la protección penal y…" cit. p. 106. Específicamente aclara el autor que lo que se trata de proteger es la utilización del territorio que pueda calificarse como correcta por ser conforme a las previsiones de la legalidad urbanística, es decir, la utilización del territorio que se adecúe al régimen previamente concebido por el legislador constitucional, previamente definido por el legislador ordinario, y, en su caso, previamente concretado por la autoridad administrativa que sea competente para ello por haber sido habilitada al efecto por el legislador.
[1477] ESCANILLA PALLÁS, M. "Responsabilidad de los funcionarios ante delitos urbanísticos en los tribunales de justicia", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 223.
[1478] Vid. ALONSO ÁLAMO, M. "Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Cuadernos de la guardia civil*, nº 17, 1997. pp. 71-72.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

planteamiento al acabado de apuntar sostienen MUÑOZ CONDE[1479], MARTÍNEZ RODRÍGUEZ[1480] y DE VICENTE MARTÍNEZ[1481], así como VERCHER NOGUERA[1482], NARVÁEZ RODRÍGUEZ[1483], CARMONA SALGADO[1484], CASQUERO SUBÍAS[1485], DE VEGA RUIZ[1486] y BAUCELS LLADÓS[1487], si bien

[1479] Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*. 19ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. p. 525.

[1480] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A. *Delitos urbanísticos en la doctrina y en la jurisprudencia españolas*. Pasionporloslibros. 2011. p. 21.

[1481] Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio" en VV. AA. *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio. Seminario celebrado en la facultad de derecho de la Universidad de Cádiz, enero 1997*. Consejería de obras públicas y transportes de la Junta de Andalucía. 1999. p. 133.

[1482] VERCHER NOGUERA, A. "Delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente", en *Estudio y aplicación práctica del código penal de 1995. Tomo II. Parte especial* (Dirs. GIMENO SENDRA, V. QUERALT, J. J. y OTROS). Colex/Centro Superior de Estudios, Universidad Alfonso X el Sabio. Madrid, 1997. p. 363; Vid. tb. VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística. Aspectos penales prácticos sobre urbanismo y ordenación del territorio*. Colex. Madrid, 2002. p. 58. En esta última obra se refiere el autor como bien jurídico al "normal cumplimiento de las normas administrativas para el uso racional del suelo". A pesar de tal caracterización formal, puede atisbarse un intento de dotar de cierto contenido material a su postura, que ya estaba presente en la primera de las obras citadas pero que aquí se desarrolla más profusamente. Así, como él mismo señala, la introducción del adjetivo *racional* está pensada para evitar que intereses políticos o económicos preponderen sobre los intereses configuradores del bienestar colectivo y para introducir un factor de control de la normativa urbanística a ejercer por la autoridad judicial. De ahí que VERCHER acaba por afirmar, en línea con los posicionamientos materiales, que el bien jurídico protegido no es el sistema administrativo de asignación de diversas finalidades al suelo, sino ese mismo sistema administrativo pero racionalmente interpretado y sometido al adecuado control judicial. En nuestra opinión, a pesar de ese distanciamiento con respecto al núcleo duro de las tesis formales, el autor no renuncia a incluir la normativa administrativa dentro del objeto de protección. Ello conlleva un importante factor de formalización que no puede ser desterrado con el recurso a la insegura calificación de "racional" de esa normativa. Aunque dicha regulación fuera racional, la misma no dejaría de ser una normativa. La alusión *lato sensu* a otros valores materiales como la calidad de vida o la adecuada conformación del territorio no despojarían tampoco al bien jurídico de su carácter eminentemente formal. Por todas estas razones incluimos a este autor entre las posturas formales.

[1483] NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. "Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la administración urbanística", en *Actualidad penal*, nº 16, 1997. pp. 357-358.

[1484] Vid. CARMONA SALGADO, C. "Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Eds. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F.). Tecnos. Madrid, 2002. p. 1208. Esta autora, muy crítica con la introducción de los delitos sobre la ordenación del territorio en el código penal, afirma que "*el bien jurídico es el interés del estado en que se cumpla la ordenación territorial en su regulación legal o reglamentaria frente a las conductas transgresoras de la defensa del urbanismo. En otras palabras, se trata del reforzamiento de los mecanismos e instrumentos jurídico-administrativos reguladores de la ordenación del territorio, en la medida en que tiende a proteger y mejorar la calidad de vida de todos sus habitantes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 45 CE*". Como puede observarse, también alude la autora en sentido amplio a la calidad de vida, lo cual no es suficiente para sacarla de la órbita de los posicionamientos formales dado el papel protagonista que otorga a la regulación administrativa dentro del objeto de protección penal. Vid. tb. CARMONA SALGADO, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico" en VV.AA. *Derecho penal. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL. M), 2ª Ed. Dykinson. Madrid, 2005. p. 672.

[1485] CASQUERO SUBÍAS, A. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Cuadernos de la guardia civil*, nº 15, 1996. p. 238

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

estos últimos seis autores presentan una cierta aproximación a los postulados materiales. Los mismos, junto al interés en el cumplimiento de la normativa administrativa, aluden de modo más amplio a diversos intereses materiales como fines ulteriores al cumplimiento de las normas administrativas sobre uso del suelo (calidad de vida, calidad del hábitat, ecología, uso racional del suelo, lucha contra la especulación…).

También parece adscribirse a esta postura GÓMEZ TOMILLO. Tal autor sostiene que no es posible la protección de la ordenación del territorio como valor material en cuanto interés en que el suelo este ordenado. La imposibilidad de dicha tutela la achaca a la dificultad en determinar lo correctamente ordenado debido a la subjetividad que comporta tal juicio[1488]. Es más, incluso aunque fuera posible objetivar de algún modo la correcta ordenación territorial, mantiene que seguiría siendo suficiente una simple desviación normativa para incurrir en el delito, incluso cuando dicha normativa no se correspondiera con tal ordenación. Así las cosas, el valor material ordenación del territorio sólo puede constituir en su opinión, como mucho, la *ratio legis* de los preceptos aquí tratados[1489]. A renglón seguido, en virtud del razonamiento expuesto, se adscribe a una postura formal, pero intenta concretarla algo más que los autores ya citados. En tal sentido, añade que lo realmente protegido no es la normativa en materia de ordenación del territorio (que realmente no puede ser dañada), sino más bien la

[1486] DE VEGA RUIZ, J. A. *Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el código penal de 1995*. Colex. Madrid, 1996. p. 117. Este autor, desde una comprensión fundamentalmente medioambiental del fenómeno urbano, señala que de modo inicial se protege el cumplimiento de las normas administrativas, pero que realmente se ampara la calidad de vida y del hábitat y, en general, todo lo que la ecología representa en relación al suelo urbanístico. Como ocurre con otros autores citados, entendemos que esa alusión amplia a intereses materiales relacionados con la ecología y la calidad de vida no es suficiente para calificar su postura de material puesto que se sigue poniendo en primer término la mera protección normativa aunque sea, de manera loable, con los fines ulteriores que se han apuntado.

[1487] En opinión de BAUCELS LLADÓS, el bien jurídico es la "*regulación de la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*". Como puede observarse lo protegido es nuevamente la regulación, pero en este caso con el fin material subalterno de impedir la especulación. Vid. BAUCELS LLADÓS, J. "Título XVI. De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente", en *Comentarios al código penal. Parte especial* (Dirs. CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M.). Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 2004. p. 1348.

[1488] De otra opinión, como ya se ha visto, VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística*… cit. p. 58.

[1489] Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. "Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): La construcción y edificación ilegal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 223, 2006. pp. 41-42.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

adecuación a tal normativa de las conductas desarrolladas por los agentes que intervienen en la conformación del territorio, la legalidad de sus actuaciones[1490].

Por último, pueden identificarse dentro de las tesis formales un tercer grupo de autores que mantienen posturas heterogéneas y difícilmente reconducibles a un denominador común, por aludir a instrumentos administrativos concretos. Es el caso de BETRÁN ABADIA, CORVINOS BASECA y FRANCO HERNÁNDEZ, de VERDÚ MIRA y de GARCÍAS PLANAS. En lo que se refiere a los tres primeros, aluden como bien jurídico protegido a la autorización o licencia[1491]. VERDÚ MIRA también parece referirse a la autorización, pero lo formula crípticamente por medio de una especie de pregunta retórica[1492]. Por su parte, el último de los autores citados se decanta por entender como objeto de tutela "*el aprovechamiento del suelo entendido como interés general, que se consigue por la planificación de acuerdo con las leyes*"[1493].

Las posturas aquí presentadas han sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina. Es más, incluso muchos de los autores que hemos ubicado dentro de las tesis formales sostienen dicha opinión desde una perspectiva crítica. Es decir, efectivamente entienden que lo protegido fácticamente con los delitos urbanísticos, tal y como están formulados los tipos, es —de manera general—la ordenación urbanística establecida en sede administrativa con independencia de cualquier consideración material. Ahora bien, ni mucho menos comparten tal opción legislativa, sino que precisamente, a partir de la regulación existente, bien albergan serias dudas sobre su corrección técnica, bien directamente rechazan la intervención penal en la materia[1494].

[1490] GÓMEZ TOMILLO, M. "Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I)…" cit. p. 47

[1491] BETRÁN ABADÍA, R., CORVINOS BASECA, P. y FRANCO HERNÁNDEZ, Y. "Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 151, 1997. p. 24.

[1492] Vid. VERDÚ MIRA, A. T. "A modo de cuestionario sobre los delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* nº 187, 2001. p. 48.

[1493] Vid. GARCÍAS PLANAS, G. *El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997. p. 61. Como puede observarse, a pesar de que se alude al aprovechamiento del suelo, dicho elemento queda en un segundo plano con respecto a la planificación administrativa de acuerdo a las leyes. Ello vacía de todo contenido material el pretendido objeto de tutela puesto que, en última instancia, van a ser las leyes del planeamiento las determinantes del aprovechamiento del suelo con total independencia de la ordenación sustancial a que se dé lugar. El derecho penal sigue protegiendo así ciegamente lo previamente ordenado por el sector administrativo o por la autoridad urbanística.

[1494] Así, ALONSO ÁLAMO, M. "Delitos contra la ordenación del territorio..." cit. pp. 72-73; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Delitos relativos a la ordenación…" cit. pp. 314-315; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de…" cit. pp. 64-65; CARMONA SALGADO, C.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En el sentido apuntado, dos son las críticas que de forma más recurrente se achacan a los posicionamientos formales.

En primer lugar, es ampliamente sostenido que una interpretación formal del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos, como la legalidad urbanística u otras análogas, conlleva el que se convierta a estos delitos en ilícitos de mera desobediencia[1495].

Si se mantiene que lo protegido en los delitos que estudiamos son meramente las normas administrativas, se está utilizando un instrumente tan acerado como el derecho penal exclusivamente para asegurar la adhesión de los ciudadanos a una determinada regulación. Ello significaría, como ha señalado acertadamente SILVA SÁNCHEZ, que se estima suficiente para la afirmación de un riesgo jurídico-penal la realización gramatical de los elementos del tipo sin necesidad de justificar ninguna ofensividad

"Consideraciones críticas en torno a…" cit. pp. 1205-1207; CARMONA SALGADO, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y…" cit. pp. 668-670; CASTRO BOBILLO, J. C. "Los delitos contra la ordenación del territorio", en *Actualidad penal*, nº. 18, 1997. p. 410. MUÑOZ CONDE afirma que "*este bien **puramente formal*** (el resaltado es nuestro) *no ofrece en sí mismo las razones materiales que justifican la intervención del derecho penal en este sector; es más puede que en el caso concreto no existan esas razones materiales, es decir, que exista un delito urbanístico que aisladamente no suponga una verdadera lesión de la ordenación del territorio, bien por su escasa entidad material, bien por tratarse de una infracción puramente formal*". Sin embargo, a pesar de tales afirmaciones, respalda globalmente la existencia de los delitos urbanísticos en función de su gravedad cumulativa. Vid. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*…cit. p. 525.

[1495] Así, entre otros, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M. "¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español", en *Actualidad penal*, nº 23, 1998. p. 437; SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 16; ALONSO ÁLAMO, M. "Delitos contra la ordenación del territorio..." cit. p. 73; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de…" cit. p. 65; SILVA FORNÉ, D. "Delitos sobre la ordenación del territorio: bien jurídico tutelado y política criminal", en *Revista de ciencias penales.* Vol. 1, nº 2, 1998. p. 457; ACALE SÁNCHEZ, M. "Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: Comentarios a la sentencia del juzgado de lo penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998", en *Actualidad penal*, nº 1, 1999. p. 17; BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 85; SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 56; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio", en *Empresa y derecho penal (II).Cuadernos de derecho judicial* (Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1999. p. 153; SANTANA VEGA, D. M. "Delitos urbanísticos (o de cómo no legislar en derecho penal), en *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al código penal español de 1995* (Dirs. MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M.) Reus. Madrid, 2006. p. 319; SÁNCHEZ ROBERT, M. J. *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Tesis doctoral. Universidad de Granada. Departamento de Derecho Penal, 18 de mayo de 2012. p. 64; BERNAL DEL CASTILLO, J. "Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos", en *Revista de derecho penal y criminología*, nº 3, 1999. pp. 13-14;

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

social más allá de la mera transgresión normativa[1496]. Se da lugar así indefectiblemente a tipos ayunos de lesividad propia[1497]en los que no es posible identificar un desvalor de resultado material, y carentes por ello mismo de fundamento en el seno de un derecho penal propio de un estado social y democrático de derecho[1498].

Tal forma de proceder supone una peligrosa aproximación a los postulados sistémico-funcionalistas de JAKOBS[1499] que con anterioridad han sido rechazados[1500], los cuales sitúan a la propia vigencia de la norma como objeto central de protección penal. A este respecto, ÚBEDA TARAJANO señala que de mantenerse la equiparación del bien jurídico con la defensa de la legalidad, estaríamos mezclando opciones dogmáticas. Así, o nos situamos en la teoría de los bienes jurídicos, o nos movemos en la teoría sistémico-normativista, pero mezclar ambas orientaciones identificando el bien jurídico con la norma a la que remite el tipo es un paralogismo que no conduce a ninguna parte[1501] y que da lugar a un derecho penal simbólico[1502] desconectado de su verdadera función tuitiva de bienes esenciales para la sociedad.

De este modo, el cumplimiento de normas sólo tiene un sentido instrumental y, por ello, el mero incumplimiento de las mismas no puede servir de base a la incriminación de conductas[1503], lo cual sería además tautológico o reiterativo[1504].En

[1496] SILVA SÁNCHEZ, J. M. "¿Política criminal…" cit. pp. 436-437; SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y…" cit. p. 16; vid. tb., ALONSO ÁLAMO, M. "Delitos contra la ordenación del territorio..." cit. p. 72; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de…" cit. p. 65; SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 55.

[1497] ACALE SÁNCHEZ, M. "Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 223, 2006. p. 98; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de…" cit. p.66.

[1498] De esta opinión, ACALE SÁNCHEZ, la cual entiende que un bien jurídico en términos formales sólo valdría para configurar el desvalor de acción, lo cual no es válido para un sistema como el nuestro en el que se parte de la doble configuración del injusto exigiendo desvalor de acción y desvalor de resultado. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo*. Bosch. Barcelona, 2011. p. 121.

[1499] Vid. SILVA FORNÉ, D. "Delitos sobre la ordenación…" cit. p. 438; Así tb. ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. p. 101. La postura formal que en nuestra opinión más fielmente refleja esta aproximación a los postulados funcionalistas es la mantenida por GÓMEZ TOMILLO. Dicho autor, al afirmar que lo protegido no es propiamente la normativa urbanística sino *la adecuación a tal normativa de las actuaciones desarrolladas por los agentes que intervienen en la conformación del territorio*, indica claramente que se está protegiendo directamente la mera obediencia a las normas. De ahí su postura eminentemente crítica con la introducción de estos delitos en el código penal. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. "Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I)…" cit. p. 47

[1500] Vid. *supra* Cap. 5. Apdo. 5.1.1.1. C)

[1501] ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. p. 98

[1502] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 572; SOUTO GARCÍA, E. M. "La ordenación del territorio y…" cit. p. 10.

[1503]BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. pp. 85-86.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

definitiva, como han señalado diversos autores, una normativa administrativa no reúne las condiciones materiales para ser un bien jurídico digno de ser tutelado penalmente[1505].

Junto a la crítica anterior —incluso muy relacionada con la misma—, otro reproche a las concepciones formales del bien jurídico que ha hallado fuerte acogida en la doctrina es el que alude a que la normativa administrativa o el cumplimiento de la misma como objeto tutelado en los bienes jurídicos supone una clara vulneración de los principios de fragmentariedad y *ultima ratio*[1506].

Según han indicado algunos autores, la adopción de una postura formal en cuanto al bien jurídico supone que el derecho penal cumple una función de mero apuntalamiento o de refuerzo de la autoridad administrativa y de su particular modelo de gestión en el ámbito urbanístico[1507]. Ello implica claramente anteponer los intereses de la administración a la correcta ordenación material del territorio[1508], y da lugar a un modelo meramente sancionatorio y secundario[1509] de derecho penal que lo transmuta, en

---

[1504] Vid. SILVA FORNÉ, D. "Delitos sobre la ordenación…" cit. p. 457; BLANCO LOZANO, C. *El delito urbanístico…* cit. p. 33; BLANCO LOZANO, C. "La protección penal del urbanismo en el ámbito de la función pública", en *Cuadernos de política criminal,* nº 76, 2002. p.82.

[1505] CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Los delitos urbanísticos o…" cit. p. 156; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. y CRESPO BARQUERO, P. "De los delitos sobre la ordenación…" cit. p. 1156; SOUTO GARCÍA, E. M. "La ordenación del territorio y…" cit. p. 8; BERLANGA RIBELLES, E. V. "Infracciones y delitos urbanísticos:…" cit. p. 345.

[1506] Vid. MORILLAS CUEVA, L. "Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal", en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Dykinson. Madrid, 2013. p. 212; CARMONA SALGADO, C. "Consideraciones críticas en torno a…" cit. p. 1206; CARMONA SALGADO, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y…" cit. p. 668; GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación…* cit. p. 572; SÁNCHEZ ROBERT, M. J. *Los delitos sobre la ordenación…* cit. p. 79; POMARES CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. "¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos? Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial", en *Revista de derecho penal y criminología,* nº 6, 2011. p. 116; en el ámbito del medio ambiente vid. tb. DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Cedecs. Barcelona, 1996. p. 43.

[1507] Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. "Cuestiones claves de… " cit. p. 98; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de…" cit. p. 65; GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación…* cit. p. 572; MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F. "Algunas reflexiones sobre el «nuevo» derecho urbanístico en el proyecto de ley estatal del suelo: desarrollo sostenible y protección penal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* nº 232, 2007. p. 125.

[1508] ALONSO ÁLAMO, M. "Delitos contra la ordenación del territorio..." cit. p. 71.

[1509] Así, SILVA SÁNCHEZ, J. M. "¿Política criminal…" cit. p. 438; SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y…" cit. p. 17; MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de…" cit. p. 65; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Protección penal del ambiente y…* cit. p. 43. Crítico en general respecto a que el derecho penal cumpla una función de refuerzo del poder administrativo, PICOTTI, L. "Beni Giuridici e tecniche di tutela penale della pubblica amministrazione", en *Il diritto della regione,* nº 6, 2007. p. 97.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

contra de su original naturaleza, en *prima ratio* del ordenamiento jurídico[1510].En este mismo sentido, ha señalado MORILLAS CUEVA que la perspectiva formal del bien jurídico otorga al derecho penal un papel suplantador y ultraprotector del control de legalidad de las actuaciones que ha de llevar a cabo la administración competente[1511]. De esa forma se propicia una extensión ilegitima del derecho penal, que se ocupa de funciones que no le corresponden y que debe ejecutar el derecho administrativo, haciendo a este último inservible[1512]. Como puede comprobarse, con la interpretación que se critica, el derecho penal no actúa una vez constatado el fracaso del derecho administrativo o en supuestos de máxima gravedad[1513], sino que lo hace en todo caso. Se ignora así la función propia del derecho administrativo de asegurar la aplicación de sus normas y se vulneran con ello los principios ya referidos.

Además de las críticas puestas de manifiesto hasta el momento —comunes a todos los planteamientos formales analizados—, también son susceptibles de algún comentario crítico específico las posturas formales que hemos agrupado en tercer lugar como "heterogéneas", en particular aquellas que mantienen que el bien jurídico protegido es la autorización o licencia administrativa. Entendemos que dichos posicionamientos son insostenibles puesto que, amén de resultar profundamente formales, confunden el bien jurídico con un simple elemento típico[1514] propio de una estructura penal basada en la accesoriedad de acto, que no da cuenta de los intereses

[1510] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 572; MORILLAS CUEVA, L. "Los delitos urbanísticos:…" cit. p. 212; CARMONA SALGADO, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y…" cit. p. 668; CARMONA SALGADO, C. "Consideraciones críticas en torno a…" cit. p. 1206.
[1511] MORILLAS CUEVA, L. "Los delitos urbanísticos:…" cit. p. 212.
[1512] CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. "¿Era necesario reformar los..." cit. p. 116.
[1513] Debe recordarse aquí que, en la concepción sobre el principio de fragmentariedad que nosotros mantenemos, el mismo no se concibe como un criterio determinante o seguro para establecer una división entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, sino que tal principio es un requisito común a ambas ramas del ordenamiento punitivo en general. No obstante, en cualquier caso seguimos estimando válida la crítica que se formula en este sentido, por cuanto la adopción de la legalidad administrativa como bien jurídico protegido omite cualquier juicio sobre la gravedad real de las conductas con independencia de que éstas deban ir a parar a cualquiera de las ramas del *ius puniendi*. Si lo protegido son las normas, ello supone que el derecho penal —o más exactamente el *ius puniendi* en general— actúe objetivamente ante cualquier violación normativa administrativa con total desconocimiento de la lesividad real de las conductas, la cual es la base fundamental del principio de fragmentariedad. Por ello mismo entendemos que esta crítica sería extensible también a aquellos autores que parecen entender que la pura legalidad administrativa es un objeto legítimo de protección para el derecho administrativo sancionador. Así parecen razonar DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Protección penal del ambiente y*… cit. pp. 73-74; PAREDES CASTAÑÓN, J. M. "Delitos sobre la ordenación del territorio", en *Enciclopedia penal básica* (Dir. LUZÓN PEÑA, D. M.). Comares. Granada, 2002. p. 535; VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística*… cit. p. 72.
[1514] Así tb. SILVA FORNÉ, D. "Delitos sobre la ordenación…" cit. p. 457

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sociales subyacentes. La autorización difícilmente puede definirse como una realidad social valiosa y por ello, según el concepto de bien jurídico que sostendremos, en ningún caso puede ser el objeto de protección. Tal instrumento no es más que una invención administrativa para el cumplimiento de sus fines, la cual se limita a confirmar que el proyecto que se va a llevar a cabo —al menos nominalmente— es conforme a la legislación y el planeamiento urbanístico. De este modo, si se admitiera tal bien jurídico, lo que se estaría protegiendo realmente es el asentimiento de la administración a una determinada actuación o, en el fondo, su pura voluntad. Ello supone una formalización extrema susceptible de las críticas ya realizadas.

A pesar de las contundentes críticas formuladas a estos planteamientos por las nefastas consecuencias que su aceptación acarrearía desde una perspectiva garantista y democrática, de las mismas pueden extraerse sin embargo algunos aportes positivos de cara a nuestra labor de concreción del bien jurídico protegido en el capítulo I del título XVI del código penal.

En primer lugar, un aporte de suma importancia y que, sin lugar a dudas, debe ser tenido en cuenta es la afirmación de quela protección penal en esta materia tiene que ceñirse al ámbito del urbanismo en lugar de al más amplio de la ordenación del territorio. En tal sentido se pronunció tempranamente LOPEZ RAMÓN. Dicho autor afirma contundentemente que la ordenación del territorio "*no resulta implicada, no siquiera indirectamente, cuando en los artículos 319 y 320 CP se tipifican los delitos de construcción no autorizada, de edificación no autorizable en suelo no urbanizable y de prevaricación urbanística*[1515]", afirmación que entendemos puede seguir manteniéndose en la actualidad a pesar de la reforma legal operada en el año 2010. Tal intuición no es ni mucho menos aislada. La misma ha sido recogida posteriormente y ampliamente respaldada por un nutrido elenco de autores entre los que podemos citar sin ánimo de exhaustividad a ESCANILLA PALLAS[1516], CARDENAL MURILLO[1517], LLIDÓ SILVESTRE[1518], DE LA CUESTA ARZAMENDI[1519]o SALINERO

[1515] Vid. LÓPEZ RAMÓN, F. "Aspectos administrativos de…" cit. p. 55.
[1516] ESCANILLA PALLÁS, M. "Responsabilidad de los funcionarios ante…" cit. p. 223.
[1517] CARDENAL MURILLO, A. "Bien jurídico y delito urbanístico. Objeciones a una consideración formal", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (Coords. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M y CORTÉS BECHIARELLI, E.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. p. 166.
[1518] LLIDÓ SILVESTRE, J. "Algunas notas administrativas sobre el delito urbanístico", en *Actualidad administrativa,* nº 14, 1997. p. 244.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ALONSO[1520]entre otros[1521]. Al hilo de tal postura debe resaltarse que, si bien la conclusión a la que llegan los autores referenciados nos parece asumible, no así el punto de partida de la misma: en nuestra opinión, la efectiva redacción de los tipos legales del código no debe ser propiamente el sustrato en el que escudriñar en busca del objeto de protección normativo. Con independencia de esta salvedad metodológica, sí que puede coincidirse con el sector doctrinal expuesto en que la ordenación del territorio como tal es un ámbito difícilmente abarcable, que presenta serias dificultades para integrar el concepto de bien jurídico que mantenemos. Tanto ACALE SÁNCHEZ como BOLDOVA PASAMAR han insistido en la amplitud y ambigüedad de la ordenación del territorio[1522], llegando incluso a calificar su contenido SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS como "inabarcable"[1523]. A juicio de este sector doctrinal un bien jurídico de tal amplitud y con unas funciones tan heterogéneas —función pública de corrección de los desequilibrios territoriales, política económica y función de planificación— difícilmente podría dañarse o incluso ponerse en peligro mediante una acción individual.

A nuestro modo de ver, sin embargo, no son las diversas funciones de una y otra disciplina las que impiden que el ámbito de la ordenación territorial sea el apropiado para concretar el bien jurídico protegido en la materia que tratamos. Muy al contrario, suponer que en el seno del urbanismo no se plasman territorialmente las importantes funciones u objetivos que se han enumerado unas líneas atrás para la ordenación del

---

[1519] DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tit. XIII, L. II, PANCP 1983), en *Documentación jurídica*, nº 37-40, 1983. p. 909.

[1520] SALINERO ALONSO, C. "Delitos contra la ordenación del territorio", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 1997, p. 1335.

[1521] Vid. tb. ARROYO YANES, L. M. "Una aproximación al principio non bis in idem en el texto refundido de la ley del suelo", en VV. AA. *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio. Seminario celebrado en la facultad de derecho de la Universidad de Cádiz, enero 1997*. Consejería de obras públicas y transportes de la Junta de Andalucía. 1999. p. 41; DE COMINGES CACERES, F. "El delito urbanístico: protección penal de principios constitucionales básicos (Comentario a la sentencia del Tribunal supremo de 27 de noviembre de 2009", en *Teoría y realidad constitucional,* nº 25, 2010. p. 555 (n. 43); BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 31.

[1522] Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. "De los delitos sobre la ordenación del territorio: el artículo 319 del código penal", en VV. AA. *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio. Seminario celebrado en la facultad de derecho de la Universidad de Cádiz, enero 1997*. Consejería de obras públicas y transportes de la Junta de Andalucía. 1999. p. 125; ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 128; BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 84. Así tb. SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J. *La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico*. La Ley. Madrid, 2009. pp. 164-165; RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y*… cit. p. 92.

[1523] SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. *Tratamiento penal del espacio*… cit. p. 61.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

territorio implica una simplificación extrema del cometido del urbanismo. Ello lo reduciría a una mera función de asignación mecánica de usos del suelo y de control de las edificaciones que sobre dicho suelo se erijan[1524], y lo dotaría de manera poco justificada de un carácter diverso al de la ordenación del territorio.

En contra de tales planteamientos, tal y como ha señalado la propia ACALE SÁNCHEZ, el urbanismo debe entenderse como una parte de la ordenación del territorio y, más concretamente, como su fase descendente[1525].Por tanto, aquel aparece como una parte fundamental de la ordenación territorial que se va a ocupar de asegurar el equilibrio territorial, ecológico, económico, social, funcional, etc. en el nivel más próximo al ser humano como es el de la comunidad urbana[1526]. Es decir, se va a ocupar de la plasmación efectiva a escala humana de los grandes objetivos territoriales forjados a niveles superiores[1527].

[1524] De esta opinión reduccionista sobre las finalidades del urbanismo parecen ser SALINERO ALONSO, C. "Delitos contra la ordenación del…" cit. p. 1335; LÓPEZ RAMÓN, F. "Aspectos administrativos de…" cit. p. 56

[1525] Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. "Tratamiento de la corrupción urbanística en el proyecto de ley orgánica de reforma del código penal de 15 de enero de 2007", en *La Ley Penal, revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 38, 2007. p. 17; ACALE SÁNCHEZ, M. "De los delitos sobre la ordenación*…"* cit. p. 125; *in extenso*, ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 125 y ss. De la misma opinión, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 520; GÓRRIZ ROYO, E. "Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP", en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Dirs. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. p. 368; POMARES CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. "¿Era necesario reformar los delitos…" cit. p. 119; CARMONA SALGADO, C. "Consideraciones críticas en torno a…" cit. p. 1208; SÁNCHEZ ROBERT, M. J. *Los delitos sobre la ordenación*… cit. p. 38; RODRÍGUEZ RAMOS, L. "La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 81, 1983. p. 39; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. "Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del estado diseñada por el título VIII de la Constitución española de 1978", en *Cuadernos de política criminal*, nº 81, 2003. pp. 507-508; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. y CRESPO BARQUERO, P. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia* (Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.). 3ª Ed. Tomo II. Bosch. Barcelona, 2012. p. 1157; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. "Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo código penal", en *Cuadernos de política criminal*, nº 63, 1997. p. 673. En el sentido que se apunta, RODRÍGUEZ LÓPEZ llega a hablar de "*una íntima vinculación entre ordenación del territorio y urbanismo, que ha evolucionado* (…) *hacia la confusión entre ambas en una misma política territorial*". Vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*. Bosch. Barcelona, 2007. p. 33.

[1526] Señalan importantes funciones del urbanismo más allá de la mera distribución de usos del suelo MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F. "Algunas reflexiones sobre…" cit. p. 94. Vid. tb. en este sentido, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 517 y p. 525 y ss.

[1527] Esta parece haber sido también la idea del propio legislador, ya que el mismo señala en las diversas leyes autonómicas sobre el urbanismo que éste se realiza en el marco de la ordenación territorial. Vid por todas el artículo 2 de la ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía o el artículo 3 del decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de urbanismo de Cataluña. De esta opinión, vid. MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F. "Algunas reflexiones sobre…" cit. p. 101.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Como se puede comprobar, así entendido, el urbanismo es una disciplina ciertamente próxima a la de la ordenación del territorio, siendo muy difusas las fronteras entre una y otra. De tal hecho se deduce que no parece ser el carácter o las funciones atribuidas a cada uno de dichos sectores lo que hace a la ordenación del territorio menos abarcable que el urbanismo. Por el contrario, el elemento fundamental que justifica nuestra postura, y al cual ya se ha aludido, es el ámbito espacial en el que se mueven cada una de las disciplinas implicadas.

En tal sentido, el campo de juego natural de la ordenación del territorio es el nivel nacional y, principalmente, autonómico[1528]. En cualquiera de ambos casos, ello supone una escala espacial muy amplia que se aleja con mucho del radio de acción personal y que, consecuentemente, dificulta la nítida apreciación de los eventuales daños o puestas en peligro que se produzcan a través de acciones individuales. Por tanto, si se quiere construir un concepto de bien jurídico cuya lesión sea efectivamente verificable y que permita un adecuado contenido de lesividad en los tipos, es el nivel urbanístico-local el más indicado para tal tarea. Aquí sí una acción personal por sí sola puede tener repercusiones lesivas claramente constatables que repercutan sobre los elementos conformadores del marco de convivencia social, afectando así a las posibilidades concretas de las personas de participar plenamente en dicho orden de convivencia (pensemos *v.g*. en una construcción que se erige en una zona paisajística en la que se ha limitado urbanísticamente la edificación para salvaguardar dichos valores. Desde el punto de vista local es claro el daño que se ocasiona a las personas de ese ámbito. A un nivel autonómico o nacional, sin embargo, el significado de dicho daño y sus consecuencias son mucho menos perceptibles).

En conclusión, parece que el ámbito urbanístico-local aparece como el más apropiado para concretar el bien jurídico. Dicha idea es acogida fácticamente por una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia, la cual se venía refiriendo desde largo a estos ilícitos por el *nomen iuris* de delitos "urbanísticos"[1529]. Por otra parte, la misma

[1528] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 515 y ss.;

[1529] Así tb., QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial.* 6ª Ed. Atelier. Barcelona, 2010. p. 1085; TOLOSA TRIBIÑO, C. "La nueva regulación de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 269, 2011. p. 133; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 4ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. p. 966; ACALE SÁNCHEZ, M. "El artículo 319.2: Edificación no autorizable en suelo no urbanizable", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati,

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

orientación puede atisbarse en el contenido de los tipos redactados por el legislador y, recientemente, en el cambio de la rúbrica del capítulo primero del título XVI por el que se ha introducido la referencia al urbanismo junto a la ordenación del territorio[1530].

En segundo lugar, otra aportación de las llamadas posturas formales que nos parece de sumo interés y que no puede dejarse de lado es el toque de atención que las mismas suponen sobre la necesidad de tener en cuenta el sistema previo de legalidad urbanística.

Los autores que hemos estudiado hasta el momento asignan una importancia fundamental a dicho sistema normativo previo, hasta el punto de convertirlo en el objeto de protección de la legislación penal. Ello, como se ha visto, acaba siendo atentatorio contra un derecho penal material, ya que no se exige ningún resultado lesivo aparte de la mera contravención normativa. Se da lugar al castigo de una pura desobediencia. Tal hecho, sin embargo, no puede llevar al extremo opuesto y defender un sistema penal autónomo, completamente desligado de la regulación administrativa en la materia.

Según la mejor doctrina, es el propio principio de unidad del ordenamiento jurídico el que orienta hacia esta conclusión. Dicho principio, concreción del valor más amplio de la seguridad jurídica, conlleva el que no puede haber contradicciones internas dentro de la regulación de una determinada materia[1531]. Es decir, como afirma ACALE SÁNCHEZ, la unidad del ordenamiento jurídico impide que las actuaciones urbanísticas permitidas en el ámbito administrativo puedan ser incriminadas a su vez por el derecho penal. El legislador penal, por tanto, no puede ignorar completamente lo previamente

1998. p. 49; SOUTO GARCÍA, E. V. "Los delitos urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del código penal español a la ordenación del territorio", en *Derecho penal y criminología*, vol. 32, nº 92, 2011. p. 86.

[1530] Esta nueva alusión es interpretada no como la introducción de un nuevo objeto de tutela, sino como una plausible concreción del aspecto de la ordenación territorial que se quiere proteger: el aspecto urbanístico-local. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 98; GÓRRIZ ROYO, E. "Los delitos sobre la ordenación del territorio…" cit. p. 368; MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Comentarios al código penal español* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). 6ª Ed. Tomo II. Aranzadi. Pamplona, 2011. p. 669; MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). 9ª Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011. p. 1235; MORILLAS CUEVA, L. "Los delitos urbanísticos:…" cit. pp. 216-217.

[1531] Vid. por todos, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 703.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

regulado en materia urbanística[1532], sino que viene obligado a coordinarse con tal regulación previa, con el fin de lograr un sistema legal completo y coherente[1533].

De este modo, es forzoso admitir un cierto carácter secundario del derecho penal con respecto al derecho administrativo[1534].Así lo ha señalado BOLDOVA PASAMAR, el cual afirma rotundamente que "*es innegable la accesoriedad del derecho penal respecto del derecho administrativo en una materia en la que éste lleva la batuta y que condiciona la aplicación autónoma de aquel*[1535]". Ahora bien, accesoriedad no significa vinculación total. El legislador, siempre y cuando no se entre en abierta contradicción con la regulación extrapenal, podrá modular la relación con respecto al derecho administrativo admitiendo un mayor o menor grado de vinculación a él del modelo de intervención penal[1536]. En otras palabras, el derecho penal —dada su autonomía valorativa— podrá optar por un sistema más o menos estrechamente apegado a la regulación administrativa, pero en ningún caso contradictorio con la misma. A este respecto, la accesoriedad deberá tomar como base —a nuestro modo de ver— la legislación positiva como tal y no la planificación o los particulares actos administrativos de concreción de dicha regulación[1537]. Ello obedece a la constatación de que dichas manifestaciones no son propiamente legalidad, sino mero ejercicio de una discrecionalidad administrativa en la que el derecho penal debe estar legitimado para

[1532] ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 417; ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Cedecs. Barcelona, 1997. p. 223.
[1533] Vid. en tal sentido, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 708; VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística*… cit. pp. 71-72. De la misma opinión sobre la regulación penal del medio ambiente en sentido amplio vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Protección penal del ambiente y*… cit. pp. 66-67; URRAZA ABAD, J. "Relaciones derecho penal-derecho administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: Constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas. Los conceptos normativos y los conceptos valorativos en el código penal de 1995", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Tomo 4, ref. D-185, 1999. p. 1582; TERRADILLOS BASOCO, J. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo código penal español. Luces y sombras", en *Estudios penales y criminológicos,* nº 19, 1996. p. 304.
[1534] Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Delitos relativos a la ordenación…" cit. p. 311; RODRÍGUEZ RAMOS, L. "La protección penal del urbanismo…" cit. p. 40; CASQUERO SUBÍAS, A. "De los delitos relativos a la ordenación del…" cit. p. 258.
[1535] Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 71; en el mismo sentido, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 708.
[1536] MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación…" (A) cit. p. 669; MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación…" (B) cit. p. 1235
[1537] De otra opinión GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 702, para la cual la accesoriedad penal debe respetar también los actos y reglamentaciones administrativos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

intervenir si con la misma se lesionan los valores materiales o funciones sociales que precisamente se deducen de la legislación administrativa[1538].

Por tanto, queda claro que la regulación administrativa no puede desecharse sin más, sino que la misma tiene una importancia fundamental. Tanto es así que dicha normativa puede ser de gran ayuda a la hora de averiguar cuál sea el objeto de protección material en nuestro ámbito de estudio. Como ha resaltado SOTO NAVARRO, muy especialmente en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos, la función social que cumple un determinado subsistema (en nuestro caso, el referido a la implantación física del ser humano en su medio) queda prefijada o, al menos, puede extraerse con certeza de su regulación jurídica. De tal modo, la disciplina normativa de cada sector de actividad constituye, junto a las aportaciones empírico-sociológicas, una fuente de conocimiento imprescindible para extraer el valor funcional a partir del cual construir el bien jurídico[1539].

En igual sentido, BOLDOVA PASAMAR ha aclarado que, cuando se eleva a delito lo que anteriormente estaba sancionado como ilícito administrativo, el bien jurídico de la nueva regulación penal tiene que ser el mismo que aquel al que el derecho administrativo ofrecía protección, puesto que los bienes jurídicos no se protegen en exclusiva por el derecho penal, sino desde todos los sectores del ordenamiento jurídico[1540]. Para ser más exactos, no se trata de acudir al derecho administrativo para protegerlo tal cual en cuanto pura normativa, sino de indagar en él para deducir los valores materiales que subyacen al mismo y con ellos construir un bien jurídico material. Con tal forma de proceder se destierra el fantasma de los tipos formales puesto

[1538] En tales casos, por evidentes razones de inexigibilidad, sería obligado eximir de responsabilidad penal a los particulares que hubieran actuado de buena fe. Ello por supuesto sin perjuicio de la reposición al estado anterior de las actuaciones materialmente antijurídicas que se hayan llevado a cabo amparadas en tales actos.

[1539] Vid. SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 58, 2005. p. 893; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 255 y 316. En el mismo sentido, vid. ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. p. 101.

[1540] Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. pp. 85-86; Así tb., TOLOSA TRIBIÑO, C. "La nueva regulación de los delitos contra…" cit. p. 133; POZUELO PÉREZ, L. "Notas sobre la denominada «expansión del derecho penal»: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio", en *Revista de derecho y proceso penal*, nº 9, 2003. p. 27. En la misma línea, ha llegado a señalar SOUTO GARCÍA —muy acertadamente a nuestro parecer— que "*cuando la regulación administrativa prevé sanciones, lo que está protegiendo no es el mero incumplimiento de sus propias previsiones, sino la vulneración a los valores y bienes jurídicos que justifican su existencia*". Vid. SOUTO GARCÍA, E. M. "La ordenación del territorio y…" cit. p. 8.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que, como puede comprobarse, la incursión en otros sectores normativos no se dirige a reforzar sus normas, sino a obtener criterios axiológicos a partir de los cuales construir el bien jurídico de acuerdo con las exigencias materiales que hemos señalado[1541].

Como acabamos de ver, la regulación extrapenal tiene un importante papel en la averiguación del bien jurídico protegido. Sin embargo, tal hecho ni quita ni pone en la concreta relación entre el derecho penal y el derecho administrativo o, más concretamente, en la clase de accesoriedad que debe relacionar ambas disciplinas. Ello es un debate que no corresponde tratar en este momento[1542]. Cualquier otro modo de proceder supondría desenfocar el debate haciendo recaer en el bien jurídico una función que no le corresponde cual es la de deslindar los ámbitos penal y administrativo sancionador[1543]. Ello constituiría un intento vedado de volver a distinciones cualitativas entre ambas disciplinas, criterio éste ampliamente superado por la doctrina desde hace tiempo a la luz de la unívoca potestad punitiva del estado[1544].

6.1.2. Las tesis materiales

Vistas en el apartado anterior las posturas formales existentes sobre el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, y extraído de ellas todo el jugo que podían dar, es momento de analizar las posturas materiales, las cuales son ampliamente mayoritarias en la doctrina. Como podrá

[1541] SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos…" cit. p. 894; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 255.

[1542] Entendemos que la toma de postura sobre el concreto modelo de accesoriedad administrativa tiene que ver con la confección técnica de los tipos. Por tanto, debe tener lugar forzosamente una vez se ha identificado qué es lo que se quiere proteger. En tal sentido, la elección de un modelo de accesoriedad u otro es una cuestión de racionalidad sistemática, un nivel de racionalidad legislativa posterior a la racionalidad teleológica, la cual, como se ha visto, es el nicho natural en el que tiene lugar la discusión sobre el objeto de protección del derecho punitivo. De ordinario este tema suele tratarse de manera muy conexa con el bien jurídico porque, de una manera desordenada a nuestro entender, se intenta deducir el bien jurídico de la redacción legal y no al revés como sería lo correcto. Es decir, se analiza la estructura típica y a partir de ella se deduce el bien jurídico en lugar de identificar un bien jurídico y posteriormente entrar a valorar la adecuación de la estructura típica adoptada de cara a su protección.

[1543] Esto parecen querer hacer DE LA MATA BARRANCO y SANTANA VEGA. Vid DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Protección penal del ambiente y*… cit. p. 74; SANTANA VEGA, D. M. "Delitos urbanísticos…" cit. p. 343.

[1544] Vid. por todos, SALINERO ALONSO, C. "Delitos contra la ordenación del…" cit. p. 1334; ROMERO REY, C. "Interrelaciones entre la protección penal y…" cit. pp. 101-102; LOZANO CUTANDA, B. "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad", en *Las fronteras del código penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador. Cuadernos de derecho judicial* (Dir. PICÓ LORENZO, C.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997. p. 48; LLIDÓ SILVESTRE, J. "Algunas notas administrativas sobre…" cit. p. 242.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

comprobarse, entre dichas teorías existe una dispersión mayor que en las anteriormente estudiadas. No obstante, se hará un esfuerzo de sistematización para presentarlas del modo más coherente posible en función de sus puntos comunes.

De esta forma, parecen ser tres las posturas principales en torno a las cuales pueden agruparse la mayoría de las opciones doctrinales en el tema que nos ocupa. En primer lugar, aquellos autores que entienden que lo protegido es *un determinado uso del suelo*, en concreto, un uso que pueda calificarse de racional. En segundo lugar, otra posición mantiene que lo protegido son *unas determinadas propiedades del suelo* o, más certeramente, las *funciones* que el mismo cumple. Por último, hallamos posicionamientos que aluden como bien jurídico protegido a un *entorno o hábitat del hombre* con unas características específicas. Asimismo, junto a las anteriores, existe también un grupo heterogéneo de posturas minoritarias que serán analizadas de manera muy somera.

Por lo que respecta al primero de los grupos mencionados, el mayoritario en la doctrina, cobija en su seno—como se ha señalado— aquellos autores que entienden que lo protegido es un ***uso determinado del suelo al que podría calificarse de racional***[1545]. Uno de los pioneros en sostener dicho posicionamiento ha sido CONDE-PUMPIDO, cuya formulación ha cosechado un indudable éxito a la vista de las innumerables alusiones de que ha sido objeto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Concretamente, afirma este autor que, «*así como en el delito ecológico no se tutela la normativa ambiental sino el medio ambiente, en el "delito urbanístico" no se tutela la normativa urbanística (...) sino el valor material ordenación del territorio en su sentido constitucional de "utilización racional del suelo orientado a los intereses generales*"», es decir, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general[1546]. Dicha postura ha sido seguida fielmente por un importante número de autores. Entre ellos pueden citarse a MORILLAS CUEVA[1547], GIMÉNEZ GARCÍA[1548], URRAZA ABAD[1549],

[1545] Una variante más abstracta de esta postura es la mantenida por SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, los cuales aluden al *buen uso del suelo*. Vid. SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J. *La ciudad, objeto de protección penal*… cit. p. 218.
[1546] CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Los delitos urbanísticos o…" cit. p. 156; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. y CRESPO BARQUERO, P. "De los delitos sobre la ordenación…" cit. p. 1157.
[1547] MORILLAS CUEVA, L. "Los delitos urbanísticos:…" cit. p. 215.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

BERLANGA RIBELLES[1550] o MAGRO SERVET[1551]. Igualmente, alude al uso racional del suelo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ[1552], si bien en él no puede apreciarse la huella de CONDE-PUMPIDO de forma tan obvia como en el resto de autores acabados de citar.

Junto a los autores acabados de citar puede identificarse otro subgrupo dentro de las posturas que estamos exponiendo, en el cual se incluyen aquellos que aluden, además de al uso racional del suelo, a otros fines mediatos de protección en sentido amplio que constituirían la *ratio legis* del precepto. Entre ellos, SOUTO GARCÍA u OLMEDO CARDENETE, los cuales afirman que con tal uso racional se protegería de manera ulterior la calidad de vida o del hábitat[1553].

Partidaria de la tesis que estamos analizando se muestra también GÓRRIZ ROYO. No obstante, pese a que dicha autora considera la utilización racional del suelo como el enfoque adecuado desde el que partir, sostiene que la formulación de CONDE-PUMPIDO está aún falta de precisión. En tal sentido, echa en falta la determinación de los específicos intereses generales a que dicha utilización racional se orienta puesto que, de otro modo, el bien jurídico adquiere un sentido excesivamente amplio al ser susceptible de integrar cualquier interés social relativo al gobierno del territorio[1554].

[1548]GIMÉNEZ GARCÍA, J. "El urbanismo como escenario delictivo", en *Corrupción y urbanismo*. *Cuadernos penales José María Lidón, nº 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008. p. 176.

[1549]URRAZA ABAD, J. "Delitos relativos a la ordenación del territorio:…" cit. p. 596. Este autor apunta además en sentido amplio como *ratio legis* a la calidad de vida y del hábitat y a la protección de los recursos naturales.

[1550] BERLANGA RIBELLES, E. V. "Infracciones y delitos urbanísticos:…" cit. p. 345.

[1551] MAGRO SERVET, V. "¿Puede un particular ser autor de un delito del art. 319 del CP contra la ordenación del territorio", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 40, 2007. p. 93.

[1552] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y*… cit. p. 967.

[1553] Vid. SOUTO GARCÍA, E. M. "La ordenación del territorio y…" cit. p. 12; SOUTO GARCÍA, E. V. "Los delitos urbanísticos en España:…" cit. p. 99; OLMEDO CARDENETE, M. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en VV. AA. *Sistema de derecho penal español. Parte especial* (Coord. MORILLAS CUEVAS, L.). Dykinson. Madrid, 2011. pp. 696-697; en el mismo sentido, como ya se ha visto, URRAZA ABAD, J. "Delitos relativos a la ordenación del territorio:…" cit. p. 596.

[1554] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 580; en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES afirma lo adecuado de que el legislador haya abandonado en la redacción legal la genérica mención a los intereses generales del planeamiento urbanístico, dado que esa forma de identificación de la antijuricidad material era excesivamente etérea. Vid. QUINTERO OLIVARES, G. "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio", en *Las fronteras del código penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador. Cuadernos de derecho judicial* (Dir. PICÓ LORENZO, C.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997. p. 364.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

El intento de concreción de GÓRRIZ ROYO arranca de la consideración del medio ambiente en sentido amplio como *ratio legis* de todo el título XVI[1555], de forma que los valores que dotan de relevancia típica a los suelos recogidos en el artículo 319 del código penal son un reflejo de dicho macroconcepto[1556].

De acuerdo con este punto de partida, el suelo se concibe como un recurso natural[1557]que es protegido tanto por la ordenación del territorio como por el urbanismo desde la especial perspectiva de su consideración como "medio ambiente urbano"[1558]. Dicha clase particular de medio ambiente estaría integrada precisamente por los suelos con relevancia típica a los que antes aludíamos[1559]y, consecuentemente, la misma va a aparecer como el sustrato material del bien jurídico[1560].

Asimismo, el concepto de medio ambiente urbano va a tener una importancia fundamental a la hora de determinar el contenido del uso racional del suelo[1561]. Tal función la extrae GÓRRIZ ROYO de una interpretación conjunta de los artículos 45 y 47 de la constitución. De una lectura de ambos preceptos en lo referente al recurso natural suelo deduce el mandato de un determinado uso de este recurso que dé lugar a un hábitat humano digno y que contribuya a elevar la calidad de vida de sus habitantes —esto es, el medio ambiente urbano—[1562]. Así, sólo el uso del suelo que tienda a ese objetivo va a poder calificarse de racional, constituyendo tal uso racional el punto de conexión entre la ordenación del territorio y el urbanismo[1563] y, por tanto, el bien jurídico protegido en estos delitos en tanto pieza clave en la consecución de la calidad de vida y del hábitat[1564].

[1555] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 431, p. 472. y especialmente p. 469; Vid. tb, GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación urbanística*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. p. 19.
[1556] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 476. A consecuencia precisamente de esta univocidad teleológica, la autora afirma la necesidad de considerar globalmente todos los suelos típicos que aparecen en el código penal como el sustrato material desde el que deducir un bien jurídico único, sin que la diversidad de los mismos pueda llevar a pensar en la existencia de múltiples bienes jurídicos tal y como mantiene principalmente —como se verá *infra*— ACALE SÁNCHEZ.
[1557] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 485 y p. 583.
[1558] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. pp. 560-561.
[1559] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 585.
[1560] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. pp. 476-477.
[1561] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 584.
[1562] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 485 y ss.
[1563] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 583.
[1564] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 584.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Pero aún debe precisarse más según la autora: El uso racional que da lugar al medio ambiente urbano debe perfilarse a través de los concretos objetos materiales recogidos en los preceptos penales, que son, como hemos dicho, los que conforman el medio ambiente urbano. Por tanto, el uso racional del suelo va a ser aquel tendente a dotar a este recurso natural del destino que le corresponde según su naturaleza ambiental, paisajística, artística, histórica, cultural, pública, agrícola o forestal[1565]. Para finalizar, la autora puntualiza que esa naturaleza no es metajurídico trascendente al ordenamiento, sino predeterminada por éste último, en tanto que es la normativa urbanística —incluido el planeamiento— la que establece el destino al que se afecta cada clase de suelo. De ello se deriva que también penalmente se dota de tutela mediata a la legalidad urbanística[1566].

Recientemente, a la luz de la nueva redacción del título XVI y de su capítulo I dada por la LO 5/2010[1567], la autora se plantea si ha cambiado el bien jurídico y si debe incluirse al urbanismo como nuevo objeto de tutela junto a la ordenación del territorio. La conclusión a la que llega es que el urbanismo también se engloba dentro del concepto de ordenación del territorio, siendo —como también hemos sostenido en este trabajo— su fase descendente. De este modo, la referencia al urbanismo no sería más que una especificación de la ordenación del territorio. Así, ambos bienes jurídicos serían el mismo y su contenido seguiría siendo el ya especificado unas líneas atrás[1568].

Indudablemente, la posición mantenida por GÓRRIZ ROYO es digna de elogio porque constituye uno de los más importantes intentos de concreción del bien jurídico en los delitos contra la ordenación del territorio, lo cual le ha valido un sólido apoyo doctrinal[1569].No obstante, desde nuestra particular perspectiva, presenta algunos elementos susceptibles de crítica que debemos detallar.

[1565] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 585; GÓRRIZ ROYO, E. "Los delitos sobre la ordenación del territorio…" cit. p. 369

[1566] GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 586.

[1567] Título XVI: "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo". Capítulo I: "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urba*nismo*".

[1568] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. "Los delitos sobre la ordenación del territorio…" cit. p. 367 y ss.

[1569]Siguen literalmente a esta autora, entre otros, ERICE MARTINEZ, E. "Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del derecho penal", en *Corrupción y urbanismo*. *Cuadernos penales José María Lidón, nº 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008. p. 69; MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación…" (A) cit. p. 669; MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación…" (B) cit. p. 1235 y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. "El bien jurídico protegido", en Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial (Dir. FARALDO CABANA, P.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. p. 79.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En primer lugar, no compartimos plenamente el punto de partida ambiental que parece inspirar toda su construcción. Si bien —como se ha mantenido de forma mayoritaria por la doctrina[1570]— existen efectivamente puntos de contacto entre el ambiente natural y el ámbito de la ordenación del territorio, en nuestra opinión ello no puede llevar a entender que la perspectiva desde la que se protege el suelo sea esencialmente la de su consideración como un recurso natural más, análogo al aire, el agua o los seres vivos[1571].En el mismo sentido, tampoco nos parece asumible la consideración del medio ambiente en sentido amplio como *ratio legis* del todo el título XVI.

Si se procede del modo antedicho se están dejando sin consideración, o por lo menos minusvalorando, las implicaciones extra ambientales que posee el soporte físico-espacial del sistema humano y que han sido analizadas en los primeros capítulos de esta investigación[1572]. Cuando el derecho protege el "suelo", no lo hace sólo en calidad de soporte "natural" de una serie de procesos biológicos, sino también como elemento que facilita otros procesos necesarios para la sociedad que no son propiamente ambientales en el sentido natural del término, sino sociales o económicos y, en tal sentido, puramente humanos. Además, el suelo que se protege no es sólo suelo natural, sino también suelo transformado por el hombre, lo cual lo convierte en un producto social y redunda en esa perspectiva humana a la que aludimos[1573].Precisamente en este último matiz entendemos que podría radicar una diferenciación segura entre la protección del

[1570]Así, vid. entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Delitos relativos a la ordenación…" cit. p. 310; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 210; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Los delitos urbanísticos o…" cit. pp. 155-156; SÁNCHEZ ROBERT, M. J. *Los delitos sobre la ordenación*… cit. p. 53; NÚÑEZ PAZ, M. A. "Consideración crítica en torno al código penal español", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. LII., 1999. p. 262; QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*… cit. p. 1087; CASQUERO SUBÍAS, A. "De los delitos relativos a la ordenación del…" cit. p. 236; MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F. "Algunas reflexiones sobre…" cit. p. 316; CARMONA SALGADO, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y…" cit. p. 671; SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 33.

[1571] Como se ha visto ya, la propia GÓRRIZ en este sentido entiende incluso el art. 47 de la constitución como una especificación del artículo 45 CE respecto a un recurso natural particular: el suelo.

[1572] Una crítica muy similar podemos encontrar en BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. (n. 234). p. 86; en el mismo sentido vid. tb. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Los delitos urbanísticos o…" cit. p. 159.

[1573] La propia autora parece entender el medio ambiente urbano como algo distinto al natural, ya que, si no, no tendría sentido utilizar esa diferenciación calificativa. Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 584.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

medio ambiente y de la llamada "ordenación del territorio[1574]". Así, en el seno del medio ambiente, la ratio de protección sería la naturaleza y sus procesos naturales, mientras que en el ámbito de la ordenación del territorio el criterio rector fundamental lo constituiría lo humano y sus procesos inherentes[1575], los cuales son cualitativamente diversos y se rigen por unas reglas distintas a las estrictamente naturales/no humanas.

No obstante lo dicho, debe aclararse que este planteamiento no supone negar que esos procesos puramente humanos requieran unos componentes ambientales básicos en los que debe entrar tangencialmente el urbanismo. Como se ha visto anteriormente, el hombre no es algo que esté situado por encima y al margen de la naturaleza, sino que también requiere forzosamente para su supervivencia de esos elementos naturales básicos de los que el urbanismo tendrá que preocuparse forzosamente en cuanto afectan al ser humano. Pero las exigencias naturales son únicamente unas de entre las muchas exigencias humanas abordadas por el urbanismo y su carácter parcial no justifica un tratamiento exclusiva o mayormente ambiental de la cuestión[1576], ya que ello supondría una perspectiva reduccionista o, al menos, inexacta del problema. A consecuencia de esta visión centrada en lo humano, parece más adecuado situar la *ratio legis* de estos preceptos en la calidad de vida y no en el medio ambiente en sentido amplio. Por tanto, el punto de partida para hallar el bien jurídico tiene que ver más bien con el entorno específicamente humano como una realidad con sustantividad propia dentro del marco general de la naturaleza en sentido amplio, y no tanto con esta última.

En segundo lugar, también estimamos que, aunque el intento de concreción de la autora que comentamos es loable, el mismo no es completamente satisfactorio[1577] puesto que, al acudir finalmente *de facto* al planeamiento para concretar el bien jurídico[1578], se acaba cayendo en una formalización de facto. Para GÓRRIZ ROYO el bien jurídico como se ha visto es la utilización racional del recurso natural suelo. El adjetivo racional es muy subjetivo y hay que delimitarlo, pero si racional es lo que dice

[1574] Entrecomillamos el término pues, como se ha visto, no compartimos el que sea éste el objeto de protección. No obstante, empleamos por ahora dicho nominativo debido a su difusión doctrinal para referirse a las cuestiones que tienen que ver con la ordenación espacial de la sociedad humana.
[1575] De la misma opinión, BLANCO LOZANO, C. *El delito urbanístico*… cit. p. 32; BLANCO LOZANO, C. "La protección penal del urbanismo en…" cit. p. 81.
[1576] En un sentido análogo, ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 42
[1577] En este sentido, vid. también ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 128, así como BERNAL DEL CASTILLO, J. "Delimitación del bien jurídico…" cit. p. 13.
[1578] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 586.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

el planeamiento, que no tiene la legitimidad del legislador, se está equiparando uso racional a uso acorde al planeamiento y presumiendo *iuris et de iure* que la discrecionalidad administrativa en todo caso es racional, cuando a la vista de nuestro pasado reciente está claro que no es así. De este modo, si finalmente el carácter racional viene dado por el uso acorde al planeamiento, de hecho se está protegiendo éste y la voluntad administrativa acompañante, sin consideración a los valores materiales que subyacen a dicha voluntad. En nuestra opinión si el bien jurídico es el resultado de ese uso racional en lugar del uso racional en sí mismo considerado se soluciona el problema y se puede juzgar desde él la actividad del planeador limitando así su discrecionalidad.

Por último, nos parece que la autora se queda a medio camino en la identificación del bien jurídico protegido. Esto es así porque la utilización racional del suelo no es un fin en sí misma. Diversos tipos de utilización del suelo pueden entenderse como racionales, dependiendo del objetivo que busquen. En este sentido lo racional es simplemente aquello que sea acorde a lo que se quiere conseguir. De este modo, la utilización racional lo será porque tiende a un objetivo, a un determinado resultado en materia urbanística que, como indica la propia autora, es un entorno del hombre con determinadas características. Por tanto entendemos que ese resultado, ese objetivo de la utilización racional que no llega a concretarse, sería realmente el bien jurídico. Así entendido, el bien jurídico permitiría definir claramente el contenido del uso racional desde una perspectiva material y no solo formalista.

Un segundo bloque de posturas materiales sobre el bien jurídico reúne a los autores que entienden que lo protegido son las ***funciones o propiedades del suelo***.

De esta opinión es, entre otros, SOTO NAVARRO. La autora malagueña —a partir de una sólida base funcionalista[1579]— entiende que la mejor vía de concreción del contenido material de los bienes jurídicos es un método dinámico atento a la función social que desempeñan los aspectos concretos de la realidad social percibidos como valiosos[1580]. Dicha función social es especialmente aprehensible en el seno de los bienes

[1579]Vid. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 8-23 y 251-256; SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos…" cit. pp. 890-894.
[1580] SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 309; SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos…" cit. p. 895

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

jurídicos colectivos[1581]a partir de los datos científicos en comunión con una "*incursión cognitiva"* en la regulación del ámbito sectorial que se trate, la cual pretende precisamente garantizar la efectividad de dicha función social[1582].

Aplicado este razonamiento a los delitos urbanísticos interpreta que el suelo es un elemento básico del ambiente humano[1583] en el que confluyen dos tipos de intereses contrapuestos: el interés general y el interés particular de los propietarios de esos terrenos. Ante tal conflicto, el derecho urbanístico (la legislación sectorial) aparece como un complejo entramado normativo de organización y control del uso del suelo que, a través del instrumento del planeamiento, delimita las facultades inherentes al derecho de propiedad en atención a los intereses generales. Por tanto, parece claro que el fin de la incriminación penal es proteger frente a las conductas que alteran gravemente la función (esto es, los usos) a que está destinado cada suelo. Es decir, el bien jurídico protegido sería la función del suelo a determinar en virtud de la clasificación y la calificación[1584].

Junto a la anterior, otra postura que merece especial consideración por su importancia a nivel doctrinal, así como por su particularidad dentro de este sector, es la mantenida por ACALE SÁNCHEZ.

El punto más original de su planteamiento radica en afirmar que en el seno de los delitos urbanísticos, de acuerdo con los diversos objetos materiales comprendidos, se protegen diversos bienes jurídicos[1585]. Así, tras decantarse por una concepción material del bien jurídico en este ámbito[1586], afirma que es fácilmente perceptible que el legislador sólo castiga la contravención de normas en suelos con unos especiales valores o funciones. Ello demostraría que el bien jurídico protegido en el capítulo primero del

[1581] SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos…" cit. pp. 902-903. SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. pp. 315-316.
[1582] SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos…" cit. p. 893; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 255.
[1583] Como puede observarse, SOTO NAVARRO también parece compartir la caracterización humana del bien jurídico implicado en los delitos urbanísticos.
[1584]SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos…" cit. p. 918; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 276.
[1585] Una postura muy próxima a ACALE es la sostenida por BERNAL DEL CASTILLO. Dicho autor también habla de un bien jurídico con carácter plural. Así, descubre intereses urbanísticos, culturales y medioambientales en el seno del artículo 319, si bien, a diferencia de la anterior, no parece que llegue a abogar por diversos bienes jurídicos, sino más bien por diferentes aspectos o intereses que reconduce a un bien jurídico único que relaciona con la calidad del entorno urbano. Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J. "Delimitación del bien jurídico…" cit. p. 26 y ss.
[1586]ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 84.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

título XVI no es único a la luz de la pluralidad de suelos típicos[1587]. En tal sentido, de acuerdo a los suelos reflejados en el artículo 319, los bienes jurídicos implicados en los delitos urbanísticos serían, además de la ordenación del territorio (suelos destinados a viales, zonas verdes y suelos no urbanizables), el patrimonio histórico (lugares con valor artístico, histórico o cultural) y el medio ambiente(lugares con valores ecológicos y paisajísticos)[1588,1589].

En lo que se refiere específicamente a la ordenación del territorio como objeto de protección, entiende la autora que para dotarla de contenido hay que atender al cúmulo de intereses o de necesidades que se satisfacen o cuya satisfacción se persigue desde el momento en que se ordena el territorio[1590]. De esta forma, la ordenación del territorio aparece como un mecanismo que busca hacer ciudad y, por tanto, persigue conseguir un equilibrio entre un cúmulo de intereses generados por la forma de vida urbana[1591]. En esta forma de vida específica la ordenación del territorio cobra una especial importancia en la protección de los espacios comunes en detrimento de los individuales; en el ofrecimiento de actividades sociales frente a la potenciación del individualismo personal[1592]. Desde esta perspectiva, la ordenación del territorio aparece como la ordenación de las facultades urbanísticas, debiendo ser identificada en opinión de ACALE con la promoción del contenido social del derecho de propiedad, de forma que

[1587] ACALE SÁNCHEZ, M. "Primeros pronunciamientos jurisprudenciales…" cit. p. 18; ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 84;
[1588] ACALE SÁNCHEZ, M. "Delitos sobre la ordenación del territorio", en VV.AA. *Derecho penal del medio ambiente* (Ed. TERRADILLOS BASOCO, J.). Trotta. Madrid, 1997. pp. 23-24; ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 54; ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 123; ACALE SÁNCHEZ, M. "De los delitos sobre la ordenación..." cit. p. 124; ACALE SÁNCHEZ, M. "Primeros pronunciamientos jurisprudenciales…" cit. pp. 18-19; De esta misma opinión es también RENART GARCÍA, F. "Urbanismo y derecho penal…" cit. pp. 15-16. Igualmente parece apoyar a ACALE SÁNCHEZ, NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito*:… cit. p. 123.
[1589] ACALE SÁNCHEZ, no obstante, entiende que tal forma del proceder por parte del legislador no es especialmente acertada. En su opinión, el hecho de recoger la protección de tres bienes jurídicos en el artículo 319 CP acaba por ensombrecer la protección de la ordenación del territorio, máxime cuando existen en el título XVI sendos capítulos dedicados específicamente a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente. En este sentido, no comprende la autora por qué los atentados a esos bienes jurídicos a través de construcciones no autorizadas no se recogen en sus respectivos capítulos, lo cual sería más coherente desde una perspectiva sistemática. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. "Delitos sobre la ordenación..." cit. p. 25. No comparte su visión de los delitos urbanísticos como acciones agrupadas en virtud de un específico medio delictivo "urbanístico", CONDE-PUMPIDO. Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Los delitos urbanísticos o…" cit. p. 158.
[1590] ACALE SÁNCHEZ, M. "Cuestiones claves de… " cit. p. 99.
[1591] ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 204; ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 129.
[1592] ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 205.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

la colectividad aproveche las plusvalías generadas con la acción urbanística[1593]. Como refiere expresamente la autora, «*para que existan zonas verdes, viales, bienes de interés comunitario, es preciso que todos los propietarios participen en dicha labor, no ya cediendo parte de su derecho de propiedad a la comunidad, sino no apropiándose de la parte social de su derecho que no le pertenece. (…) si no se ceden a la colectividad los terrenos destinados a equipamientos o si no se hace frente solidariamente y de forma proporcional a los costes de urbanización de una unidad de actuación determinada o cuando no se respetan las cesiones realizadas por el resto de propietarios obstaculizándose la satisfacción de las necesidades de esparcimiento común, se está lesionando el contenido social del derecho de propiedad*[1594]». De este modo, será esa función social de la propiedad el bien jurídico específicamente tutelado junto a los otros dos ya mencionados.

El parecer de esta autora ha suscitado no obstante ciertas reticencias académicas. Así, se ha discutido en primer lugar su afirmación de la existencia de un bien jurídico triple, acusándola de confundir el bien jurídico protegido con la finalidad de la norma. Según SILVA FORNÉ, esta última efectivamente puede tender a amparar otros bienes, pero solo como objetivo amplio, no mediante su efectiva salvaguarda jurídica. Si fuera de otro modo habría que hablar forzosamente de un bien jurídico prevalente y otros bienes jurídicos subordinados. En realidad, continúa el autor, en estos preceptos se ampara un bien jurídico determinado, para cuya tutela se entra tangencialmente en relación con otros, pero ello no eleva a los demás a la categoría de bienes jurídicos alternativamente tutelados ni tampoco subordinados a otro prevalente[1595].

En segundo lugar, se pone en duda también el contenido concreto que la autora gaditana atribuye al bien jurídico "ordenación del territorio". En tal sentido, VERCHER NOGUERA objeta que la función social de la propiedad difícilmente puede ser considerada como un bien jurídico, porque la función social como tal no está definida y

[1593]ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 207; ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 133; ACALE SÁNCHEZ, M. "Primeros pronunciamientos jurisprudenciales…" cit. p. 19; ACALE SÁNCHEZ, M. "De los delitos sobre la ordenación…*"* cit. p. 125; ACALE SÁNCHEZ, M. "Cuestiones claves de… " cit. p. 99; ACALE SÁNCHEZ, M. "El artículo 319.2:…" cit. p. 50.
[1594]ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 207; ACALE SÁNCHEZ, M. "Cuestiones claves de… " cit. p. 99.
[1595] Vid. SILVA FORNÉ, D. "Delitos sobre la ordenación…" cit. pp. 458-459. Vid. tb en sentido crítico sobre este particular, BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. pp. 88-89.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

su plasmación práctica dependerá de una serie de variables tan volubles y cambiantes que resulta muy complicado concretar de manera precisa cual sea esa función[1596].

Igualmente, otra crítica recurrente a la postura de ACALE es la dificultad de reconducir todos los supuestos que teóricamente tienen que ver con la ordenación del territorio a la lesión de la función social de la propiedad[1597]. En tal sentido se ha señalado, a modo de ejemplo, que difícilmente puede hablarse de falta de cesión de la parte social de la propiedad en el caso de construcciones ilegales en terrenos de dominio público o en zonas verdes ya consolidadas, puesto que no puede cederse aquello que nunca ha pertenecido a un particular[1598]. De la misma manera, tampoco se percibiría claramente la lesión al contenido social de la propiedad en los casos en los que se construye de forma no autorizada una edificación de interés social (*v.g.* un hospital) en un suelo no urbanizable[1599].

En nuestra opinión, afirmar la existencia de un triple bien jurídico desconoce la riqueza y complejidad que se encierra en la ordenación del espacio. El hecho de que se protejan diversos valores ambientales o culturales no supone de ninguna manera que existan nuevos bienes jurídicos, sino que tal hecho es fiel reflejo de la diversidad de funciones que cumple el suelo para la sociedad humana. De este modo, al proteger el bien jurídico exclusivo de estos delitos se entra tangencialmente en aspectos que pudieran pertenecer a esos bienes jurídicos en sentido amplio, pero se hace desde una perspectiva que los autonomiza con respecto a aquellos. Si fuera de otro modo, como se

[1596]VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística*… cit. p. 57. BOLDOVA PASAMAR contesta a esta crítica a la cual califica de insostenible diciendo que el hecho de no poder precisarla no significa que la función social de la propiedad no exista, máxime cuando la misma está reconocida por la normativa administrativa e incluso su infracción supone una causa de expropiación. Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 93.

[1597]ACALE ha respondido a estas críticas en una publicación reciente al hilo de los nuevos delitos urbanísticos tras la última reforma del código penal. En concreto, afirma que una cosa es defender que se proteja la función social de la propiedad y otra distinta afirmar que se trata de la función social de la propiedad *privada*. En tal sentido, los bienes de dominio público serían los más reservados a que los particulares se enriquezcan con ellos, pues los mismos pertenecen al completo a la comunidad. De este modo, cuando se construye o edifica sobre tal tipo de suelo, también se estaría afectando a la función social de la propiedad hasta el punto de que el sujeto activo se apropiaría, no ya de una parte de la función social que ha de desempeñar el bien, sino de la función social en si misma considerada. Vid. ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación*… cit. p. 133 (n. 299).

[1598] GÓMEZ TOMILLO, M. "Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I)…" cit. p. 44.

[1599] SANTANA VEGA, D. M. "Delitos urbanísticos…" cit. p. 320. También critica SANTANA VEGA la formulación de ACALE por entenderla vaga en cuanto, en su opinión, todos los delitos contra el patrimonio y socioeconómicos tienen como denominador común también la función social de la propiedad, la cual, más que un bien jurídico, sería un criterio de interpretación, ya que marca las pautas de ejercicio del derecho de propiedad y de la utilización de todo patrimonio.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ha visto que critica la propia ACALE[1600]coherentemente con su postura, no tendría sentido que tales ataques estuvieran en el capítulo I y no en los capítulos especialmente destinados a esos bienes jurídicos[1601].

En lo que se refiere al contenido específico del bien jurídico ordenación del territorio, tampoco creemos que sea exclusivamente la promoción de la función social de la propiedad. Como ya han puesto de manifiesto otros autores, cuanto menos es complicado reconducir a la lesión de la misma todas las conductas contenidas en el art. 319 CP y, de otro lado, si en su concreción tiene un papel central la planificación urbanística y, por tanto, la discrecionalidad administrativa, se corre el riesgo, como bien advierte GÓMEZ TOMILLO[1602],de acabar protegiendo de manera encubierta —lo cual es mucho más peligroso— lo que se trataba de evitar, esto es, la mera regulación urbanística o, a fin de cuentas, la autoridad administrativa en materia urbanística[1603].

Una opinión semejante a la de ACALE SÁNCHEZ en cuanto al bien jurídico "ordenación del territorio" es la sostenida por BOLDOVA PASAMAR, si bien presenta ciertas discrepancias con la autora gaditana. En un primer momento, de forma análoga a la autora citada, este autor entiende que las acciones delictivas urbanísticas tienen por blanco determinadas características especiales de los suelos que ponen de manifiesto ciertas propiedades particulares que cumplen una función colectiva o social relevante para el funcionamiento del sistema social[1604]. Igualmente, entiende que el uso social del suelo determina una serie de deberes de acción y de omisión, especialmente de los

[1600] Vid. *supra* nota 1589.
[1601] De una opinión análoga, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 475; CARDENAL MURILLO, A. "Bien jurídico y delito urbanístico…" cit. p. 169.
[1602] GÓMEZ TOMILLO acusa a ACALE de dar un circunloquio lógico para acabar protegiendo de hecho la regulación administrativa. En tal sentido, señala que la función social de la propiedad debe determinarse ex artículo 33 CE atendiendo a las leyes, lo cual actualmente exige forzosamente acudir también a las disposiciones reglamentarias y a las directrices de planeamiento, es decir, a meras decisiones administrativas. Ello supondría proteger en última instancia el contenido de las propias normas administrativas en la materia, ante la remisión legal. De otro lado, si el bien jurídico se centra concretamente en la *promoción* del contenido social de la propiedad, se está diciendo en realidad que lo protegido es la acción de las administraciones públicas, sobre las bases establecidas por la ley, limitando a favor de la colectividad el derecho de propiedad, en suma, el contenido de las disposiciones en la materia. Esto es, de nuevo se volvería a la protección de la normativa y se eludiría provisionalmente la conclusión que se pretendía evitar. Vid. GÓMEZ TOMILLO, M. "Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I)…" cit. pp. 45-47.
[1603] Vid. también críticamente sobre su postura, SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y…" cit. p. 21. Dicho autor le recrimina la escasa restricción material que se consigue con su planteamiento, el cual presumiría la lesión del bien jurídico con la mera realización formal de los elementos del tipo sin suministrar datos para constatar tal afección.
[1604]BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 87.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

propietarios, que se concretan en el caso de los delitos urbanísticos en un conjunto de prohibiciones que tienen por objeto conductas que impiden o dificultan el uso y disfrute por parte de la comunidad de espacios y lugares conforme a su valor, titularidad o destino[1605]. Ahora bien, llegado a este punto, disiente de la concreción del bien jurídico que realiza ACALE, ya que entiende que no pueden reconducirse al mismo todas las conductas que se recogen en el art. 319. Por tanto, entiende BOLDOVA que no es la función social de la propiedad el bien jurídico protegido, sino uno más amplio y general que lo incluye, cual es la función social del suelo, independientemente de su carácter privado o público puesto que no solo los titulares privados están sometidos a las normas urbanísticas[1606]. Tal función social se concretaría en el interés público general en el uso y disfrute de los suelos conforme a su valor social, su titularidad o su destino público[1607].

Para finalizar, otra opinión que entendemos también podría tener globalmente cabida en este sector doctrinal es la de SÁNCHEZ DOMINGO. Dicha autora, tras una justificación constitucional de la relevancia social de la ordenación del territorio[1608], constata la valía de la función de planificación como concreción de la estrategia de desarrollo social, cultural, económico y ambiental del espacio en la búsqueda de un determinado hábitat humano[1609]. A renglón seguido, constata igualmente cómo la lesividad de los comportamientos incriminados se centra en la calidad de vida, del entorno urbano y del suelo[1610], esto es, en sus palabras, las propiedades o cualidades del suelo, las cuales a su vez deben equilibrarse con la función del suelo como recurso natural. Precisamente, esas cualidades del suelo serían para ella el bien jurídico protegido[1611]: las propiedades o rasgos que hacen funcional al suelo para la sociedad. Esto es, a fin de cuentas, las funciones que el suelo desempeña en pro de la convivencia humana que se asienta sobre él.

En lo que respecta a nuestro juicio global sobre este segundo grupo de posturas, creemos que las mismas son loables en cuanto afrontan una necesaria materialización

[1605]BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 92.
[1606]BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 94.
[1607]BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 94.
[1608] Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. pp. 27-50.
[1609] SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 57
[1610] SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 58
[1611] Vid. SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. pp. 58-59.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

del bien jurídico. No obstante, pecan en última instancia de cierta abstracción. Hablar de las funciones sociales del suelo en general no permite concretar cuáles sean exactamente dichas funciones y, por tanto, no permite constatar la lesión real de las mismas por parte de las conductas delictivas, a fin de comprobar su efectiva dañosidad social genérica y específica. De otro lado, al igual que ocurría con el primer grupo de opiniones materiales, creemos que las posturas acabadas de exponer no llegan a las últimas consecuencias de su razonamiento: Si el bien jurídico tal y como venimos manteniendo es un instrumento que sirve para condensar en un concepto operativo las funciones sociales que se ven afectadas por las conductas delictivas a los efectos de crear tipos concretos, al hablar de dichas funciones no se está dando ese último paso de conceptualización. En tal sentido parece que podría exigirse otra vuelta de tuerca del razonamiento, en la que se identifique aquello que de forma genérica y global cumple precisamente esas funciones que serían el substrato del bien jurídico.

Por fin, en tercer lugar, hallamos entre las posturas materiales sobre el bien jurídico las que se refieren a un ***entorno o hábitat del ser humano con unas determinadas características***.

Entre estas posturas, un primer grupo bastante nutrido es el de aquellos autores que relacionan el hábitat con la calidad de vida y se pronuncian a favor de la "calidad del hábitat" como bien jurídico protegido. Es decir, el objeto de protección vendría constituido por un hábitat que pueda tildarse de calidad, esto es, que promueva la calidad de vida de las personas que habiten en el mismo. Dentro de dicho sector doctrinal pueden incluirse autores como RODRIGUEZ RAMOS[1612] o ÚBEDA TARAJANO[1613]. En la misma senda, aluden a la calidad del hábitat como bien jurídico MELLADO RUIZ y PÉREZ FERRER[1614], si bien estos autores parecen partir

[1612] RODRÍGUEZ RAMOS señalaba muy tempranamente que el bien jurídico "urbanismo" equivale a calidad de vida y, más concretamente, a calidad del marco físico de esa vida, a calidad del hábitat. Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. "La protección penal del urbanismo…" cit. p. 39.
[1613] ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. p. 97. Dicho autor, a partir de una visión antropocéntrica del interés de la comunidad en la utilización racional del recurso natural suelo, de manera acorde con la función social de la propiedad, afirma que el bien jurídico "ordenación del territorio" se identifica con la búsqueda de la calidad del espacio físico en el que se desenvuelven las personas o, en otras palabras, con la calidad del hábitat.
[1614] MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F. "Algunas reflexiones sobre…" cit. p. 123.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

expresamente de la utilización racional del suelo como *ratio legis* su objeto de protección en sentido amplio[1615].

Igualmente, creemos que pueden reconducirse a este grupo de posturas las de autores como BLANCO LOZANO[1616] o SANZ MULAS[1617], los cuales hablan de la "calidad de vida en relación al hábitat territorial" o, también, las de SÁNCHEZ ROBERT[1618]y BERNAL DEL CASTILLO[1619].

De otra parte, un segundo grupo dentro de este bloque estaría constituido por autores que no hacen tanto hincapié en la relación con la calidad de vida como los vistos hasta ahora, sino que se refieren de una manera autónoma al entorno o al hábitat. Entre los mismos merecen mención expresa CARDENAL MURILLO, VILLACAMPA ESTIARTE y QUERALT JIMÉNEZ.

El primero de ellos se refiere concretamente al "hábitat urbanístico[1620]" como bien jurídicamente protegido. Por su parte, VILLACAMPA alude a "*una suerte de medio ambiente urbano dedicado a posibilitar la vida de las personas en armonía con el medio ambiente que permitiera satisfacer las necesidades humanas más elementales referidas a una vida digna y compatibles con el desarrollo socio-económico de dicho entorno[1621]*". En último lugar, QUERALT JIMÉNEZ se refiere al entorno, esto es, el "*auténtico medio ambiente del hombre moderno: la urbe y, por extensión, el territorio que le permite asentarse para vivir y progresar*[1622]."

[1615] Vid. MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F. "Algunas reflexiones sobre…" cit. p. 119.
[1616] Vid. BLANCO LOZANO, C. *El delito urbanístico*… cit. p. 34; BLANCO LOZANO, C. "La protección penal del urbanismo en…" cit. p. 83.
[1617] Vid. SANZ MULAS, N. "Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales), en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario.* nº 45, 2008. p. 75, la cual sigue textualmente a BLANCO LOZANO.
[1618] La autora granadina se refiere también a la calidad de vida en relación con el hábitat territorial. Vid. SÁNCHEZ ROBERT, M. J. *Los delitos sobre la ordenación*… cit. p. 96
[1619] Vid. BERNAL DEL CASTILLO, J. "Delimitación del bien jurídico…" cit. p. 29. Como ya se ha visto *supra*, este autor considera que en la materia que tratamos existen una serie de intereses variados (urbanísticos, culturales y medioambientales) que pueden encuadrarse de manera unitaria dentro del bien jurídico de la "calidad del entorno urbano".
[1620] CARDENAL MURILLO, A. "Bien jurídico y delito urbanístico…" cit. p. 172. El autor, no obstante, parece aproximarse a los postulados formales en la nota 38 dado que, como ya hiciera GÓRRIZ ROYO, equipara la utilización racional del suelo con la utilización acorde al planeamiento, siendo en definitiva el bien jurídico protegido el hábitat urbanístico *previsto legal y reglamentariamente*. Ello, como ya hemos comentado en otros lugares, conlleva en nuestra opinión un germen de formalización que no compartimos.
[1621] VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (arts. 319 y 320), en *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). Aranzadi. Navarra, 2010. p. 271.
[1622] QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*… cit. p. 1087

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Para finalizar, no puede omitirse la particular opinión de SANTANA VEGA, la cual muestra una cierta evolución en sus posicionamientos. Así, en una obra colectiva de 2006 señalaba que el bien jurídico de los delitos urbanísticos estaba constituido por el medio ambiente, el cual, como supraconcepto, englobaría no sólo los elementos propiamente naturales, sino también la ordenación del territorio (el medio ambiente urbano en sus palabras) y el patrimonio histórico-artístico (medio ambiente estético)[1623]. Sin embargo, recientemente se ha mostrado partidaria de que el objeto de protección sea exclusivamente el medio ambiente *urbano*. Este nuevo concepto aparece en su opinión como la mejor opción para fundamentar el merecimiento de pena, así como para subsanar las deficiencias de lesividad y materialidad que presentan los tipos que estudiamos[1624]. Como puede observarse, su evolución lo es desde una concepción omnicomprensiva o global del medio ambiente a una interpretación mucho más restrictiva que tiene que ver sólo con el entorno urbano.

Estas posturas tampoco han estado exentas de críticas. Así, a las mismas se les reprocha principalmente su carácter inespecífico y su falta de concreción. En tal sentido, a decir de ciertos autores, la calidad de vida está relacionada con otros muchos factores que nada tienen que ver con la ordenación espacial, tales como el derecho al trabajo, la promoción profesional, una remuneración suficiente, la asistencia social, las prestaciones de la seguridad social, etc[1625].

En nuestra opinión esta objeción está desenfocada puesto que, aunque lo que se afirma sea cierto en general, tales asertos son de difícil aplicación a las posturas criticadas. Una lectura sosegada de las mismas revela que no se sostiene en ellas que lo protegido sea la calidad de vida en general, sino una parte de la misma, la relacionada con el marco existencial y que tiene que ver con unas especiales características del entorno. Otra cosa, sin embargo, es reconocer que efectivamente dichas posturas no llegan a describir cuáles serían esas características que permiten al entorno o hábitat contribuir a la calidad de vida, de forma que el mismo quede perfectamente identificado como objeto de protección. Este hecho, no obstante, no obliga a desechar este camino

[1623] SANTANA VEGA, D. M. "Delitos urbanísticos…" cit. pp. 320-321.
[1624] SANTANA VEGA, D. M. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo" en *Comentarios al código penal (Reforma LO 5/2010)* (Dirs. CORCOY BIDASOLO, M y MIR PUIG, S.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. p. 717.
[1625] Vid, por todos, BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. pp. 89-90; ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. p. 121.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

en la averiguación del bien jurídico —el cual entendemos como el más acertado[1626]—, sino que invita a hacer un esfuerzo de concreción a partir del mismo. A ello nos dedicaremos en el siguiente apartado.

Para finalizar con este apartado, únicamente nos resta relacionar una serie de posturas dispersas y minoritarias que no tienen cabida en los grandes grupos mencionados hasta ahora y que pueden ubicarse en torno a dos polos.

En el primer extremo encontramos las posturas minoritarias que identifican los suelos protegidos en el tipo objetivo con el bien jurídico, incurriendo de este modo en una confusión entre el objeto de protección y el objeto material del delito. Entre ellos, LASO MARTÍNEZ[1627], ENÉRIZ OLAECHEA o RODAS MONSALVE[1628]. Buen botón de muestra de dichos planteamientos es la reciente opinión de ENÉRIZ: "*En el primer delito* (se refiere al art. 319.1 CP) *el bien jurídicamente protegido es el suelo —urbano, urbanizable o no urbanizable— que tiene valores protegidos legal o administrativamente; en el segundo* (el 319.2) *es el suelo no urbanizable sin especiales valores*[1629]". En el otro extremo son reseñables un conjunto de autores que no identifican de manera certera el objeto de protección. Muy al contrario, mantienen concepciones mixtas y en cierto modo confusas sobre el bien jurídico, que se refieren simultáneamente a varias de las realidades que hemos visto con anterioridad. Dentro de dicho grupo puede citarse a POMARES CINTAS y BERMEJO CHAMORRO, los cuales aluden en sentido extenso a la protección de la calidad de vida (*ratio legis*) a través de la protección inmediata del uso racional del suelo y de la función social del mismo (bien jurídico)[1630]. De manera muy similar FERNÁNDEZ APARICIO alude igualmente al uso racional del suelo como bien jurídico protegido, pero orientado en este caso a conseguir un hábitat digno y adecuado y a garantizar la función social de la

[1626] De la misma opinión, como se ha visto *supra*, SANTANA VEGA, D. M. "De los delitos sobre la ordenación del…" cit. p. 717.
[1627] Vid. LASO MARTÍNEZ, J. L. *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo código penal*. Marcial Pons. Madrid, 1997. pp. 40-41.
[1628] Vid. RODAS MONSALVE, J. C. *Protección penal y medio ambiente*. PPU. Barcelona, 1993. p. 103.
[1629] ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. "Los delitos urbanísticos en la reforma del código penal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 260, 2010. p. 111.
[1630] Vid. POMARES CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. "¿Era necesario reformar los delitos…" cit. pp. 116-117. Como puede observarse, estos autores mantienen una postura hibrida sobre el bien jurídico que permitiría incluirlos tanto entre aquellos que defienden el uso racional del suelo como entre los que se refieren a las funciones del mismo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

propiedad[1631].Igualmente, podrían tener cabida en este grupo CATALÁN Sendero TRIVIÓ PORTÚS. El primero se refiere conjuntamente tanto a un "*ordenado uso del suelo con respecto al medio físico*", como a la "*calidad de vida y del hábitat*[1632]", mientras que el segundo nos dice que el bien jurídico protegido "*no es otro que la calidad de vida, basada en la ordenación racional del territorio y en la utilización adecuada de los recursos naturales*[1633]."

[1631] Vid, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. "Incidencia del código penal sobre la ordenación del territorio", en Revista jurídica de Castilla La Mancha, nº 31, 2001. p. 163
[1632] Vid. CATALÁN SENDER, J. "El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, los principios generales del derecho y las cuestiones previas. Hacia una interpretación sistemática del mismo", en *Cuadernos de política criminal*, nº 66, 1998. pp. 562-563.
[1633]TIRVIÓ PORTÚS, J. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Revista jurídica de Cataluña*, nº 110, 2011. p. 1078.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

6.2. Postura personal: un intento de delimitación material del bien jurídicamente protegido en los delitos urbanísticos

En las líneas que siguen se culminará la presente investigación mediante la aportación de un concepto material de bien jurídico que responda a las exigencias materiales y dogmáticas que para el mismo se han ido señalando previamente. Dicha labor se acometerá metodológicamente a través de dos pasos sucesivos. En un primer momento se formulará un concepto de bien jurídico desde una perspectiva *de lege ferenda,* basado en los datos empíricos, apuntes y requerimientos puestos de manifiesto a lo largo de todos los capítulos precedentes. A continuación, se procederá a una investigación *de lege lata* sobre la aplicabilidad de dicha construcción, esto es, se comprobará si el objeto de protección que hemos confeccionado puede tener cabida en el tenor actual de la ley. En caso de no ser así, se sugerirán muy sucintamente ciertas propuestas de reforma de los tipos, de modo que los mismos puedan acoger el bien jurídico que estimamos debe ser protegido: se trata de contribuir al objetivo de que los delitos urbanísticos respeten los estándares de lesividad material exigidos por un *ius puniendi* legítimo, hecho este que ha sido puesto en duda recurrentemente por buena parte de la doctrina.

6.2.1. Construcción de un bien jurídico desde una perspectiva *de lege ferenda*

6.2.1.1. Punto de partida adoptado: un determinado entorno humano

Como se ha sugerido *supra*, en nuestra opinión la corriente doctrinal que más acertadamente se ha aproximado al tema que aquí se trata es aquella que sostiene que el objeto de protección en los delitos sobre la ordenación del territorio viene constituido, desde una perspectiva material, por un entorno humano de calidad, esto es, un determinado hábitat humano. Precisamente por ello, será esta la senda elegida para perseverar en la construcción de un bien jurídico que permita satisfacer las exigencias materiales que al mismo se demandan, y que aporte luz en la enconada disputa sobre cuál sea la realidad a cuya protección se orientan los delitos urbanísticos.

Tal opción nos parece la más correcta en virtud de tres razones fundamentales que se detallan a continuación.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En primer lugar, estimamos que un determinado marco existencial del ser humano cumple mejor que ninguna otra aproximación la función de síntesis conceptual que se ha señalado como fundamental para el bien jurídico. En este sentido, el uso racional del suelo señala únicamente un medio, un instrumento para conseguir algo que no es otra cosa que un determinado hábitat. Precisamente la calificación de racional se hace pensando en el resultado que se quiere obtener, que no es otro que, como señalara GÓRRIZ ROYO, la consecución de un "*medio ambiente urbano*" o, en otras palabras, "*un hábitat humano digno y que indudablemente contribuye a elevar la calidad de vida de sus habitantes*"[1634]. Como puede observarse, realmente es un determinado medio existencial lo que se intenta preservar y para la consecución de dicha meta el uso racional es meramente instrumental. Consecuentemente, con la alusión directa al hábitat se consigue una mejor síntesis del objeto final de protección, dado que en dicho concepto está claramente incluida la utilización racional del suelo. Para conseguir un hábitat de calidad forzosamente debe llevarse a cabo una utilización racional del suelo.

Por lo que respecta al otro gran grupo de posturas materiales sobre el bien jurídico —las que aluden a la/s función/es del suelo—, ocurre algo parecido a lo acabado de ver. Si en el caso anterior nos encontrábamos con una metonimia que consistía en aludir al medio en lugar de al fin, aquí se menciona a la acción en lugar de al agente. En este caso, referirse a las funciones del suelo supone aludir a una realidad plural que admite un mayor grado de síntesis conceptual a través del objeto genérico que las desarrolla. De otro lado, como también se advirtió en su momento, la referencia a las funciones del suelo resulta demasiado ambigua y depende en demasía del planeamiento urbanístico para su concreción. La función que tenga por relevante y que va a ser protegida será exclusivamente la que señale la no siempre bien embridada discrecionalidad administrativa, con el riesgo de formalización que ello conlleva.

Frente a tales inconvenientes, el hábitat humano aparece como la solución idónea. Así, de una parte, constituye un concepto que sintetiza perfectamente la realidad que lleva a cabo las funciones que se atribuyen al suelo y, de otra, tiene un carácter material

[1634] Vid. GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. p. 581. También puede apreciarse esta relación medio-fin entre el uso racional del suelo y un medio de calidad en otras partes de su obra. Así, GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación*… cit. pp. 584, 472 ó 685. En la última página citada incluso se afirma que la afectación al bien jurídico se constata a través de una devaluación de la calidad del hábitat humano y de una alteración en los valores más relevantes del medio ambiente urbano.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

que no depende del planeamiento, sino que, muy al contrario, permite precisamente orientar la discrecionalidad administrativa en la dirección correcta. De esta manera, cuando se protege el hábitat humano que sirve al desarrollo de la persona se están protegiendo al mismo tiempo todas las funciones positivas que el mismo cumple hasta el punto de que las mismas, como se ha sugerido también con anterioridad, formarían parte del propio sustrato del bien jurídico. En definitiva, si el hábitat es el adecuado para la existencia, cumplirá sobradamente esas funciones que se le demandan para el bienestar humano.

En segundo lugar, el entorno existencial de las personas como bien jurídico tiene unos referentes materiales obvios que permiten la constatación de su lesión de un modo más fácil que sus adversarios. Si constatar la irracionalidad de la utilización de un suelo o la vulneración o no de su función conlleva un importante grado de subjetividad en abstracto —que suele reducirse por remisión al planeamiento administrativo aceptando, por tanto, un cierto grado de formalización—, la mejora o el perjuicio a un determinado hábitat pueden ser constatados de manera objetiva acudiendo a científicos naturales y sociales: estos pueden comprobar fácticamente si con una determinada actuación urbanística efectivamente se ha producido una reducción de los estándares del hábitat , es decir, si se ha producido un empeoramiento en los valores ambientales, una disminución de la diversidad social, un perjuicio a la sostenibilidad económica, un empeoramiento de los niveles de acceso a la vivienda, una reducción de la participación democrática en la transformación del entorno, etc.

En último término, el partir de un determinado entorno para la construcción del bien jurídico también posibilita la fijación de un objeto de protección común para el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, lo cual sería coherente con la visión unitaria que se ha mantenido sobre el *ius puniendi* estatal en esta investigación. En este sentido, si se sigue la senda propuesta por SOTO NAVARRO y se realiza una incursión cognitiva en la regulación sectorial para precisar el contenido del bien jurídico[1635], se puede observar que, a fin de cuentas, la finalidad del derecho urbanístico no es otra que crear una ciudad sujeta a unos parámetros determinados de calidad, es decir, trata de construir un determinado entorno del ser humano a cuya preservación está

[1635] Vid. SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos…" cit. p. 894; SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*…cit. p. 255. En el mismo sentido, ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. p. 101.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

encaminado el derecho administrativo sancionador. Siguiendo con el razonamiento propuesto, indica BOLDOVA PASAMAR que la protección jurídica (en este caso mediante el derecho administrativo urbanístico) que se dispensa a un bien, no puede ser el objeto de protección del derecho penal, sino que precisamente tal objeto debe ser el mismo al que se brinda originariamente protección[1636]. Por lo tanto, si no admite mayor discusión que el derecho urbanístico administrativo busca crear un entorno humano de calidad, entonces tanto derecho administrativo sancionador como derecho penal deben estar orientados teleológicamente a su protección.

Ahora bien, a pesar de lo dicho, partir de la idea de que un determinado entorno o hábitat aparece como la opción más acertada en virtud de los razonamientos aportados no significa que dicha alusión sea suficiente para rellenar el concepto de bien jurídico que estamos buscando. Como reza el propio título de este epígrafe, la idea de entorno es sólo el punto de partida, el cual habrá que profundizar y concretar más de cara a construir un bien jurídico satisfactorio. La mera alusión al entorno o al hábitat de calidad deja abiertas demasiadas cuestiones, en especial las referentes a cuándo nos encontramos ante unos parámetros de calidad, qué dimensión espacial abarca ese hábitat, etc. En definitiva, se trata efectivamente de una alusión muy genérica e indeterminada, como ha puesto de manifiesto críticamente la doctrina. Como consecuencia de ello, en las líneas que siguen, a partir de esa idea matriz del marco existencial humano, se realizará un intento de concreción que tenga muy en cuenta los valores afectados por las conductas urbanísticas dañosas más representativas. Con ello se ofrecerá una caracterización certera del bien jurídico que permita construir tipos delictivos materiales en torno a su lesión.

6.2.1.2. Algunos aportes desde la ecología

Como se vio en el capítulo 4, se asume en esta investigación que el ser humano, a pesar de sus diferencias con el resto de seres vivos, no deja de ser una simple pieza más del sistema que constituye la biosfera y que, por tanto, se encuentra sometido a las mismas reglas que el resto de sus integrantes[1637]. Por esta razón, si vamos a hablar aquí

[1636] Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. pp. 85-86; Así también TOLOSA TRIBIÑO, C. "La nueva regulación de los delitos contra…" cit. p. 133.
[1637] Vid. *supra* apdo. 4.3.1.1.2. B)

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

del entorno de una población[1638] —la humana en este caso—, resulta de un gran valor la aproximación que a estos temas nos brinda la ecología, la cual estudia precisamente las interacciones entre organismos y su entorno en sistemas complejos. Esta disciplina nos suministrará importantes conceptos y construcciones que ayudarán a perfilar el bien jurídico protegido desde una perspectiva coherente con la realidad científica y que, asimismo, facilitarán la comprensión de su contenido por otras ciencias distintas a la jurídica.

A) La idea de socioecosistema

El primer concepto que nos va a resultar de interés de cara a nuestro propósito es el de "ecosistema". Dicho concepto fue propuesto por el botánico Arthur TANSLEY (1871-1955), el cual lo definió como la "*unidad de organización que comprende el conjunto total de seres vivos presentes en una determinada área, junto con los factores ambientales físico-quimícos*"[1639].Es decir, se trata de un sistema asentado sobre un determinado sustrato físico en el que sus componentes (seres vivos) se relacionan e interactúan entre ellos y con el medio (*v.g*. la sabana, el bosque tropical, el arrecife coralino…).

Esta definición arranca de la aproximación tradicional al estudio de los sistemas naturales, la cual es conocida en ecología como el llamado ***enfoque evolutivo***. En tal perspectiva de estudio, el componente biológico tiene el predominio conceptual, asumiéndose que todo puede explicarse "de abajo a arriba". En tal sentido, se parte de la idea de que si se conocen bien los componentes básicos del sistema, se podrá explicar el funcionamiento del sistema completo. Dichos componentes básicos vendrían constituidos por la llamada *biocenosis,* es decir, la comunidad de seres vivos y el *biotopo,* el medio físico, el sustrato en el que se desenvuelve dicha comunidad[1640]. La conjunción de ambos daría lugar al ecosistema[1641].

[1638] Se entiende por población un conjunto de individuos de la misma especie que coexisten en un mismo espacio y tiempo.
[1639] Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*. 3ª ed. Pirámide. Madrid, 2013. p. 22.
[1640] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 27.
[1641] Una propiedad que interesa destacar de esta idea es que la misma funciona a diferentes escalas más o menos amplias según el marco de estudio. Así, podemos encontrar ecosistemas desde el nivel de los diferentes organismos hasta el ecosistema global que representa la biosfera. Ello nos muestra que estamos ante un concepto dúctil que puede albergar multitud de realidades en su seno y que permite describir un sinfín de escenarios.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Esta aproximación tradicional no obstante viene siendo últimamente puesta en tela de juicio por su carácter reduccionista, debido precisamente a su asunción de partida de que "el todo no es más que la suma de las partes". Con dicho enfoque, el ecosistema adquiere una forma mayormente conceptual y descriptiva que no responde fielmente a los procesos reales que tienen lugar en el mismo. El concepto que tratamos aparecería así simplemente como una herramienta intelectual o pedagógica sin propiedades inherentes a su nivel de organización[1642].

Como reacción a tales críticas, últimamente se está instalando una nueva forma de aproximarse al estudio de las cuestiones ecológicas que se denomina ***enfoque termodinámico o sistémico***. Dicha forma de aproximación, a diferencia de la visión reduccionista, se percata de que el ecosistema como nivel superior de organización tiene unas propiedades intrínsecas que no pueden deducirse de sus componentes inferiores; "el todo es más que la suma de las partes". De acuerdo con este nuevo punto de partida, el también llamado "*holismo*" intenta una aproximación global a ese complejo que es el ecosistema mediante el estudio de los procesos fundamentales y la agregación de los individuos y especies en compartimentos homogéneos (*v.g*. niveles tróficos: herbívoros, carnívoros, autótrofos…). Como resultado de la misma, los ecosistemas aparecen ahora como unidades funcionales caracterizadas por el intercambio de materia y el flujo de energía[1643].

Cuando estas ideas renovadas se aplican a la conservación y la protección de la naturaleza, resultan en que lo relevante no es la protección de especies ni de territorios particularizados, sino la conservación de ecosistemas en cuanto procesos de interacción. Es decir, el objetivo no es la preservación de una parte determinada del ecosistema (una población particular o una parte singular del hábitat) como lo entendía la perspectiva evolutiva, sino el mantenimiento de la funcionalidad genérica de las tramas ecológicas territoriales, es decir, la conservación del flujo de energía y materia de una manera global, lo cual se asume que es garantía a su vez de la preservación de la biodiversidad[1644].

[1642] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 27.
[1643] Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. pp. 28-29.
[1644] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. pp. 411-412.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Otra idea fundamental dentro de este enfoque aplicado a la conservación es que el mantenimiento de esas tramas ecológicas funcionales requiere la consideración de la especie humana como parte integral del sistema[1645]. Es decir, se trata de poner de manifiesto que los ecosistemas no son unas burbujas de cristal naturales en las cuales la presencia del ser humano es extraña y hasta perjudicial, sino que el hombre forma parte de los mismos de una manera equivalente a los demás seres vivos y que, como tal, debe asumirse que su actividad se encuentra integrada en los flujos e interacciones del propio ecosistema, sin estimar que la misma debe ser erradicada o sea una especie de injerencia artificial en su funcionamiento[1646]. Ello nos introduce finalmente de lleno en la idea de "***socioecosistema***", la cual será de una utilidad fundamental en la construcción del bien jurídico.

El "socioecosistema" o "sistema socioecológico" constituye una ampliación o un rediseño del concepto tradicional de ecosistema, de forma que bajo dicha denominación se contempla una entidad formada por personas y naturaleza, de cuya resiliencia[1647] dependen la sostenibilidad y el bienestar humano[1648]. En palabras de BERRAQUERO DÍAZ, el socioecosistema consiste en un sistema en el que se produce una interacción indisoluble entre medio y hombre[1649]. En definitiva, lo más importante de esta idea y lo que se debe retener, como ya se ha señalado, es que la misma da cobertura científica a la existencia de un tipo de ecosistema en el que el hombre es, de manera originaria, parte integrante del mismo, participando de lleno en los procesos que tienen lugar en su seno e interactuando con su medio como un todo complejo que debe ser conservado en su integridad a la vez que se asegura su carácter sustentable. En el socioecosistema, el ser humano obtiene unos valiosos servicios del ecosistema y a su vez actúa sobre el mismo

[1645] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 412.
[1646] Esto es tan así, que ciertos ecosistemas "naturales" serían impensables sin la actividad humana como, por ejemplo, ocurre con el ecosistema de la dehesa mediterránea.
[1647] Por "resiliencia" se entiende la capacidad del ecosistema de soportar y reponerse de cambios y alteraciones sin perder su salud ecológica o la funcionalidad que lo caracteriza como tal. De manera más intuitiva la resiliencia vendría a ser una propiedad que podría entenderse análoga a la elasticidad de los materiales.
[1648] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 417.
[1649] BERRAQUERO DÍAZ, L. "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" [en línea]. 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, 2010. p. 6. Disponible en la página web: http://centrodeestudiosandaluces.es/actividades/comunicaciones/1277979370136162587 8_L4_Luis%20Berraquero_def.pdf

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sin que dicha actuación deba ser vista como una injerencia inapropiada o extraña. Sobre el origen y la naturaleza de tales servicios se profundizará a continuación.

B) Los servicios ecosistémicos y el capital natural

Como se acaba de ver, en los ecosistemas en los que habita el ser humano —los llamados socioecosistemas—, el mismo recibe de aquéllos una serie de utilidades en forma de bienes y servicios que se conocen como "***servicios ecosistémicos***".

En realidad, no es nada nuevo descubrir que las personas necesitan para su subsistencia una serie de aportes provenientes de su medio circundante, ni tampoco constatar la fuerte dependencia que existe con respecto al mismo. Así, tanto el bienestar humano como su desarrollo económico y social son difícilmente alcanzables sin el concurso del hábitat. Esta realidad es más obvia en sociedades primitivas con economías de supervivencia ligadas al medio natural, pero se da igualmente en las sociedades avanzadas y fuertemente terciarizadas, en las que la sociedad humana depende de los aportes del medio[1650]. También en este último tipo de sociedades todos los bienes y servicios dependen de transformaciones de materiales y energía que sólo pueden ser obtenidos de la naturaleza, si bien en este caso la explotación no recae principalmente sobre su propio territorio, sino que esas aportaciones son obtenidas de ecosistemas de todo el planeta a través de los mercados globalizados y tras haber sido transportados largas distancias.

Pues bien, todos estos aportes esenciales provenientes del ecosistema constituyen en esencia lo que se ha denominado servicios ecosistémicos. Tradicionalmente la economía hablaba de "*bienes*" y el valor de los ecosistemas provenía de su capacidad para generarlos siempre que se les pudiera asignar un valor comercial (alimentos, recursos minerales, compuestos medicinales…). Sin embargo, en la actualidad, y sobre todo a partir de la "Evaluación de los ecosistemas del milenio[1651]", se ha adoptado este

[1650] Se ha cifrado la aportación anual de estos servicios al bienestar humano concretamente en una media de 33 trillones de dólares (10^{12}), la cual es 1,8 veces la cantidad que constituye el producto nacional bruto mundial (alrededor de 18 trillones de dólares por año). Vid. CONSTANZA, R. y OTROS, "The value of the world´s ecosystem services and natural capital", en *Nature*. nº. 387, 1997. p. 259.

[1651] El "Programa científico internacional de la evaluación de los ecosistemas del milenio" (en adelante EM) es una evaluación científica a nivel mundial sobre el estado de los ecosistemas, la cual, dirigida por los ecólogos Harold MOONEY y Angela CROPPER, tiene como objetivo central suministrar información científica a los tomadores de decisiones y al público en general sobre las consecuencias que las alteraciones que se están produciendo en los ecosistemas del planeta tienen sobre el bienestar humano, así como facilitar las posibles opciones de respuesta a esos cambios. Vid. MONTES, C. y SALA, O. "La

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

nuevo concepto de mayor amplitud que, junto a los bienes, engloba todos aquellos beneficios de los ecosistemas que tienen una incidencia directa o indirecta en el bienestar de la población humana[1652] aunque los mismos sean difícilmente evaluables económicamente[1653]pues en muchos casos son servicios no mediados por los mercados, sino consumidos o disfrutados directamente por los humanos sin necesidad de transacciones mercantiles[1654].

Los servicios ecosistémicos no deben confundirse con las "*funciones de los ecosistemas*". Estas últimas designan la estructura y el funcionamiento de los ecosistemas con capacidad de generar servicios que satisfagan las necesidades humanas de forma directa o indirecta[1655]. Como aclara RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, las funciones existen independientemente de su uso, demanda o disfrute, traduciéndose en servicios sólo cuando son usadas de forma consciente o inconsciente por la población[1656]. En definitiva, la relación entre funciones y servicios puede verse como una relación entre beneficios en potencia y beneficios en acto. Así, los beneficios potenciales (funciones de los ecosistemas) se concretan en beneficios en acto (servicios) una vez que son demandados, usados o disfrutados por las personas y se les asignan valores instrumentales. En ese momento las funciones pasan a ser reconceptualizadas, ya dentro de un marco meramente antropocéntrico, como servicios ecosistémicos. A modo de ejemplo, en un bosque en el que no se lleven a cabo talas, la función de producción de

evaluación de los ecosistemas del milenio. Las relaciones entre el funcionamiento de los ecosistemas y el bienestar humano", en *Ecosistemas*, nº 16. 2007. pp. 137-147. Vid. tb. para mayor detalle, MILLENNIUM ASSESSMENT. *Ecosystems and Human Well-being. A Framework for assessment*. Island Press. Washington, 2003; MILLENNIUM ASSESSMENT. *Ecosystems and Human Well-being. Synthesis*. Island Press. Washington, 2005; MILLENNIUM ASSESSMENT. *Millennium Ecosystem Assessment. A toolkit for understanding and action. Protecting Nature´s services. Protecting ourselves*. Island Press. Washington, 2007; URL: www. islandpress.com/matoolkit/MAToolkit.pdf .

[1652] La EM los define concretamente como los beneficios que las personas reciben de los ecosistemas. Vid. MONTES, C. y SALA, O. "La evaluación de los ecosistemas del milenio…" cit. p. 141.

[1653] Algunos interesantes intentos de evaluarlos económicamente podemos encontrarlos en NAREDO, J. M. "Cuantificando el capital natural. Más allá del valor económico", en *Economía ecológica*, nº 16, 1998. pp. 31-58; CONSTANZA, R. y OTROS, "The value of…" cit; CONSTANZA, R. y DALY, H. E. "Natural Capital and Sustainable Development", en *Conservation Biology*, nº. 6, 1992. pp. 37-46; BOYD, J. y BANZHAF, S. "What are ecosystem services? The need for standardized environmental accounting units", en *Ecological Economics*, nº. 63, 2007. pp. 616-626;

[1654] Vid. GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y DE GROOT, R. "Capital natural y funciones de los ecosistemas: explorando las bases ecológicas de la economía", en *Ecosistemas*, nº. 16, 2007. p. 5; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 412.

[1655] GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y DE GROOT, R. "Capital natural y funciones…" cit. p. 7.

[1656] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 413

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

madera estará presente, pero el servicio de abastecimiento de madera sólo se dará en el momento en que la madera de dicho bosque sea objeto de explotación[1657].

Estos servicios son brindados por el llamado "***capital natural***". En general, se considera el capital un stock de materiales e informaciones que existen en un determinado momento. Cada forma de capital genera, bien autónomamente, bien en conjunción con los aportes de otro tipo de capital, un flujo de servicios que puede ser usado para transformar materiales o la forma de los mismos para mejorar el bienestar humano[1658]. Como han señalado CONSTANZA y DALY, en el pasado sólo el capital artificial era considerado capital propiamente porque las aportaciones provenientes de la naturaleza eran consideradas gratuitas y prácticamente ilimitadas a escala humana. Así el capital artificial y el humano eran los elementos limitantes del desarrollo económico. Sin embargo, entramos en una era en la que, debido al significativo aumento de la presión humana, los aportes naturales se han convertido en el auténtico factor limitante, puesto que la actividad humana está reduciendo considerablemente la capacidad de los ecosistemas de proveer los recursos en los que se sustenta la productividad del capital artificial[1659]. Precisamente a raíz de la constatación de este cambio de paradigma surge el concepto de capital natural. Con el mismo se trata de poner de relieve, de hacer visible, el importante papel que juegan los ecosistemas en el sustento de las economías[1660]. CONSTANZA y DALY lo han definido *grosso modo* como un stock que genera un flujo de bienes y servicios o renta natural a lo largo del tiempo[1661]. Sin embargo, recientemente se ha matizado dicho concepto aduciendo la necesidad de considerar el capital natural no sólo como un stock o agregación de elementos

[1657] GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y DE GROOT, R. "Capital natural y funciones…" cit. p. 7. Este autor nos muestra un interesante cuadro en el que se ilustran funciones y servicios (tabla 1). Dicha tabla está realizada a partir de la suministrada originalmente por CONSTANZA. Vid CONSTANZA, R. y OTROS. "The value of…" cit. p. 254 (Table 1).
[1658] CONSTANZA, R. y OTROS. "The value of…" cit. p. 254.
[1659] CONSTANZA, R. y DALY, H. E. "Natural Capital and…" cit. pp. 39-40. En este sentido, la Evaluación de ecosistemas del milenio muestra como cerca de las dos terceras partes de los servicios de los sistemas evaluados están decreciendo a nivel mundial. Vid. GONZÁLEZ, J. A., MONTES, C. y OTROS. "Invirtiendo en capital natural: un marco para integrar la sostenibilidad ambiental en las políticas de cooperación", en *Ecosistemas*, nº. 17, 2008 p. 53. Pone de manifiesto también la degradación del capital natural, HEAL, G. "Environmental accounting for ecosystems", en *Ecological Economics*, nº. 61, 2007. p. 694.
[1660] GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y DE GROOT, R. "Capital natural y funciones…" cit. p. 6.
[1661] Vid. CONSTANZA, R. y DALY, H. E. "Natural Capital and…" cit. p. 38. Esta definición es la más utilizada habitualmente en la literatura especializada con leves variaciones. Utiliza la misma en su manual, por ejemplo, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 412. Una definición semejante en GONZÁLEZ, J. A., MONTES, C. y OTROS. "Invirtiendo en capital natural:…" cit p. 61.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

(estructura del ecosistema): A dicho componente estático habría que añadir todos aquellos procesos e interacciones entre los referidos elementos (funcionamiento del ecosistema) que determinan la integridad[1662] y resiliencia ecológica[1663].

El capital natural puede ser de varios tipos[1664], pero lo realmente importante y sobre lo que hay que llamar la atención es que esta forma de capital, al englobar aquellos procesos y funciones ecológicas esenciales para el mantenimiento de la vida, constituye algo no sustituible por las demás tipos de capital. El capital de origen humano y el capital natural, a pesar de ciertas excepciones, no son en general sustituibles sino complementarios. Por lo tanto hay que ser especialmente cuidadosos en asegurar la conservación del llamado capital natural *crítico*, que es aquella parte del stock natural que, no pudiendo ser sustituido, juega un papel imprescindible en el mantenimiento de las funciones y servicios de los ecosistemas esenciales para el bienestar de las sociedades humanas[1665]. Para lograr un desarrollo verdaderamente sostenible precisamente este tipo de capital debería estar en la base de la economía productiva y no al revés, tal y como han señalado GONZÁLEZ, MONTES y OTROS[1666].

6.2.1.3 Aplicación de los conceptos ecológicos a nuestro objeto de investigación

A) La ciudad como socioecosistema por excelencia

Como acabamos de ver, un ecosistema consiste, bien en un agregado de elementos bióticos que habitan e interactúan en (y con) un determinado marco físico (perspectiva evolutiva), bien en un sistema dotado de unidad caracterizado por el intercambio de

[1662] La integridad ecológica se refiere a la persistencia de las condiciones características de la región natural incluyendo los componentes abióticos, la composición y abundancia de las especies nativas y comunidades biológicas y los procesos que las soportan. En la actualidad es muy difícil encontrar condiciones de integridad ecológica absoluta en cualquier parcela de la biosfera. Por ello se acude a la metáfora "salud del ecosistema" como la integridad ecológica suficiente para mantener un flujo de bienes y servicios. Como puede observarse, el concepto de salud ecológica incluye al de integridad ecológica junto con valores instrumentales, realzando así la interdependencia entre el medio natural y la sociedad. Vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*… cit. p. 414.
[1663] Vid. GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y DE GROOT, R. "Capital natural y funciones…" cit. p. 6.
[1664] Según ARONSON, J. y OTROS. "Restauración del capital natural: sin reservas no hay bienes ni servicios", en *Ecosistemas*, nº. 16, 2007. p. 16. hay cuatro tipos de capital natural: 1) renovable (especies vivas y ecosistemas), 2) no renovable (petróleo, carbón…), 3) recuperable (atmósfera, agua potable, suelos fértiles…) y 4) cultivado (áreas y sistemas de producción agropecuaria y silvocultura).
[1665] GONZÁLEZ, J. A., MONTES, C. y OTROS. "Invirtiendo en capital natural:…" cit. p. 63.
[1666] Vid. GONZÁLEZ, J. A., MONTES, C. y OTROS. "Invirtiendo en capital natural:…" cit. p. 61. Vid. especialmente la expresión gráfica de esta idea en la Figura 6 de dicho artículo.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

materia y el flujo de energía (perspectiva termodinámica). Con independencia de la perspectiva que adoptemos, resulta lógico considerar que el ser humano, en cuanto una especie más que habita el planeta, también desarrollará su existencia en el ámbito de un determinado ecosistema.

Esta idea, sin embargo, no resulta tan obvia como pudiera parecer. Aún son numerosas las voces que se empeñan en considerar al ser humano como una entidad separada del resto de la naturaleza que no se somete a sus condicionamientos ni debe ser estudiada bajo las categorías de las ciencias naturales. Esa supuesta esencia humana, precisamente, lo separaría ontológicamente del resto de habitantes del planeta y justificaría un trato y un carácter diferenciado. Desde tal perspectiva, el ser humano se encontraría en una especie de burbuja aséptica frente a la naturaleza a la que se enfrentaría en un juego de suma cero. Toda concesión a lo natural supondría una merma de lo humano y viceversa. Dentro de dicho paradigma, el ecosistema sería un concepto que tiene que ver con el funcionamiento de la naturaleza, pero que no tiene mucho que aportar propiamente con relación a los humanos y a su forma de desenvolverse.

Esta última afirmación quiere ser severamente contestada en la presente investigación. Como se ha mantenido de manera reiterada, el ser humano es una especie más que, únicamente, ha adoptado una estrategia evolutiva particular. Como consecuencia de ello, no hay que considerarlo como una pieza separada de todo el engranaje natural, sino plenamente integrado en él con su propia manera de desenvolverse. Con tal premisa de partida, se lo va a estudiar aquí como un ser vivo más que, como no puede ser de otra manera, estará integrado en un determinado ecosistema para desarrollar su ciclo vital.

Esto último no quiere decir que los hombres no tengan unas características inherentes, negarlo sería tan absurdo como negar la capacidad de volar de los pájaros. En tal sentido, el ser humano posee una increíble capacidad de manipulación y utilización de instrumentos. Fruto de ello, sobre todo en las sociedades más avanzadas, la relación humana con el medio se caracteriza, no por su adaptación al mismo, sino, muy al contrario, por la modificación de éste para adaptarlo a sus necesidades vitales. Ello da lugar a un tipo de ecosistema característicamente humano: la ciudad o la

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

urbe[1667]. En tal sentido señala SALINERO ALONSO que, junto al medio ambiente natural, puede hablarse también de un medio ambiente humano o construido[1668].

La ciudad se amolda sin problemas a la idea de ecosistema puesto que la misma responde perfectamente a las características con las que hemos definido tal concepto. Así, tal y como señala la Evaluación de los ecosistemas del milenio de Andalucía, desde una perspectiva termodinámica "*las áreas urbanas comportan un ecosistema que como tal intercambia energía, agua, materiales e información con el entorno*[1669]".

La característica principal de este ecosistema que lo singulariza con respecto a otros es que el mismo se halla fuertemente artificializado[1670]. En la urbe, la acción humana se encuentra por doquier. El ser humano en un ámbito geográfico acotado crea estructuras, inicia procesos, flujos de energía, intercambio de materiales e información, etc. A pesar de ello, no puede olvidarse tampoco que en dicho ecosistema se incluyen igualmente las áreas naturales o mixtas que circundan al núcleo propiamente urbano[1671]. De ellas el centro urbanizado del ecosistema toma energía, materiales y otros servicios (*v.g.* esparcimiento, contemplación paisajística…) y excreta productos de desecho. De un modo muy gráfico, si bien a otra escala, las ciudades pueden compararse con los termiteros u hormigueros: De manera análoga a lo que ocurre en dichas colonias, un organismo social con una marcada división de tareas utiliza los materiales que le ofrece la naturaleza, directamente o procesados, y a partir de los mismos genera un entorno con unas características propias con respecto al estado originario "salvaje" que le brinda una serie de servicios.

El escenario propuesto encaja a la perfección en el novedoso concepto de socioecosistema. Dicho término permitía una nueva contemplación del ecosistema en la que se tuviera en cuenta el protagonismo humano como parte consustancial del mismo,

[1667] En este sentido tb. ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 36.
[1668] SALINERO ALONSO, C. "Delitos contra la ordenación del…" cit. pp. 1332-1333.
[1669] ACOSTA, R., CANO, A. y OTROS. "Estado y tendencia de los servicios de los ecosistemas urbanos en Andalucía" [en línea], en *Evaluación de los ecosistemas del milenio de Andalucía*. Consejería de medio ambiente de la Junta de Andalucía. Sevilla, 2012. p. 6. Disponible en la página web: http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/web/temas_ambientales/biodiversidad/capital_natural/resultados/ema_urbanos_informe.pdf . También mantienen esta misma visión ecosistémica de la ciudad, SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J. La ciudad, objeto de protección penal… cit. p. 261.
[1670] En este sentido, SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. Tratamiento penal del espacio… cit. p. 154; ACOSTA, R., CANO, A. y OTROS. "Estado y tendencia de los servicios de…" cit. p. 6.
[1671] Así, BERRAQUERO DÍAZ, L. "Revisiones teóricas en torno a los conceptos de socioecosistema urbano y…" cit. p. 4.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de forma que se difumina la dicotomía naturaleza-sociedad[1672].Como ha podido comprobarse, ello es característico de la ciudad y, por tanto, ésta puede considerarse como el socioecosistema por antonomasia, en el cual la interacción humana con el medio está más presente que en cualquier otro[1673]. Así, en el socioecosistema de la dehesa mediterránea la acción humana es importante para su conformación (mantenimiento de prados, introducción de herbívoros…), pero la apariencia mayoritaria sigue siendo silvestre. En la ciudad, sin embargo, dicha acción se convierte en esencial y llega a transmutar completamente la estructura del sistema.

B) La transposición del concepto de capital natural al ámbito del socioecosistema urbano: el capital urbano

Según pudimos comprobar *supra*, el término "servicios ecosistémicos" designa las utilidades que un determinado ecosistema brinda a la población humana que en él cohabita de cara a la consecución de su bienestar (*v. g.* mantenimiento de la calidad del aire, mantenimiento de un clima adecuado, drenaje, irrigación natural, productividad de los suelos, filtrado de aerosoles, mantenimiento de la biodiversidad, caza, disfrute paisajístico, ecoturismo…[1674]). Como también se vio, dichos servicios son provistos de forma genérica por el llamado "capital natural". Tal término, como sabemos, designa el stock o agregado de elementos naturales existentes en el ecosistema y los procesos de interacción entre ellos que hacen posible el mantenimiento del flujo de servicios a los humanos. Dicho capital estaría integrado por la composición del aire, la estructura del suelo, la comunidad biológica, los acuíferos, los yacimientos minerales…

A partir de lo dicho, sería lícito suponer que si la ciudad constituye también un ecosistema brindará, al igual que hacen los demás, una serie de servicios ecosistémicos para la consecución del bienestar humano. Ahora bien, no puede olvidarse en este razonamiento que la ciudad es un tipo particular de ecosistema al que hemos denominado "socioecosistema urbano". Como sabemos, tal socioecosistema está caracterizado en general por incluir la acción humana como elemento sustancial y en

[1672] ESCALERA REYES, J, y RUIZ BALLESTEROS, E. "Resiliencia socioecológica: aportaciones y retos desde la antropología", en *Revista de antropología social,* nº, 20, 2011. p. 113.
[1673] BERRAQUERO DÍAZ, L. "Revisiones teóricas en torno a los conceptos de socioecosistema urbano y…" cit. p. 3.
[1674] Servicios ecosistémicos tomados de la tabla 1, en GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y DE GROOT, R. "Capital natural y funciones…" cit. p. 7.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

particular por lo reducido del componente "natural" frente al humano o artificial. De forma consecuente, no es demasiado aventurado considerar que este especial socioecosistema generará unos servicios singulares puramente urbanos y diversos a los naturales.

A lo largo de los tres primeros capítulos de esta investigación se ha podido constatar extensamente cómo el espacio construido, la urbe generada por el hombre, efectivamente aportaba una serie de utilidades para la sociedad. En el capítulo primero se tuvo la oportunidad de comprobar cómo el espacio urbano tenía un importante papel en el control de la incidencia de los estresores ambientales (ruido, polución, temperatura, hacinamiento…), el suministro de importantes pautas para la orientación y la confección de mapas cognitivos, así como, por último, la generación de una serie de conexiones psicológicas con el medio que eran fundamentales para el desarrollo psíquico de las personas, tales como el apego al lugar, la satisfacción residencial, la apropiación del lugar, la identificación simbólica, la territorialidad, etc. En el capítulo segundo por su parte se estudio la contribución de los procesos económicos de creación de ciudad y suministro de viviendas al global de la economía, comprobándose que la ciudad mediante su desenvolvimiento participaba en la generación de empleo, de actividad económica y de ingreso a las arcas públicas. Por último, en el capítulo tercero, se analizaron varios aspectos sociológicos y se tomó nota de diversas contribuciones del espacio urbano. En primer lugar se constató que el espacio urbano puede poseer en su radio externo zonas de suelo natural, las cuales cumplen funciones naturales propiamente dichas para la urbe (abastecimiento de materias primas, filtrado de gases, regulación climática…), pero también otras funciones no tan obvias como la contemplación paisajística, la descarga perceptiva, la identificación simbólica, etc. Junto a ese espacio natural aledaño también existía suelo natural en el corazón de las urbes en la forma de parques y jardines que igualmente realizaban ese aporte desde el núcleo de la ciudad. En segundo lugar se analizaron las cuestiones que tenían que ver con la vivienda. En este aspecto quedó claro que la urbe está implicada de lleno en la satisfacción de la necesidad de alojamiento de los ciudadanos en sentido extenso[1675] y, muy relacionado con ello, también jugaba un rol de primer nivel en el proceso de emancipación juvenil y, por tanto, en el proceso de relevo generacional. En tercer lugar,

[1675] Como se recordará ese sentido extenso se refiere a suministrar no sólo un cobijo físico a las personas, sino también un entorno apropiado que redunde en una mayor calidad de vida.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

se vio que el proceso de creación de ciudad, siempre y cuando se haga con la participación democrática de los ciudadanos era fundamental para el mecanismo de acción/transformación tan necesario para la identificación simbólica o el desarrollo del sentimiento de territorialidad. Igualmente la creación de la ciudad está íntimamente vinculada con la formación democrática de la ciudadanía y con la limitación de la corrupción, suministrando un importante espacio para la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas. Por último, se puso de manifiesto que el entorno urbano suministraba aportes decisivos para conseguir una vida social rica en la urbe y para aumentar la seguridad y la cohesión social entre todos sus habitantes. Junto a todo ello, la cuidad tiene otras muchas influencias en otros aspectos en los que no se ha reparado simplemente por una cuestión de extensión (cuestiones de género, educativas, etc.).

Todas las utilidades y contribuciones acabadas de referir pueden concebirse sin mayor problema como "*servicios socioecosistémicos urbanos*", los cuales constituirían una clase análoga a los servicios naturales en el ámbito específico del socioecosistema urbano. De este modo, un determinado tipo de ciudad u otro puede hacer que estos servicios se cumplan mejor o peor o que, incluso, dejen de ser suministrados a la sociedad.

Pues bien, la hipótesis que a partir de lo anterior se quiere introducir en este apartado es que si en los ecosistemas naturales se puede hablar de un capital natural que suministra servicios naturales, aquí podría hablarse de la existencia de un "*capital urbano*"[1676] que estaría formado por el agregado de elementos físicos (edificios, espacios abiertos, red viaria, estructura urbana…) que conforman la ciudad, así como por los usos y procesos a los cuales dan lugar. Este capital urbano brindaría unos servicios específicamente urbanos que contribuirían al bienestar y a la calidad de vida de los seres humanos que allí habitan. Su configuración concreta y, consecuentemente, el suministro de los servicios urbanos dependerá por tanto directamente de la ordenación que tenga la ciudad a través del urbanismo. Este concepto resulta de gran interés porque el mismo recoge no solo el aspecto puramente físico del espacio, sino también los procesos que tienen lugar en su virtud. En tal sentido han señalado SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL la importancia de no

[1676] Concepto sugerido por RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, catedrático de ecología de la Universidad de Málaga, en una interesante conversación personal sobre el objeto de esta tesis doctoral.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

centrar la reflexión únicamente en los aspectos físicos de la ciudad, sino de prestar atención también a los estudios sobre transformaciones productivas, prácticas sociales, modificaciones en los sistemas urbanos, formas de gobierno, etc. Sin estos otros aspectos, señalan los autores, no sería posible avanzar en la comprensión de las nuevas formas de lo urbano ni replantear los instrumentos de intervención adecuados para su control desde el planeamiento[1677].

En conclusión, se va a adoptar aquí el concepto de "capital urbano", entendido como la base física de la ciudad junto con los usos y procesos por ella suministrados. Este capital juega un papel fundamental en la provisión a las personas de los servicios urbanos que se han visto a lo largo de toda la parte inicial de esta investigación y que se han recordado sucintamente en este apartado.

6.2.1.4. El capital urbano como bien jurídico protegido en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: algunas precisiones

Llegados a este punto, disponemos ya de todos los instrumentos conceptuales necesarios para abordar desde una perspectiva *de lege ferenda* la construcción de un bien jurídico para los delitos *sobre la ordenación del territorio y el urbanismo* que satisfaga las exigencias de concreción y materialidad que nos hemos impuesto en el capítulo 5.

Como ya se vio *supra*[1678], el bien jurídico tiene un carácter eminentemente instrumental. Tal constructo jurídico no alude a una realidad sustantiva que se encuentre el legislador en el mundo real ni suministra por sí solo los contenidos de tutela del derecho penal, sino que únicamente constituye un instrumento técnico a través del cual se muestra la realidad sobre la que inciden los comportamientos dañosos socialmente. Es decir, el bien jurídico es un instrumento legal que abstrae en un único concepto las realidades sociales valiosas sobre las que inciden determinados comportamientos lesivos y que permite construir en torno a él unos tipos penales que recojan conductas capaces de lesionarlo o ponerlo en peligro. En tal sentido, el bien jurídico aparece exclusivamente como un instrumento para sintetizar y no para seleccionar los

[1677] SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J. *La ciudad, objeto de protección penal*… cit. pp. 275-276.
[1678] Vid. Cap. 5. Apdo. 5.1.3.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

presupuestos esenciales para la convivencia en un determinado ámbito[1679]. De acuerdo con estas premisas, se intentará en el presente apartado inferir un objeto de tutela que condense de forma unitaria los presupuestos esenciales para la convivencia alojados en el particular ámbito de la implantación territorial del ser humano.

A tal efecto, en el capítulo anterior se realizó un prolijo análisis sobre una parte representativa de un total de 234 conductas urbanísticas problemáticas[1680]. En dicho análisis se verificó su "lesividad" y su "esencialidad", dando lugar a una selección de conductas aun más reducida a las que podía prestar atención legítimamente el *ius puniendi* globalmente considerado, así como de otras que no se entendían lo suficientemente lesivas como para ello[1681]. Teniendo tales conductas por representativas del total de conductas desviadas urbanísticas, se analizaron los intereses o funciones sobre los que sus efectos dañosos recaían principalmente para, a partir de tal observación, poder concluir qué realidad sustantiva es la que se debe preservar mediante el recurso al derecho punitivo.

Como resultado del análisis antedicho se concluyó que, en todos los casos, las conductas obtenidas, bien lesionaban una serie de valores o características de los suelos que les permiten desarrollar una serie de funciones de suma importancia para nuestra sociedad, bien los ponían —como mínimo— en peligro hipotético[1682]. En dicho sentido, pudimos percatarnos[1683] de cómo cualquiera de las conductas que habíamos seleccionado producía un atentado de diversa intensidad a valores esenciales para el cumplimiento de funciones que tenían que ver con el bienestar y la salud psicológica (mecanismos de satisfacción residencial, apropiación del espacio, sentimiento de territorialidad, apego al lugar…), el desenvolvimiento espacial en el medio (confección de mapas mentales), la identificación simbólica (mecanismos de identificación de lugar y de autopercepción), la estabilidad económica, el empleo estable a largo plazo, el sostenimiento estatal, la regulación climática, el filtrado de contaminantes, el soporte espacial a otras especies que forman parte de la comunidad biológica del ecosistema humano, el acceso a la vivienda, la prevención de la delincuencia, la cohesión social, la

[1679] Vid. en tal sentido, SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos*… cit. p. 82;
[1680] Vid. *supra*, Cap. 5, Apdo. 5.3.2.2. A). Tablas 1 y 2.
[1681] Vid. *supra*, Cap. 5, Apdo. 5.3.2.2. letras B) y C).
[1682] Al respecto del concepto que mantenemos aquí sobre este tipo de peligro vid. *supra*, Cap. 5, Apdo. 5.3.2.2. B) (nota 1422).
[1683] Vid. *supra*, Cap. 5, Apdo. 5.3.2.2. D)

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

participación democrática en el diseño del hábitat y un largo etcétera, como se acaba de ver unas pocas líneas más arriba.

Pues bien, si se pone en relación estos resultados con los conceptos ecológicos que se han introducido en este capítulo resulta evidente que esas funciones que son afectadas por las conductas urbanísticas más gravemente lesivas no son otra cosa que lo que se ha denominado *servicios sociecosistémicos urbanos*[1684]. Es decir, se trata de las utilidades específicas que presta a la sociedad urbana su socioecosistema, esto es, la ciudad junto con su contexto natural inmediato.

Siguiendo con el razonamiento, 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*** aparece como un instrumento privilegiado a tal fin. Dicho concepto, importado desde la ecología y adaptado a nuestros intereses, resulta de suma utilidad en cuanto se refiere al conjunto formado por los elementos físicos de la ciudad y por los procesos o posibilidades de uso a que dan lugar, todos los cuales suministran los servicios socioecosistémicos a los que se viene haciendo mención. De esta manera, con la idea propuesta es posible sintetizar adecuadamente en un único concepto todas las realidades materiales del socioecosistema que prestan las funciones esenciales que se han enumerado. Todas ellas son moduladas por la ordenación urbana y son a su vez el blanco de las conductas dañosas seleccionadas.

Junto a lo anterior, el capital urbano presenta otras ventajas importantes de cara a la consolidación de un bien jurídico.

En primer lugar, el concepto suministrado opera claramente a una escala local-urbana. Como se vio[1685], dicho ámbito espacial era el más recomendable para configurar el bien jurídico pues solo en él podía constatarse con seguridad la efectiva lesividad de las acciones individuales. El capital urbano lo es de cada ciudad o núcleo de población por separado y, por tanto, permite constatar materialmente e incluso, con los instrumentos adecuados, cuantificar las mermas en el mismo. Nos alejamos así del ámbito de la ordenación del territorio en el que los efectos dañosos de una única acción humana muy difícilmente pueden medirse.

[1684] Vid. *supra*, Apdo. 6.2.1.3. B)
[1685] Vid. *supra*, Apdo. 6.1.1. *in fine*.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En segundo lugar, con el capital urbano se ofrece un objeto susceptible de ser protegido perfectamente tanto por el derecho penal como por el derecho administrativo sancionador. Como se ha mantenido reiteradamente, el derecho penal no puede proteger a otra rama del ordenamiento jurídico (el derecho urbanístico en este caso), sino lo mismo que en él[1686]. Por lo tanto, si lo que busca el derecho urbanístico es generar una ciudad que preste servicios a sus habitantes, generar capital urbano en definitiva, es a esta realidad subyacente a la que se brindará forzosamente protección mediante ambas ramas del *ius puniendi* estatal. Con dicha asunción se contesta la opinión que sostiene que las meras violaciones legales son el objeto natural del derecho administrativo sancionador. Ello supondría una diferenciación ontológica con el derecho penal que no puede sostenerse actualmente a la luz del triunfo doctrinal de la concepción unitaria del derecho punitivo.

En tercer lugar, el concepto que se ha elegido responde mejor que cualquier otro a la terminología ecológica actual. Si bien lo que tratamos de expresar es algo análogo a lo que hasta ahora se ha designado por algunos autores como "hábitat", existen algunas diferencias de calado. Así, el término "hábitat", designa exclusivamente el soporte físico en el que se desenvuelve una determinada población biológica, es decir, vendría a ser el biotopo de un ecosistema considerado exclusivamente desde la perspectiva de una especie, en este caso, la humana. Tal terminología propia de la perspectiva ecológica evolutiva está actualmente en franco retroceso y, como ya se criticó, responde a una visión meramente descriptiva que no atiende debidamente al funcionamiento real de los ecosistemas. Si se alude al hábitat, se estaría haciendo referencia simplemente a la parte meramente física —escénica por así decirlo—, pero se desconocerían los procesos que tienen lugar en su seno o a los que se da lugar como, por ejemplo, la acción de los vegetales ubicados en la ciudad en el intercambio gaseoso, los procesos económicos en la construcción, los procesos de integración social a que da lugar un determinado uso del suelo, etc. Con el término capital urbano, en cambio, se da cabida a todo ello y se posibilita tener en cuenta a la influencia del urbanismo sobre todos esos aspectos.

En definitiva, el concepto de capital urbano se postula como la base más apropiada para designar el bien jurídico protegido. Tal término aglutina satisfactoriamente los componentes de la ciudad mediados por el urbanismo que brindan

[1686] En este sentido, como ya se vio, BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*… cit. p. 85

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

una serie de servicios muy valiosos para los habitantes debido a su contribución a una correcta articulación social.

Ahora bien, no podemos quedarnos aquí. Si se alude simplemente al capital urbano sin hacer más puntualizaciones, se estaría pecando de una inconcreción similar a la que se reprocha a los que sostienen que el bien jurídico es el hábitat. Efectivamente, todas las ciudades, sean como sean, poseen un nivel de capital urbano, al igual que todas las comunidades humanas poseen un hábitat. Decir que el derecho penal debe proteger esas realidades tan difusas es tanto como no decir nada.

Precisamente por ello, el concepto apuntado debe adquirir unas características concretas que lo singularicen y le permitan ser el objeto de protección del *ius puniendi*. Ello se va a conseguir introduciendo las referencias axiológicas correspondientes. A tal fin va a ser fundamental el modelo de ordenación territorial adoptado en el capítulo 4 y, sobre todo, su corolario lógico: el derecho humano a la ciudad.

Como se ha ido viendo a lo largo de toda la investigación, no es indiferente cómo sea el entorno construido del ser humano. Una ciudad con una configuración u otra puede brindar importantes servicios a las personas o privarles de ellos influyendo de este modo poderosamente en su calidad de vida y en la convivencia interpersonal. De este modo, la creación de la ciudad no puede ser completamente libre ni arbitraria, sino que, de acuerdo al modelo de ordenación territorial adoptado —el cual está basado en el consenso constitucional—, cuando se crea ciudad debe perseguirse posibilitar el máximo desarrollo personal de los ciudadanos en todos los aspectos en los que la ciudad incide.

La mejor plasmación de este anhelo la hallamos en el ***derecho humano emergente a la ciudad***. Según se vio en el capítulo 4 *in fine*, tal derecho, en la formulación que le daba el artículo 7 de la Declaración universal de los derechos humanos emergentes, "*asegura que todo ser humano y toda comunidad encuentren en la ciudad las condiciones para su plena realización política, económica, social, cultural y ecológica*." Es decir, se trata de convertir la urbe en un instrumento de desarrollo de los ciudadanos que potencie la realización de los derechos inherentes a la persona a través de todas sus expresiones físicas y de todos los procesos que tengan lugar en su seno. La ciudad, por encima de políticas e intereses particulares, debe asegurar que su

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

conformación espacial redunde en unos servicios que maximicen los derechos de sus habitantes. Es, en definitiva, la realización en el espacio urbano del conjunto de los derechos de las personas, la realización de su ciudadanía entendida como derecho a tener derechos[1687].

El instrumento idóneo para la realización de este derecho es el urbanismo, en cuanto dicha rama del ordenamiento jurídico es la que crea la ciudad y la configura en un sentido u en otro. De tal manera, es éste y no otro el capital urbano al que debe dar lugar dicha disciplina jurídica en un estado democrático y social como el que hemos consensuado. Así, el agregado de elementos físicos que componen la ciudad y los procesos que tienen lugar en su seno deben direccionarse hacia la satisfacción de los derechos de las personas y hacia la maximización de su bienestar y de su integración plena e igual en la sociedad. Por tanto, si este es el objetivo al que apunta el urbanismo, a dicho fin material es al que el derecho penal debe brindar su protección junto con el derecho administrativo sancionador. Se trata de proteger el ***capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad***[1688]. Cualquier acción que merme sustancialmente o ponga en grave peligro este capital así conformado será susceptible de ser castigada legítimamente por el derecho punitivo.

El concepto que se aporta resulta asimismo de una gran utilidad en relación a las conductas de prevaricación urbanística puesto que tal bien jurídico permite embridar adecuadamente la discrecionalidad administrativa. En virtud del mismo, cualquier acción administrativa (*v. g*. un convenio urbanístico, una modificación de planeamiento, etc.) que produzca una sustancial reducción del capital urbano acorde al derecho a la ciudad será, como poco, susceptible de ser investigada, aunque formalmente se haya respetado el proceso administrativo de toma de decisiones.

6.2.2. Apuntes *de lege lata* sobre la aplicabilidad del bien jurídico adoptado

Una vez construido un bien jurídico que posee una sólida base real y que responde a las exigencias materiales previamente adoptadas, el objeto de las líneas que siguen es comprobar si dicho bien es el que efectivamente aparece recogido en los tipos legales contenidos en el código penal. De este modo, se intenta dar operatividad a la llamada

[1687] CASAL, A. "Derecho a la ciudad y justicia social…" cit. p. 30 y ss.
[1688] Sobre la posibilidad de que nuevos derechos humanos fundamenten nuevos intereses dignos de tutela penal, vid. NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito*:… cit. pp. 96-98.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

función crítica del bien jurídico. Para llevar a cabo tal función no es suficiente con comprobar si el objeto al que se da protección de facto en la ley responde simplemente a las características definitorias de un bien jurídico (existencia social, concreción…), sino que es preciso verificar si en los concretos tipos penales se da protección a un bien jurídico que responde a un análisis separado y certero de la realidad social[1689] para, en otro caso, reclamar de manera justificada las reformas oportunas o directamente su supresión

A la hora de abordar el tema, lo primero que destaca, como ya se ha visto en las páginas iniciales de este capítulo, es que la cuestión está marcada por un profundo disenso. Existen opiniones doctrinales de todos los colores sobre cuál sea el objeto de protección en los delitos que estudiamos.

En cuanto a los tipos, su redacción positiva se ha visto modificada recientemente. La reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio los ha reformulado del siguiente modo:

Art. 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.
2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de

[1689] En el mismo sentido NAVARRO CARDOSO sostiene que hay que delimitar, ante todo, lo que quiere protegerse para después poder identificar adecuadamente las conductas que quieren prohibirse sin intentar identificar el objeto de protección a partir de la norma, ya que ello conduce a un círculo vicioso en el que primero se busca el bien jurídico a partir de la norma y luego se utiliza el mismo para interpretarla. Vid. NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito*:… cit. pp. 96-97 y 88; en un sentido similar, ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. 95.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.
4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando fuere responsable una persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio.
5. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Art. 320

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses.
2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

Esta nueva redacción supone un intento de materialización del bien jurídico por parte del legislador, al menos en lo que se refiere a los delitos de construcción —Art. 319—. En ellos, aparte de otras modificaciones de diverso signo, se ha eliminado la alusión a las construcciones "no autorizadas", que se ha sustituido por el adjetivo "no autorizables". Dicho cambio, que ya se aplicaba de ordinario por vía interpretativa, pretende asegurar que las contravenciones a la legislación urbanística que integran el injusto sean claramente incompatibles con el ordenamiento jurídico, intentando alejar

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

con ello el fantasma de unos tipos formales o de mera desobediencia. En este sentido, aunque la dirección es la acertada, la modificación operada no nos parece suficiente.

En lo que respecta al artículo 319 CP, teniendo en cuenta que el elemento característico de la acción sigue siendo el carácter no autorizable y por tanto la contradicción con el planeamiento, puede coincidirse con SÁNCHEZ DOMINGO en que la estructura del delito no aporta dato material alguno sobre la entidad de la lesión o el riesgo jurídicamente desaprobado[1690]. En realidad, dicho riesgo se entiende que concurre en todo caso con la mera realización formal de la acción típica[1691], con lo que nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure* de lesión del bien jurídico en el momento en que se transgrede la legislación administrativa, sin exigir la constatación de un efectivo atentado al capital urbano acorde al derecho a la ciudad. En tales circunstancias podrían existir actuaciones que contradijeran la legislación administrativa pero no supusieran un atentado al bien jurídico material que se trata de proteger (*v. g.*, en ciertos casos las residencias no vinculadas a una explotación tradicional en suelo no urbanizable ordinario o las construcciones en suelo no urbanizable ordinario sin valores ambientales reseñables[1692].)

Junto a lo anterior, también hay que destacar que la estructura típica adoptada está marcada por las remisiones y los elementos normativos. Se da lugar a una fuerte accesoriedad de derecho con respecto al derecho administrativo y especialmente con respecto al planeamiento urbanístico[1693]. De esa manera, como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, no se señala adecuadamente el núcleo de la acción prohibida, sino que la misma se configura de manera íntegra por remisión a una contravención del planeamiento, por más que no debe ser legalizable en caso alguno. Ello, amén de un atentado al principio de tipicidad, omite la identificación de una conducta lesiva o portadora de un riesgo específico para el bien jurídico y presupone en todo caso una actuación sin tacha de la administración así como su apego fiel a los principios que se

[1690] SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*… cit. pp. 55-56; en el mismo sentido, MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de…" cit. p. 65.
[1691] SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y…" cit. p. 16.
[1692] La justificación del escaso daño social de estas conductas en ciertos casos y, por tanto, de su falta de afectación al bien jurídico ya se trató *supra*. Vid. Cap. 5. Apdo. 5.3.2.2. B) *Actuaciones urbanísticas no legalizables en contra de los usos del suelo en suelo no urbanizable.*
[1693] Este mal no es endémico del derecho penal urbanístico español. En Italia puede contemplarse una situación bastante similar. Vid. PICOTTI, L. "Responabilità penale del direttore dei lavori e di altri professionisti nel nuovo testo único dell´edilizia", en *Rivista giuridica dell´edilizia*, nº 2, 2004. p. 69.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

señalan en la ley, lo cual es mucho suponer a la luz de nuestro pasado reciente y del desenvolvimiento del urbanismo durante la época de bonanza económica[1694].

Por lo que respecta al artículo 320 CP, en él sí que nos encontramos ante una mejor identificación del núcleo de la conducta prohibida. Pero, nuevamente, el atentado al bien jurídico se supone en todo caso con la mera contravención de la normativa urbanística sin aportar mayores datos relativos al riesgo o la lesión jurídicamente desaprobados para el bien jurídico. A ello se une el que en la reforma del código se han añadido como conductas típicas la simple omisión de obligaciones formales —omisión de inspecciones— sin exigir ningún resultado de lesión o peligro ulterior. Por lo tanto, nos encontramos aquí también con un panorama muy similar al acabado de contemplar en el artículo 319 CP. El núcleo del injusto nuevamente está integrado principalmente por una contravención normativa de la que hay que suponer que en todo caso conlleva un atentado al bien jurídico.

En las condiciones antedichas, resulta muy complicado sostener que lo protegido por los tipos penales vigentes sobre delitos urbanísticos sea un bien jurídico de la entidad material del que se ha propuesto unas líneas atrás[1695]. Por consiguiente, es lícito concluir que, a la luz de la redacción legal de los artículos 319 y 320 del código penal —incluso tras la reforma de 2010—, el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad no puede tener cabida en los mismos como bien jurídico. Como ha señalado SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, al final, a pesar de numerosos circunloquios y elaboraciones de equilibrista, se trata de reforzar penalmente las disposiciones administrativas en la materia de modo que su vulneración quede criminalizada[1696]. Es decir, entendemos que, con la redacción legal actual, el bien jurídico protegido en el código penal no puede ser otro que la legalidad administrativa[1697].

Una vez llegados a este punto y visto que el bien jurídico que proponemos no puede tener cabida en el código penal con su actual redacción, es oportuno indicar unas

[1694] Vid en un sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y…" cit. pp. 30-33.
[1695] ALONSO ÁLAMO ha señalado en este sentido que en los tipos, tal y como están redactados, no se requiere expresamente una lesión o puesta en peligro de valores materiales. Puede darse, pero no se exige legislativamente. Vid. ALONSO ÁLAMO, M. "Delitos contra la ordenación del territorio..." cit. p. 71.
[1696] SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. *Tratamiento penal del espacio*… cit. p. 97; igualmente, en SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J. *La ciudad, objeto de protección penal*… cit. p. 176.
[1697] En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*…cit. p. 525; VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística*… cit. p. 92; CASTRO BOBILLO, J. C. "Los delitos contra la ordenación…" cit. p. 410.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

propuestas de reforma de los tipos que, en caso de llevarse a cabo, permitirían cobijar adecuadamente en ellos ese bien jurídico y alejarían definitivamente el fantasma de los tipos formales. Obviamente, las propuestas que se van a realizar no pasarán de unas breves pinceladas y unas líneas generales de actuación. Dada la entidad de la labor que se propone, sería iluso pretender que en unas pocas líneas se pudiera afrontar la redacción exacta de unos nuevos tipos que permitieran acoger satisfactoriamente el bien jurídico material que hemos propuesto. Ciertamente, como ya se ha afirmado en otras ocasiones, el objetivo de construir un objeto de tutela con las características materiales que se han mencionado no es otro que el de poder confeccionar unos tipos que recojan acciones que efectivamente lo lesionen o lo pongan en peligro. Pero dicha labor exigiría realizar un nuevo trabajo de investigación de una entidad que, como se ha señalado, no se está en condiciones de afrontar aquí.

Hechas las advertencias anteriores, la primera línea de reforma que se aconseja acometer en el ámbito de los delitos de construcción —artículo 319 CP— es la de realizar un intento serio de desvinculación de los tipos penales de la planificación urbanística. Frente al papel central que juega actualmente el carácter no autorizable de las actuaciones, debe buscarse el protagonismo de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Es decir, se trata de poner en primer plano la lesión o el riesgo jurídicamente desaprobado en lugar de la infracción administrativa. Por lo tanto, el tipo debería construirse sobre la base de un atentado al capital urbano. Como un mal menor se podría acoger la idea de RODRÍGUEZ RAMOS de exigir que junto a la contravención administrativa se incluya un resultado de lesión o peligro para el bien jurídico, como ocurre actualmente con los delitos medioambientales[1698]. En este último sentido, debemos aclarar que, aunque se ha defendido anteriormente la exigencia de una cierta accesoriedad con respecto al derecho administrativo, la misma lo debe ser principalmente en atención a la ley, que es con la que nunca podrá ser incompatible el derecho penal, pero a su vez se ha de intentar que los delitos no sean un apoyo de la discrecionalidad administrativa manifestada a través del planeamiento. Ésta no tiene la

[1698] Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. "La protección penal del urbanismo…" cit. p. 40; apoyan asimismo su propuesta, SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y…" cit. p. 20; TERRADILLOS BASOCO, J. "Protección penal del medio…" cit. p. 312; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Delitos relativos a la ordenación…" cit. p. 314; LÓPEZ RAMÓN, F. "Aspectos administrativos de…" cit. p. 31; CARDENAL MURILLO, A. "Bien jurídico y delito urbanístico…" cit. p. 180; DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Protección penal del ambiente y…* cit. p. 74.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

legitimidad legal y, como tristemente se ha podido comprobar en más de una ocasión, no siempre es fiel defensora del bien jurídico que nos ocupa. Si nos encontráramos ante el caso no poco frecuente de una actuación amparada por el planeamiento que vulnerara de hecho el bien jurídico, ello se solventaría en el ámbito de la culpabilidad y no del tipo. El particular, por lo general, no respondería penalmente de su conducta, bien por desconocimiento invencible de la antijuricidad, bien, incluso, por inexigibilidad de otra conducta. En tal situación debería estudiarse detenidamente el carácter delictivo de la autorización o del instrumento de planeamiento habilitante y, en su caso, declarar la nulidad de la autorización o del planeamiento y la reposición al estado original a cargo de la administración.

En lo que respecta al artículo 320 CP, igualmente se aconseja encarecidamente incluir la exigencia de un peligro o lesión para el bien jurídico junto a la actuación administrativa de que se trate[1699]. Por otro lado, teniendo en cuenta que realmente éstas son las conductas que de manera más trascendente y grave lesionan o ponen en peligro al bien jurídico, habrá que otorgarles un papel preeminente en la protección del capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad, en lugar del secundario que hoy parecen ostentar frente a los delitos de construcción[1700]. En tal sentido, nos parece prudente introducir en el tipo, junto a la contravención normativa, una alusión expresa a la infracción de los principios del planeamiento o directamente de los intereses

[1699] De esta misma opinión, GÓRRIZ ROYO, E. "Los delitos sobre la ordenación del territorio…" cit. p. 381

[1700] VALERIO pone de manifiesto cómo el objeto del control penal en materia urbanística no es en general más que nimiedades que se ceban con el particular que no tiene los recursos para modificar el planeamiento a su favor a fin de evitar infringir la ley, como sí los tienen los grandes promotores. Vid. VALERIO, E. "La aplicación del Código Penal en medio ambiente, consumo y urbanismo: una casuística del cambio hacia una sociedad sostenible", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* nº. 1, 2000. p. 270. Una constatación práctica de este fenómeno, en GARCÉS PEREGRINA, J. M. "Evolución jurisprudencial de los delitos urbanísticos en la provincia de Málaga", *en prensa.* En el mismo sentido, ha señalado muy agudamente POZUELO PÉREZ, que "*las infracciones urbanísticas de cierta entidad no suelen carecer de licencia, ya que previamente se han puesto los «medios necesarios para obtenerla»: no es en absoluto inusual el oportuno cambio de planeamiento urbanístico y, con ello, el destino y usos de un concreto suelo, de forma previa, e incluso coetánea a la concesión de una licencia urbanística, todo ello previo acuerdo entre la entidad que construye y el correspondiente representante de la administración local. En caso de que no ocurra así, es decir, de que no haya desde un principio una pactada adecuación entre lo autorizado y lo efectivamente construido, tampoco es extraño que se «legitime» posteriormente la ilegalidad sin demasiadas dificultades. (…) Esto explica que las infracciones urbanísticas de cierta entidad, que son las que más dañan el bien jurídico protegido, estén fuera del alcance del derecho administrativo urbanístico, por mucho que éste contara con todos los recursos necesarios a su alcance para hacerles frente*." Vid. POZUELO PÉREZ, L. "La delincuencia urbanística", en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo* (Coord. POZUELO PÉREZ, L.). Comares. Granada, 2006. p. 20.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

generales[1701], a fin de controlar muy estrictamente la discrecionalidad administrativa. Aunque dichos principios pueden entenderse recogidos en la actual alusión a "las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes", lo que ocurre es que en muchos casos, al no ser propiamente estos principios *ius cogens* sino orientaciones generales al inicio de las diversas leyes sobre el suelo, no se respetan estrictamente ni se suele comprobar su aplicación práctica. Muy al contrario, amparándose en la discrecionalidad administrativa y en la exacerbada prudencia judicial a la hora de controlarla, se desconocen abiertamente en la confección material del planeamiento por más que formalmente se respetan las normas sobre su elaboración, dando lugar así a una especie de fraude de ley. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en la ley se estipula que el planeamiento buscará la cohesión social o el fomento del acceso a la vivienda, pero posteriormente se realizan actos (convenios de planeamiento que sacrifican el interés público a cambio de ingresos, recalificaciones poco justificadas, ventas de patrimonio municipal del suelo…) que contravienen dichos principios y dan lugar a un capital urbano mermado que no es plenamente acorde con el derecho a la ciudad ni, por lo tanto, con esa meta final de desarrollo de todos los ciudadanos y de la comunidad en conjunto.

6.2.3. Una cuestión pendiente: ¿un adicional bien jurídico en el art. 320?

En el artículo 320 CP se recogen una serie de conductas desviadas de las autoridades administrativas que no siempre corresponden a una resolución en contra del interés público. Así, junto a ello encontramos también conductas que tienen que ver con actos de trámite —informes— o con la actividad inspectora de la administración. Sin embargo, a pesar de tal diversidad, este artículo se suele conocer de manera genérica como la "prevaricación urbanística[1702]".

Lo cierto es que la cuestión que planteamos no parece problemática si echamos un vistazo a la doctrina que se ha pronunciado sobre el particular. Es una opinión prácticamente unánime en la doctrina el carácter pluriofensivo de este delito. De una

[1701] De una opinión muy similar, ACALE SÁNCHEZ, M. "Tratamiento de la corrupción urbanística en el proyecto…" cit. p. 27.
[1702] El Tribunal Supremo también utiliza esta denominación, Vid. SSTS 363/2006, de 28 de marzo y 1127/2009, de 27 de noviembre, entre otras.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

parte, nos encontraríamos con un bien jurídico análogo al de los delitos contra la administración pública y, de otra, con el mismo bien jurídico que se protege en el artículo 319 CP. De esta manera, la única materia objeto de controversia doctrinal sería simplemente la de averiguar en qué consiste el bien jurídico "urbanístico". Por el contrario, toda la doctrina coincidiría pacíficamente en que "el otro bien jurídico" estaría constituido por "*el correcto funcionamiento de la administración pública*" o su "*recta actuación*"[1703], en línea, como se ha dicho, con el bien jurídico protegido en el título XIX del código penal.

A pesar de dicha unanimidad, esta manera de entender el objeto de protección en el artículo 320 CP deja sin resolver algunas cuestiones fundamentales. Entre ellas, la de por qué era necesario este nuevo precepto en lugar de acudir a un concurso de delitos

[1703] Vid. entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y…" cit. p. 272; POZUELO PÉREZ, L. "La delincuencia urbanística" cit. p. 71; ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por…* cit. pp. 30 y 263; ACALE SÁNCHEZ, M. *Los nuevos delitos sobre la ordenación…* cit. p. 307; BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos…* cit. p. 95; PRATS CANUT, J. M. "Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la administración pública", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 123; GÓRRIZ ROYO, E. *Los delitos de prevaricación…* cit. pp. 123-124; DE LA MATA BARRANCO, N. J. "El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 142; MARTÍNEZ RUIZ, J. "El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico", en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Dykinson. Madrid, 2013. p. 463; ERICE MARTINEZ, E. "Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y…" cit. p. 69; GARCÍA PÉREZ, O. "Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del código penal" en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Eds. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F.). Tecnos. Madrid, 2002. p. 1260; POMARES CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. "¿Era necesario reformar los delitos…" cit. p. 117; BERNAL DEL CASTILLO, J. "Delimitación del bien jurídico…" cit. p. 30; SANZ MULAS, N. "Corrupción urbanística…" cit. p. 79; URRAZA ABAD, J. "Delitos relativos a la ordenación del territorio:…" cit. p. 616; VERCHER NOGUERA, A. *La delincuencia urbanística…* cit. p. 163; BARRIENTOS PACHO, J. M. "Delitos relativos a la ordenación…" cit. 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 artículo 320 CP; posteriormente afirma que dicho artículo protege un bien jurídico único diverso al del artículo 319 CP y que se corresponde con "*la concreta concordancia con el derecho positivo urbanístico de la actuación administrativa*". Vid. al respecto, GÓMEZ TOMILLO, M. *Urbanismo, función pública y derecho penal*. Comares. Granada, 2000. p. 34 y ss; así como, GÓMEZ TOMILLO, M. "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", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº. 224, 2006. p. 71 y 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. Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "La responsabilidad penal de la administración urbanística: el párrafo 2.º del artículo 320 del código penal", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998. p. 182.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

entre la prevaricación urbanística y la participación del funcionario en el delito urbanístico o, más importante aún, por qué se 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[1704].

Estas cuestiones podrían llevarnos a la conclusión de que el artículo 320 CP es simplemente derecho penal simbólico y, por tanto, de dudosa legitimidad[1705]. A través de su introducción el legislador simplemente habría pretendido mostrar a la sociedad su preocupación y militancia ante la anarquía urbanística que nos asolaba, pero sin albergar realmente grandes esperanzas sobre su eficacia práctica, como muestran su carácter secundario con respecto a los tipos de construcción contenidos en el artículo 319 CP y su escaso contenido aflictivo, al menos con anterioridad a la reforma de 2010[1706]. En otro sentido, sin embargo, puede pensarse que el artículo 320 CP efectivamente responde a razones materiales que justifican su existencia, pero que las mismas no han sido abordadas debidamente hasta la fecha. En esta dirección se encaminarán nuestros esfuerzos en las líneas que siguen.

La hipótesis que se quiere sostener aquí es que el artículo 320 CP no posee ese carácter pluriofensivo que se le otorga por parte de la doctrina. En sentido opuesto, creemos que el bien jurídico protegido en dicho precepto es único y que se corresponde exactamente con el objeto de tutela contenido en el artículo 319 CP según la caracterización que se le ha dado en este trabajo de investigación. Es decir, estimamos que el bien jurídico protegido en el artículo 320 sería también el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad.

Como se ha visto, el capital urbano presta una serie de servicios específicos a las personas que habitan en el socioecosistema que constituye la ciudad. Uno de esos

[1704] De esta opinión, TERRADILLOS BASOCO, J. M. "Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Estudios penales y* criminológicos, nº. 20, 1997. p. 316; CARMONA SALGADO, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y…" cit. p. 680. En un sentido parecido vid. ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*… cit. p. 342.
[1705] De esta opinión, ÚBEDA TARAJANO, F. E. *La responsabilidad por*… cit. p. 265 y ss.
[1706] 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.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

servicios consiste en facilitar el mecanismo de apropiación del espacio[1707]. Dicho mecanismo es la base del sentimiento de territorialidad y tiene que ver también con otros servicios tales como los procesos de identificación simbólica personal y social[1708] o, de una manera mediata, con la satisfacción residencial y el apego al lugar[1709] o incluso con la eficacia colectiva y la prevención de la delincuencia mediante el control social[1710].

En lo que se refiere al servicio ecosistémico de la *apropiación de lugar* —como se vio en el apartado destinado a las conexiones psicológicas con el espacio—, para que el mismo actúe eran fundamentales las conductas de acción-transformación. En este sentido, los seres humanos, para percibir un espacio como propio y desarrollar un sentimiento de territorialidad que lleva 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[1711]. Ello hace además que las personas se reconozcan en el entorno y se autoatribuyan sus cualidades como definitorias de su propia identidad, identificándose así 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 redunda 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

[1707] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.3.5.
[1708] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdos. 1.3.6.1. y 1.3.6.2.
[1709] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdos. 1.3.2. y 1.3.3.
[1710] Vid. sobre estos dos últimos conceptos *supra*, Cap. 3. Apdo. 3.4.3.2. C) iv).
[1711] Vid. *supra*, Cap. 1. Apdo. 1.3.5.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

la representación política y de la participación democrática en el planeamiento urbanístico. Así, cuando una persona o un grupo sienten que sus representantes políticos claramente responden a sus demandas en cuanto a la conformación espacial de su entorno, cuando 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 cuando 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 de apropiación territorial que permiten el surgimiento del sentimiento de pertenencia y territorialidad y que se traducen, como se ha visto, en sinergias positivas sobre otros servicios y 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. De este modo, los ciudadanos se sienten 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 han surgido conflictos en forma de oposición, confrontación, subversión y/o resistencia por parte de algunos actores sociales con respecto al control social del espacio[1712].

[1712] Vid. BERRAQUERO DÍAZ, L. "Revisiones teóricas en torno a los conceptos de socioecosistema urbano y…" cit. p. 12. 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. Vid. 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

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Como puede colegirse, las actuaciones previstas en el artículo 320 CP suponen una importante merma del capital urbano en cuanto que las mismas conllevan un serio perjuicio a los servicios socioecosistémicos que aquel presta.

Pero no queda ahí la cosa. De otro lado, como ya conocemos[1713], uno de los aspectos fundamentales del derecho humano a la ciudad era 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 ciudades*[1714]". 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[1715]. 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 anunció al iniciar este epígrafe: en el artículo 320 CP no hay que acudir a la lesión a un bien jurídico distinto para captar toda la dañosidad de las conductas en él contenidas. 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[1716].

Con la idea que se presenta, además, se consigue dar respuesta a las cuestiones problemáticas que se han planteado al principio de este epígrafe. En primer lugar, la relación que existiría entre este delito así interpretado y el contenido en el artículo 404 CP sería de especialidad, 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 específicamente.

[1713] Vid. *supra*, Cap. 4. Apdo. 4.4.2.2. B).
[1714] HARVEY, D. "The Right to the City"… cit. p. 23.
[1715] Alude también al necesario carácter democrático de la ordenación espacial, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. "Delimitación normativa del delito urbanístico en…" cit. p. 489.
[1716] Ocurriría algo parecido a lo que sucede en el caso de los delitos contra la libertad. Si en estos delitos se distinguen diversos bienes jurídicos en función de la especialidad de los ataques a aquélla (libertad de obrar, libertad de deliberación, libertad sexual, libertad religiosa…), en nuestro caso es la especificidad del bien jurídico la que aconseja incluir en el mismo un ataque que, de otro modo, podría considerarse como un atentado autónomo a otro bien jurídico.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CONCLUSIONES



Publicaciones y
Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

CONCLUSIONES

En el presente trabajo de investigación se han alcanzado las siguientes conclusiones:

PRIMERA

El espacio que circunda al ser humano no es meramente un escenario en el que éste desenvuelve su existencia y sobre el que ejerce su influencia en un sentido unidireccional. Además de dicha función pasiva de soporte, el espacio presenta una vertiente activa y dinámica que le permite influir poderosamente en las personas, lo que hace que su conformación y características no sean en absoluto inocuas de cara al bienestar de las personas.

Los seres humanos tienen la necesidad de conocer el medio que los acoge y de poder desenvolverse en él para así conseguir desplazarse, orientarse, refugiarse, etc. Todo ello se logra gracias a una imagen mental conocida como mapas cognitivos. La agilidad a la hora de confeccionar estos mapas y la claridad de los mismos están fuertemente influidas por las características del entorno, las cuales son de gran importancia en la construcción de los mapas mentales y por tanto, en el desarrollo de sus funciones orientativas, comunicativas, autorreferenciales, etc.

Igualmente, se ha podido constatar cómo el espacio presenta una serie de características o elementos físicos que influyen en los seres humanos que lo habitan. La temperatura elevada, el viento, la iluminación, el ruido, la polución o el hacinamiento tienen importantes influencias en la salud, el rendimiento laboral, las relaciones sociales, etc. Conocer las efectivas consecuencias de dichos elementos para intentar controlarlas y direccionarlas a favor del bienestar humano aparece como un cometido primordial en cualquier aproximación al entorno humano.

En tercer lugar, se ha comprobado que la relación ser humano-espacio va incluso más allá de esas influencias físicas exteriores. La relación existente entre ambos es mucho más estrecha, llegando incluso a anudarlos de un modo psicológico. Así, el ser humano desarrolla a partir de las características del entorno una serie de reacciones psicológicas que influyen poderosamente en su bienestar psíquico. Entre dichas

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

reacciones se han estudiado algunas tan importantes como el estrés ambiental, el apego al lugar, la satisfacción residencial, la preferencia ambiental, la territorialidad, la apropiación al lugar, etc. Todas estas conexiones psíquicas están condicionadas por determinadas características del medio que será conveniente controlar en la medida de lo posible. Más allá de todo ello, el lugar llega incluso a formar parte de la propia identidad del ser humano tanto a nivel individual como social. En el propio YO existe una subestructura particular, conocida como la identidad de lugar, que relaciona a las personas con los lugares en los que habita y que es fundamental para su propia autocomprensión personal. Tal componente de la identidad, el cual se forja a través de procesos de identificación simbólica con el espacio, se ve potenciado también por ciertas características físicas del entorno que no pueden desatenderse.

Concurre además la circunstancia de que, aunque se ha hablado de espacio en general en todo momento, el mismo es una realidad que admite calificativos. En tal sentido, en los tiempos actuales la mayor parte del espacio humano —que es el concernido en esta investigación— es un tipo de espacio particular al que se puede calificar de espacio construido. Dicha clase de espacio es creada *ex novo* por el hombre a partir de los lugares naturales y se caracteriza por ser una realidad viva en continua transformación, un espacio *in fieri*. Conjuntamente, se ha resaltado el carácter normado o reglado del espacio construido. En las complejas sociedades actuales no es posible admitir la completa libertad en la creación o transformación del espacio, sino que tal actividad está sometida a un importante sector del ordenamiento jurídico —la ordenación del territorio y el urbanismo— que vela por que su desarrollo sea racional y acorde a una serie de valores compartidos por la sociedad. Desde esta perspectiva se pone de manifiesto la vital importancia que tiene el urbanismo en cuanto regulador del diseño urbano, ya que esta disciplina deberá buscar un tipo de ciudad que, a través de sus aspectos físicos, potencie las reacciones psicológicas positivas ante el espacio y contenga las sensaciones negativas. El certero conocimiento de las influencias y conexiones psicológicas ya vistas será fundamental para detectar qué conductas urbanísticas se oponen a ellas y, por tanto, pueden considerarse como lesivas de cara a la construcción de un bien jurídico material.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

SEGUNDA

Economía y urbanismo están profundamente interconectados. Según hemos podido comprobar al hilo del análisis de la reciente coyuntura de bonanza económica experimentada por nuestro país en la primera decena del s. XXI, el sector económico de la construcción ha ejercido una importante fuerza de arrastre sobre el global de la economía, tanto hacia adelante como hacia atrás[1717].

Durante los años de referencia, nuestro país ha exhibido unos resultados macroeconómicos muy positivos en los que ha tenido un protagonismo muy pronunciado el sector de actividad al que nos referimos, lo que se ha puesto de relieve fehacientemente mediante cifras obtenidas de diversas fuentes estadísticas oficiales. En tal sentido, la construcción ha ostentado cifras líderes en la contabilidad nacional tanto desde el punto de vista de la actividad, como del gasto. Desde el punto de vista de la actividad, su crecimiento ha sido imparable, llegando a suponer su VAB el 8,1% del PIB. Igualmente, desde el punto de vista de la inversión, el comportamiento mostrado ha sido muy dinámico. La inversión en construcción, especialmente en vivienda, ha llegado a rebasar en crecimiento durante un importante periodo a la inversión productiva por excelencia, la inversión en bienes de equipo. Junto a ello se ha demostrado también la solapada contribución de la revalorización inmobiliaria al consumo de las familias propietarias mediante la creación de un importante efecto riqueza en su seno. Todo ello muestra sobradamente la contribución fundamental del sector de la construcción a la buena marcha de la economía en la coyuntura pasada.

Sin embargo, se ha puesto de manifiesto en esta investigación que ni el crecimiento obtenido ha sido tan extraordinario como se quería hacer ver ni el mismo ha sido de la solidez deseable, puesto que se ha basado principalmente en un sector artificialmente hipertrofiado que ha perjudicado muy gravemente a nuestra economía cuando no ha podido dar más de sí. Una vez el sector constructivo ha cesado en su empuje, se ha producido una reacción en cadena que ha arrastrado a toda la economía a una vertiginosa caída de cuyas terribles consecuencias aun nos estamos recuperando.

También se ha constatado la importancia de la construcción en un aspecto social tan fundamental como es el empleo. En este ámbito, la coyuntura económica pasada nos

[1717] Vid. sobre estos conceptos *supra*, Cap. 2. Apdo. 2.1.2. (nota 250)

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ha mostrado cifras sorprendentes, máxime si se comparaban con las series históricas existentes. El crecimiento de la ocupación en el sector de la construcción sólo ha sido superado por el del sector servicios. No obstante, si éste se desagrega en sus diferentes ramas de actividad, la construcción aparece en comparación como líder indiscutible en ocupación, siendo su crecimiento del 100% durante el periodo de referencia, con cifras absolutas mayores incluso que las de la hostelería y sólo levemente superadas por las del comercio. Tal liderazgo se muestra más contundente aún si se tienen en cuenta otras actividades ligadas a la construcción como los servicios inmobiliarios, los cuales han experimentado un extraordinario crecimiento en empleo del 450%.

Nuevamente, a pesar de lo positivo de estos datos, todo ello parece haber sido meros fuegos fatuos. Todo el empleo creado ha sido de muy escasa calidad a juzgar por las tasas de temporalidad existentes, y con una productividad muy reducida. Todo ello sin contar su escasa resistencia a largo plazo, pues, como nos ha mostrado el devenir de la realidad, en el momento en el que el sector de la construcción ha perdido su pujanza, todo el empleo se ha venido rápidamente abajo como un castillo de naipes, arrastrando en su desplome al empleo de todas las demás ramas de actividad, y llevándonos a unas cifras de paro y a una situación de emergencia social sin apenas parangón en nuestro pasado reciente.

Todo lo anterior ha traído causa de un proceso inflacionario en el sector de la construcción que, a partir de un impulso inicial de la demanda natural de vivienda debido a causas demográficas, atrajo a capitales especulativos libres tras el estallido de la burbuja financiera de las nuevas tecnologías en el año 2000. Dicho aumento de demanda tensó los precios al alza y ello atrajo a más inversores que consideraban su apuesta como muy segura debido a la persistencia de esas condiciones demográficas de base. Se inició así una espiral creciente de precios que dio lugar a la conocida burbuja inmobiliaria, la cual ha sobredimensionado este sector hasta límites claramente insostenibles, y ha hecho peligrar la estabilidad económica general a largo plazo.

Este episodio económico ha sido posibilitado por un urbanismo laxo e irresponsable que, inspirado en postulados neoliberales, apostaba por suministrar todo el suelo que demandara el proceso constructivo y por poner las menos cortapisas posibles a la urbanización de nuevos terrenos con independencia de las necesidades reales de vivienda o infraestructura. Se trataba de satisfacer a toda costa una demanda

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

especulativa que se autoalimentaba a sí misma ante la expectativa de beneficios cada vez mayores sin tener en cuenta las posibles consecuencias económicas o de otro tipo que ello pudiera tener a largo plazo.

Otro de los factores que ha tenido que ver con este sinsentido ha sido la relación existente entre los ingresos públicos y este sector de actividad. Se ha constatado la relación que ha tenido el crecimiento desorbitado de la actividad constructiva con los ingresos en las arcas públicas, con especial incidencia, directa o indirecta, en las finanzas locales. Este hecho ha conducido —ante la penuria tradicional de los entes locales— a una relajación en los controles y a un denodado apoyo municipal a la expansión urbanística. Todo ello con un claro desprecio hacia cualquier consideración que no sea la puramente económica cortoplacista. Especialmente peligrosas se han revelado las fuentes indirectas de ingresos —patrimonios municipales del suelo y convenios urbanísticos— ya que en ellas la discrecionalidad administrativa puede olvidar fácilmente la perspectiva del interés general y dejarse llevar por una expectativa de beneficios que, aun no teniendo por objeto acabar en bolsillos privados —que también ha sido el caso—, siguen siendo muy atractivos en términos de rédito electoral.

En virtud de todo lo anterior se concluye la insostenibilidad de un urbanismo desbocado y la inadmisibilidad de los riesgos que conlleva. En la dirección opuesta, es oportuno recalcar la conveniencia de que el ordenamiento urbanístico regule y planifique estricta y racionalmente la actividad constructiva y el crecimiento de la ciudad a fin de impedir estos nocivos sobredimensionamientos, por atractivos económicamente que pudieran parecer en un momento determinado. La tremenda "resaca" económica y social que estamos viviendo no compensa en absoluto todo lo que se haya crecido en el pasado, máxime cuando se comprueba que dicho crecimiento es puramente coyuntural e insostenible en el largo plazo. De la misma manera, el derecho sancionador no puede olvidar este componente económico, ya que cualquier actuación de un particular o de la administración que contribuya a fomentar estos episodios económicos tan devastadores y que promueven la inestabilidad socio-económica deberá ser tenida en cuenta para confeccionar un objeto de tutela adecuado.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TERCERA

El suelo debe contemplarse como un recurso natural que, debido a su lentitud de regeneración, aparece a escala humana como no renovable. Consecuentemente el urbanismo y la implantación urbana sobre el territorio tienen una serie de consecuencias ambientales que no se pueden desconocer. Entre ellas la más obvia es el consumo de territorio a través de su artificialización. Dicho proceso cambia las características físicas originales del suelo produciendo, entre otros resultados, la pérdida de la fertilidad debido al sellado, la menor capacidad de filtrado por la compactación, la fragmentación de hábitats, etc. A este respecto se ha constatado cómo los ritmos de consumo de suelo en la coyuntura reciente en nuestro país han sido muy elevados. Ello puede conducir igualmente a la contaminación de dicho recurso mediante la incorporación de elementos tóxicos procedentes de los residuos de la sociedad asentada sobre él, en el caso de que se supere su capacidad de absorción o, incluso, su salinización por ruptura del equilibrio hídrico en los acuíferos próximos al litoral, zona en la que se ha producido una de las mayores presiones urbanísticas.

El modelo de asentamiento urbano que adopten el urbanismo y la ordenación territorial son de una vital importancia para el alcance que pueden tener los efectos mencionados. Cuanto más se disperse la ciudad en el territorio, mayor cantidad de suelo se verá afectada por los procesos antedichos y mayores serán las consecuencias ambientales negativas. En dicho sentido, se ha podido comprobar la existencia de una tendencia clara hacia la ciudad difusa en nuestro país. Tal tendencia, al implicar forzosamente la utilización del transporte mecánico por carretera como elemento vertebrador, no solo profundiza en el consumo de suelo a través de la red viaria inherente al sistema, sino que, además, genera una serie de efectos medioambientales derivados o "de segunda vuelta", como son principalmente la emisión de partículas, la liberación de gases contaminantes (*v. g.* monóxido de carbono) y de efecto invernadero, así como el despilfarro energético.

CUARTA

La emancipación de los jóvenes aparece como un mecanismo fundamental de reproducción de la sociedad y de relevo generacional. A través de dicho proceso los jóvenes se autonomizan con respecto a la familia de origen y generan núcleos familiares

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

incipientes que darán lugar a las familias del futuro. A partir de datos estadísticos recientes se ha constatado que la edad de emancipación en nuestro país se ha atrasado paulatinamente, llegando a hablar algunos autores de una situación de "bloqueo de la emancipación" con serias consecuencias sociales como, por ejemplo, el alargamiento de la juventud, el desplazamiento de las responsabilidades adultas, cierto relativismo moral en relación a las normas, actitudes presentistas, egoísmo, bajas tasas de natalidad, desequilibrios demográficos, riesgos para la sostenibilidad del sistema de protección social, etc.

Dicha situación trae causa de diversos factores psicosociológicos y socioeconómicos. Entre los primeros pueden citarse la inmadurez, el temor a la soledad o la mejora de las relaciones intergeneracionales y, entre los segundos, la evolución del mercado laboral y las condiciones de acceso a la vivienda.

Así pues, el modelo de urbanismo tiene claras repercusiones en el proceso emancipatorio. Los datos analizados han demostrado que, aunque la emancipación esté mediada por el acceso a un empleo, éste se convierte en una condición necesaria pero no suficiente del abandono del hogar paterno, siendo imprescindible unas buenas condiciones de acceso a la vivienda. Es en este último aspecto donde el modelo de urbanismo adoptado juega un papel central. La orientación puramente economicista y especulativa que ha marcado el sector de la construcción y el mercado de la vivienda en nuestro país en el pasado reciente es responsable de haber empeorado las condiciones de acceso a la vivienda, siendo una muy plausible condición del retraso de la edad de emancipación puesto de manifiesto.

QUINTA

La corrupción es un fenómeno perverso mediante el cual las personas que se encuentran en puestos de gobierno utilizan esa posición privilegiada para obtener una serie de ventajas personales directas o indirectas. Dicho fenómeno genera importantes perjuicios al sistema, como la ineficiencia en la asignación de los recursos públicos o la subordinación del interés general a fines particulares. Además de dicho menoscabo a la gestión, la corrupción también produce otra serie de quebrantos que afectan directamente al sistema democrático. Entre ellos destaca en primer lugar el aumento de la desigualdad social, puesto que las personas aliadas con el poder corrupto ostentan una

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

posición de privilegio frente al común de los ciudadanos, la cual les permite imponer su criterio fuera de los cauces democráticos y enriquecerse de manera injusta a costa de las actividades públicas. En segundo lugar, se produce una pérdida de transparencia de la gestión política para evitar en la medida de lo posible el control democrático sobre la misma. Finalmente, de una especial gravedad es el surgimiento de la anomia, la cual alude a la ruptura del vínculo moral con la sociedad. Si se generaliza esta sensación entre la población se reducen drásticamente el capital social y la implicación política. Se genera así una situación de profunda desconfianza hacia las instituciones y hacia la sociedad en general, así como una cierta indiferencia ante la propia corrupción, a la que se acaba considerando como la forma habitual de actuar.

La corrupción requiere para su desarrollo unas condiciones estructurales que se caracterizan por la presencia de una concentración del poder en pocas manos, por la existencia de un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio del poder y por la concurrencia de un control relajado sobre el mismo. Estas condiciones, según se ha analizado, parecen hallarse en nuestro país en cierta medida, dándose un caldo de cultivo propicio para el surgimiento de la corrupción. El empeoramiento de las cifras sobre percepción social de la corrupción al que se ha asistido según los datos en los últimos años podría avalar esta afirmación.

Junto a esas condiciones estructurales, igualmente, se ha puesto de manifiesto que se dan una serie de elementos coyunturales que terminan de precipitar el surgimiento de la corrupción. Entre ellas pueden citarse la existencia de un contexto económico alcista, la implicación de todos los agentes sociales en el proceso, la presencia de delincuencia organizada, las insuficiencias financieras locales… Todas estas condiciones coyunturales se han dado en el ámbito de la construcción, haciendo del mismo un campo especialmente abonado para el surgimiento de la corrupción y de sus riesgos aparejados.

SEXTA

La ciudad aparece como una forma característica de asentamiento humano en la que se da un tipo de relación típicamente urbana, caracterizada por el contacto somero, voluntario y fugaz entre individuos que no tienen entre sí más lazos que la confianza e identidad mantenida durante el breve lapso de tiempo que dura la interacción. Tal forma

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

de interacción es tan positiva como la de las sociedades rurales o tribales y la misma responde a una adaptación a la presencia constante de extraños para evitar la sobrecarga informativa y resguardar la propia privacidad.

Los atributos urbanos por excelencia son el contacto social y la complejidad, los cuales deben promoverse para mantener la esencia urbana del asentamiento. En tal sentido, el urbanismo y el diseño urbano juegan un papel crucial. Para mantener la complejidad y multiplicar las posibilidades de contacto entre portadores de información debe fomentarse un modelo de ciudad compacta caracterizado por el diseño prosocial, y huir de los procesos de dispersión espacial tan en boga en la actualidad. Éstos acaban cuarteando el tejido social y el territorio, promoviendo la monotonía, la individualización e incluso la exclusión social en aquellos casos en los que no se posean los medios —principalmente el automóvil— para acceder a las redes que interconectan los distantes nodos de la ciudad difusa.

Junto a un determinado diseño, otra condición de suma importancia para la existencia de contacto social y de la subsiguiente complejidad es la existencia de unos niveles aceptables de seguridad. Con tal expresión queremos referirnos tanto a una cantidad reducida de delitos como a un bajo nivel de miedo al delito. En ambos factores tiene también una importante contribución el diseño, ya que con el mismo puede fomentarse una disposición física de la ciudad que promueva el control natural de los espacios con la consiguiente reducción de las oportunidades delictivas, así como una sensación personal de seguridad. Ahora bien, el diseño no es el único factor en juego. Junto a un diseño adecuado habrá que promover la llamada eficacia colectiva, que se corresponde con el conjunto de creencias compartidas sobre la capacidad de actuación del vecindario en cuanto al control social. De tal modo, las medidas puramente ambientales no son suficientes por sí solas para reducir la delincuencia real, sino que además es necesaria una cierta actitud personal de los usuarios del espacio que las ponga en valor. Dicha actitud personal, caracterizada por la sensación de apoyo y a confianza en la vecindad, se basa en la cohesión social y en el contacto entre las personas, las cuales, como ya hemos visto, pueden favorecerse también a través de determinados modelos de diseño urbanístico. Se concluye por tanto la obligada complementariedad de las cuestiones sociales y de diseño para conseguir la sensación de seguridad.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Al hilo de lo dicho, habrá de guardarse una especial precaución ante el riesgo de utilizar exclusivamente el diseño antidelito para combatir la sensación de inseguridad sin atender a otras cuestiones. Ello puede dar lugar a los efectos opuestos a los perseguidos. Se puede generar un bucle de "blindaje espacial" e inseguridad que acaba por generar exclusión social y, consecuentemente, la pérdida del contacto y de la complejidad esenciales al fenómeno urbano.

SÉPTIMA

De una lectura transversal de la carta magna atenta a las cuestiones relacionadas con las diferentes perspectivas del espacio y de la ordenación territorial pueden extraerse una serie de orientaciones que direccionan axiológicamente el modelo territorial a seguir en un estado como el nuestro, calificado de "democrático y social de derecho". Es decir, en nuestro estado, la dirección que tome la ordenación territorial no es absolutamente libre, pues los propios valores y disposiciones constitucionales cuestionan determinadas prácticas y aconsejan otras.

En tal sentido, se ha visto cómo desde un prisma psicológico el modelo territorial de base constitucional orienta hacia un diseño espacial que maximice el desarrollo personal y la salud física y psicológica de las personas, evitando en la medida de lo posible todas aquellas conformaciones espaciales que produzcan en las personas el fenómeno conocido como estrés ambiental. De igual modo, de cara a un desarrollo psíquico equilibrado, el modelo constitucional territorial apoya todas aquellas actuaciones que contribuyan a crear conexiones psicológicas con el ambiente, tan necesarias para un adecuado bienestar mental.

En el aspecto económico se ha demostrado que nuestro sistema económico no es absolutamente liberal, sino que el mismo está constreñido por diversos presupuestos políticos y por una serie de principios rectores que impiden que se autonomice la búsqueda de la máxima eficiencia económica desatendiendo otros fines sociales recogidos en la constitución. Desde este punto de vista se ha revelado como un principio esencial, entre otros, el de la estabilidad económica. Según dicho principio, el sistema económico debe evitar generar crecimientos que se prevean inconsistentes y que pueden producir en el largo plazo más inconvenientes que las ventajas que prometen en el

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

presente. Aplicada esta idea al ámbito constructivo la constitución parece excluir un modelo urbanístico expansivo y especulador que sólo redunde en beneficio de minorías y que no contribuya a un progreso social global consistente. Dado que el ámbito que estudiamos es propenso a estos procesos inflacionarios, la constitución parece legitimar un sistema planificado de creación de la ciudad atento más a las necesidades humanas que a las demandas del mercado y de los inversores.

De manera muy conexa, en materia de vivienda se apuesta por considerar a ésta como un bien básico de uso destinado a satisfacer una necesidad vital, y no como un bien de inversión a costa del cual obtener los máximos beneficios aún a costa de perjudicar gravemente a una parte de la sociedad. Desde tal perspectiva el urbanismo aparece como un servicio público especialmente preocupado por satisfacer esta necesidad a todos los ciudadanos y por asegurar que las viviendas generadas se enmarquen en un entorno con unas determinadas características acordes a la dignidad personal. Como consecuencia, tiene cabida perfectamente dentro de nuestro texto fundamental un sistema público y universal de suministro de viviendas.

Desde la perspectiva ecológica es claro el posicionamiento constitucional a favor de un urbanismo responsable ambientalmente, acorde con el modelo de desarrollo sostenible contenido en el artículo 45 CE. En función de esta orientación constitucional el urbanismo tiene que ser comedido en lo que a consumo de suelo se refiere, acudiendo principalmente a la rehabilitación interna de la ciudad y, sólo cuando sea imprescindible, a la expansión urbana. Ha de quedar siempre a salvo de la urbanización determinadas zonas recubiertas de valores ambientales que deben ser protegidas bien por sus valores singulares, bien por su función de pulmón verde. De acuerdo con esta idea, la carta magna parece orientar el urbanismo hacia un modelo de ciudad compacta en el que se establezca un sistema de movilidad a escala del peatón que evite en la medida de lo posible la utilización de vehículos de combustión, reduciendo con ello también la emisión de gases contaminantes y de efecto invernadero a la atmósfera.

En la perspectiva política, la constitución se opone a un sistema urbanístico presidido por la corrupción. Las directrices constitucionales generales en cuanto a reparto, discrecionalidad y control del poder presentan un sistema en el que este fenómeno desviado tiene muy difícil echar raíces. En materia urbanística y territorial parece

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

deducirse la necesidad de un sistema caracterizado por una mayor participación ciudadana directa en el planeamiento y por un mayor nivel de control tanto institucional como popular de las acciones urbanísticas. De igual modo puede deducirse la necesidad de un urbanismo en el que toda decisión esté extensamente motivada, erradicando con ello la arbitrariedad proscrita constitucionalmente ex art. 103 CE.

Desde una perspectiva social y criminológica, el urbanismo debe propiciar mediante el diseño el contacto, la cohesión social y la seguridad a fin de fomentar la intrínseca complejidad urbana. El aprecio de la constitución por la diversidad y su asunción de la seguridad como una función pública que las autoridades deben asumir orienta hacia esta conclusión. A pesar de ello habrá de ser muy cuidadosos para evitar que un exceso de celo en la seguridad, un sentimiento de inseguridad muy elevado o un contacto demasiado estrecho en el seno de determinados grupos de lugar a fenómenos de aislamiento social y desconfianza con respecto al exterior. Ello, amén de incidir negativamente en la complejidad urbana, genera actitudes xenófobas y procesos de segregación social y espacial que pueden originar un círculo vicioso de desintegración social e inseguridad.

Finalmente, como corolario a todas las ideas presentadas, se ha reparado en que el derecho humano emergente a la ciudad aparece como un instrumento idóneo para dotar de coherencia lógica a todas las orientaciones constitucionales apuntadas en materia urbanística. Desde la perspectiva de este derecho humano *in fieri* puede atisbarse un modelo territorial que recorre todo el texto fundamental y que hace que cada uno de los lineamientos constitucionales reseñados aparezcan no como interpretaciones inconexas, sino como partes de un todo sistemático. Tal derecho recoge de modo genérico la pretensión de que la ciudad, como enclave social y espacial, se desenvuelva conforme a las necesidades de sus habitantes para realizar efectivamente sus otros derechos humanos. Este será el faro que permitirá orientar axiológicamente el urbanismo —la creación de ciudad en definitiva— en cualquier aspecto sin riesgo de llegar a soluciones incoherentes.

OCTAVA

El hecho de que nuestro estado se califique como un estado social y democrático de derecho ex artículo 1.1. CE tiene importantes consecuencias en el carácter del derecho

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

penal. Tal fórmula de estado, respetuosa de la libertad y autonomía de sus ciudadanos, hace que sólo pueda limitarse la libertad de actuación mediante leyes aprobadas legítimamente para evitar conductas que afecten a la pacífica convivencia social. De este modo, nuestro sistema político reclama un derecho penal material, esto es, un derecho penal que vaya más allá de la mera transgresión normativa y que exija para poder intervenir un daño, un efecto perjudicial constatable en el mundo real sobre las condiciones esenciales de la convivencia, es decir, sobre los bienes jurídicos.

En el marco de un derecho penal material el bien jurídico aparece como un instrumento necesario, precisamente para constatar la efectiva lesividad de las conductas de las que se ocupa. Por tanto, es el derecho penal material el que demanda la existencia de los bienes jurídicos y no la existencia del bien jurídico la que demanda un derecho penal material. Si así fuera, se convertiría al bien jurídico en un axioma: Se colocaría al mismo al inicio del razonamiento sin justificar por qué y se impediría un debate racional sobre tal asunción. Procediendo como apuntamos, sin embargo, no se oculta la justificación de todo el proceso, la cual se hallaría finalmente en el consenso social.

Para que el daño exigido por el silogismo acabado de presentar sea verificable y el derecho penal sea verdaderamente material no es suficiente, sin embargo, con aludir simplemente a un bien jurídico, sino que es preciso que éste sea real. Real, con todo, no significa material o físico. También serán reales bienes jurídicos que consistan en fenómenos sociales constatables. Por otra parte, real tampoco significa estático. El bien jurídico es un constructo inserto en las relaciones sociales en las cuales cumple una determinada función. Precisamente por esta razón es además un constructo histórico que evoluciona junto con la sociedad.

Junto a un bien jurídico real en las condiciones expuestas, otras consecuencias de un derecho penal material son además la exclusión del castigo de contravenciones meramente ético-morales sin lesividad externa y la imposibilidad de que la protección de la vigencia de las normas se erija en su cometido principal.

NOVENA

A pesar de que ordinariamente se insiste en la función político criminal del bien jurídico, lo cierto es que ésta es exclusivamente una función negativa o excluyente sin

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

apenas virtualidad para limitar al legislador. El concepto de bien jurídico sólo funciona para rechazar disposiciones que protejan realidades estrictamente morales, puras normas, etc., dejando absoluta libertad en todo lo demás al legislador penal. Ante tal situación algún sector doctrinal ha pretendido ir más allá de la función negativa, intentando elaborar un concepto de bien jurídico que vincule al legislador a proteger determinados objetos. El razonamiento de estos autores es el siguiente: si se sabe con exactitud lo que es un bien jurídico, el legislador podrá reconocerlo y proceder a su protección. Tal manera de proceder, aunque animada por un propósito loable, no nos parece correcta. En nuestra opinión, exige más al concepto de bien jurídico de lo que el mismo puede ofrecer, ya que el concepto de bien jurídico como tal no es apto para indicar qué realidades deben ser protegidas. Dicho concepto no viene a aportar nada sobre su contenido.

Por tanto, si se quiere limitar al legislador y no se quiere caer en una tautología habrá que trabajar no tanto en definir el concepto de bien jurídico como en dar pautas para dotarlo de contenido materialmente. Para ello es necesario acudir a instrumentos que escojan las materias dignas de protección acudiendo a pautas éticas, políticas, pragmáticas, etc.

Descartadas en base a diversos motivos las posturas constitucionalistas, así como algunas teorías sociológicas (teorías funcionalista y personalista), nos parece adecuado utilizar a tal fin el modelo de decisión racional legislativa postulado por ATIENZA y DÍEZ RIPOLLÉS. Dicho modelo, apoyado 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, permite decantar las conductas que deben ocupar al derecho penal. Sólo a partir de dichas conductas y a través de un proceso lógico de inducción se accederá al bien jurídico protegido. Consecuentemente se constata que el bien jurídico no tiene un papel sustantivo de asignación de contenidos al derecho penal, sino un carácter instrumental. A través de él se abstrae en un concepto las diferentes realidades valiosas sobre las que inciden determinados comportamientos lesivos y se posibilita construir tipos penales que describan conductas capaces de lesionarlo o ponerlo en peligro efectivamente. En tal sentido, el bien jurídico es un instrumento, no para seleccionar, sino para sintetizar los presupuestos esenciales de la convivencia y para configurar en torno a él descripciones precisas de conductas lesivas.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

DÉCIMA

No existen impedimentos teóricos sólidos para la protección penal de los bienes jurídicos colectivos. La aparición de este tipo de bienes es una consecuencia natural del propio desarrollo de nuestra sociedad y del tipo de estado en ella inserto, que no hay que rehuir. Las críticas formuladas, más que para negar la oportunidad de su protección penal, sirven para poner en evidencia los defectos que en la actualidad aún aquejan a la protección de estos bienes a la luz de un derecho penal garantista y social. Por tanto, la conclusión que debe extraerse de las mismas no es precisamente que sea acertado renunciar a proteger penalmente estos intereses fundamentales, sino la necesidad de proceder a una profundización y concreción de los mismos. Así, es preciso perfilar adecuadamente el concepto de bien jurídico colectivo y dotarlo de un contenido concreto, de forma que sea posible identificar con claridad su efectiva lesión por parte de acciones humanas.

En tal sentido, se ha dejado constancia de que los bienes jurídicos colectivos son perfectamente lesionables a través de acciones individuales. Las teorías que niegan este extremo suelen partir de un concepto demasiado estricto de lesión vinculado a connotaciones en exceso naturalistas y suelen confundir aquélla con la destrucción total del bien. Frente a las mismas, el camino correcto a nuestro entender pasa por la exacta definición de los bienes y por su división en una serie de unidades funcionales menores con respecto a las cuales poder constatar el perjuicio realizado de manera concreta.

Igualmente, se ha puesto de manifiesto que la relación de los bienes jurídicos colectivos con los individuales no debe percibirse como antagónica ni jerárquica a favor de los segundos, como pretende la escuela de Frankfurt. Frente a tal concepción, se ha destacado la complementariedad de ambos tipos de bienes.

UNDÉCIMA

El modelo de la racionalidad legislativa de DÍEZ RIPOLLÉS admite su extensión al derecho punitivo estatal globalmente considerado, el cual incluye, junto al derecho penal, al derecho administrativo sancionador.

Desde el punto de vista de la racionalidad ética se ha constatado que no existen impedimentos lógicos, más bien al contrario, para que sus principios, en especial los de lesividad y esencialidad, se apliquen también en el derecho administrativo sancionador.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Ambas ramas del ordenamiento jurídico únicamente están legitimadas para castigar conductas especialmente lesivas que atentan a intereses esenciales de la sociedad, los cuales no deben corresponderse necesariamente con los bienes fundamentales tradicionales. De tal manera, no es posible establecer diferencias a nivel ético entre ambas disciplinas.

En lo que respecta a la racionalidad teleológica, la misma no es tampoco un criterio tajante de distinción entre ambas ramas del *ius puniendi*. En dicho nivel de racionalidad los diferentes fines asignados a una y otra disciplina únicamente inclinan uno u otro sector hacia determinadas conductas, pero no existen impedimentos a la existencia de zonas de confluencia entre ambas, siendo el del urbanismo y la ordenación del territorio un caso paradigmático de dicho fenómeno. Por tanto, la racionalidad teleológica tampoco aporta razones definitivas para distinguir entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Ello trae como consecuencia que la decisión deberá terminar de tomarse en función de cuestiones prácticas, en el terreno de la racionalidad pragmática.

A la luz de lo hasta aquí dicho resulta que en el ámbito de la racionalidad teleológica —que es el nivel donde se discute cuál sea el objeto de tutela a la luz de las conductas esencialmente lesivas— aún no es posible una separación estricta de las conductas que interesan al derecho penal y al derecho administrativo sancionador. Consecuentemente, la abstracción que da lugar al bien jurídico se realiza a partir de conductas que interesan al derecho punitivo globalmente considerado. Ello sienta las bases de una de las hipótesis fundamentales del trabajo: que el bien jurídico es único para el *ius puniendi*, esto es, derecho penal y derecho administrativo sancionador comparten el objeto de tutela.

DUODÉCIMA

A la hora de seleccionar, en el nivel de la racionalidad teleológica, las conductas urbanísticas desviadas a partir de las cuales se abstrae el bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos se constata que, entre las conductas seleccionadas como más representativas —actuaciones urbanísticas en contra de los usos del suelo, actuaciones urbanísticas en contra de las determinaciones morfológicas, actuaciones urbanísticas realizadas sin el instrumento de planeamiento habilitante, parcelaciones en contra de la

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ilegalidad y resolución o votación a favor de actos no ajustados a la legalidad a sabiendas de tal hecho—, carecen de lesividad material las conductas legalizables, con ciertas excepciones. Tal tipo de conductas no producen de ordinario daños más allá de la contravención de la norma. Precisamente su carácter legalizable proviene bien de su conformidad material con las disposiciones legales o de planeamiento a pesar de carecer de licencia, bien de su compatibilidad con tales disposiciones a pesar de no ajustarse a la habilitación administrativa. En uno y otro caso, no se producen daños materiales a los valores inherentes a los suelos. Únicamente se produce una elusión del control previo administrativo que, por otra parte, apenas tiene utilidad para evitar conductas urbanísticas desviadas más allá de las que tienen su origen en la imprudencia o en el desconocimiento legal.

Una de las excepciones a la ausencia de lesividad en las conductas legalizables es el supuesto de conductas legalizables por modificaciones infundadas del planeamiento realizadas *a posteriori*. En tales casos, dado que la modificación de planeamiento no se debe a un cambio en las condiciones reales del terreno sino a otras razones espurias, los valores inherentes al suelo lesionados en origen por la conducta irregular siguen existiendo de facto y, consecuentemente, la lesión sobre los mismos.

En el aspecto de la fragmentariedad todas las conductas subsistentes tras el filtro del juicio de lesividad se muestran como especialmente lesivas frente a unos valores alojados en los suelos que pueden considerarse esenciales para nuestra sociedad. Tales valores puestos de manifiesto son valores psicológicos, económicos, ambientales, democráticos, sociológicos, paisajísticos, simbólicos, etc.

Así pues, a raíz de la constatación de que todas las conductas urbanísticas esencialmente lesivas analizadas se dirigen de una u otra forma contra varios de esos valores, se abstraerá a partir de los mismos el objeto de protección de los delitos urbanísticos.

DECIMOTERCERA

La distinción entre las conductas urbanísticas desviadas que deben ser atajadas por el derecho penal y las que deben serlo por el derecho administrativo sancionador tiene lugar en sede de la racionalidad pragmática, usando principalmente como instrumento el principio de subsidiariedad. Dicho principio, en función de criterios eficientistas,

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

decidirá en su nivel externo si una determinada conducta urbanística desviada puede ser atajada mejor por medios no punitivos y en su nivel interno si, una vez admitida la necesidad de usar medios represivos, es más eficiente en su prevención el derecho penal o el derecho administrativo.

Dentro de ese nivel interno habrá que ser muy cuidadosos para no caer en interpretaciones simplistas del principio de subsidiariedad que lo convierten en un recurso retórico vacío de contenido. Así sucede cuando se limita a comparar exclusiva y mecánicamente la mayor eficacia del derecho penal en la protección de bienes jurídicos en el lado de los beneficios con su mayor peso aflictivo para el infractor en el lado de los costes. Por el contrario, es necesario reclamar un mayor esfuerzo indagatorio en los beneficios y costes de cada una de las ramas del derecho punitivo de cara a un desarrollo operativo del principio que tratamos. El intento de RANDO CASERMEIRO en tal sentido es un buen punto de partida.

DECIMOCUARTA

Las posturas doctrinales sobre el bien jurídico en los delitos urbanísticos se polarizan en torno a dos extremos opuestos: las posturas formales y las posturas materiales. Las primeras sostienen de manera global que el objeto de protección en los delitos urbanísticos sería la legalidad administrativa o la legalidad urbanística. Las segundas, claramente mayoritarias, afirman que el bien jurídico es una realidad sustantiva, si bien existe entre las mismas una dispersión mayor que entre las posturas formales en cuanto a qué sea efectivamente el bien jurídico. Concretamente parecen existir tres grandes grupos: los que piensan que el bien jurídico es el uso racional del suelo, los que piensan que el objeto protegido son determinadas propiedades o funciones del suelo y los que afirman que lo que se protege es un hábitat humano de calidad.

Se han desechado las posturas formales, puesto que las mismas acaban configurando estos delitos como ilícitos de mera desobediencia que asegurarían simplemente el cumplimiento de normas sin atender a la existencia de lesividad material. Como sabemos, esto sería incoherente con uno de nuestros presupuestos de partida como es el derecho penal material. Igualmente, estas posturas atentan también contra el principio de ultima ratio, pues convierten al derecho penal en la primera línea de defensa frente a

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

los incumplimientos administrativos, asignándole con ello un papel que no le corresponde y configurándolo como un derecho meramente sancionatorio.

A pesar de estas críticas, se han podido extraer de estas posturas algunos aportes de utilidad en nuestra tarea de confección de un bien jurídico. En concreto, dos son las notas que se pueden aprovechar de estas posturas: lo apropiado de ceñirse al ámbito urbano-local en lugar de al ámbito más extenso de la ordenación territorial a fin de poder percibir más claramente la lesividad de las conductas, y la necesidad de no dejar completamente de lado el sistema previo de legalidad administrativa para evitar vulnerar el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

Las posturas materiales existentes tampoco han resultado convincentes al cien por cien. El primer grupo de posturas acaba recurriendo al planeamiento para concretar qué debe entenderse por uso racional con el consiguiente riesgo de formalización que ello conlleva. Además, parecen quedarse a medio camino en la concreción del bien jurídico puesto que, teniendo en cuenta que el uso racional no es un fin en sí mismo, sería exigible que concretarán más lo que se trata de proteger aludiendo al resultado final de ese uso racional. El segundo grupo de posturas materiales tampoco llega a ser plenamente convincente porque, como ocurre con las anteriores, no agotan su razonamiento y no llegan a presentar aquella realidad que efectivamente cumple o provee las funciones, lo cual debiera ser el culmen lógico de su razonamiento. Finalmente, las posturas materiales que afirman que el bien jurídico protegido es un hábitat humano de calidad son las más apropiadas a nuestro juicio; no obstante, las mismas pecan de cierta inconcreción puesto que no llegan a detallar cuáles son exactamente esas características que permiten calificar al hábitat como de calidad. En este aspecto se profundizará en nuestra búsqueda del bien jurídico.

DECIMOQUINTA

Nuestro intento personal de creación de un bien jurídico material parte de las posturas basadas en el hábitat, las cuales son las más convincentes en virtud de tres razones.

En primer lugar, el hábitat humano de calidad aparece como un punto de confluencia lógico tanto del uso racional como de las funciones del suelo. Un hábitat humano de calidad es precisamente el resultado de un uso racional del suelo y el objeto que provee

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

las funciones positivas del suelo. El mismo además no necesita para su concreción del concurso del planeamiento, sino que, al contrario, tiene la virtualidad de poder dirigir éste hacia sí controlando con ello la discrecionalidad del planificador.

En segundo lugar, el entorno existencial de las personas como bien jurídico tiene unos referentes materiales que permiten la constatación de su lesión de un modo más fácil que en las otras propuestas doctrinales.

En último término, el partir de un determinado entorno para la construcción del bien jurídico también posibilita la fijación de un objeto de protección común para el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, lo cual sería coherente con la visión unitaria que se ha mantenido sobre el *ius puniendi* estatal en esta investigación.

Ahora bien, la idea de entorno es sólo el punto de partida. La mera alusión al entorno o al hábitat de calidad deja abiertas demasiadas cuestiones, en especial las referentes a cuándo nos encontramos ante unos parámetros de calidad, qué dimensión espacial abarca ese hábitat, etc. En definitiva, se trata efectivamente de una alusión muy genérica e indeterminada.

Para concretar esta idea se acudirá a una serie de conceptos provenientes de la ecología. En primer lugar se utilizará la idea de socioecosistema, la cual parte de que el ser humano no es una entidad separada de los ecosistemas, sino una parte más integrante del mismo. Así, el "socioecosistema" constituye un rediseño del concepto tradicional de ecosistema, de forma que bajo dicha denominación se contempla una entidad formada por personas y naturaleza, de cuyo mantenimiento depende el bienestar humano. Lo más importante de esta idea es que la misma da cobertura científica a la existencia de un tipo de ecosistema en el que el hombre es, de manera originaria, parte integrante del mismo, participando de lleno en los procesos que tienen lugar en su seno e interactuando con su medio como un todo complejo.

Otras ideas provenientes de la ecología de suma importancia serán las de servicios ecosistémicos y la de capital natural. Los servicios ecosistémicos son los aportes provenientes del ecosistema. Éstos no tienen que ser sólo materias primas o bienes, sino cualquier utilidad o beneficio de los ecosistemas que tenga una incidencia directa o indirecta en el bienestar de la población humana, aunque los mismos sean difícilmente evaluables económicamente por su carácter no patrimonial. Junto a ellos, el concepto de

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

capital natural designa *grosso modo* el conjunto de elementos que genera precisamente ese flujo de servicios ecosistémicos. Sin embargo, debe repararse en que el concepto no es sólo estático, sino que el mismo incluye también todos los procesos e interacciones entre los referidos elementos estáticos.

DECIMOSEXTA

A partir de las ideas anteriores, nuestra hipótesis es que la ciudad constituye un tipo específico de ecosistema esencialmente humano y caracterizado por su alto grado de artificialización. En tal sentido, la ciudad aparece como el socioecosistema por excelencia, puesto que es el ecosistema en el que más patente está la acción humana. Como ecosistema al fin y al cabo, también el mismo suministrará unos servicios socioecosistémicos a las personas, pero en este caso, dado el carácter artificial de la ciudad, dichos servicios tendrán un carácter y un contenido distinto a los servicios naturales. En tal sentido, puede hablarse de unos servicios socioecosístémicos urbanos propios y característicos de este tipo de enclave espacial. Si esto es así, también puede pensarse en un tipo especial de capital, el capital urbano, que es precisamente el que proveerá el flujo de servicios socioecosistémicos urbanos. Dicho capital urbano estará formado no sólo por los elementos físicos de la ciudad, sino también por los procesos e interacciones que se den entre ellos, fruto de los cuales se generen beneficios para las personas.

DECIMOSÉPTIMA

Si se contemplan los efectos dañosos ya analizados de las conductas urbanísticas irregulares que resultan más esencialmente lesivas se constata cómo dichos efectos recaen sobre una serie de funcionalidades que tienen lugar en el espacio urbano: la contención del estrés ambiental, la identificación simbólica con el entorno, la satisfacción residencial, la apropiación del lugar, la orientación, el suministro de vivienda, el fomento de la diversidad social, la promoción del contacto social y la seguridad, la participación democrática en el desenvolvimiento de la urbe, la contribución racional a la economía… En definitiva, una serie de beneficios suministrados por el sociecosistema urbano que pueden cobijarse perfectamente bajo el concepto de servicios sociecosistémicos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Si, como ya se ha dicho anteriormente, lo que queremos conseguir con el bien jurídico es sintetizar en un único concepto todas las realidades valiosas que prestan una utilidad esencial para la convivencia y que son atacadas por las conductas más lesivas, el concepto de capital urbano previamente esbozado aparece como un instrumento privilegiado para nuestros fines en este ámbito. Precisamente es al capital urbano, en cuanto conjunto de condiciones físicas urbanas y procesos e interacciones entre ellas que suministran servicios ecosistémicos, al que atacan de forma global las conductas lesivas. Por tanto, concluimos que el bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos es precisamente el capital urbano.

Ahora bien, si se alude simplemente al capital urbano sin hacer más puntualizaciones, se estaría pecando de una inconcreción similar a la que se reprocha a los que sostienen que el bien jurídico es el hábitat. Efectivamente, todas las ciudades, sean como sean, poseen un nivel de capital urbano. Decir que el derecho penal debe proteger una realidad tan difusa es tanto como no decir nada.

Dicha concreción le es suministrada al concepto de capital urbano por el derecho humano emergente a la ciudad, corolario lógico del modelo constitucional de ordenación territorial, al cual va a concretar suministrándole unas referencias axiológicas determinadas. En tal sentido, el derecho a la ciudad tiene por objetivo convertir a la urbe en un instrumento de desarrollo a través de todas sus expresiones físicas y de todos los procesos que tengan lugar en su seno. La ciudad debe asegurar que su conformación espacial redunde en unos servicios que maximicen los derechos de sus habitantes.

El instrumento más adecuado para la realización de este derecho es precisamente el urbanismo, en cuanto es el que crea la ciudad y la configura en un sentido u otro. De tal manera, es éste el objetivo al que apunta el urbanismo en nuestro estado y es a dicho fin material al que el derecho penal junto con el derecho administrativo sancionador deben brindar su protección. Se trata pues de proteger el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad.

DECIMOCTAVA

A la luz de los concretos tipos penales existentes en el código penal, es ciertamente dudoso que el bien jurídico propuesto pueda tener cabida en los mismos.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

En lo que respecta al artículo 319 CP, teniendo en cuenta que el elemento característico de la acción es el carácter no autorizable y por tanto la contradicción con el planeamiento, la estructura del delito no aporta datos materiales sobre la lesión o el riesgo jurídicamente desaprobado. Nos encontramos ante una presunción *iuris et de iure* de lesión del bien jurídico en el momento en que se transgrede la legislación administrativa, sin exigir la constatación de un efectivo atentado al capital urbano acorde al derecho a la ciudad. Del mismo modo, la estructura típica adoptada está marcada por las remisiones y los elementos normativos, originándose una fuerte accesoriedad de derecho con respecto al derecho administrativo y especialmente con respecto al planeamiento urbanístico. De esa manera, no se señala adecuadamente el núcleo de la acción prohibida, sino que la misma se configura de manera íntegra por remisión a una contravención del planeamiento. Ello, amén de un atentado al principio de tipicidad, omite la identificación de una conducta lesiva o portadora de un riesgo específico para el bien jurídico.

En lo que hace al artículo 320 CP, en él sí que nos encontramos ante una mejor identificación del núcleo de la conducta prohibida. Pero, nuevamente, el atentado al bien jurídico se supone en todo caso con la mera contravención de la normativa urbanística sin aportar mayores datos relativos al riesgo o la lesión jurídicamente desaprobados. A ello se une también el castigo de la simple omisión de obligaciones formales —omisión de inspecciones— sin exigir ningún resultado de lesión o peligro ulterior. A grandes rasgos, el núcleo del injusto nuevamente está integrado por una contravención normativa de la que hay que suponer que en todo caso conlleva un atentado al bien jurídico.

En las condiciones relatadas, resulta muy complicado sostener que lo protegido por los tipos penales vigentes sobre delitos urbanísticos sea un bien jurídico equiparable al capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad. Por tanto, se concluye que, a la luz de la redacción legal de los artículos 319 y 320 del código penal —incluso tras la reforma de 2010—, el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad no puede tener cabida en los mismos como bien jurídico y que el bien jurídico protegido por los tipos parece estar más próximo a los postulados formales que a los materiales.

Para que en los tipos vigentes pudiera cobijarse un bien como el que proponemos serían necesarias una serie de medidas como, por ejemplo, un intento serio de

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

desvinculación de los tipos penales de la planificación urbanística. Frente al papel central que juega actualmente el carácter no autorizable de las actuaciones, debe buscarse el protagonismo de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Por lo tanto, el tipo debería construirse sobre la base de un atentado al capital urbano.

Igualmente se aconseja otorgar a las conductas de "prevaricación urbanística" un papel preeminente en la protección del capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad, en lugar del secundario que hoy parecen ostentar frente a los delitos de construcción. En tal sentido, nos parece prudente introducir en el tipo, junto a la contravención normativa, una alusión expresa a la infracción de los principios del planeamiento o directamente de los intereses generales, a fin de controlar muy estrictamente la discrecionalidad administrativa

DECIMONOVENA

Es prácticamente unánime en la doctrina la idea de que en el artículo 320 CP, junto a un bien urbanístico, se da protección al correcto funcionamiento de la administración pública. Ello deja sin resolver algunas cuestiones. Entre ellas, la de por qué era necesario este nuevo precepto en lugar de acudir a un concurso de delitos entre la prevaricación urbanística y la participación del funcionario en el delito urbanístico, o por qué se castiga la prevaricación u otras conductas administrativas desviadas específicamente en este ámbito y no en otros como son, por ejemplo, consumo, alimentación, sanidad, telecomunicaciones, etc.

En nuestra opinión, el artículo 320 CP no posee ese carácter pluriofensivo que se le otorga por parte de la doctrina, sino que el bien jurídico protegido en dicho precepto es único y se corresponde exactamente con el capital urbano acorde al derecho humano a la ciudad.

De esta manera, las conductas administrativas desviadas en esta materia atacan a la forma en la que se desenvuelve en nuestras ciudades actuales el mecanismo de apropiación del lugar, lo cual afecta mediatamente a otros servicios urbanos como los de satisfacción del sentimiento de territorialidad, identificación simbólica, satisfacción residencial, reducción del sentimiento de seguridad, fomento del contacto social, etc. Cuando los encargados del urbanismo realizan actos que responden a espurios intereses privados, los ciudadanos se sienten traicionados y experimentan que no tienen ninguna

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

capacidad de acción o control sobre los lugares en los que habitan. Ello ataca directamente al mecanismo de apropiación del lugar y a todos los procesos con los que está interconectado, lo cual supone una importante merma del capital urbano en cuanto conlleva un claro perjuicio a los servicios socioecosistémicos citados.

Por otra parte, un aspecto del derecho a la ciudad consiste en convertir la ciudad en una obra de sus ciudadanos. 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. Si dicha acción democrática es dañada, se daña consecuentemente el bien jurídico al que nos referimos.

La conclusión a la que se llega es que no hay que acudir a la lesión a un bien jurídico distinto para captar toda la dañosidad de las conductas contenidas en el artículo 320 CP. El propio concepto de capital urbano acorde al derecho a la ciudad ya incluye dentro de sí perfectamente el correcto funcionamiento de la administración urbanística.

Con esta idea, además, se da respuesta a las cuestiones problemáticas planteadas al principio. En primer lugar, la relación que existiría entre este delito así interpretado y el contenido en el artículo 404 CP sería de especialidad, 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 y específico al bien jurídico que se trata de proteger.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

KONKLUSIONEN



Publicaciones y
Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

KONKLUSIONEN

Die vorliegende Arbeit ergab die folgenden Konklusionen:

1.

Der Raum, der den Menschen umgibt, ist nicht einfach nur der Rahmen, in dem er existiert und auf den er einseitigen Einfluss ausübt. Er ist aktiv und dynamisch und kann den Menschen beeinflussen. Daher sind Veränderungen an seiner Form nicht ungefährlich für den Menschen.

Der Mensch muss seine Umgebung kennen, um sich in ihr entfalten zu können. Dies lässt sich über kognitive Karten erreichen. Der Schwierigkeitsgrad bei deren Ausarbeitung wird durch Umweltcharakteristika beeinflusst.

Auch die physischen Eigenschaften des Raums haben Auswirkungen auf den Menschen. Hohe Temperaturen, Wind, Licht, Lärm, Umweltverschmutzung und Bevölkerungsdruck beeinträchtigen die Gesundheit, die Arbeitsleistung, die zwischenmenschlichen Beziehungen usw.

Ebenso zeigt der Mensch aufgrund der Umgebungseigenschaften psychologische Reaktionen, die sein geistiges Wohlbefinden beeinflussen. Zu diesen Reaktionen gehören einige wichtige Phänomene wie z. B. der Umweltstress, die Verbundenheit mit einem Ort, die Zufriedenheit mit der Wohnsituation, die Wohnortspräferenz, die Territorialität, die Aneignung des Ortes usw. All diese Punkte werden von Umgebungseigenschaften beeinflusst, deren Kontrolle hilfreich wäre. Der Wohnort geht auch in die Identitätsbildung des Menschen ein, sowohl individuell als auch gesellschaftlich. Im eigenen Selbst gibt es eine als Ortsidentität bezeichnete Unterstruktur, die den Menschen mit seinem Wohnort verbindet und die für sein Selbstverständnis fundamental ist. Dieser Teil der Identität, der eng mit den symbolischen Identifikationsprozessen mit dem Ort verwandt ist, potenziert sich auch aufgrund von bestimmten physischen Eigenschaften der Umgebung.

Heutzutage besteht der menschliche Raum, der Gegenstand dieser Untersuchung, hauptsächlich aus bebauten Flächen. Diese Art von Umgebung wird vom Menschen *von Grund auf* an vorher naturbelassenen Orten erschaffen und ändert sich ständig.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Außerdem ist der Normcharakter bebauter Flächen bemerkenswert. In den heutigen komplexen Gesellschaften unterliegt die Veränderung des Raums der Rechtsordnung —der Territorial- und Städtebauordnung— die darüber wacht, dass sich seine Entwicklung rational und im Einklang mit gesellschaftlichen Werten vollzieht. So zeigt sich die große Wichtigkeit des Städtebaus als Regulator der Stadtgestaltung. Ziel des Städtebaus ist eine Art von Stadt, die über ihre physischen Eigenschaften die positiven psychologischen Umwelteffekte verstärkt und negative Eindrücke vermeidet.

2.

Wirtschaft und Städtebau sind eng miteinander verbunden. In der wirtschaftlichen Blütezeit unseres Landes im ersten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts hat die Baubranche eine beachtliche Sogwirkung auf die Gesamtwirtschaft ausgeübt.

In dieser Konjunktur trumpfte das Baugewerbe mit Höchstwerten im nationalen Haushalt auf, sowohl bei der Erwerbstätigkeit als auch bei Investitionen. Was die Erwerbstätigkeit angeht, war sein Wachstum unaufhaltsam und seine Bruttowertschöpfung stellte 8,1 % des Bruttoinlandsprodukts. Auch die Investitionsausgaben im Baugewerbe, speziell im Wohnungsbau, haben die Ausgaben für Ausrüstungsgüter übertroffen. In diesem Zusammenhang haben sich auch der Einfluss der Aufwertung der Immobilien und die damit verbundene Wohlstandsmehrung auf den Konsum der Eigentümerfamilien gezeigt. All das verdeutlicht den fundamentalen Beitrag des Bausektors zur Wirtschaftsleistung während der vergangenen Konjunktur.

Wie sich jedoch herausstellte, war das erreichte Wachstum weder besonders außergewöhnlich noch von der gewünschten Stabilität, da es in erster Linie auf einer künstlich aufgeblähten Branche beruhte. Dies hat unserer Wirtschaft ab dem Moment geschadet, als sie nichts mehr beisteuern konnte. Als der Bausektor an Schwung verlor, kam es zu einer Kettenreaktion und die Wirtschaft befand sich im freien Fall, dessen Konsequenzen noch immer spürbar sind.

Außerdem hat sich bestätigt, dass das Baugewerbe einen fundamentalen sozialen Aspekt wie den Zugang zu Arbeit hat. Das Beschäftigungswachstum im Bausektor wurde nur noch vom Dienstleistungssektor übertroffen. Wenn Letzterer jedoch in seine

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

verschiedenen Zweige zerlegt wird, erscheint das Baugewerbe als unangefochtener Spitzenreiter bei der Beschäftigung.

Trotz dieser positiven Daten scheint es sich lediglich um Irrlichter gehandelt zu haben. Die geschaffenen Arbeitsplätze waren von geringer Qualität, Produktivität und Dauer. In dem Moment, als das Baugewerbe an Kraft verlor, gingen die Beschäftigungsraten rapide zurück. Dieser Effekt griff auf den Rest der Wirtschaft über. Dies hat zu noch nie dagewesenen Arbeitslosenzahlen geführt.

All dies liegt in einem Inflationsprozess im Baugewerbe begründet, der nach einer initialen Nachfragesteigerung auf dem Wohnungsmarkt aufgrund von demografischen Entwicklungen Spekulationskapital anzog, das nach dem Platzen der Dotcom-Blase im Jahr 2000 frei wurde. Dadurch zogen die Preise an, wodurch noch weitere Investoren angelockt wurden, die das Baugewerbe als sichere Anlage betrachteten. So wurde die als Immobilienblase bekannte Preisspirale in Gang gesetzt, die langfristig die wirtschaftliche Stabilität gefährdete.

Diese wirtschaftliche Episode wurde durch einen laxen, durch neoliberale Forderungen inspirierten Städtebau ermöglicht. Die Bebauung der Flächen wurde kaum begrenzt und es wurde nicht auf tatsächliche Wohnflächen- oder Infrastrukturbedürfnisse geachtet. Es ging darum, in jedem Fall die spekulative Nachfrage zu befriedigen, die sich anhand der Erwartung immer höherer Einkünfte selbst perpetuierte, ohne die langfristigen Konsequenzen für die Wirtschaft und andere Bereiche zu beachten.

Auch das Verhältnis zwischen dem exorbitanten Wachstum im Baugewerbe und den staatlichen Einnahmen wurde nachgewiesen, besonders bei den lokalen Finanzhaushalten. Dies hat angesichts des Geldmangels in den Kommunen zu laxeren Kontrollen und einer öffentlichen Förderung der Stadterweiterung geführt. Als besonders gefährlich haben sich die indirekten Einnahmequellen erwiesen —Gemeindeböden und städtebauliche Einigungen— weil hierbei in der Verwaltung das Gemeinwohl leicht in Vergessenheit geriet. Auch wenn die hohen erwarteten Gewinne nicht in private Hand gelangen sollen, sind sie zumindest wahlkampftechnisch äußerst attraktiv.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Folglich werden die mangelhafte Nachhaltigkeit eines unkontrollierten Städtebaus und die Unzulässigkeit der verbundenen Risiken festgestellt. Man sollte die Bedeutung einer strengen und rationalen Regulierung der Bauaktivität und des Wachstums der Stadt für die Vermeidung dieser schädlichen Überdimensionierungen unterstreichen. Die wirtschaftliche und soziale Katerstimmung, in der wir uns befinden, gleicht die Entwicklungen der Vergangenheit nicht aus, vor allem nicht, wenn sich herausstellt, dass das erwähnte Wachstum ausschließlich konjunkturbedingt und nicht langfristig war. Die staatliche Strafgewalt darf diese wirtschaftliche Komponente nicht vergessen. Jede Handlung von Einzelpersonen oder der Verwaltung, die dazu beiträgt, solch wirtschaftlich schädliche Exzesse zu fördern, muss zur Entwicklung eines adäquaten Schutzgegenstands führen.

3.

Der Boden sollte aufgrund seiner langsamen Regeneration als nicht erneuerbare natürliche Ressource angesehen werden. Daher hat der Städtebau eine Reihe von Auswirkungen auf die Umwelt. Beispielsweise werden durch die Bebauung die ursprünglichen Charakteristika der Flächen verändert, was zu einem Verlust an Fruchtbarkeit, einer geringeren Filtrationskapazität, einer Fragmentierung von Habitaten usw. führt. Ebenso kann der Flächenverbrauch zur Kontaminierung ebendieser Ressource durch toxische Stoffe führen, die aus den Abfällen der Gesellschaft stammen, falls die Absorptionskapazität des Bodens überschritten wird. Es kann auch zu einer Versalzung kommen, wenn das Gleichgewicht in den Grundwasservorkommen in Küstennähe, einer Zone mit besonders starkem Entwicklungsdruck, gestört wird.

Je mehr sich eine Stadt ausdehnt, desto mehr Flächen haben unter den obenerwähnten Prozessen und somit negativen Auswirkungen auf die Umwelt zu leiden. Erwiesenermaßen besteht in unserem Land eine Tendenz zu weitläufigen Städten, was den Verkehr über Autobahnen als Rückgrat mit einschließt. Durch das Straßennetz wird der Flächenverbrauch weiter verstärkt. Der Verkehr hat außerdem weitere Auswirkungen auf die Umwelt wie Partikelemissionen, den Ausstoß von Klimaschadgasen (z. B. Kohlenmonoxid), den Treibhauseffekt und einen großen Energieverbrauch.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

4.

Statistische Daten haben ergeben, dass sich der Moment, in dem junge Menschen in unserem Land ein selbstständiges und eigenverantwortliches Leben beginnen, weiter und weiter nach hinten verschiebt. So sehr, dass einige Autoren von einer „blockierten Emanzipation“ sprechen. Dies hat schwerwiegende soziale Konsequenzen, u. a. die Verlängerung der Jugendzeit, eine spätere Übernahme von Verantwortung, einen moralischen Relativismus in Bezug auf die gesellschaftlichen Regeln, mangelnde Vorausschau, Egoismus, geringe Geburtenraten, demografische Ungleichgewichte und das Risiko, dass sich das Sozialversicherungssystem nicht mehr aufrechterhalten lässt.

Diese Situation liegt in verschiedenen psychosoziologischen und sozioökonomischen Faktoren begründet. Zu den ersten gehören die Unreife, die Verbesserung des Verhältnisses zwischen den Generationen usw., zu den zweiten die Evolution des Arbeitsmarkts und der Zugang zu Wohnraum.

Daher hat der Städtebau klare Auswirkungen auf den emanzipatorischen Prozess. Es hat sich gezeigt, dass ein Arbeitsplatz zwar eine Notwendigkeit für die Emanzipation ist, aber ohne gleichzeitigen Zugang zu Wohnraum nicht ausreicht. In dieser Hinsicht spielt das angewandte Modell des Städtebaus eine zentrale Rolle. Die spekulative Ausrichtung, die den Bausektor und den Wohnungsmarkt in unserem Land in jüngster Zeit geprägt hat, ist für den verschlechterten Zugang zu Wohnraum und die verzögerte Emanzipation verantwortlich.

5.

Die Korruption ist ein Phänomen, das starke Systemschäden verursacht, z. B. eine ineffiziente Zuweisung öffentlicher Ressourcen oder die Unterordnung des Allgemeinwohls unter Eigeninteressen. Darüber hinaus verstärkt die Korruption das soziale Ungleichgewicht und sorgt für eine intransparente politische Amtsführung. Besonders schwerwiegend ist das vermehrte Fehlen von Normen, das auf einen Zusammenbruch des moralischen Zusammenhalts in der Gesellschaft hindeutet. Wenn dieses Gefühl in der Bevölkerung weit verbreitet ist, reduzieren sich das Gesellschaftskapital und das politische Engagement auf drastische Weise. So entstehen ein Klima tiefen Misstrauens und eine gewisse Gleichgültigkeit gegenüber der Korruption, die letztendlich als etwas Normales angesehen wird.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Die Korruption benötigt verschiedene Bedingungen: die Konzentration der Macht in wenigen Händen, einen großen Ermessensspielraum bei der Ausübung der Macht sowie schwach ausgeprägte Kontrollen. Diese Voraussetzungen scheinen in unserem Land vorhanden zu sein und so dieses Phänomen zu fördern.

Neben diesen strukturellen Bedingungen wurden auch konjunkturelle Ursachen für das Wachstum der Korruption erkannt. Dazu gehören ein längerer Zeitraum steigender Börsenkurse, die Einbeziehung aller Sozialpartner in den Prozess, die Präsenz des organisierten Verbrechens, lokaler Finanzmangel ... diese konjunkturellen Bedingungen gab es im Baugewerbe, somit war sie ein fruchtbarer Boden für die Korruption.

6.

Der soziale Kontakt und die Komplexität sind der Innbegriff städtischer Attribute, somit sollte der urbane Geist der Stadt aufrechterhalten werden. In diesem Sinne spielt die Gestaltung der Stadt eine zentrale Rolle. Um die Komplexität beizubehalten und die Kontaktmöglichkeiten zwischen Informationsträgern zu vervielfachen, muss eine kompakte Stadt mit prosozialem Design gefördert werden. Diffusionsprozesse haben einen gegenteiligen Effekt. Sie zerteilen sowohl das soziale Netz als auch das Gebiet, sorgen für mehr Monotonie und verhindern die soziale Teilhabe, wenn die Mittel (in erster Linie das Automobil) fehlen, um über das Verkehrsnetz entfernte Punkte in weitläufigen Städten zu erreichen.

Neben einem bestimmten Städteentwurf ist für soziale Kontakte und Komplexität ein entsprechendes Maß an Sicherheit erforderlich. In dieser Hinsicht hat auch die Stadtgestaltung einen großen Einfluss, da sich leicht kontrollierbare Flächen und Räume schaffen lassen, wodurch die Möglichkeiten für Straftaten verringert und das persönliche Sicherheitsempfinden gesteigert werden. Allerdings muss auch die Effektivität der Gemeinschaft gefördert werden, der Wertekanon und die soziale Kontrolle. Es wird deutlich, dass Umweltmaßnahmen allein nicht ausreichen, um die Kriminalität zu senken. Auch die persönliche Einstellung derjenigen, die den öffentlichen Raum nutzen, ist entscheidend, um sich in der Nachbarschaft unterstützt und aufgehoben zu fühlen. Daher ist es notwendig, dass sich soziale Fragen und die Stadtgestaltung ergänzen, um zu einem Gefühl der Sicherheit zu gelangen.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Rein physische Maßnahmen zur Verbrechensbekämpfung haben häufig den gegenteiligen Effekt. Es kann zu einer Abriegelung von Gebieten und einem Gefühl der Unsicherheit kommen, die zum sozialen Ausschluss und somit zu einem Verlust der Kontaktmöglichkeiten und der Komplexität führen, die für urbane Räume entscheidend sind.

7.

Liest man die Verfassung in Hinblick auf Fragen zu den verschiedenen Perspektiven auf Flächen- und Raumordnung, findet man eine Reihe von Richtlinien, die das Territorialmodell eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats axiologisch leiten. Daher ist die Raumordnung nicht vollständig frei.

Aus psychologischer Sicht orientiert sich das Territorialmodell der Verfassung an einer Stadtgestaltung, die die persönliche Entwicklung sowie die körperliche und geistige Gesundheit fördert, und eine Raumordnung vermeidet, die Umweltstress auslöst. Es unterstützt auch eine psychologische Verbindung mit der Umwelt, die für das Wohlbefinden so wichtig ist.

Aus wirtschaftlicher Sicht wird unser System von verschiedenen politischen Voraussetzungen und Richtlinien eingeschränkt. Durch das Streben nach maximaler wirtschaftlicher Effizienz werden soziale Belange vernachlässigt. Von diesem Standpunkt aus betrachtet ist einer der zentralen Punkte die wirtschaftliche Stabilität. Nach diesem Prinzip muss das Wirtschaftssystem ein Wachstum verhindern, das auf lange Sicht weniger Vor- als Nachteile bringt. Wird die Verfassung im Bausektor angewendet, scheint sie ein expansives und spekulatives Städtemodell auszuschließen, von dem lediglich wenige profitieren und das nicht zu einem konsistenten sozialen Fortschritt beiträgt. Die Verfassung scheint ein Stadtplanungssystem zu legitimieren, dass sich mehr an menschlichen Bedürfnissen als den Anforderungen des Markts und der Investoren orientiert.

Wohnraum wird als Teil der Grundversorgung angesehen, die einen lebensnotwendigen Zweck erfüllt, und nicht als Investitionsgut. Städtebau erscheint als öffentliche Dienstleistung und dient er Befriedigung der Bedürfnisse aller Bürger.

Aus ökologischer Sicht steht die Verfassung für einen umweltfreundlichen Städtebau und ein nachhaltiges Entwicklungsmodell nach Artikel 45 GG. Im Städtebau gilt es, den

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Flächenverbrauch wenn möglich zu vermeiden und stattdessen bereits bebaute Flächen zu erneuern. Die Stadt sollte nur expandieren, wenn es keine andere Möglichkeit gibt. Aus Umweltschutzperspektive wertvolle Gebiete dürfen nicht bebaut werden. In der Verfassung erscheint ein Städtebaumodell für kompakte fußgängerfreundliche Städte als Leitbild, um Schadstoffemissionen und den Treibhauseffekt zu verringern.

Aus politischer Sicht ist die Verfassung konträr zu einem Urbanismus, der von Korruption durchsetzt ist. Aus dem Thema Urbanismus scheint sich die Notwendigkeit eines Systems abzuleiten, in dem der Bürger direkter in die Stadtplanung mit einbezogen wird und in der es stärkere institutionelle und öffentliche Kontrollen gibt. Ebenso lässt sich die Notwendigkeit eines Städtebaus ableiten, bei dem jede Entscheidung soliden Motiven folgt. Somit kann die Willkür verhindert werden, geächtet laut Artikel 103 GG.

Aus sozialer und kriminologischer Sicht sollte der Städtebau über die Stadtgestaltung Kontaktmöglichkeiten, den gesellschaftlichen Zusammenhalt und somit die städtische Komplexität fördern. Die verfassungsmäßige Wertschätzung von Vielfalt und Förderung der Sicherheit als öffentliche Aufgabe führt zu diesem Schluss. Allerdings ist äußerste Vorsicht geboten, um exzessive Sicherheitsmaßnahmen zu verhindern, da es sonst zu sozialer Isolation und Misstrauen kommen kann. Abgesehen vom negativen Einfluss auf die städtische Komplexität führt dies zu fremdenfeindlichen Einstellungen und sozialen und räumlichen Trennlinien, die wiederum zu einem Teufelskreis aus sozialer Desintegration und Unsicherheit führen können.

Das Recht auf Stadt erscheint als ideales Instrument für die logische Kohärenz aller verfassungstechnischen Vorgaben in Planungsfragen. Zentraler Bestandteil dieses Rechts ist ein Anrecht darauf, dass sich die Stadt als soziale und räumliche Enklave gemäß den Bedürfnissen ihrer Einwohner entwickelt, um deren andere Menschenrechte zu realisieren. Dies wird den Städtebau in jedem Aspekt axiologisch leiten und so inkohärente Lösungen verhindern.

8.

Die Tatsache, dass unser Staat in Artikel 1.1. GG als sozial und demokratisch definiert ist, sorgt dafür, dass die Handlungsfreiheit nur anhand von legal verabschiedeten Gesetzen eingeschränkt werden kann, um so den gesellschaftlichen

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Frieden zu sichern. Daher benötigt unser politisches System ein materielles Strafrecht, das erst bei nachweisbaren und realen Schäden an den für das Zusammenleben essenziellen Bedingungen, dem Rechtsgut, angewandt wird.

Im Rahmen des materiellen Strafrechts ist das Rechtsgut ein notwendiges Instrument, um die Schädlichkeit von Handlungen nachzuweisen. Daher ist es das materielle Strafrecht, das die Existenz des Rechtsguts erfordert, und nicht umgekehrt.

Damit der Schaden aus dem obigen Beispiel nachweisbar und das Strafrecht tatsächlich materiell ist, reicht es nicht aus, sich auf ein Rechtsgut zu beziehen. Es muss auch real sein, jedoch nicht im physischen Sinn: Auch die sozialen Phänomene werden nachweisbar sein. Weitere Konsequenzen des materiellen Strafrechts sind die Straffreiheit bei Handlungen gegen den ethisch-moralischen Kodex ohne externe Schädlichkeit und der Ausschluss des Schutzes der Normen als zentraler Gegenstand.

9.

Die politisch-kriminologische Funktion des Rechtsguts ist nur eine negative oder ausschließende Funktion ohne jegliche Rechtserheblichkeit, um den Gesetzgeber einzuschränken. Es gab jedoch eine Rechtsschule, die versuchte, über die erwähnte negative Funktion hinauszugehen und ein Rechtsgutkonzept zu entwickeln, das den Gesetzgeber verpflichtet, bestimmte Objekte zu schützen. Ein solcher Ansatz erscheint uns jedoch nicht richtig, wenn er auch ein lobenswertes Ziel verfolgt. Unserer Meinung nach erfordert er mehr vom Rechtsgut, als es bietet. Das Rechtsgutkonzept als solches ist nicht dafür geeignet, die Notwendigkeit des Schutzes von Realwerten anzuzeigen. Dieses Konzept sagt nichts über seinen Inhalt aus.

Daher ist es für eine Beschränkung des Gesetzgebers und die Vermeidung einer Tautologie nicht dringend, das Konzept des Rechtsguts zu definieren. Es sollten eher Vorgaben geschaffen werden, um es mit materiellem Inhalt zu versehen. Dafür muss man auf Instrumente zurückgreifen, die ethische, politische, pragmatische und andere anwendbare Vorgaben einschließen.

Es erscheint uns angemessen, das rationale Gesetzgebungsmodell nach ATIENZA und DÍEZ RIPOLLÉS anzuwenden. Dieses Modell ermöglicht durch eine Reihe aufeinander aufbauender Analysen, das für das Strafrecht angemessene Vorgehen zu erkennen. Über dieses Vorgehen und einen logischen Induktionsprozess gelangt man

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

zum geschützten Rechtsgut. Daher ist bestätigt, dass das Rechtsgut einen instrumentellen Charakter besitzt. Hierdurch erlangt man genauere Erkenntnisse über die verschiedenen real existierenden Rechtsgegenstände, die durch bestimmte Handlungen geschädigt werden. So ist es möglich, Tatbestände zu konstruieren, die schädliche oder gefährdende Handlungen beschreiben. In diesem Sinne stellt das Rechtsgut ein Instrument dar, das nicht der Auswahl sondern der Erschaffung der zentralen Voraussetzungen für das Zusammenleben und der präzisen Beschreibung schädigender Handlungen dient.

10.

Es gibt keine robusten theoretischen Hindernisse für den strafrechtlichen Schutz kollektiven Rechtsguts. Das Aufkommen dieser Art von Gütern ist eine natürliche Konsequenz der Entwicklung unserer Gesellschaft und der Staatsform, die man nicht scheuen muss. Die geäußerten Kritiken dienen der Aufdeckung der tatsächlichen Fehler, die beim Schutz dieser Güter in einem sozialen Strafrecht noch immer auftreten. Daher ist der Schluss zu ziehen, dass diese Güter weiter konkretisiert werden müssen, um die tatsächliche Schädigung durch menschliches Handeln erkennen zu können.

In diesem Sinne können kollektive Rechtsgüter durch menschliches Handeln geschädigt werden. Die Theorien, die diesen Urteilsgrund verneinen, verwenden ein zu strenges Konzept der Schädigung und verwechseln diese mit der vollständigen Zerstörung des Guts. Im Gegensatz dazu geht der richtige Weg über die exakte Definition der Güter und ihre Unterteilung in Funktionseinheiten, um die Schädigung nachzuweisen. Ebenso ist es erwähnenswert, dass das Verhältnis zwischen kollektiven und individuellen Rechtsgütern weder antagonistisch noch hierarchisch, sondern ergänzend ist.

11.

Das Modell der rationalen Gesetzgebung nach DÍEZ RIPOLLÉS lässt sich zu einem allgemeinen staatlichen Strafgesetz erweitern, das neben dem Strafrecht auch das Ordnungswidrigkeitenrecht beinhaltet.

Aus Sicht der ethischen Rationalität hat sich herausgestellt, dass es keine logischen Hindernisse dafür gibt, die Prinzipien auf das Ordnungswidrigkeitenrecht anzuwenden, speziell bei der Schädlichkeit und Wesentlichkeit. Beide Bereiche der Rechtsordnung

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

dienen ausschließlich der Bestrafung besonders schädlicher Handlungen, die sich gegen die zentralen Interessen der Gemeinschaft wenden. Daher ist es nicht möglich, die beiden Disziplinen auf ethischer Ebene zu unterscheiden.

Auf Ebene der teleologischen Rationalität sind die Ziele der einen oder anderen Disziplin des *ius puniendi* lediglich auf den einen oder anderen Sektor bestimmter Handlungen bezogen. Es gibt jedoch kein Hindernis für Konvergenzbereiche der beiden, wobei die Stadt- und Territorialplanung ein paradigmatischer Bereich für dieses Phänomen ist. Daher ergeben sich aus der teleologischen Rationalität auch keine definitiven Gründe zur Unterscheidung von Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht. Daraus ergibt sich, dass die Entscheidung anhand von praktischen Fragen im Rahmen der pragmatischen Rationalität getroffen werden sollte.

Genauso im Rahmen der teleologischen Rationalität, wo der Schutzgegenstand angesichts der schädlichen Handlungen besprochen wird, obwohl keine strikte Trennung der Handlungen möglich ist, bei denen das Strafrecht oder das Ordnungswidrigkeitenrecht greift. Daher betrifft das Rechtsgut ausschließlich den *ius puniendi*, während der Schutzgegenstand sowohl das Strafrecht als auch das Ordnungswidrigkeitenrecht betrifft.

12.

Bei der teleologischen Wahl der abweichenden städtebaulichen Handlungen (am häufigsten die Bodennutzung, Missachtung der Morphologie, fehlende Planung, Umlegungen von Parzellen, widerrechtliche Beschlüsse oder Abstimmung), anhand derer man das geschützte Rechtsgut bei einer Straftat erkennt, fehlt bei diesen genehmigungsfähigen Handlungen zumeist die materielle Schädlichkeit. Solche Tatbestände verursachen keine Schäden außer der Zuwiderhandlung an sich. Ihr genehmigungsfähiger Charakter liegt entweder in der materiellen Konformität mit rechtlichen bzw. stadtplanerischen Bestimmungen oder der Kompatibilität mit diesen Bestimmungen trotz mangelnder Ausrichtung an der Genehmigung begründet. In beiden Fällen entstehen keine wertmindernden materiellen Schäden am Boden. Es kommt lediglich zu einer Umgehung der vorherigen administrativen Kontrolle, die kaum dazu taugt, abweichende städtebauliche Handlungen zu verhindern.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Im Falle, dass die Modifikation in der Stadtplanung nicht in tatsächlichen Änderungen am Terrain begründet liegen, sind bei genehmigungsfähigen Handlungen bei *a posteriori* durchgeführten unberechtigten Änderungen an der Stadtplanung die inhärenten Werte des Bodens und somit auch die Schäden an ihnen weiterhin existent.

Im Sinne der fragmentarischen Natur des Strafrechts erscheinen die bestehenden Handlungen durch den Filter der Schädlichkeit als besonders schädlich bei Bodenwerten, denen einen spezielle soziale Bedeutung zugeschrieben wird.

13.

Bei der Unterscheidung der abweichenden städtebaulichen Handlungen, die in den Bereich des Strafrechts oder des Ordnungswidrigkeitenrechts fallen, findet die pragmatische Rationalität Anwendung, in erster Linie anhand des Subsidiaritätsprinzips. Dieses Prinzip entscheidet anhand von Effizienzkriterien auf externer Ebene, ob bestimmte abweichende städtebauliche Handlungen besser ohne Zuhilfenahme von Strafmaßnahmen unterbunden werden können. Auf interner Ebene wird anhand dieses Prinzips entschieden, ob sich für die Prävention eher das Strafrecht oder das Verwaltungsrecht eignet. Auf interner Ebene ist äußerste Vorsicht geboten, damit das Subsidiaritätsprinzip nicht aufgrund von simplifizierenden Interpretationen zu einem rein rhetorischen Mittel verkommt.

14.

Die Lehrpositionen zum Rechtsgut bei städtebaulichen Straftaten verteilen sich auf zwei gegensätzliche Richtungen: formelle und materielle Positionen. Laut Ersteren ist der Schutzgegenstand das Verwaltungsrecht. Letztere, die deutlich in der Mehrheit sind, bezeichnen das Rechtsgut als materielle Realität, obwohl es zwischen ihnen bestimmte Unterschiede gibt. Es gibt drei große Gruppen: diejenige, die die rationale Verwendung das Bodens als Rechtsgut ansieht, diejenige, die bestimmte Eigenschaften oder Funktionen des Bodens für den Schutzgegenstand hält und diejenige, die unterstreicht, dass der Lebensraum des Menschen geschützt wird.

Es wurden formelle Positionen verworfen, da sie diese Straftaten als reine Verstöße definieren, ohne die materielle Schädlichkeit zu beachten. Dies wäre mit einem unserer Ausgangspunkte, dem materiellen Strafrecht, nicht kohärent. Außerdem verletzen sie

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

das Prinzip der Ultima Ratio, da sie das Strafrecht zur ersten Verteidigungslinie gegen administrative Verstöße machen.

Trotz dieser Kritik kann man diesen Positionen zwei nützliche Punkte entnehmen: erstens, das Festhalten am lokalen Kontext statt einer erweiterten Raumordnung, um die Schädlichkeit der Handlungen deutlicher zu erkennen, zweitens, die Notwendigkeit, das Verwaltungsrecht nicht vollständig außer Acht zu lassen, um die Einheit der Rechtsordnung nicht zu verletzen.

Auch die vorhandenen materiellen Positionen sind nicht zu 100 % überzeugend. Die erste Gruppe nimmt Rückgriff auf die Stadtplanung, um deutlich zu machen, was eine rationale Nutzung darstellt. Dies birgt das Risiko einer Formalisierung. Außerdem scheint sie bei der Konkretisierung des Rechtsguts auf halbem Weg haltzumachen, da die rationale Nutzung nicht endgültig definiert wird. Auch die Argumentation der zweiten Gruppe überzeugt nicht vollständig, da sie es nicht schafft, die Realität darzustellen, in der die Funktionen gegeben sind, die den Abschluss der Argumentation darstellen sollten. Und letztendlich bleiben die materiellen Positionen, die den hochwertigen Lebensraum des Menschen als geschütztes Rechtsgut ansehen, nicht greifbar, da sie die Eigenschaften des Lebensraums nicht ausreichend beschreiben.

15.

Unsere persönliche Intention der Erstellung eines materiellen Rechtsguts anhand von Positionen auf Grundlage des Lebensraums ist aufgrund von drei Gründen am überzeugendsten.

Erstens vereinigen sich im hochwertigen menschlichen Lebensraum die rationale Nutzung und die Bodenfunktionen auf logische Weise. Ein hochwertiger menschlicher Lebensraum ist das Ergebnis einer rationalen Nutzung des Bodens und liefert die positiven Funktionen des Bodens. Darüber hinaus ist für seine Konkretisierung die Stadtplanung nicht erforderlich.

Zweitens verfügt die menschliche Umgebung als Rechtsgut über einige materielle Bezüge, anhand derer sich Schäden einfacher als bei anderen Lehrpositionen nachweisen lassen.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Zuletzt ermöglicht ein festgelegtes Umfeld für das Rechtsgut die Fixierung eines gemeinsamen Schutzgegenstands für das Strafrecht und das Ordnungswidrigkeitenrecht und ist somit kohärent mit einer einheitlichen Vision des *ius puniendi*.

Nichtsdestotrotz bleiben bei einem einfachen Hinweis auf den hochwertigen Lebensraum zu viele Fragen offen, insbesondere in Bezug auf Qualitätsparameter, den Umfang des Lebensraums usw.

Um diese Idee zu konkretisieren, muss man auf einige Konzepte aus der Ökologie zurückgreifen. In erster Linie wird die Idee eines „Sozioökosystems“ aufgegriffen. Hierbei wird das traditionelle Konzept des Ökosystems umgedeutet, sodass es Mensch und Natur mit einschließt, da die Pflege der Natur für das Wohlbefinden des Menschen von entscheidender Bedeutung ist. Der wichtigste Punkt dieser Idee ist die wissenschaftliche Bestätigung eines Ökosystems, dessen integraler Bestandteil der Mensch ist, eingebunden in die Prozesse des komplexen Systems.

Weitere wichtige Ideen, die der Ökologie entlehnt werden, sind die „Ökosystemdienstleistung“ und das „Naturkapital“. Als Ökosystemdienstleistung bezeichnet man den Nutzen, den der Mensch aus einem Ökosystem zieht. Dies können Rohstoffe, Güter oder andere Dinge sein, die aus einem Ökosystem stammen und direkten oder indirekten Einfluss auf den Wohlstand der menschlichen Bevölkerung haben, obwohl eine ökonomische Werteinschätzung schwierig ist, da es sich nicht um Vermögenswerte handelt. In diesem Zusammenhang bezeichnet das Naturkapital *im Großen und Ganzen* die Gesamtheit der Elemente, welche diese Ökosystemdienstleistungen erzeugen. Dieses Konzept schließt auch alle Prozesse und Interaktionen zwischen den benannten statischen Elementen mit ein.

16.

Auf Grundlage unserer im Vorfeld formulierten Ideen ist unsere Hypothese, dass es sich bei der Stadt um eine spezielle Art von menschlichem Ökosystem handelt, das durch seinen hohen Bebauungsgrad definiert wird. In diesem Sinne erscheint die Stadt als Sozioökosystem par excellence, da es das Ökosystem mit der größten menschlichen Einflussnahme ist. Als Ökosystem erzeugt die Stadt eine Reihe von Ökosystemdienstleistungen für den Menschen, die sich aufgrund des artifiziellen Charakters der Stadt von den natürlichen unterscheiden. Daher kann man von einigen

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Sozioökosystemdienstleistungen sprechen, die für die Stadt charakteristisch sind. Ist dies der Fall, kann man auch sich auch eine spezielle Art von Kapital vorstellen, das urbane Kapital, das die Sozioökosystemdienstleistungen der Stadt ermöglicht. Dieses urbane Kapital bestünde nicht nur aus physischen Elementen der Stadt, sondern auch aus den Prozessen und Interaktionen, die dort stattfinden, und den Wohlstand der Menschen mehren.

17.

Betrachtet man bei den schädlichen Effekte irregulärer urbaner Handlungen diejenigen mit der größten Schädlichkeit, stellt man fest, dass sie sich auf einige bestimmte Funktionalitäten des städtischen Raums beziehen: die Eindämmung des Umweltstresses, die symbolische Identifikation mit der Umgebung, die Zufriedenheit mit der Wohnsituation, die Aneignung des Ortes, die Orientierung, die Versorgung mit Wohnraum, die Förderung gesellschaftlicher Diversität und sozialer Kontakte, die Sicherheit, die demokratische Teilhabe an der Entwicklung der Metropole, der rationale Beitrage der Ökonomie ... definitiv Nutzen des urbanen Sozioökosystems, die sich problemlos im Konzept der Sozioökosystemdienstleistungen zusammenfassen lassen.

Wir möchten mit dem Rechtsgut ein einheitliches Konzept sämtlicher Realwerte, die nützlich für das Zusammenleben sind und von schädlichen Handlungen bedroht werden, erreichen. Somit ist es das urbane Kapital, das gemeinsam mit physischen urbanen Bedingungen und deren Prozessen und Interaktionen, die Ökosystemdienstleistungen liefern, durch schädliche Handlungen angegriffen wird. Daher kommen wir zu dem Schluss, dass das geschützte Rechtsgut bei städtebaulichen Straftaten das urbane Kapital ist.

Wenn man sich allerdings nur auf das urbane Kapital bezieht, ist man ähnlich ungenau wie diejenigen, die den Lebensraum als das Rechtsgut bezeichnen. Die nötige Konkretisierung des Konzepts des urbanen Kapitals wird durch das aufkommende Menschenrecht auf die Stadt erreicht. In diesem Sinne ist das Ziel des Rechts auf Stadt die Umwandlung der Metropole in ein Entwicklungsinstrument durch all seine physischen Formen und alle darin stattfindenden Prozesse. Die Stadt muss sicherstellen, dass ihre räumliche Form zu Dienstleistungen führt, die die Rechte ihrer Einwohner maximieren.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Das am besten für die Realisierung dieses Rechts geeignete Instrument ist der Städtebau, da er die Stadt erschafft und formt. Somit ist dies das Ziel, auf das der Städtebau in unserem Staat ausgerichtet ist und der materielle Zweck, der durch das Strafrecht gemeinsam mit dem Ordnungswidrigkeitenrecht geschützt werden soll. Es gilt, das urbane Kapital gemäß dem Recht auf Stadt zu schützen.

18.

Angesichts der konkreten Tatbestände im Strafgesetzbuch muss angezweifelt werden, dass das vorgeschlagene Rechtsgut darin aufgenommen werden kann.

Wenn man in Bezug auf Artikel 319 StGB bedenkt, dass das charakteristische Merkmal der Aktion deren genehmigungsunfähiger Charakter und somit deren Widerspruch zur Stadtplanung ist, ergibt die Struktur des Delikts keine materiellen Daten zur gesetzlich geächteten Schädigung. Wir stehen vor einer Vermutung *iuris et de iure* der Schädigung des Rechtsguts gemäß dem Verwaltungsrecht, ohne Befund der Schädigung des urbanen Kapitals gemäß dem Recht auf Stadt. So wird der Kern der verbotenen Handlung nicht ausreichend herausgestellt, sondern ihr Tatbestand wird als Zuwiderhandlung gegen die Stadtplanung erfüllt. Dies verhindert neben einem Rechtsbruch als Tatbestandsmerkmal die Identifikation einer Handlung mit materieller Schädlichkeit.

In Artikel 320 StGB finden wir eine bessere Identifikation des Kerns der verbotenen Handlung. Es ist jedoch erneut so, dass der Angriff auf das Rechtsgut lediglich eine bloße Zuwiderhandlung gegen die Planungsvorschriften darstellt, die Schädlichkeit wird jedoch außer Acht gelassen. Hierin wird die Bestrafung für die Umgehung von formellen Pflichten —die Umgehung von Prüfungen— beschrieben, ohne einen tatsächlichen Schaden oder eine weitergehende Gefährdung zu erfordern. Im Großen und Ganzen ist der Kern des Vergehens erneut ein Gesetzesverstoß, von dem es anzunehmen gilt, dass er in jedem Fall einen Angriff auf das Rechtsgut darstellt.

Wir schließen daraus, dass angesichts des juristischen Wortlauts der Artikel 319 und 320 des Strafgesetzbuchs das urbane Kapital gemäß dem Recht auf Stadt als Rechtsgut keinen Platz findet und dass die Tatbestände eher formeller als materieller Natur sind.

Damit in die rechtsgültigen Tatbestände ein Gut, wie wir es vorschlagen, aufgenommen werden kann, sind einige Maßnahmen nötig, z. B. ein ernsthafter

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Versuch, die verschiedenen Tatbestände in der Städteplanung zu entflechten. Angesichts der zentralen Rolle, die der genehmigungsunfähige Charakter der Handlungen momentan spielt, ist es notwendig, den Schaden am Rechtsgut in den Vordergrund zu rücken. Daher muss sich der Tatbestand vom Angriff auf das urbane Kapital ableiten.

Außerdem ist es ratsam, dem Amtsmissbrauch im Städtebau eine zentrale Rolle beim Schutz des urbanen Kapitals gemäß dem Recht auf Stadt einzuräumen. Heute ist er eher zweitrangig im Vergleich zu Delikten im Baugewerbe. In diesem Sinne erscheint es ratsam, neben dem Gesetzesverstoß eine Verletzung der Stadtplanungsprinzipien oder gleich des öffentlichen Interesses in den Tatbestand einzuschließen, um die Diskretion der Verwaltung streng zu kontrollieren.

19.

In der Lehre herrscht die einhellige Meinung vor, dass Artikel 320 StGB neben einem städtischen Gut auch die korrekte Funktion der öffentlichen Verwaltung schützt. Hier bleiben jedoch einige Fragen offen. Dazu gehört, warum ein neuer Rechtssatz anstatt einer Vielzahl von Delikten in Bezug auf Amtsmissbrauch oder die Verwicklung von Beamten nötig ist, oder warum der Amtsmissbrauch und andere nicht konforme Handlungen der Verwaltung speziell in diesem Bereich bestraft werden, nicht jedoch im Konsum, der Lebensmittelversorgung, im Gesundheitswesen, der Telekommunikation usw.

Unserer Meinung nach verfügt Artikel 320 StGB nicht über den ihm zugeschriebenen tatmehrheitlichen Charakter, sondern beschreibt nur ein einziges Rechtsgut, und zwar das urbane Kapital gemäß dem Recht auf Stadt.

So greifen die beschriebenen abweichenden Handlungen der Verwaltung in die Weise ein, wie sich in unseren heutigen Städten die Aneignung des Ortes entwickelt, was sich mittelbar auf andere urbane Dienstleistungen wie die Zufriedenheit mit der Territorialität, die symbolische Identifikation, die Zufriedenheit mit der Wohnsituation, das Gefühl der Sicherheit, die Förderung von sozialen Kontakten usw. auswirkt. Wenn die Verantwortlichen für den Städtebau nach Privatinteressen handeln, empfinden die Bürger, dass sie keine Teilhabe und keine Kontrolle über die von ihnen bewohnten Orte haben. Dies greift direkt in die Aneignung des Ortes und alle damit

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ineinandergreifenden Prozesse ein, wodurch das urbane Kapital zurückgeht und ein großer Schaden an den erwähnten Sozioökosystemdienstleistungen entsteht.

Darüber hinaus ist ein Aspekt des Rechts auf Stadt, diese in ein Werk ihrer Bürger zu verwandeln. In diesem Sinne wandelt sich das urbane Kapital gemäß dem Recht auf Stadt aufgrund des demokratischen Handelns der Bürger. Wenn dieses demokratische Handeln beeinträchtigt wird, ist dies ein Schaden am Rechtsgut, auf das wir uns beziehen.

Somit kommt man zu dem Schluss, dass es nicht notwendig ist, den Schaden auf ein anderes Rechtsgut zu beziehen, um die gesamte Schädlichkeit der in Artikel 320 StGB enthaltenen Handlungen zu erfassen. Das Konzept des urbanen Kapitals gemäß dem Recht auf Stadt enthält bereits die korrekte Funktion der städtischen Verwaltung.

Anhand dieser Idee kann man auch die sich stellenden problematischen Fragen beantworten. Erstes unterläge das Verhältnis zwischen dem so interpretierten Delikt und dem Inhalt des Artikels 404 StGB dem Bestimmtheitsgrundsatz, wodurch die Anwendung mehrerer Delikte ausgeschlossen würde. Zweitens wäre die Bestrafung des Amtsmissbrauchs in dieser Angelegenheit gerechtfertigt, da solche Handlungen einen direkten und spezifischen Angriff auf das zu schützende Rechtsgut darstellen.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABANTO VÁSQUEZ, M. A. "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", en *Revista Penal* nº 18, 2006. pp. 3-44.

ACALE SÁNCHEZ, M. "Delitos sobre la ordenación del territorio", en VV.AA. Derecho penal del medio ambiente (Ed. TERRADILLOS BASOCO, J.). Trotta. Madrid, 1997.

ACALE SÁNCHEZ, M. *Delitos urbanísticos*. Cedecs. Barcelona, 1997.

ACALE SÁNCHEZ, M. "El artículo 319.2: Edificación no autorizable en suelo no urbanizable", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.

ACALE SÁNCHEZ, M. "De los delitos sobre la ordenación del territorio: el artículo 319 del código penal", en VV. AA. *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio. Seminario celebrado en la facultad de derecho de la Universidad de Cádiz, enero 1997*. Consejería de obras públicas y transportes de la Junta de Andalucía. 1999.

ACALE SÁNCHEZ, M. "Primeros pronunciamientos jurisprudenciales en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio: Comentarios a la sentencia del juzgado de lo penal número 3 de Jerez de la Frontera, de 7 de mayo de 1998", en *Actualidad penal*, nº 1, 1999. pp. 15-20.

ACALE SÁNCHEZ, M. "Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 223, 2006. pp. 85-138.

ACALE SÁNCHEZ, M. "Tratamiento de la corrupción urbanística en el proyecto de ley orgánica de reforma del código penal de 15 de enero de 2007", en *La Ley Penal, revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 38, 2007. pp. 5-30.

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

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ACEDO PENCO, A. "El derecho a la protección de la salud, la seguridad, la calidad de vida y el medio ambiente: perspectiva comunitaria, constitucional y autonómica. Su proyección en la ley 6/2001, de 24 de mayo, del estatuto de los consumidores de Extremadura", en *Anuario de la facultad de derecho de la universidad de Extremadura*. Vol. XXI, 2003. pp. 355-384.

ACOSTA, R., CANO, A. y OTROS. "Estado y tendencia de los servicios de los ecosistemas urbanos en Andalucía" [en línea], en *Evaluación de los ecosistemas del milenio de Andalucía*. Consejería de medio ambiente de la Junta de Andalucía. Sevilla, 2012. p. 6. Disponible en la página web: http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/web/temas_ambientales/biodiversidad/capital_natural/resultados/ema_urbanos_informe.pdf .

AGUADO FRANCO, J. C., LACALLE CALDERÓN, M. y CEPEDA GONZÁLEZ, I. *Lecciones básicas de economía*. Thomson. Madrid, 2005

AHRENTZEN, S. B. "Home as a workplace in the lives of women", en *Place attachment* (Dir. ALTMAN, I. y LOW, S.). Plenum. Nueva York, 1992.

ALBAIGÉS BLASI, B. "Construcción de valores en los procesos de emancipación juvenil", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. pp. 401-410.

ALCÁCER GUIRAO, R. "La protección del futuro y los daños cumulativos" [en línea], en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 04, 2002. Disponible en la página web: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html

ALCÁCER GUIRAO, R. *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.* Atelier. Barcelona, 2003.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales.* CEC. Madrid, 1993.

ALONSO ÁLAMO, M. "Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Cuadernos de la guardia civil*, nº 17, 1997. pp. 69-75.

ALTMAN, I. *Environment and social behavior*. Brooks/Cole. Belmont, 1975.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ALTMAN, I. "Privacy: A conceptual analysis", en *Environment and behavior* nº 8, 1976. pp. 7-31.

ÁLVAREZ, I. "Investigación, desarrollo e innovación", en *Economía española. Estructura y regulación* (Coords. GARCÌA DE LA CRUZ, J.M. y RUESGA BENITO, S, M.). Thomson. Madrid, 2007.

AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1972.

AMELUNG, K. "Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit", en JUNG, H., MÜLLER-DIETZ, H. y NEUMANN, U. (Hrsg.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*. Nomos Verlag. Baden-Baden, 1991.

AMELUNG, K. "El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007. p. 104;

AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial. Una aproximación psicosocial a los estudios de calidad de vida.* Tesis doctoral. Universidad Complutense. Madrid, 1990.

AMÉRIGO, M. *Satisfacción residencial. Un análisis psicológico de la vivienda y su entorno*. Alianza Editorial. Madrid, 1995.

AMÉRIGO, M. "Ambientes residenciales", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002.

AÑÓN ROIG, J. M; GARCÍA AÑÓN, J y OTROS. *Lecciones de derechos sociales*. 2ª ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

APPLETON, J. *The experience of Landscape.* Wiley. Londres, 1975.

ARAGÓN REYES, M. "Artículo 1", en *Comentarios a la constitución española* (Dir. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Introducción a la psicología ambiental* (Comps. JIMÉNEZ BURILLO, F. e IGNACIO ARAGONÉS, J.). Alianza psicología. Madrid, 1988.

ARAGONÉS, J. I. "Cognición ambiental", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M). 3ª Ed. Pirámide. Madrid, 2010.

ARANDA AZNAR, J. *Acceso a la propiedad de vivienda de la población inmigrante* [en línea]. Ministerio de Vivienda. 3 de mayo de 2006. p. 45. Disponible en la página web: http://www.mviv.es/es/xls/estadisticas/ENCUESTAS/APV_PI.PDF

ARANGO, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales.* Legis. Bogotá, 2005.

ARCOS RAMÍREZ, F. "La naturaleza del derecho al trabajo como derecho social fundamental" [en línea], en *Cuaderno electrónicos de filosofía del derecho*, nº 3, 2000. Disponible en la página web: http://www.uv.es/CEFD/3/arcos.htm;

ÁREA DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. "El sector de la construcción en España", en *Panorama económico-social de España*. N° 128. Octubre 2005.

ÁREA DE ESTUDIOS Y ANÁLISIS DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. "Los sectores económicos en 2004", en *Panorama económico-social de España*. N° 124. Abril de 2005.

ARONSON, J. y OTROS. "Restauración del capital natural: sin reservas no hay bienes ni servicios", en *Ecosistemas*, nº. 16, 2007. pp. 15-24.

AROZAMENA SIERRA, J. "Consideraciones sobre el artículo 47 de la constitución. La vivienda y el urbanismo en la constitución", en *Diario La Ley* nº 4189, de 17 de diciembre de 1996.

ARRIBAS HERGUEDAS, F. "Del valor intrínseco de la naturaleza", en *Isegoría.* nº 34, 2006. pp. 261-275.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ARROYO MARTÍNEZ, L. "Fábulas y fabuladores. El escándalo político como fenómeno de los medios de comunicación", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

ARROYO YANES, L. M. "Una aproximación al principio non bis in idem en el texto refundido de la ley del suelo", en VV. AA. *Sanción penal y sanción administrativa en materia de ordenación del territorio. Seminario celebrado en la facultad de derecho de la Universidad de Cádiz, enero 1997*. Consejería de obras públicas y transportes de la Junta de Andalucía. 1999.

ARTOLA, C. y MONTESINOS, A. "Características de la reciente expansión inmobiliaria en una perspectiva de medio plazo" en *Boletín económico*. Banco de España. Julio-agosto de 2006. pp. 78-87.

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

BALADO RUIZ-GALLEGOS, M. "Notas sobre el modelo económico constitucional español", en *El sistema económico en la constitución española (XV Jornadas de estudio).* Vol. I. Dirección General del servicio jurídico del Estado. Madrid, 1994.

BANCO CENTRAL EUROPEO. *Informe anual,* 2006.

BANCO CENTRAL EUROPEO. *Informe anual,* 2007.

BANCO DE ESPAÑA. "El crecimiento de la economía española: algunos determinantes básicos", en *Informe anual*. Año 2006.

BANCO DE ESPAÑA. "Informe trimestral de la economía española", en *Boletín económico*. Abril, 2008.

BANCO DE ESPAÑA. "La evolución del empleo y el paro en el primer trimestre de 2008, según la EPA", en *Boletín económico,* 16 de mayo de 2008. pp. 32-40.

BARATTA, A. "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y estado* nº 1, 1991. pp. 37-55.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

BARLOW, J. y DUNCAN, S. *Success and Failure in Housing Provision: European Systems Compared*. Pergamon. Oxford, 1994

BARRIENTOS PACHO, J. M. "Delitos relativos a la ordenación del territorio", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, tomo 6, ref. D-351, 1996. pp. 1555-1561.

BASSOLS COMA, M. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución española de 1978", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año nº 17, Nº 85, 1983, pp. 13-42.

BASSOLS COMA, M. *Constitución y sistema económico*. Tecnos. Madrid, 1985.

BASSOLS COMA, M. "Artículo 47. Derecho a la vivienda", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996.

BAUCELS LLADÓS, J. "Título XVI. De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente", en *Comentarios al código penal. Parte especial* (Dirs. CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M.). Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 2004.

BAUM, A. y PAULUS, P. "Crowding", en *Handbook of Environmental Psychology* (Dirs. STOKOLS, D. y ALTMAN, I.). John Wiley & Sons. Nueva York, 1987.

BAUMAN, Z. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores* (Trad. de SANTOS MOSQUERA, A). Paidós. Barcelona, 2007.

BAUMAN, Z. *Modernidad líquida* (2000) (Trad. de ROSENBERG, M. y ARRAMBIDE SQUIRRU, J.) Fondo de cultura económica. Buenos Aires, 2009.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. "Delimitación normativa del delito urbanístico en la ordenación territorial del estado diseñada por el título VIII de la Constitución española de 1978", en *Cuadernos de política criminal*, nº 81, 2003. pp. 485-524.

BERLANGA RIBELLES, E. V. "Infracciones y delitos urbanísticos: las infracciones urbanísticas", en *Las fronteras del código penal de 1995 y el derecho administrativo*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

sancionador. *Cuadernos de derecho judicial* (Dir. PICÓ LORENZO, C.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997

BERNAL DEL CASTILLO, J. "Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos urbanísticos", en *Revista de derecho penal y criminología,* nº 3, 1999. pp. 11-32.

BERRAQUERO DÍAZ, L. "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" [en línea]. 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, 2010. Disponible en la página web: http://centrodeestudiosandaluces.es/actividades/comunicaciones/12779793701361625878_L4_Luis%20Berraquero_def.pdf.

BETRÁN ABADÍA, R., CORVINOS BASECA, P. y FRANCO HERNÁNDEZ, Y. "Los nuevos delitos sobre ordenación del territorio y la disciplina urbanística", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 151, 1997. pp. 15-52.

BLANCO ABARCA, A. "El estrés ambiental", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986.

BLANCO LOZANO, C. *El delito urbanístico*. Montecorvo. Madrid, 2001.

BLANCO LOZANO, C. "La protección penal del urbanismo en el ámbito de la función pública", en *Cuadernos de política criminal,* nº 76, 2002. pp. 77-108.

BODY-GENDROT, S. "Grandes transformaciones sociales en las áreas metropolitanas", *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

BOIRA, J. V. "La integración de la visión técnica y de la participación ciudadana en la planificación urbana. El caso de Oxford (Ohio) y su *Comprehensive plan*", en *Biblio*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

3W. Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales. Vol. XV, nº 899, 5 de diciembre de 2010.

BOIX REIG, J y JUANATEY DORADO, C. "Capítulo I. De los delitos sobre la ordenación del territorio", en *Comentarios al código penal de 1995* (Coord. VIVES ANTÓN, T. S.). Vol. II. Tirant lo Blanch. Valencia, 1996.

BOLDOVA PASAMAR, M. A. *Los delitos urbanísticos*. Atelier. Barcelona, 2007.

BORGIA SORROSAL, S. *El derecho constitucional a una vivienda digna: Régimen tributario y propuestas de reforma*. Dykinson. Madrid, 2009.

BORJA, J. "Espacio público y derecho a la ciudad", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011.

BORRAJO DACRUZ, E. "Artículo 43. Protección de la salud", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996.

BOYD, J. y BANZHAF, S. "What are ecosystem services? The need for standardized environmental accounting units", en *Ecological Economics,* nº. 63, 2007. pp. 616-626.

BROWN, R. J. "Social Identity and the environment: A commentary", en *Environmental social psychology. NATO ASI series. Series D: Behavioural and social sciences*, vol. 45 (Ed. CANTER, D.). Kluwer Academic Publishers. The Neteherlands, Dordrech, 1988.

BROWNER. S. "Apropiación y comunidad", en *Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodólogicos* (Eds. GARCÍA MIRÁ, SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002.

BUSTOS RAMÍREZ, J. *Control social y sistema penal*. PPU. Barcelona, 1987.

BUSTOS RAMIREZ, J. "Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente", en *Pena y estado,* nº 1, 1991. pp. 101-110.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CACIAGLI, M. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1996.

CANTARO, A. "El declive de la «constitución económica del estado social»", en *El constitucionalismo en la crisis del Estado social* (Dir. GARCÍA HERRERA, M. A.). Universidad del País Vasco. Bilbao. 1997.

CANTER, D. "Buildings in use", en *Environmental interaction* (Dir. CANTER, D.). Surrey University Press. Londres, 1975.

CARBONELL MATEU, J. C. "Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos", en VV.AA. *Cuadernos de derecho judicial. Intereses difusos y derecho penal* (Dir. BOIX REIG, J.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1994.

CARDENAL MURILLO, A. "Bien jurídico y delito urbanístico. Objeciones a una consideración formal", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (Coords. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. O., GURDIEL SIERRA, M y CORTÉS BECHIARELLI, E.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.

CARMONA SALGADO, C. "Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Eds. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., ROMEO CASABONA, C. M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, J. F.). Tecnos. Madrid, 2002.

CARMONA SALGADO, C. "Delitos sobre la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico" en AA.VV. *Derecho penal. Parte especial* (Coord. COBO DEL ROSAL. M), 2ª Ed. Dykinson. Madrid, 2005.

CARO LODOÑO, H. "El suelo, un recurso natural que debemos cuidar" [en línea], en *Revista Luna Azul*. Universidad de Caldas. Colombia, 2007. Disponible en la página web: http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=234&Itemid=234

CARUSO, G. "¿Una nueva alianza para la ciudad? Oportunidades y desafíos de la globalización del movimiento por el derecho a la ciudad, en *Ciudades para tod@s. Por*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias (Eds. SUGRANYES, A. y MATHIVET, Ch.). Habitat International Coalition. Santiago de Chile, 2010.

CASAL, A. "Derecho a la ciudad y justicia social. Una ciudad para todas y para todos", en *Derecho a la ciudad: por una ciudad para todas y todos*. *Ideas para debatir* (Coords. PERCEVAL, M. C. y TIMERMAN, J.). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Secretaría de Derechos Humanos. Buenos Aires, 2011.

CASQUERO SUBÍAS, A. "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Cuadernos de la guardia civil*, nº 15, 1996. pp. 235-259.

CASTAÑÉ GARCÍA, J. "La vivienda, un largo camino por recorrer", en *Documentación Social*. nº 138 (jul.-sept. 2005). pp. 101-118.

CASTELLS, M. *La cuestión urbana* (Trad. de OLIVÁN, I. C.). 2ª Ed. Siglo XXI. Madrid, 1976.

CASTRO BOBILLO, J. C. "Los delitos contra la ordenación del territorio", en *Actualidad penal*, nº. 18, 1997. pp. 405-418.

CATALÁN SENDER, J. "El delito urbanístico ante las grandes líneas de la jurisprudencia urbanística, los principios generales del derecho y las cuestiones previas. Hacia una interpretación sistemática del mismo", en *Cuadernos de política criminal*, nº 66, 1998. pp. 557-607.

CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS SIIS. *Las políticas públicas de vivienda dirigidas a la población joven en la CAPV: informe extraordinario de la institución del Ararteko al Parlamento Vasco*. Ararteko, D.L. Vitoria, 2007.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS. *Barómetro de abril*. Estudio nº 2984. 2013. Disponible en la página web: http://datos.cis.es/pdf/Es2984mar_A.pdf

CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I. y DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Videocámaras y prevención de la delincuencia en lugares públicos. Análisis jurídico y criminológico*. IAIC. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte general. Introducción*. 6ª Ed. Tecnos. Madrid, 2004.

CHOLBÍ CACHÁ, F. A. *Los principales instrumentos de financiación procedentes del urbanismo (Aspectos jurídicos y económicos).* El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados. Madrid, 2004.

CIVITARESE MATTEUCCI, S. "La política de vivienda en Italia", en *Construyendo el derecho a la vivienda* (Coord. LOPEZ RAMON, F.). Marcial Pons. Madrid, 2010.

COLLADO CUETO, L.A. "Bases estructurales de la economía española", en *Economía española. Estructura y regulación* (Coords. GARCÌA DE LA CRUZ, J.M. y RUESGA BENITO, S, M.). Thomson. Madrid, 2007.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. y CRESPO BARQUERO, P. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia* (Dir. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.). 3ª Ed. Tomo II. Bosch. Barcelona, 2012.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. "Los delitos urbanísticos o relativos a la ordenación del territorio", en *Empresa y derecho penal (II). Cuadernos de derecho judicial* (Dir. BAJO FERNÁNDEZ, M.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1999.

CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 25. Cuarto trimestre de 2008. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-25-cuarto-trimestre-de-2008/.

CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 29. Cuarto trimestre de 2009. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-29-cuarto-trimestre-de-2009/.

CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 33. Cuarto trimestre de 2010. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-33-cuarto-trimestre-de-2010/.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CONSEJO DE LA JUVENTUD DE ESPAÑA. *Observatorio Joven de Vivienda en España (OBJOVI)* [en línea], n° 37. Cuarto trimestre de 2011. Disponible en la página web: http://www.cje.org/es/publicaciones/publicaciones-periodicas/objovi-37-cuarto-trimestre-de-2011/.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Unidad de mercado y cohesión social*. Informe 3/2000, de 28 de junio. Madrid, 2000.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *La emancipación de los jóvenes y la situación de la vivienda en España*. Informe 3/2002, de 23 de octubre de 2002.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Los nuevos modelos de consumo en España*. Informe 2/2008. 20 de febrero de 2008.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1997.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1998.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 1999.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2000.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2003.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2006.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES). *Memoria socioeconómica y laboral de España*. Año 2007.

CONSTANZA, R. y DALY, H. E. "Natural Capital and Sustainable Development", en *Conservation Biology*, nº. 6, 1992. pp. 37-46.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

CONSTANZA, R. y OTROS. "The value of the world´s ecosystem services and natural capital", en *Nature*. nº.387, 1997. pp. 253-260.

CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.

CORRALIZA, J. A. *La experiencia del ambiente. Percepción y significado del medio construido.* Tecnos. Madrid, 1987.

CORTÉS, L. "La ciudad difusa" [en línea], ponencia presentada en las jornadas "*Ciudad, vivienda y ciudadanía*", organizadas por la RED DE LAVAPIÉS. Madrid, 25 de junio de 2002. Disponible en la página web: http://es.geocities.com/laboratorio_urbano/charla_04.htm.

CORTINA, A. "Ética de la sociedad civil. ¿Un antídoto contra la corrupción?, en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

CUMMING, J. & CUMMING, E. *Ego and milieu*. Atherton Press. Nueva York, 1962.

CURBET, J. "La ciudad: El hábitat de la (in)seguridad", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

DAVIS, M. *Ciudad de cuarzo. Arqueología del futuro en Los Ángeles* (Trad. de REIG, R.). Lengua de trapo. 2003.

DE ALMEIDA, D. C. "A fundamentalidade dos direitos sociais no estado democrático de direito" [en línea], en *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, nº 15 (1), 2007. p.3. Disponible en la página web: http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/download/NOMA0707120367A/26574.

DE COMINGES CÁCERES, F. "El delito urbanístico: protección penal de principios constitucionales básicos (Comentario a la sentencia del Tribunal supremo de 27 de noviembre de 2009", en *Teoría y realidad constitucional*, nº 25, 2010. pp. 545-563.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tit. XIII, L. II, PANCP 1983), en *Documentación jurídica,* nº 37-40, 1983. pp. 877-931.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Consideraciones acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio a la luz del derecho comparado", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. "Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo código penal de 1995", en *Actualidad Penal*, nº 15, 1998. pp. 309-328.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Cedecs. Barcelona, 1996.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. "El art. 320.1: Prevaricación específica en caso de informes favorables a proyectos de edificación o concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.

DE LA VILLA GIL, L. E. "El modelo constitucional de protección social" [en línea], en *Aranzadi Social*, nº 3/2004. Pamplona, 2004. BIB 2004/426. Disponible en la página web: www.westlaw.es.

DE LOJENDIO, I. M. "Derecho constitucional económico", en *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*) (Coord. SÁNCHEZ AGESTA, L.) Centro de estudios y comunicación económica. S. A. Madrid, 1977.

DE VEGA RUIZ, J. A. "Delitos contra medio ambiente, ordenación del territorio, patrimonio histórico, flora y fauna en el código penal de 1995". Colex. Madrid, 1996.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R. "La responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia de ordenación del territorio" en VV. AA. *Sanción penal y sanción*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

administrativa en materia de ordenación del territorio. Seminario celebrado en la facultad de derecho de la Universidad de Cádiz, enero 1997. Consejería de obras públicas y transportes de la Junta de Andalucía. 1999.

DEL RÍO GARCÍA DE SOLA, I. "Suelo, vivienda y liberalización", en *Suelo y Vivienda en el siglo XXI.* VIII Congreso notarial español. Madrid, 8,9 y 10 de mayo de 2003. pp. 183-187.

DELGADO PÉREZ, G. J. "La participación ciudadana en el planeamiento urbanístico y el fenómeno de la teledirección. Análisis crítico sobre el proceso de formación de los planes urbanísticos en España y la incidencia de la opinión de los ciudadanos en su redacción, tramitación y gestión posterior", en *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales*. Vol. XI, núm. 245 (12), 1 de agosto de 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *La racionalidad de las leyes penales.* Trotta. Madrid, 2003.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La contextualización del bien jurídico protegido", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. "La racionalidad legislativa penal: Contenidos e instrumentos de control", en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Estudios penales y de política criminal*. Idemsa. Lima, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Derecho penal español. Parte general en esquemas*. 3ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. y GÓMEZ-CÉSPEDES, A. "La corrupción urbanística: Estrategias de análisis" [en línea], en R*evista Española de investigación Criminológica*, Vol. No. 6. Disponible en la página web: http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano6-2008/a62008art5.pdf

DIEZ RIPOLLES, J. L; GOMEZ CESPEDES, A. y AGUILAR CONDE, A. *Los Merinos norte. Fenomenología de un macroproyecto urbanístico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L; PRIETO DEL PINO, A. M; GÓMEZ-CÉSPEDES, A; STANGELAND, P; y VERA JURADO, D. *Prácticas ilícitas en la actividad*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

urbanística. Un estudio de la Costa del Sol. Instituto andaluz interuniversitario de criminología. Ed Tirant. Valencia, 2004.

DIXON, D. "¿Por qué la policía no impide el delito? (Trad. de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. del original "Why Don´t the Police Stop Crime?, en *The Australian and New Zealand Journal of Criminology* vol. 38. Nº 1, 2005, pp. 4-24), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. "Delitos sobre la ordenación del territorio. Capítulo I", en DOMÍNGUEZ, J. A., HERNÁNDEZ, J., FARRÉ, E. y OTROS. *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico e incendios)*. BOSCH. Barcelona, 1999.

DOMÍNGUEZ LUIS, J. A. y FARRÉ DÍAZ, E. *Los delitos relativos a la ordenación del territorio*. Ediciones Revista general de derecho. Valencia, 1998.

DUHALDE, E. L. "El derecho de los ciudadanos a la ciudad. La ciudad como célula madre del Estado-Nación, en *Derecho a la ciudad: por una ciudad para todas y todos*. *Ideas para debatir* (Coords. PERCEVAL, M. C. y TIMERMAN, J.). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Secretaría de Derechos Humanos. Buenos Aires, 2011.

DUQUE VILLANUEVA, J. C. y REQUEJO PAGÉS, J. "Artículo 6", en *Comentarios a la constitución española* (Dir. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009.

DURÁN Y LALAGUNA, P. "Sobre la interpretación del derecho a la vivienda", en *Revista General del Derecho.* nº 630. Marzo de 1997. pp. 1867-1889.

EDNEY. J. J. "Human territories: Comment on functional properties", en *Environment and Behavior*. nº. 8, 1976. pp. 31-49.

ELIZALDE, J. "El problema de la vivienda como demanda política en España", en *Revista de Estudios Políticos*, nº 176-177 (marzo-junio), 1971.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ENÉRIZ OLAECHEA, F. J. "Los delitos urbanísticos en la reforma del código penal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 260, 2010. pp. 107-148.

ENTRENA CUESTA, R. "El principio de libertad de empresa", en *El modelo económico en la constitución española* (Coord. GARRIDO FALLA, F.). Vol. I. Instituto de estudios económicos. Madrid, 1981.

ERICE MARTINEZ, E. "Prevaricaciones urbanísticas: accesoriedad y subsidiariedad del derecho penal", en *Corrupción y urbanismo*. *Cuadernos penales José María Lidón, nº 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008.

ESCALERA REYES, J, y RUIZ BALLESTEROS, E. "Resiliencia socioecológica: aportaciones y retos desde la antropología", en *Revista de antropología social*, nº, 20, 2011. pp. 109-135.

ESCANILLA PALLÁS, M. "Responsabilidad de los funcionarios ante delitos urbanísticos en los tribunales de justicia", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.

ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005.

ESCOBAR ROCA, G. "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", en *Revista de derecho político*, nº 71-72, 2008. pp. 113-148.

ESCOBAR ROCA. G. "Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración universal a la constitución", en *Lex social*, nº 2(2), 2012. pp. 47-61.

ESCRIBANO, P. y LÓPEZ J. I. "El medio ambiente como función administrativa", en *Revista española de derecho administrativo*. nº 26, 1980. pp. 367-386.

ESPING-ANDERSEN, G. *Los tres mundos del Estado del bienestar*. Edicions Alfons el Magnànim. Valencia, 1993

ESPINOZA GUERRA, L. E. "Una reflexión sobre economía y medio ambiente", en *Sociedad y Utopía. Revista de Ciencias Sociales*, nº 28. Noviembre, 2006 pp. 173-186.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ESTEVAN, A. y SANZ, A. "La estabilización ecológica del transporte en España", en *Informe sobre el estado del mundo en 1993*. Worldwatch Institute (Ed. Española), 1994.

FELSON, M y CLARKE, R. "La ocasión hace al ladrón. Teoría práctica para la prevención del delito" (Trad. de DIAZ I PONT, M. y FELIP I SABORIT, D. del original "Opportunity Makes the Thief. Practical theory for crime prevention", en *Police Research Series*, paper 98. Home Office, Policing and Reducing Crime Unit. Londres, 1998), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. "Incidencia del código penal sobre la ordenación del territorio", en Revista jurídica de Castilla La Mancha, nº 31, 2001. pp. 153-182.

FERNÁNDEZ DURÁN, R. *Destrucción global versus regeneración local. La necesidad de frenar y revertir el proceso incontrolado de urbanización planetaria* [en línea]. Madrid, 2004. Disponible en la página web: http://www.ucm.es/info/ec/jec9/pdf/A08%20-%20Fern%E1ndez%20Dur%E1n,%20Ram%F3n.pdf.

FERNÁNDEZ DURÁN, R. *El tsunami urbanizador español y mundial. Sobre sus causas y repercusiones devastadoras, y la necesidad de prepararse para el previsible estallido de la burbuja inmobiliaria*. Virus Editorial. 2° Ed. Barcelona, 2006.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. J. "El debate sobre el mercado del suelo", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, n° 103 (III), 1995. Ministerio de vivienda. pp. 23-27.

FERNÁNDEZ RAMÍREZ, B. "El medio urbano", en *Psicología ambiental* (Coord. IGNACIO ARAGONÉS, J. y AMÉRIGO, M.). Psicología Pirámide. Madrid, 2002

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, R., VIZCARRO GUARCH, C., SOUTO DÍEZ, E. y otros, "Evaluación del estrés ambiental", en *El ambiente. Análisis psicológico* (Coord. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, R.). Pirámide. Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A. J. "Artículo 27. Enseñanza", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

FERNANDO PABLO, M. "La motivación de los actos urbanísticos", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, 1995. pp. 81-128.

FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3ª Ed. Trotta. Madrid, 2007.

FERRÁNDIZ MAGAÑA, J. P. y LÓPEZ VALDÉS, F. "Visiones de profesionales y expertos", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. pp. 27-42.

FESTINGER, L. "Architecture and group membership", en *Journal of Social Issues*, nº. 7, 1951. pp. 152-163.

FOLADORT, G. "La insostenibilidad social del desarrollo sostenible", en *Portularia*. Vol. IV, nº 2. 2006 pp. 3-16.

FONT ARELLANO, A. "Ciudad: mercancía o espacio colectivo", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, n° 103 (III), 1995. Ministerio de vivienda. pp. 37-41.

FONT GALÁN, J. I. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Tecnos. Madrid, 1987.

FREEDMAN, J. *Crowding and Behavior*. W. H. Freeman and Co. San Francisco, 1975.

FRISCH, W. "Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

G. CORTÉS, J. M. *La ciudad cautiva. Control y vigilancia en el espacio urbano*. Akal. Madrid, 2010.

GABINETE DE COYUNTURA Y ESTADÍSTICA DE LA FUNDACIÓN DE LAS CAJAS DE AHORROS (FUNCAS). *PIB 1° trimestre 2008. Previsiones económicas para España 2008-2009* [en línea]. 23 de mayo de 2008. Disponible en la página web: http://www.funcas.ceca.es/indicadores/Coyuntura_Nacional_Internacional.asp

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

GAGO DÁVILA, J. "Reforma de la reforma y contrarreforma: ¿Una nueva ocasión perdida?, en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, n° 103 (III), 1995. Ministerio de vivienda. pp. 43-51.

GALANES, L. "Ética ecologista para una sociedad sin moral: sobre la relación conflictiva entre el ecologismo y el liberalismo contractualista", en *Portularia* Vol. VI nº 2, 2006. pp. 17-34.

GALDÓN CLAVELL, G. "El derecho a la ciudad segura", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011.
GALDÓN CLAVELL, G. "El derecho a la ciudad segura", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011.

GALINDO GALINDO, M. P. y GILMARTÍN DE CASTRO, M. A. "Los estudios de preferencia ambiental: principales problemas teóricos y conceptuales", en *El comportamiento en el medio natural y construido / Seminario sobre la investigación de la Psicología Ambiental en España, Orellana (Badajoz), 24-26 de Septiembre de 1992.* Agencia de medio ambiente. Consejería de obras públicas, urbanismo y medio ambiente de la Junta de Extremadura. Badajoz, 1994.

GALINDO, M. P; GILMARTÍN, M. A, y CORRALIZA, J. A. "El medio natural", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002.

GÁLVEZ MONTES, F. J. "Artículo 40", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*, 3ª Ed. Civitas. Madrid, 2001.

GÁLVEZ MONTES, J. "Artículo 45", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*, 3ª Ed. Civitas. Madrid, 2001.

GÁLVEZ MONTES, J. "Artículo 47", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*, 3ª Ed. Civitas. Madrid, 2001.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

GAMBINO, S. "Derechos fundamentales y formas de estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI", en *Revista de estudios políticos*, nº 117, 2002. pp. 9-34.

GARCÉS PEREGRINA, J. M. "Evolución jurisprudencial de los delitos urbanísticos en la provincia de Málaga", *en prensa.*

GARCÍA BELLIDO, J. "Por una liberalización del paradigma urbanístico español (III): el tsunami urbanístico que arrasará el territorio", en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*. Ministerio de Vivienda, Año XXXVII, N° 144, 2005. pp. 273-286.

GARCÍA GÓMEZ-HERAS, J. M. "Ética y medio ambiente. La descomposición y recomposición de la la razón práctica", en *Isegoría.* nº 34 2005. pp. 63-94.

GARCÍA HERRERA, L. M. y SABATÉ BEL, F. "Planeamiento urbano, participación ciudadana y gobernanza: el plan general de Santa Cruz de Tenerife (Tenerife, Canarias)", en *Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales.* Vol. IX, núm. 194(84), 1 de agosto de 2005.

GARCÍA MACHO, R. *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1982.

GARCÍA MACHO, R. "Los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda como derechos funcionales de libertad", en *Revista catalana de dret públic* nº 38, 2009. pp. 67-96.

GARCÍA MASIÁ, A. "Emancipación, mercado hipotecario y residencial", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE).* Año II, n° 5, octubre 2007. pp. 585-596.

GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el derecho penal*. Aranzadi. Pamplona, 1997.

GARCÍAS PLANAS, G. *El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio*). Tirant lo Blanch. Valencia, 1997.

GARLAND, D. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa. Barcelona, 2005.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

GARNIER, J.P. "Del derecho a la vivienda al derecho a la ciudad: ¿De qué derechos hablamos… Y con qué derecho?, en *Biblio 3w. Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales.* Vol. XVI, nº 909, 5 de febrero de 2011.

GARRIDO FALLA, F. "Introducción general", en *El modelo económico en la constitución española* (Coord. GARRIDO FALLA, F.). Vol. I. Instituto de estudios económicos. Madrid, 1981.

GARRIDO FALLA, F. "Artículo 1", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la Constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F. "Artículo 9", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F. "Artículo 27", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F. "Artículo 43", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

GARZÓN VALDÉS, E. "Acerca del concepto de corrupción", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

GIFFORD, R. *Environmental Psychology. Principles and Practice*. Allyn & Bacon. Massachusets, 1987.

GIMÉNEZ GARCÍA, J. "El urbanismo como escenario delictivo", en *Corrupción y urbanismo. Cuadernos penales José María Lidón, nº 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. "Sobre la teoría del «bien jurídico» (aproximación al ilícito penal", en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense*, nº 69, 1983. pp. 85-111.

GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. *La intervención administrativa en la vivienda en España 1938-2005*. Ed. Montecorvo. Madrid, 2006.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

GÓMEZ TOMILLO, M. *Urbanismo, función pública y derecho penal*. Comares. Granada, 2000.

GÓMEZ TOMILLO, M. "Estado actual de la discusión en torno a los delitos sobre la ordenación del territorio (I): La construcción y edificación ilegal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 223, 2006. pp. 35-84.

GÓMEZ TOMILLO, M. "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", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº. 224, 2006. pp. 69-124.

GÓMEZ-BAGGETHUN, E. y DE GROOT, R. "Capital natural y funciones de los ecosistemas: explorando las bases ecológicas de la economía", en *Ecosistemas*, nº. 16, 2007. pp. 4-14.

GONZÁLEZ PÉREZ, J. *Corrupción, ética y moral en las administraciones publicas*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006.

GONZÁLEZ VEGA, P. A. "Desarrollo urbano del delito" [en línea]. Disponible en la página web: http://es.scribd.com/doc/24680279/Desarrollo-Urbano-del-Delito

GONZÁLEZ, J. A., MONTES, C. y OTROS. "Invirtiendo en capital natural: un marco para integrar la sostenibilidad ambiental en las políticas de cooperación", en *Ecosistemas*, nº. 17, 2008. pp. 52-69.

GONZÁLEZ, J. *Corrupción y justicia democrática*. Clamores. Madrid, 2000.

GÓRRIZ ROYO, E. *Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.

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

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

GÓRRIZ ROYO, E. "Los delitos sobre la ordenación del territorio: arts. 319 y 320 CP", en *Comentarios a la reforma penal de 2010* (Dirs. ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL. *Una regulación alternativa contra la corrupción urbanística y otras conductas delictivas relacionadas*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.

GUERRIEN. M. "Arquitectura de la inseguridad, percepción del crimen y fragmentación del espacio urbano en la zona metropolitana del valle de México", en *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad* (Eds. FRAILE, P y OTROS). Investigación interdisciplinaria del medio urbano. Dykinson. Madrid, 2006.

GUILLÉN LANZAROTE, A. "El derecho a la ciudad, un derecho humano emergente", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011.

HART, R. A. y MOORE, G. T. "The development of spatial cognition: a review", en *Image and environment. Cognitive mapping and spatial behavior.* Aldine Publishing Co. Chicago, 1973.

HARVEY, D. "The Right to the City", en *New Left Review*, nº 53. Edición castellana, Akal. Madrid, 2008. pp. 23-39.

HASSEMER, W. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*. Athenäum Verlag. Frankfurt a. M. 1973.

HASSEMER, W. "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico" (traducción de ZIFFER, P. S.), en *Doctrina penal*, nº 46/47, 1989. pp. 275-285.

HASSEMER, W. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y estado*, nº 1, 1991.

HASSEMER, W. "¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

juego de abalorios dogmático (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

HEAL, G. "Environmental accounting for ecosystems", en *Ecological Economics,* nº. 61, 2007. pp. 693-694.

HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Carl Heymanns Verlag. Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.

HEFENDEHL, R. "El bien jurídico como eje material de la norma penal", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

HEFENDEHL, R. "Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

HEREDIA, J. A. "El modelo ecológico", en *Estudios filosóficos,* nº 136, 1998. pp. 545-554.

HERRANZ CASTILLO, R. "Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la constitución", en *diario La Ley*, Año XXIV, nº 5823, 14 de julio de 2003. pp. 1-6.

HIDALGO VILLODRES, M. C. "Aspectos socio-afectivos del medio ambiente: El apego al lugar", en *Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodológicos* (Eds. GARCÍA MIRA, R., SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002.

HOLAHAN, CH. J. *Psicología ambiental. Un enfoque general.* Limusa. México, 1999.

HOMBRADOS, M. I. "Hacinamiento", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. P.P.U. Barcelona, 1991.

INE. "Cambios en la composición de los hogares" [en línea], en *Cifras INE. Boletín Informativo del Instituto nacional de estadística*. Junio de 2004. Disponible en la página web: http://www.ine.es/revistas/cifraine/0604.pdf

INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. *Reformas para un crecimiento sostenible*. Informe diciembre, 2005.

INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. "Es urgente cambiar el modelo de crecimiento", en *Coyuntura económica*. N° 48. Junio 2008.

IVARS BAÑULS, J. A. y GARCÍA GARCÍA, S. *La financiación del urbanismo y el urbanismo como financiación de las entidades locales*. Tirante Monografías. Valencia, 2005.

JACOBS, J. *The death and life of great American cities. The failure of town planning*. Peregrine books. New York, 1961.

JAKOBS, G. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II curso internacional de derecho penal (Lima, 29,31 de agosto y 1 de septiembre del 2000).* Grijley. Lima, 2000.

JIMÉNEZ BURILLO, F "*Problemas sociopsicológicos del medio urbano*", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986.

JIMÉNEZ BURILLO, F. "Problemas sociopsicológicos del medio urbano", en *Introducción a la psicología ambiental* (Comp. JIMÉNEZ BURILLO, F e IGNACIO ARAGONÉS, J.) Alianza psicología. Madrid, 1998

JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, A. y MARTÍNEZ PARDO-DEL VALLE, R. *La economía sumergida en España.* Documento de trabajo, nº. 4. Fundación de estudios financieros. Madrid, 2013. p. 12.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

JIMÉNEZ HERRERO, L. y LÓPEZ HERNÁNDEZ, I. "Desarrollo sostenible y urbanismo", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. pp. 94-110.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. "Posibilidades y límites del escándalo político como una forma de control social", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F. *Informe global 2007 sobre la corrupción en España* [en línea]. Transparency International España. Madrid, 2009. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/INFORME%20GLOBAL%202009%20y%20anteriores/GCR2009_spanish%20oK.pdf

JURADO GUERRERO, T. "Los jóvenes: Un potencial para el cambio de modelo de vivienda", ponencia presentada en las Jornadas *Vivienda, urbanismo y sostenibilidad en la ciudad de hoy*. Foro Civitas Nova. 2006.

KAPLAN, S. "Cognitive maps in perception and thought", en *Image and environment: Cognitive mapping and spatial behaviour* (Eds. DOWNS, R. M. y STEA, D.) Aldine. Chicago, 1973.

KELLING, G. L. y COLES, C. M. *Fixing Broken Windows. Restoring order & reducing crime in our communities*. Free Press. New York, 1996.

KNOWLES, E. "Defining and measuring density" en *Behavior environment Research Methods* (Ed. RYZIN, L.). Institute Environmental Studies. Wisconsin, 1977.

KNOWLES, E, "The gravity of crowding: Application of social physis to the effects of other" en *Human response to crowding* (Eds. BAUM, A. y EPSTEIN, I.). Hillsdale: LEA. 1978.

KOROSEC, P. [Ed.]. *L´appopiation de l´espace*. IAPC-3. CIACO. Strasbourg-Louvain la Neuve, 1976.

KUHLEN, L. "Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung (§ 324)", en *Goltdammer´s Archiv für Strafrecht*, 1986.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

LALLI, M. "Urban identity", en *Environmental Social Psychology*. nº 45, 1988. pp. 303-311.

LALLI, M. "Urban-related identity: Theory, measurement and empirical findings", en *Journal of environmental psychology* nº. 12, 1992. pp. 285-303.

LAMO DE ESPINOSA. "Corrupción política y ética económica", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

LAPORTA, F. J. "La corrupción política: introducción general", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

LASO MARTÍNEZ, J. L. *Urbanismo y medio ambiente en el nuevo código penal*. Marcial Pons. Madrid, 1997.

LAURENZO COPELLO, P. *El resultado en derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia, 1992.

LAURENZO COPELLO, P. "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", en *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 12, 2003. pp. 441-456.

LAZARUS, R. S. y COHEN, J. "Environmental stress", en *Human behavior and environment: Advances in theory and research* (Eds. ALTMAN, I. y WOHLWILL, J.). Plenum. Nueva York, 1977

LEAL MALDONADO, J. "La política de vivienda en España", en *Documentación Social*. nº 138 (jul.-sept. 2005), p. 63-80.

LEFEBVRE, H. *El derecho a la ciudad* (Trad. de GONZÁLEZ-PUEYO, J.). 2ª Ed. Ediciones Península. Barcelona, 1973 (original de 1968).

LEÓN ALONSO, M. *La protección constitucional de la salud*. La Ley. Madrid, 2010.

LÉVY-LEBOYER, C. *Psicología y medio ambiente*. Morata. Madrid, 1985.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

LLIDÓ SILVESTRE, J. "Algunas notas administrativas sobre el delito urbanístico", en *Actualidad administrativa,* nº 14, 1997. pp. 241-256.

LOPERANA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente adecuado*. Cuadernos Cívitas. Madrid, 1996.

LÓPEZ BARRIO, I. "Efectos sociopsicológicos del ruido" en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986.

LÓPEZ BARRIO, I. y HERRANZ-PASCUAL, M. K. "Factores físicos medioambientales", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M). 3ª Ed. Piramide. Madrid, 2010.

LÓPEZ BLASCO, A. "Familia y transiciones: individualización y pluralización de formas de vida" [en línea], en *Informe de juventud en España 2004*. Instituto de la juventud (INJUVE). Madrid, 2004. Disponible en la página web: http://www.injuve.mtas.es/injuve/contenidos.item.action?id=1729623244

LOPEZ CALERA, N. "Corrupción, ética y democracia", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. "Derechos de los animales, deberes de los humanos", en *Isegoría*, nº 32, 2005. Pp. 157-174.

LÓPEZ MENUDO, F. "El derecho a la protección del medio ambiente", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. nº 10. 1991. pp. 161-201.

LÓPEZ MENUDO, F. "Concepto de medio ambiente y reparto competencial", en *Derecho ambiental de Andalucía* (Coord. VERA JURADO, D.). Tecnos. Madrid, 2005.

LÓPEZ RAMÓN, F. "Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* nº 151, 1997. pp. 53-62.

LÓPEZ RAMON, F. "Sobre el derecho subjetivo a la vivienda", en *Construyendo el derecho a la vivienda* (Coord. LOPEZ RAMON, F.). Marcial Pons. Madrid, 2010.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. de B. *Los Patrimonios Municipales de Suelo: Sus caracteres y operatividad.* Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial, CEMCI. Granada, 1992.

LOZANO CUTANDA, B. "La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad", en *Las fronteras del código penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador. Cuadernos de derecho judicial* (Dir. PICÓ LORENZO, C.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997.

LOZANO CUTANDA, B. *Derecho ambiental administrativo*. 11ª. La Ley. Madrid, 2010.

LYNCH, K. *The image of the city*. MIT Press. Cambridge (Massachusetts), 1960.

MAGRO SERVET, V. "¿Puede un particular ser autor de un delito del art. 319 del CP contra la ordenación del territorio?", en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 40, 2007. pp. 93-100.

MALEM SEÑA, J. F. "El fenómeno de la corrupción", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

MALEM SEÑA, J. F. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Gedisa. Barcelona, 2000.

MALEM SEÑA, J.F. *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Gedisa. Barcelona, 2002.

MARCUSE, P. "¿Los derechos en las ciudades y el derecho a la ciudad?", en *Ciudades para tod@s. Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias* (Eds. SUGRANYES, A. y MATHIVET, Ch.). Habitat International Coalition. Santiago de Chile, 2010.

MARÍN COTS, P. "La configuración de la ciudad. Ciudad compacta *versus* ciudad dispersa" [en línea]. Ponencia inicial de la *II Reunión anual de la red 6*, celebrada en

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Málaga en junio de 2002. Observatorio del medio ambiente urbano (OMAU). Disponible en la página web: http://www.omau-malaga.com/portal/index.php?id=174

MARRERO GARCÍA-ROJO, A. "Artículo 9.3", en *Comentarios a la constitución española* (Dir. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009.

MARTÍ FERRER, M. "En busca de la aguja que pinche la burbuja", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, n° 103 (III), 1995. Ministerio de vivienda. pp. 91-98;

MARTÍ FERRER, M. "Coste de repercusión del suelo" en *Suelo y Vivienda en el siglo XXI.* VIII Congreso notarial español. Madrid, 8, 9 y 10 de mayo de 2003.

MARTÍ FERRER, M. "La formación del precio del suelo" en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº. 81(691). 2005. pp. 1679-1711.

MARTÍN CRIADO, E. *Producir la juventud: crítica de la sociología de la juventud*. Ed. Istmo. Madrid, 1998.

MARTÍN MATEO, R. *La gallina de los huevos de cemento*. Thomson-Civitas. Navarra, 2007.

MARTÍN RETORTILLO, S. "La "constitución económica" en el texto de la constitución española de 1978", en *Constitución y constitucionalismo hoy* (Coord. FARÍAS, H.). Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 2000.

MARTÍNEZ ARRIETA, A. "Delito urbanístico", en *Empresa y delito en el nuevo código penal. Cuadernos de derecho judicial* (Dir. BACIGALUPO ZAPATER, E.) Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997.

MARTÍNEZ ARRIETA, A. "Arts. 319 a 324", en *Comentarios al código penal* (Dir. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.). Tomo 4. Arts. 318 bis al 445 bis. BOSCH. Barcelona, 2007.

MARTÍNEZ BERRIEL, S. "Sociología urbana «on line»" [en línea]. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. 2006. Disponible en la página web: http://telepresencial.ulpgc.es/moodle2006/course/info.php?id=3045

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. *Aspectos económicos y tributarios del urbanismo*. Ed. BAYER HNOS. S. A. Barcelona, 2001.

MARTÍNEZ GOYTRE, E. "Emancipación y estrategias residenciales de los jóvenes en Madrid", en *Arquitectura, ciudad y Entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. pp. 361-380.

MARTÍNEZ PAGUÉS, J. y MAZA, L. A. *Análisis del precio de la vivienda en España.* Documento de trabajo n° 0307. Servicio de Estudios. Banco de España. Madrid, 2003.

MARTÍNEZ PISÓN, J. "El derecho a la salud: un derecho social esencial", en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 10, nº 14. pp. 129-150.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A. *Delitos urbanísticos en la doctrina y en la jurisprudencia españolas*. Pasionporloslibros. 2011.

MARTÍNEZ RUIZ, J. "El delito de información, votación o resolución favorable a instrumentos de planeamiento o licencias urbanísticas y la vulneración de la potestad inspectora en el ámbito urbanístico", en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Dykinson. Madrid, 2013.

MARTÍNEZ, J. y DE LOS LLANOS MATEA, M. "El mercado de la vivienda en España", en *Boletín económico.* Banco de España. Septiembre de 2002. pp. 51-61.

MARTÍNEZ, Z. M. "Reflexiones en torno a las mujeres y el derecho a la ciudad desde una realidad con espejismos", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*. 4ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N. "Algunas notas sobre la dificultad de demarcar un espacio de tutela penal para la ordenación del territorio", en *Revista penal*, nº 8, 2001. pp. 60-70.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

MATESANZ GÓMEZ, D. y RUBIERA MOROLLÓN, F. "La estructura de la economía española", en *Economía española. Estructura y regulación* (Coords. GARCÌA DE LA CRUZ, J.M. y RUESGA BENITO, S, M.). Thomson. Madrid, 2007.

MATÍA PORTILLA, F. J. "Artículo 108", en *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario* (Dirs. CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009.

MELLADO RUIZ, L. y PÉREZ FERRER, F. "Algunas reflexiones sobre el «nuevo» derecho urbanístico en el proyecto de ley estatal del suelo: desarrollo sostenible y protección penal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 232, 2007. pp. 91-149.

MICHELSON, W. *Environmental choice, human behavior and residential satisfaction.* Oxford University Press. Nueva York, 1976.

MIDTVEIT, E. "Crime prevention and Exclusion: from Walls to Opera Music", en *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. Vol. 6, 2005. pp. 23-38.

MILGRAM, S. *The individual in a social world. Essays and experiments.* Adison-Wesley. New York, 1977.

MILLENNIUM ASSESSMENT. *Ecosystems and Human Well-being. A Framework for assessment*. Island Press. Washington, 2003.

MILLENNIUM ASSESSMENT. *Ecosystems and Human Well-being. Synthesis*. Island Press. Washington, 2005.

MILLENNIUM ASSESSMENT. *Millenium Ecosystem Assessment. A toolkit for understanding and action. Protecting Nature´s services. Protecting ourselves*. Island Press. Washington, 2007.

MIR PUIG, S. *Introducción a las bases del derecho penal*. BOSCH. Barcelona, 1976.

MIR PUIG, S. *Estado, pena y delito*. Ed. B de f. Montevideo, 2006.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

MIRET GAMUNDI, P. "Vivir aún en casa o tener una casa propia: emancipación residencial en España, 1976-2007, en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. pp. 301-330.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C. "Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma «pactada»", en *Lan Harremanak,* nº 8, 2003. pp. 99-144.

MONTES, C. y SALA, O. "La evaluación de los ecosistemas del milenio. Las relaciones entre el funcionamiento de los ecosistemas y el bienestar humano", en *Ecosistemas,* nº 16. 2007. pp. 137-147.

MONTOYA MELGAR, A. "Asistencia sanitaria: de la seguridad social al sistema nacional de salud (apunte para un estudio)" [en línea], en *Aranzadi social* nº 5/2004, Pamplona, 2004. BIB 2004/542. Disponible en la página web: www.westlaw.es.

MOORE, G. T. "Knowing about environmental knowing. The current state of theory and research on environmental cognition", en *Environmental and Behavior,* nº. 11, 1979. pp. 33-70.

MORA-DONATTO, C. *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político*. Cámara de Diputados LVII Legislatura-UNAM, México, 1998.

MORAL TORANZO, F. *Psicología y medio ambiente,* Cuadernos de Puertanueva. Consejería de educación y ciencia. Albolote (Granada), 1994.

MORALES DOMÍNGUEZ, J. F. "Conducta grupal y medio ambiente", en *Psicología y medio ambiente* (Coord. JIMÉNEZ BURILLO, F.). Centro de estudios de ordenación del territorio y medio ambiente (CEOTMA). Ministerio de obras públicas y urbanismo. Madrid, 1981.

MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo" (A), en *Comentarios al código penal español* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). 6ª Ed. Tomo II. Aranzadi. Pamplona, 2011.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

MORALES PRATS, F. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo" (B), en *Comentarios a la parte especial del derecho penal* (Dir. QUINTERO OLIVARES, G.). 9ª Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011.

MORILLAS CUEVA, L. "Los delitos urbanísticos: una valoración entre dogmática y político criminal", en *Urbanismo y corrupción política (una visión penal, civil y administrativa)* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Dykinson. Madrid, 2013.

MUÑOZ CASTILLO, J. *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*. Colex. Madrid, 2000.

MUÑOZ CASTILLO, J. *Constitución y vivienda*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal, parte especial*. 19ª Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. "Todo (o casi) lo que siempre quiso saber sobre el desarrollo sostenible y nunca se atrevió a preguntar", en *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*. nº 6, 2005. pp. 71-92.

MYRO, R. "Dos décadas de crecimiento económico sostenido en España: un breve balance, en *Economistas,* 2004. pp. 33-47.

NAREDO, J. M. "Sobre la insostenibilidad de las actuales conurbaciones y el modo de paliarla" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Hábitat II. Ministerio de Fomento. Madrid, 1997. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a007.html

NAREDO, J. M. "Cuantificando el capital natural. Más allá del valor económico", en *Economía ecológica*, nº 16, 1998. pp. 31-58.

NAREDO, J. M. y RUEDA, S. "La "ciudad sostenible": Resumen y Conclusiones" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Hábitat II. Ministerio de Fomento. Madrid, 1997. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a010.html

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. "Los delitos sobre ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la administración urbanística", en *Actualidad penal*, nº 16, 1997. pp. 353-391.

NAVARRO CARDOSO, F. *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del derecho penal*. Colex. Madrid, 2001.

NEWMAN, O. *Defensible Space. Crime Prevention Through Urban Design*. Colliers Books. New York, 1973.

NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España democrática*. Ariel. Barcelona, 1997.

NIETO GARCÍA, A. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª Ed. Tecnos. Madrid, 2005.

NÚÑEZ PAZ, M. A. "Consideración crítica en torno al código penal español", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. LII., 1999. pp. 227-278.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA (OSE). *Cambios de ocupación del suelo en España. Implicaciones para la sostenibilidad*. Estudio realizado a partir del proyecto CORINE LAND COVER. Mundiprensa. Madrid, 2006.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA (OSE). "Extracción de agua", en Revista *El ecologista*, n° 51. Sostenibilidad en el estado español. Madrid, marzo de 2007. pp. 31-38.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA (OSE). *Sostenibilidad en España 2007*. Mundiprensa. Madrid, 2007.

OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD EN ESPAÑA (OSE). "Usos del suelo", en *El ecologista*, n° 51. Sostenibilidad en el estado español. Madrid, marzo de 2007. " pp. 38-41.

OBSERVATORIO JOVEN DE VIVIENDA EN ESPAÑA (OBJOVI). N° 19. Segundo trimestre de 2007. Noviembre de 2007. Disponible en la página web: http://www.cje.org/C15/C15/OBJOVI%20(segundo%20trimestre%202007/default.aspx?lang=es-ES

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

OBSERVATORIO JOVEN DE VIVIENDA EN ESPAÑA (OBJOVI). N° 21. Cuarto trimestre de 2007. Mayo de 2008. Disponible en la página web: http://www.cje.org/C13/C18/OBJOVI%2021%20(cuarto%20trimestre%20de/default.aspx?lang=es-ES

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales.* Tomo XLIII. Fascículo I. Enero-abril, 1990. pp. 5-27.

OLIVA SERRANO, J. "La ciudad autoflexible. Narrativas de la prisa y la exclusión", en *Revista Internacional de Sociología (RIS).* Vol. 69, nº 1. Enero-abril, 2011. pp. 33-57.

OLMEDO CARDENETE, M. "Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en VV. AA. *Sistema de derecho penal español. Parte especial* (Coord. MORILLAS CUEVAS, L.). Dykinson. Madrid, 2011.

ORDOÑEZ, I. "La productividad se hunde en España: La inmigración no ayuda a mejorarla", en *ForumLibertas.com*. Diario digital. 6 de junio de 2008. http://www.forumlibertas.com/frontend/forumlibertas/noticia.php?id_noticia=11151&id_seccion=7&PHPSESSID=.

ORDUÑA PRADA, E. "La participación ciudadana directa en el proceso de formación de los planes urbanísticos según la jurisprudencia", en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*. Nº. 294-295 (enero-agosto), 2004. pp. 315-360.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y OTROS. "Estudio preliminar: convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

ORTIZ FLORES, E. "El proceso de construcción por el derecho a la ciudad: avances y desafíos", en *Ciudades para tod@s. Por el derecho a la ciudad, propuestas y experiencias* (Eds. SUGRANYES, A. y MATHIVET, Ch.). Habitat International Coalition. Santiago de Chile, 2010.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

PÁRAMO, F; BONET, R; y BOSCH, J. L. "Can Carreras", en *V Congreso de Psicología ambiental. Libro de comunicaciones*. Universidad de Barcelona. Barcelona, 1996.

PAREDES CASTAÑÓN, J. M. "Delitos sobre la ordenación del territorio", en *Enciclopedia penal básica* (Dir. LUZÓN PEÑA, D. M.). Comares. Granada, 2002.

PAREJO ALFONSO, L. "La fuerza transformadora de la Ecología y el derecho: ¿hacia el estado ecológico de derecho?", en *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*. nº 100-101, 1994. pp. 219-232.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid/BOE. Madrid, 1995.

PEDROL. X. y PISARELLO, G. *La "constitución" europea y sus mitos. Una crítica al Tratado constitucional y argumentos para otra Europa*. Icaria. Barcelona, 2005.

PEIXOTO, P. "Anatomía y percepción de la falta de seguridad urbana en tres ciudades de dimensión media", en *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad* (Eds. FRAILE, P y OTROS). Investigación interdisciplinaria del medio urbano. Dykinson. Madrid, 2006.

PÉREZ HERRERO, J. M. "La Ley y la vivienda. ¿Por qué es tan caro el suelo en España?, en *Nueva revista de política, cultura y arte.* n° 95, 2004. pp. 5-13.

PÉREZ HERRERO, J. M. "Remedios para disminuir o estabilizar el coste del suelo", en *Suelo y Vivienda en el siglo XXI.* VIII Congreso notarial español. Madrid, 8,9 y 10 de mayo de 2003. pp. 171-176.

PÉREZ HUALDE, A. "El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global (una crítica a las expresadas razones de "cohesión social" y "solidaridad")", en *Derechos económicos y sociales* (Dir. EMBID IRUJO, A.). Iustel. Madrid, 2009.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

PEREZ LUÑO, A. E. "Artículo 45", en *Comentarios a la constitución española de 1978* (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.). Tomo IV. Arts. 39 a 55. Cortes Generales. Madrid, 1996.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de derecho y constitución*. 8ª Ed. Tecnos. Madrid, 2003.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Dimensiones de la igualdad*. Dykinson. Madrid, 2005.

PÉREZ LUÑO, A. E. *La tercera generación de Derechos Humanos*. Thomson-Aranzadi. Elcano, 2006.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. 9ª Ed. Tecnos. Madrid, 2007.

PÉREZ MARTOS, J. "La configuración jurídica del medio ambiente en el derecho español", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*. nº 159, 1998. pp. 169-199.

PERON, E. "Preferencias ambientales y capacidad restauradora de los lugares", en *Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodológicos* (Eds. GARCÍA MIRA, R., SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002.

PESCI, O. R. "¿Ciudad concentrada o ciudad dispersa? Sustentabilidad y desarrollo urbano, en *Petrotecnia. Revista del Instituto argentino del petróleo y del gas*. Año XLV N° 5. Octubre, 2004. pp. 12-16.

PICOTTI, L. "Responabilità penale del direttore dei lavori e di altri professionisti nel nuovo testo único dell´edilizia", en *Rivista giuridica dell´edilizia*, nº 2, 2004. p.69-93.

PICOTTI, L. "Beni Giuridici e tecniche di tutela penale della pubblica amministrazione", en *Il diritto della regione*, nº 6, 2007. pp. 95-120.

PILOÑETA ALONSO, L. M. "Veinticinco años de constitución económica y derecho mercantil", en VV. AA. *Homenaje a la constitución española XXV Aniversario*. Universidad de Oviedo, 2005.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

PINILLA, R. "Vivienda, casa, hogar: las contribuciones de la filosofía al problema del habitar", en *Documentación social*, nº 138, 2005. p. 13-40.

PIORE, M. J. "En busca de un sistema de regulación flexible en Latinoamérica y Estados Unidos" [en línea], en *Seminario sobre aplicación de las normas laborales: una perspectiva comparada*, Buenos Aires, 28-30 de noviembre de 2005. Disponible en la página web: http://econ-www.mit.edu/files/1128.

PISARELLO, G. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible.* ICARIA. Barcelona, 2003.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Trotta. Madrid, 2007.

PISARELLO, G. "El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales", en *Revista catalana de derecho público,* nº 38, 2009. pp.43-66.

POL, E. "La apropiación del espacio", en *Cognición, representación y apropiación del espacio* (Coords. IÑIGUEZ. L y POL, E.). Monografies Psico/Socio/Ambientals, nº 9. Publicaçions Universitat de Barcelona. Barcelona, 1996.

POL, E. "El modelo dual de la apropiación del espacio", en *Psicología y medio ambiente. Aspectos psicosociales, educativos y metodológicos* (Eds. GARCÍA MIRA, R., SABUCEDO CAMESELLE, J. M. y ROMAY MARTÍNEZ, J.). Asociación galega de estudios e investigación psicosocial. A Coruña, 2002.

POMARES CINTAS, E. y BERMEJO CHAMORRO, A. J. "¿Era necesario reformar los delitos urbanísticos? Especial referencia a los delitos de corrupción urbanística y a su trayectoria jurisprudencial", en *Revista de derecho penal y criminología,* nº 6, 2011. pp. 109-150.

PONCE SOLÉ, J. "Derecho urbanístico y segregación espacial. Las relaciones entre la ordenación urbanística y el surgimiento de guetos urbanos", en *Ciudad y Territorio. Estudios territoriales*. Nº XXXIII (130), 2001. pp. 667-685.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

PONCE SOLÉ, J. "Las relaciones entre el Derecho, el urbanismo y la vivienda y la cohesión social y territorial", en *Derecho urbanístico, vivienda y cohesión social y territorial* (Coord. PONCE SOLÉ, J.). Marcial Pons. Madrid, 2006.

PONCE SOLÉ, J. "Programas de integración de jóvenes y prevención de la violencia" [en línea]. Ponencia en el taller sobre *Programa de mejoramiento de barrios (PMB). Análisis comparado de lecciones aprendidas y nuevos enfoques*. Organizado por el Banco Interamericano de desarrollo. Montevideo, Uruguay. 14, 15, 16 y 17 de octubre de 2008. Disponible en la página web: http://events.iadb.org/calendar/eventDetail.aspx?lang=es&id=82;

PORTILLA CONTRERAS, G. "Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos", en *Cuadernos de política criminal*, nº 39, 1989 pp. 723-748.

POU, V. "En profundidad: El impacto del mercado inmobiliario en las finanzas públicas", en *Situación inmobiliaria*. Servicio de Estudios Económicos BBVA. Enero de 2007. pp. 23-29.

POZUELO PÉREZ, L. "Notas sobre la denominada «expansión del derecho penal»: un análisis al hilo de los delitos contra la ordenación del territorio", en *Revista de derecho y proceso penal*, nº 9, 2003. pp. 13-47.

POZUELO PÉREZ, L. "La delincuencia urbanística", en *Derecho penal de la construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo* (Coord. POZUELO PÉREZ, L.). Comares. Granada, 2006.

PRADERA, J. "La maquinaria de la democracia. Los partidos en el sistema político español", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

PRATS CANUT, J. M. "Actuación incorrecta del funcionario público y responsabilidad en el ámbito de los delitos contra la administración pública", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

PRIETO DEL PINO, A. M. *El derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores* (Dir. José Luis Díez Ripollés). Tesis doctoral. Universidad de Málaga. Facultad de derecho, 2001.

PRIETO DEL PINO, A. M. "Una contribución al estudio de la delincuencia económica: El sistema económico diseñado por la constitución española", en *Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED*. 2ª época, nº 12, 2003. pp. 95-139.

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

PRIETO DEL PINO, A. M. "Aspectos criminológicos y político criminales de la corrupción urbanística. Un estudio de la Costa del Sol", en *Corrupción y urbanismo. Cuadernos penales José María Lidón, nº 5. Corrupción y urbanismo*. Deusto. Bilbao, 2008.

PROSHANSKY, H. "The city and self-identity", en *Environment and behaviour* nº 10:2. 1978. pp. 147-169.

PROSHANSKY, H., FABIAN, A. K. y KAMINOFF, R. "Place-Identity: Physical world socialization of the self", en *Journal of environmental psychology,* nº. 3, 1983.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. 6ª Ed. Atelier. Barcelona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio", en *Las fronteras del código penal de 1995 y el derecho administrativo sancionador. Cuadernos de derecho judicial* (Dir. PICÓ LORENZO, C.). Consejo general del poder judicial. Madrid, 1997.

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

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

RAPOPORT, A. *Aspectos humanos de la forma urbana. Hacia una confrontación de las ciencias sociales con el diseño de la forma urbana.* Colección Arquitectura/perspectivas. Gustavo Gili. S.A. Barcelona, 1978.

RAYA VILCHEZ, J. M. "Emancipación y vivienda: una identidad con tres componentes", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. p. 471-480.

RECIO ANDREU, A. y BANYULS I LLOPIS, J. "¿Crecimiento del empleo sin tecnología? La paradoja del mercado de trabajo en España". Comunicación presentada en las *IX Jornadas de economía crítica: "Perspectivas del capitalismo a escala mundial: ¿Más destrucción económica y más regresión social?"* Madrid, 25 a 27 de marzo de 2004.

RECODER DE CASSO, E. "Artículo 66", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la Constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

RECODER DE CASSO, E. "Artículo 70", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la Constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

RECODER DE CASSO, E. y GARCÍA ESCUDERO MÁRQUEZ, P. Artículo 67.2, en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

RENART GARCÍA, F. "Urbanismo y derecho penal. Una aproximación a la problemática del tipo del injusto del art. 319.1 del código penal de 1995 (I)", en *Revista de doctrina y jurisprudencia,* nº 42, 2001, pp. 11-22.

RESTOY, F. "El mercado de la vivienda: realidades e incertidumbres", en *Revista del Colegio de economistas de Madrid*. n°. 108 Extra. Año XXIV. Madrid. 2005 pp. 89-97.

REYNALD, D. M. & ELFFERS, H. "The Future of Newman´s Defensible Space Theory. Linking Defensible Space and the Routine Activities of Place", en *European Journal of Criminology.* Volume 6. Number 1. January 2009. pp. 25-46.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

RIESTRA, T. y SAN MARTÍN, I. "La inmigración y la vivienda", en *Situación España*. Servicio de estudios económicos BBVA. Octubre de 2006. pp. 30-31.

ROBLES MORCHÓN, G. "El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C.E.)", en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la constitución* (Coord. GARCÍA SAN MIGUEL, L.). Universidad de Alcalá de Henares. Alcalá de Henares, 1995.

RODRÍGEZ LÓPEZ, J. "Vivienda: la producción parece crecer más que la demanda", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, XXXVII N° 145-146. 2005. Ministerio de vivienda. pp. 755-780.

RODRÍGUEZ FOLGAR, G. "Recensión sobre «TOHARIA, L. El problema de la temporalidad en España: un diagnóstico. Ministerio de trabajo y asuntos sociales. Colección Economía y Sociología del Trabajo. Madrid, 2005»", en *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*. n° 61. Junio, 2006 pp. 178-181.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. "Urbanismo, vivienda y economía en España", en *Arquitectura, ciudad y territorio (ACE)*. Vol. 1, núm. 3 febrero 2007. pp. 83-88.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. y FELLINGER JUSUÉ, E. *El mercado de la vivienda en España. Previsiones 2007-2009* [en línea]. Universidad de Alcalá. p. 29. Disponible en la página web: http://www.mviv.es/es/xls/estadisticas/ENCUESTAS/PREVISIONES.pdf

RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. y LOZANO PEÑA, A. V. "El problema de la vivienda y el suelo. Reflexiones sobre la propuesta de la Comisión de expertos", en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*. nº 103 (III), 1995. pp. 117-120.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. *Medio ambiente, territorio, urbanismo y derecho penal*. Bosch. Barcelona, 2007.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. y OTROS. *Ecología*. 3ª Ed. Pirámide. Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. "Instrumentos jurídicos preventivos y represivos en la protección del medio ambiente", en *Documentación administrativa*, nº 190, 1981 pp. 457-484.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

RODRÍGUEZ RAMOS, L. "La protección penal del urbanismo (Pautas para criminalizar algunas conductas)", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, nº 81, 1983. pp. 31-46.

RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Las influencias de los factores físicos ambientales en el comportamiento", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ SANABRA, F. "Percepción Ambiental", en *Introducción a la psicología ambiental* (Dirs. JIMÉNEZ BURILLO, F. y ARAGONÉS, J. I.). Alianza Editorial. Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. "Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 14, 2010. pp. 681-700.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. "El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo", en *El derecho a una buena administración y la ética pública* (Coords. ÁVILA RODRÍGUEZ, C. M. y GUTIÉRREZ, F.). Tirant monografías. Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. "Artículo 14. La igualdad ente la ley y en la aplicación de la ley", en *Comentarios a la constitución española* (Dir. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009.

ROMERO ÁLVAREZ, F. J. "Inclusión y exclusión en el mercado inmobiliario. Análisis de las dificultades económicas de las familias españolas y andaluzas a la hora de obtener financiación para el acceso a la vivienda y de asumir los compromisos adquiridos", en *Jornadas sobre el derecho a la vivienda. El papel de los poderes públicos como garantes del derecho constitucional y estatutario a acceder a una vivienda digna y adecuada*. Defensor del Pueblo Andaluz. Sevilla, 2008.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

ROMERO REY, C. "Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio. En especial, el artículo 319 del código penal", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* nº 177, 2004. pp. 99-120.

ROSSELLÓ I MIR, J. "Los primeros teóricos de la activación: panorama del nacimiento y desarrollo de una teoría *in artículo mortis*", en *Revista de historia de la psicología*. Vol. 15, nº. 3-4, 1994. pp. 133-141.

ROXIN, C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band. 1, 4 Auflage. Verlag, C.H. BECK. München, 2006.

ROXIN, C. "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?, en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

ROXIN, C. "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen (Trad. CANCIO MELIÁ, M.)" [en línea], en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* nº 15-01, 2013. pp. 1-27. Disponible en la página web: http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf

RUBIO DELGADO, J. L. y RECATALÁ BOIX, L. "El suelo: un recurso natural amenazado", en *Revista valenciana d´estudis autònomics*. N° 23. Segundo trimestre de 1998. pp. 329-353.

RUEDA, S. "Habitabilidad y calidad de vida", en *La construcción de la ciudad sostenible* [en línea]. Biblioteca ciudades para un futuro más sostenible. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a005.html

RUEDA, S. "La ciudad compacta y diversa frente a la conurbación difusa" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Hábitat II. Ministerio de Fomento. Madrid, 1997. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/cs/p2/a009.html

RUEDA, S. "Modelos de ordenación del territorio más sostenibles" [en línea], en *Ciudades para un futuro más sostenible*. Barcelona, 2003. p. 5. Disponible en la página web: http://habitat.aq.upm.es/boletin/n32/asrue.html

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

RUESGA, S.M. "El mercado de trabajo", en *Economía española. Estructura y regulación* (Coords. GARCÌA DE LA CRUZ, J.M. y RUESGA BENITO, S, M.). Thomson. Madrid, 2007.

RUIDÍAZ GARCÍA, C. "Los españoles ante la justicia penal: actitudes y expectativas", en *Revista española de investigaciones sociológicas.* nº, 67, 1994. pp. 219-240.

RUIZ-RICO RUIZ, G. "Derecho constitucional a la vivienda *versus* especulación urbanística", en *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 31, 2007. pp. 31-49.

SABAN GODOY, A. *El marco jurídico de la corrupción*. Civitas. Madrid, 1991.

SABATIÉ, J-L. "La garantía del derecho a una vivienda digna para toda la ciudadanía en la legislación francesa", en *Jornadas sobre el derecho a la vivienda. El papel de los poderes públicos como garantes del derecho constitucional y estatutario a acceder a una vivienda digna y adecuada*. Defensor del Pueblo Andaluz. Sevilla, 2008

SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. *Tratamiento penal del espacio: El territorio, el suelo, la ciudad. ¿Globalización o reinvención de lo local?* Colex. Madrid, 2003.

SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, J. y SÁENZ DE PIPAÓN Y DEL ROSAL, J. *La ciudad, objeto de protección penal. Acerca del llamado delito urbanístico*. La Ley. Madrid, 2009.

SALINERO ALONSO, C. "Delitos contra la ordenación del territorio", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* Nº 4, 1997, pp. 1332-1341.

SALINGAROS, N. A. "La ciudad compacta sustituye a la dispersión" [en línea], en *La ciudad de baja densidad* (Ed. INDOVINA, F.). Diputació de Barcelona. Colección Territorio y Gobierno, Visiones nº 6, Barcelona, 2007. Disponible en la página web: http://www.arqchile.cl/ciudad_compacta.htm

SAMPSON, R. "Vecindario y comunidad: Eficacia colectiva y seguridad ciudadana (Trad. de LARRAURI PIOJÁN, E. del original "Neighbourhood and community. Collective efficacy and community safety", en *New Economy*, 2004 pp. 106-113)", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del*

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

panorama internacional (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

SAMPSON, R. J. y RAUDENBUSH, S. W. "El desorden en los barrios: ¿conduce al delito? (Trad. de LARRAURI PIOJÁN, E. del original "Disorder in Urban Neighbourhoods-Does it lead to crime?", en *National Institute of Justice. Research in Brief*. Febrero de 2001. Pp. 1-6), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

SÁNCHEZ DOMINGO, M. B. *Delitos urbanísticos*. Lex Nova. Valladolid, 2008.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. "Delitos sobre la ordenación del territorio: el delito urbanístico en el nuevo código penal", en *Cuadernos de política criminal*, nº 63, 1997. pp. 669-688.

SÁNCHEZ MORÓN, M. "La corrupción y los problemas del control de las administraciones publicas.", en *La corrupción política* (Eds. LAPORTA, F.J. y ALVAREZ, S.). Alianza editorial. Madrid, 1997.

SÁNCHEZ MORÓN, M. "Artículo 103", en *Comentarios a la constitución española* (Dir. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009.

SÁNCHEZ ROBERT, M. J. *Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo en sentido estricto. El artículo 319 del Código Penal* (Dir. MORILLAS CUEVA, L.). Tesis doctoral. Universidad de Granada. Departamento de Derecho Penal, 18 de mayo de 2012.

SANGRADOR, J. L. "El medio físico construido y la interacción social", en *Introducción a la psicología ambiental* (Comp. JIMÉNEZ BURILLO, F e IGNACIO ARAGONÉS, J.). Alianza psicología. Madrid, 1998

SANSOT, P. "Notes sur le concept d´appropiation", en *L´appopiation de l´espace* (Ed. KOROSEC, P.). IAPC-3. CIACO. Strasbourg-Louvain la Neuve, 1976.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

SANTANA VEGA, D. M. "Delitos urbanísticos (o de cómo no legislar en derecho penal), en *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al código penal español de 1995* (Dirs. MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M.). Reus. Madrid, 2006.

SANTANA VEGA, D. M. "De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo" en *Comentarios al código penal (Reforma LO 5/2010)* (Dirs. CORCOY BIDASOLO, M y MIR PUIG, S.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. "Artículo 108", en GARRIDO FALLA, F y OTROS. *Comentarios a la Constitución*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 2001.

SANTIAGO REDONDO, K. "Artículo 43", en *Comentarios a la constitución española* (Dirs. CASAS BAHAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.). Fundación Wolters Kluwer. Toledo, 2009.

SANZ MULAS, N. "Corrupción urbanística (la mezcla de cemento, ayuntamientos y comisiones ilegales), en *La ley penal. Revista de derecho penal, procesal y penitenciario.* nº 45, 2008. pp. 66-91.

SCHOPLER, J y STOCKDALE, J. "An interference analysis of crowding", en *Environmental psychology and non verbal behaviour,* nº 1, 1977. pp. 81-88.

SCHÜNEMANN, B. "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

SEHER, G. "La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

SELYE, H. *The stress of life*. Mac Graw Hill. Nueva York, 1956.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

SEOPAN. *Informe anual de la construcción.* Año 2005.

SEOPAN. *Informe anual de la construcción*. Año 2006.

SEOPAN. *Informe anual de la construcción.* Año 2007.

SERRANO RODRÍGUEZ, A. "Los mercados urbanos en el marco de una gestión urbanística desacreditada (Observaciones a las recomendaciones de la comisión de expertos), en *Ciudad y territorio. Estudios territoriales*, n° 103 (III), 1995. Ministerio de vivienda. pp. 121-125;

SERRANO VALIENTE, M. J. "Los instrumentos de intervención en el mercado inmobiliario", en *Revista de estudios locales*. N° extraordinario de julio de 1999. pp. 478-497.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Consumo*. Primer semestre, 2008.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Julio 2006.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Octubre 2006.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Mayo, 2007.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación España*. Abril, 2008.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación inmobiliaria*. Enero, 2007.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Inmobiliaria*. Junio, 2007.

SERVICIO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS BBVA. *Situación Inmobiliaria*. Diciembre, 2007.

SHUMAKER, S. A. y TAYLOR, R. B. "Toward a clarification of peopel-place relationships: A model of attachment to place", en *Environmental Psychology*.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

Directions and perspectives (Eds. FEIMER, N. R. y GELLER, E. S.). Praeger. Nueva York, 1983.

SILVA FORNÉ, D. "Delitos sobre la ordenación del territorio: bien jurídico tutelado y política criminal", en *Revista de ciencias penales.* Vol. 1, nº 2, 1998. pp. 433-468.

SILVA SÁNCHEZ, J. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. J. M. Bosch editor. Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. "¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español", en *Actualidad penal*, nº 23, 1998. pp. 435-449.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio* (Ed. DE LA MATA BARRANCO, N. J.). Instituto vasco de administración pública. Oñati, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed. Edisofer. Madrid, 2011.

SINDICATO DE TÉCNICOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA (GESTHA). *La economía sumergida pasa factura. El avance del fraude en España durante la crisis* [en línea]. Madrid, 2014. Disponible en la página web: http://www.gestha.es/archivos/actualidad/2014/2014-01-29_INFORME_LaEconomiaSumergidaPasaFactura.pdf

SMITH, M. B. "The self and cognitive consistency", en *Theories of cognitive consistency* (Eds. ABELSON, R. P., ARONSON, E., MCGUIRE, W. J. y OTROS). Rand MacNally. Chicago, 1968.

SOBRINO, J. "Desarrollo urbano y calidad de vida", en *Documentos de investigación.* Vol. 28. El colegio mexiquense. Toluca, 1998. pp. 22 y ss. Disponible en la URL: http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cmq.edu.mx%2Findex.php%2Fsubir-docman%2Fdoc_download%2F162-di0280142&ei=TTMIVKGNJMnlaLu7geAM&usg=AFQjCNGLlNhAYF9o7XetslWS9GpEgc1GRQ&bvm=bv.74649129,d.bGQ

SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Editorial Comares. Comares, 2003.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

SOTO NAVARRO, S. "Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 58, 2005. pp. 887-918.

SOUTO GARCÍA, E. M. "La ordenación del territorio y el urbanismo: el delito del art. 319 del código penal tras la reforma de 2010", en *Revista General de derecho penal*, nº 15, 2011. pp. 1-31.

SOUTO GARCÍA, E. M. "Los delitos urbanísticos en España: La protección dispensada por el artículo 319 del código penal español a la ordenación del territorio", en *Derecho penal y criminología*, vol. 32, nº 92, 2011. pp. 85-113.

STERNBERG-LIEBEN, D. "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

STEVENS, J. C., ADAIR, E.R. y MARKS, L.D., "Pain, disconfort and Warmth as a function of termal intensity", en *Psychological and behavioural temperature regulations* (Eds. HARDY, J. D., GAGGE, A. P. y STOLWOJK, J. A.). Charles C. Thomas. Springfield, 1970.

STOKOLS, D. "The experience of crowding in primary and secondary environments", en *Environment and Behavior*, nº. 8, 1976. pp. 49-86.

STRATENWERTH, G. "Zum Begriff des «Rechtsgutes»", en *Festschrift für Theodor Lenckner*. C.H. BECK. München, 1998.

STRECK, L. L. "La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concreción de los derechos fundamentales sociales", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 11, 2007. pp. 369-405.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. "El bien jurídico protegido", en Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el código penal y la legislación especial (Dir. FARALDO CABANA, P.). Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TAJFEL, H. Human *groups and Social Categories.* Cambridge University Press. Cambridge, 1981; versión española (1984): *Grupos humanos y categorías sociales*. Herder. Barcelona, 1984.

TALTAVULL DE LA PAZ, P. *Economía de la construcción*. Civitas. Madrid, 2001.

TALLTAVULL DE LA PAZ, P. "Los jóvenes y la accesibilidad a la vivienda", en *Arquitectura, ciudad y Entorno (ACE)*. Año II, n° 5, octubre 2007. pp. 481-485.

TAYLOR, R. B. "La tesis de las incivilidades o de las «ventanas rotas»" (Trad. de LARRAURI PIJOAN, E. del original "The incivilities or «broken windows» thesis", en SULLIVAN (ed.). Encyclopedia of Law Enforcement. Sage, Thousand Oaks. California, 2005.), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

TEJEDOR BIELSA, J. "Régimen jurídico general de la vivienda protegida", en *Construyendo el derecho a la vivienda* (Coord. LOPEZ RAMON, F.). Marcial Pons. Madrid, 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J. "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *Revista de la facultad de derecho de la universidad complutense* nº 63, 1981. pp. 123-149.

TERRADILLOS BASOCO, J. "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en *Pena y estado*, nº 1, 1991. pp. 9-22.

TERRADILLOS BASOCO, J. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo código penal español. Luces y sombras", en *Estudios penales y criminológicos,* nº 19, 1996. pp. 289-237.

TERRADILLOS BASOCO, J. M. "Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Estudios penales y* criminológicos, nº. 20, 1997. pp. 311-332.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TERRADILLOS ORMAETXEA, E. "Los derechos fundamentales sociales en la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en *Revista del ministerio de trabajo e inmigración*, nº 92, 2011. pp. 53-73.

THUM, K. „Soziale Bindungen an das Wohnviertel", en *Wo sind die Grossstädter daheim? Studien über Bindungen an das Wohnviertel* (Eds. BODZENTA, E; SPEISER, I. y THUM, K.). Böhlaus. Wien, 1981. pp. 33-108.

TIRVIÓ PORTÚS, J. "Los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Revista jurídica de Cataluña*, nº 110, 2011. pp. 1077-1088.

TOLMAN, E. C. "Cognitive maps in rats and men", en *Psychological review*, nº. 55, 1948. pp. 189-208.

TOLOSA TRIBIÑO, C. "La nueva regulación de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* nº 269, 2011. pp. 125-158.

TORRES MARTÍNEZ, J. "Instrumentos de intervención en el mercado del suelo. Legislación estatal y autonómica madrileña", en *Revista especializada el Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados.* n° 3, 15 de febrero de 2002.

TORTOSA, J. M. *Corrupción*. Icaria. Barcelona, 1995.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Barómetro Global de la corrupción 2007*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/BARÓMETRO%20GLOBAL%202007/INFORME%20COMPLETO%20BARÓMETRO%20GLOBAL%202007.pdf

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Barómetro Global de la corrupción* 2010. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/BAROMETRO%20GLOBAL%202010/INDICE%20BAROMETRO%20GLOBAL%202010.htm.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Barómetro Global de la corrupción 2013.* Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/BAROMETRO_GLOBAL/Bar%C3%B3metro_Global_2013/Indice_Barometro_2013.htm.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2006*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2006/IPC_2006.htm

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2007*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2007/IPC_2007.htm;

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2008*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2008/IPC_2008.htm;

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2009*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2009/IPC_2009.htm;

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2010*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2010/INDICE_IPC_2010.htm;

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2011*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2011/INDICE_IPC_2011.htm;

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2012*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2012/INDICE_IPC_2012.htm;

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Índice de percepción de la corrupción 2013*. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2013/INDICE_IPC_2013.htm.

TREINEN, H. „Symbolische Ortsbezogenheit. Eine sociologische Untersuchung zum Heimatproblem“, en *Kölner Zeitschrift für Sociogie und Sozialpsychologie*. nº 17. Köln, 1965. pp. 73-97;

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*. Informe del año 1993.

TRILLA, C. *La política d'habitatge en una perspectiva europea comparada*. Collecció Estudis Socials. Fundació La Caixa. nº 9. Barcelona, 2001.

TROWBRIDGE, C. C. "On fundamental methods of orientation and imagery maps". en *Science*, nº. 38, 1913. pp. 888-897.

TURNER, J. C. *Redescubrir el grupo social*. Morata. Madrid, 1990 (original en inglés 1987).

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

TWIGGER-ROSS, C. L. & UZZEL. D. L. "Place and identity processes", en J*ournal of environmental psychology*, nº. 16, 1996. pp. 205-220.

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

URQUIZA MORALES, J. M. *Corrupción municipal. Por que se produce y como evitarla*. 2ª Ed. Almuzara.2005.

URRAZA ABAD, J. "Relaciones derecho penal-derecho administrativo en materia de protección penal del medio ambiente: Constitucionalidad y contenido material de las remisiones normativas. Los conceptos normativos y los conceptos valorativos en el código penal de 1995", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. Tomo 4, ref. D-185, 1999. pp. 1580-1605.

URRAZA ABAD, J. "Delitos relativos a la ordenación del territorio: principales polémicas y primeros posicionamientos jurisprudenciales", en *Actualidad penal,* nº 2, 2001. pp. 595-620.

VALERA, S. "Estudio de la relación entre el espacio simbólico urbano y los procesos de identidad social", en *Revista de Psicología Social. nº 12*, 1997. pp. 17 - 30.

VALERA, S. *El significado social del espacio. Estudio de la identidad social y los aspectos simbólicos del espacio urbano* [en línea]. Centre de Recerca POLIS. Universitat de Barcelona. Disponible en la página web: http://www.ub.es/escult/valera/cap1.htm

VALERA, S. y POL, E. "El concepto de identidad social urbana: una aproximación entre la psicología social y la psicología ambiental", en *Anuario de psicología*, nº. 62, 1994. pp. 5-24.

VALERA, S. y VIDAL, T. "Privacidad y territorialidad", en *Psicología ambiental* (Coords. ARAGONÉS, J. I. y AMÉRIGO, M.). Pirámide. Madrid, 2002.

VALERIO, E. "La aplicación del Código Penal en medio ambiente, consumo y urbanismo: una casuística del cambio hacia una sociedad sostenible", en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, nº. 1, 2000. pp. 267-284.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

VAN SOOMEREN, P. "El delito y la inseguridad colectiva desde la arquitectura y el urbanismo", en *Ciudades, urbanismo y seguridad*. Ayuntamiento de Madrid. Observatorio de la seguridad. Madrid, 2007.

VAN SOOMEREN, P. "Prevención de la delincuencia mediante el diseño ambiental", en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

VERCHER NOGUERA, A. "Delitos contra la ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente", en *Estudio y aplicación práctica del código penal de 1995. Tomo II. Parte especial* (Dirs. GIMENO SENDRA, V. QUERALT, J. J. y OTROS). Colex/Centro Superior de Estudios, Universidad Alfonso X el Sabio. Madrid, 1997.

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

VERDÚ MIRA, A. T. "A modo de cuestionario sobre los delitos urbanísticos tras cinco años de vigencia", en *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente,* nº 187, 2001. pp. 47-52.

VILELLA-PETIT**,** M. **"**Espace approprié - espace appropriant", en *L´appopiation de l´espace* (Ed. KOROSEC, P.). IAPC-3. CIACO. Strasbourg-Louvain la Neuve, 1976.

VILLA AVENDAÑO, A. "El papel de internet hacia un planeamiento territorial más participativo", en *Arquitectura, ciudad y entorno (ACE*). Año II . nº 6, febrero de 2008. pp. 749-758.

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

VILLAR EZCURRA, J. L. *Nuevas orientaciones en el régimen jurídico de protección a la vivienda.* Ediciones G. Manzanares. Madrid, 1980.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

VILLORIA MENDIETA, M. *Informe global 2007 sobre la corrupción en España* [en línea]. Transparency International España. Madrid, 2007. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/Informe%20global%20sobre%20la%20CORRUPCIÓN%20EN%20ESPAÑA%202007.pdf

VILLORIA MENDIETA, M. *Informe global 2008 sobre la corrupción en España* [en línea]. Transparency International España. Madrid, 2008. p. 3. Disponible en la página web: http://www.transparencia.org.es/INFORME%20GLOBAL%202008/INFORME%20GLOBAL%20ESPAÑA%202008.pdf

VILLORIA MENDIETA, M y OSET, M. "Efectos de la corrupción urbanística sobre la democracia", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. pp. 152-164.

VILLORIA MENDIETA, M. Y OSET, M. "La corrupción urbanística: conceptos básicos", en *Urbanismo y democracia. Alternativas para evitar la corrupción*. Fundación Alternativas. Madrid, 2007. pp. 21-26.

VINUESA ANGULO, J. "La vivienda vacía en España: un despilfarro social y territorial insostenible" [en línea], en *Diez años de cambios en el mundo, en la geografía y en las ciencias sociales, 1999-2008*. X Coloquio Internacional de Geocrítica. Universidad de Barcelona. 26-30 de mayo de 2008. Disponible en la página web: http://www.ub.es/geocrit/-xcol/74.htm

VON HIRSCH, A. y WOHLERS, W. "Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa", en VV. AA. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático* (Ed. HEFENDEHL, R; Ed. española a cargo de Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina). Marcial Pons. Barcelona, Madrid, 2007.

WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria* (Trad. de PONS, H.). Alianza Editorial. Madrid, 2009.

WICKER, A. W. "Undermannig theory and research: Implications for the study of psychological and behavioral effects of excess human populations", en *Representative research in social psychology*, nº 4, 1973. pp. 185-206.

Publicaciones y Divulgación Científica
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

WILSON, J. Q. y KELLING, G. L. "Ventanas rotas: la policía y la seguridad vecinal" (Trad. de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. del original "Broken Windows", publicado en *The Atlantic Monthly*, marzo de 1982, pp. 29-38), en *Convivencia ciudadana, seguridad pública y urbanismo. Diez textos fundamentales del panorama internacional* (Coords. ORTIZ DE URBINA GIMENO, I y PONCE SOLÉ, J.). Fundación democracia y gobierno local. Barcelona, 2008.

WORCHEL, S. "The experience of crowding: An attributional analysis", en *Human response to crowding* (Eds. BAUM, A. y EPSTEIN, Y.). Hillsdale, LEA, 1978.

YUS, R. y TORRES, M. A. *Urbanismo difuso en suelo rustico. Deterioro ambiental y corrupción en la provincia de Málaga (el caso de la Axarquía).* Gabinete de estudios de la naturaleza de la Axarquía (GENA-Ecologistas en acción). Málaga, 2010.

ZAJONC, R. B. "Feeling and thinking. Preferences need no inferences", en *American Psychologist*, nº 35, 1980. pp. 151-175.

ZÁRATE, M. L. "El derecho a la ciudad: luchas urbanas por el buen vivir", en *Serie de derechos humanos emergentes 7: El derecho a la ciudad*. Institut de Drets Humans de Catalunya. Barcelona, 2011.

Publicaciones y Divulgación Científica
UMA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
Publicaciones y Divulgación Científica