

LA PERSONA JURÍDICA EN LOS DELITOS DEL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO PENAL

M^a JOSÉ SÁNCHEZ ROBERT
Becaria Post-Doctoral de Investigación
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 04-09-2012

Fecha de aceptación: 02-10-2012

RESUMEN: Tras un breve análisis de la trascendencia de la incorporación al Código penal español de determinados supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, este trabajo se centra en el estudio del supuesto contenido en el artículo 319, relativo a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. En concreto, se va a tratar la problemática que se plantea en relación al juicio de antijuridicidad y al juicio de culpabilidad, con alusión a la autoría y formas de participación. Resulta asimismo importante el análisis respecto a las especiales consecuencias jurídicas de la comisión del delito por parte de personas jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad personas jurídicas, delitos urbanísticos.

ABSTRACT: *After a brief analysis of the importance of introducing certain aspects of the criminal liability of corporate entities into the Spanish Criminal Code, this work focusses on the study of the circumstances contained in article 319, relating to offences against the land and town planning ordinance. Specifically, it will deal with the problems brought up in regard to the verdict of illegality and to the verdict of guilt, with reference made to perpetration and forms of participation. It is also important to make an analysis of the special legal consequences when the offence is committed by a corporate entity.*

KEY WORDS: *Corporate entities liability, town planning offences.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL. III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO. 1. *El juicio de antijuridicidad en relación a la persona jurídica como responsable penal de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.* 2. *El juicio de culpabilidad en el tipo penal del artículo 319 en relación a las personas jurídicas.* 3. *Autoría y participación en relación a las personas jurídicas.* 4. *Consecuencias jurídicas de la comisión del delito.* 4.1 *La penalidad de las personas*

jurídicas en el artículo 319.4 del Código Penal. Posibles atenuantes 4.2. Otras consecuencias jurídicas en relación a las personas jurídicas. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2010, se aprobó la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, entre otros temas, para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación a determinados delitos.¹ De esta manera, España se sumó al grupo de países que contemplan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en concreto, mediante la introducción del artículo 31 bis del Código Penal. Se incorpora, pues, a la persona jurídica como responsable de determinados delitos, estableciendo su responsabilidad penal directa. Se viene a dar, de esta forma, una respuesta penal clara para las personas jurídicas, en aquellas figuras delictivas donde las mismas pueden intervenir, como sería el caso los delitos del artículo 319 del Código Penal, delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, que prevé expresamente la responsabilidad de las personas jurídicas en su apartado cuarto.

Sin embargo, ECHARRI CASI entiende que tal innovación es relativa, ya que el legislador ya había introducido, antes de la reforma, en el artículo 129 del Código Penal una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los hechos punibles de sus órganos, junto a la previsión solidaria para el pago de la multa impuesta a las personas físicas que cometían delitos en el ámbito de la representación de aquéllas, regulada en el desaparecido apartado segundo del artículo 31². Para BACIGALUPO SAGESSE, la reforma es una consecuencia directa de los numerosos instrumentos internacionales y de la Unión Europea -como el Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción o el Convenio sobre la Lucha contra

¹ Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general, vid. por todos: BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.-GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pamplona, 2012.

² ECHARRI CASI, F.: "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", en Diario La Ley, nº 7541, de 5 de enero de 2011.

la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales- que demandaban una respuesta penal clara para la responsabilidad penal de las personas jurídicas³.

SÁNCHEZ REYERO señala, de hecho, que el reconocimiento de la posibilidad de atribuir la responsabilidad penal a las personas jurídicas y hacerlas destinatarias de la correspondiente sanción se produce, en realidad, en numerosos países de nuestro entorno, como consecuencia del proceso de armonización internacional del Derecho Penal y de la política criminal trazada desde la Unión Europea, aun cuando se materializa en modelos jurídicos muy heterogéneos. Como ejemplo, podemos citar la normativa penal del Reino Unido y el Código penal francés, que consagran un modelo de responsabilidad por traslación o atribución desde supuestos muy diferentes. En el Reino Unido, se parte de la atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, salvo que se establezca otra cosa, mientras que en el Código Penal francés de 1994, en su Parte General -artículo 121.2-⁴, se reconoce dicha posibilidad aunque no de forma incondicionada o sistemática, sino más bien como situación excepcional, coexistiendo aquélla con la de sus dirigentes⁵.

En el cuarenta Congreso de Juristas Alemanes, se trató hasta qué punto es recomendable prever normativamente la capacidad penal de las personas jurídicas, con independencia del resultado de determinadas votaciones en su seno, recomendación que se hace especialmente sensible en el ámbito del Derecho Tributario y Medioambiental. Y, por su parte, el Código Penal austríaco y el suizo adoptan un nivel más próximo al sistema denominado de la responsabilidad penal propia u originaria o de la culpabilidad de empresa, en el que se buscan los fundamentos de la responsabilidad en factores que

³ BACIGALUPO, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (artículo 31 bis y 129 del Código Penal)”, en Diario La Ley, nº 7541, de 5 de enero de 2011.

⁴ Este artículo dispone que “las personas jurídicas, con exclusión del Estado, son responsables penalmente, según las distinciones de los artículos 121-4 a 121-7 y en los casos previstos por la ley o por el reglamento, de las infracciones cometidas por su cuenta, por órganos o por representantes. Sin embargo, las colectividades territoriales o sus agrupaciones solo serán penalmente responsables por las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de concierto de delegación de servicio público. La responsabilidad penal de las personas morales no excluye de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos”.

⁵ SÁNCHEZ REYERO, D. G., “Estudio sobre la responsabilidad de la persona jurídica, el doloso dependiente y el corporate compliance”, en Diario La Ley, nº 7653, de 16 de junio de 2011.

tienen más que ver con la infracción de los deberes propios que incumben exclusivamente a la persona jurídica.

En Italia, por contra, se restringe constitucionalmente la responsabilidad penal al ámbito de las personas físicas, y ello se plasma en el artículo 27.1 del Decreto Legislativo núm. 213 de 8 de junio de 2001, que regula un Derecho Penal Administrativo que establece, como presupuesto para la imposición de las sanciones, la comisión del delito para quienes sean los representantes, directivos o administradores de hecho o de derecho, así como las personas que ejerzan labores de control, siempre que actúen en interés o beneficio de la persona jurídica.

En cualquier caso, aparecía clara la necesidad de una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español, al menos en relación a aquellos delitos en que la posible intervención de las mismas resultaba más evidente.

II. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

En el Código Penal español, el artículo que se dedica a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general, es el artículo 31 bis, incorporado tras la reforma 5/2010⁶. No cabe lugar a dudas de que, al tratarse de un sistema de lista cerrada, cada artículo que se refiera a la regulación de las personas jurídicas como posibles responsables del delito, incluirá un apartado dedicado a esta responsabilidad penal, como es, en el caso que nos ocupa, el apartado cuarto del artículo 319 del Código Penal, que alude a responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, y que posteriormente analizaremos.

⁶ Sobre una valoración crítica de este artículo, vid., por todos, MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, págs. 1-33.

Ahora, consideramos preciso aludir, brevemente, al contenido del artículo 31 bis que, como hemos indicado, regula, en general, la persona jurídica, como responsable de la comisión de los hechos delictivos.⁷ Es preciso examinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en concreto, el modelo de imputación legalmente establecido.⁸

Los supuestos previstos en el Código Penal, en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tratan de “los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de

⁷ Artículo 31 bis.- Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

⁸ Sobre algunos supuestos de exclusión de la culpabilidad de la persona jurídica en el artículo 31 bis del Código Penal, cfr. GÓMEZ- JARA DÍEZ, C.: “La culpabilidad de la persona jurídica”, en AAVV: Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op.cit., págs.172 y ss.

hecho o de derecho” y “los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso” (artículo 31 bis en su apartado primero)⁹. Esta regulación, según señala DEL ROSAL BLASCO, se podría tachar de confusa, ya que no explica bien los fundamentos dogmáticos sobre los que se basa¹⁰.

En concreto, y en una primera posición, estaríamos ante un modelo de responsabilidad propia o de responsabilidad por el hecho propio, que no exigiría la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en su estructura organizativa, sino que se trataría de una responsabilidad de la persona jurídica de forma directa. ZUGALDÍA ESPINAR no duda en señalar que la nueva regulación “establece una responsabilidad criminal directa por la propia acción y por la propia culpabilidad de la persona jurídica. Por consiguiente, la responsabilidad criminal de la persona jurídica, va a exigir siempre que lo que realiza una persona física (o varias integradas en un órgano de la sociedad), se le impute a una persona jurídica en base de la infracción culpable de deberes que le competen precisamente a ella”¹¹.

Con matizaciones, y en una postura ecléctica, se ha mantenido la idea del modelo de responsabilidad directa de la persona jurídica, aunque admitiendo que dicho modelo, en realidad, se encuentra más próximo a un modelo de transferencia¹². Y en

⁹ Sobre la delimitación típica del hecho de conexión previsto en el art. 31 bis, en relación a los sujetos activos, vid. DEL ROSAL BLASCO, B.: “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, Nº 1, del Código Penal”, en Cuadernos de Política Criminal, segunda época, núm.103, 2011, págs.54 y ss.

¹⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de las empresas y de los Códigos de buena conducta corporativa”, Diario La Ley, nº 7670, 2011, págs. 1-12. También ha sido cuestionado este sistema de imputación, y en especial el hecho de que los defectos de organización o la ausencia del debido control puedan ser el objeto de imputación, por J.C. CARBONELL MATEU en su op. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”, Cuadernos de Política Criminal. segunda época, núm. 101, septiembre 2010, págs. 5 y ss., y en especial las págs. 25 y ss.

¹¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “Societas delinquere non potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 76, noviembre 2010, pág. 2.

¹² CARBONELL MATEU, J. C y MORALES PRATS, F.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J y GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., Comentarios a la reforma penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 72.

otra posición, ya en un sentido diametralmente opuesto, RODRIGUEZ MOURULLO entiende que se trata de un modelo de transferencia puro¹³.

El nuevo Código Penal, parece acoger, según DEL ROSAL BLASCO, en todo caso, un amplio modelo de identificación, toda vez que la responsabilidad penal de la persona jurídica la establece sobre comportamientos personales, por acción u omisión, de representantes y administradores de la persona jurídica¹⁴. Por otra parte, BACIGALUPO SAGESSE, ha afirmado, y con razón, que “el legislador no ha elaborado un modelo de imputación en el sentido estricto, sino que describe la determinación de los hechos que permitirán la atribución de las personas jurídicas”¹⁵.

Con independencia de que podamos compartir o no estas opiniones, lo cierto es que el Código Penal establece dos supuestos de imputación:

El primer presupuesto de la responsabilidad de una persona jurídica, de acuerdo con las premisas sentadas en el artículo 31 bis, se refiere a la determinación de las características típicas de ese hecho de conexión cometido por la persona física (representante legal o administrador) al que se encuentra inevitablemente vinculada la responsabilidad penal del ente colectivo (artículo 31 bis, núm. 1, primer párrafo).

El segundo presupuesto de la responsabilidad penal viene determinado por la idea de la culpabilidad por defecto de organización, que establece la responsabilidad penal de la corporación cuando se pueda determinar que, producido un daño o perjuicio, le ha fallado a la hora de establecer sistemas y mecanismos de evitación de riesgos criminales, o cuando la supervisión y vigilancia de aquellos a los que ha puesto en situación de cometer un delito o de causar daño es inadecuada, o cuando la falta del debido control de los administradores o de los representantes legales sobre los

¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal dogmática”, en *Otrosí*, núm. 6, abril-junio, 2011, pág. 10.

¹⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de las empresas y de los Códigos de buena conducta corporativa”, *op. cit.*, págs. 1-12. En el mismo sentido, la Circular 1/2011, de 1 de junio de 2011, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada mediante la Ley Orgánica número 5/2010.

¹⁵ BACIGALUPO SAGESSE, S., “Artículo 31 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Valladolid, 2010, pág. 272.

empleados, ha permitido la comisión de delitos por parte de estos, (artículo 31 bis, núm. 1 párrafo segundo). En este caso, no es sólo la comisión de un delito por parte del empleado o dependiente, sino, también, la infracción por parte del administrador o del representante, de un deber de control o vigilancia del comportamiento del empleado. Sin embargo, el contenido y límites de este deber de control, que no puede, en ningún caso, generar la responsabilidad penal del administrador o del representante -porque, entonces, se trataría del artículo 31 bis, pero del párrafo primero-, se delimitan mediante un criterio meramente formal, que entiende violado el deber de control por parte del administrador o del representante, cuando éste hubiera conocido los hechos (esto es, el riesgo o la certeza de comisión de un delito por parte del empleado o dependiente) que hubiera podido remediar, sin necesidad de que las medidas correctoras fueran actos de la propia competencia. La excesiva formalidad del criterio puede generar ciertos excesos, a los efectos de dar relevancia penal a la infracción del deber de control para generar responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque el propio precepto obliga a una ponderación cuando se refiere a que hay que atender a “las concretas circunstancias del caso”. Por otra parte, nada impide que esa falta de control del empleado sea consecuencia de una conducta negligente del administrador o representante; es más, probablemente éste el caso más frecuente.

Nos encontramos, entonces, a mi entender, ante un sistema mixto o un modelo amplio de identificación, pues, en los dos presupuestos de atribución de responsabilidad penal, recogidos en el artículo 31 bis, apartado primero, estamos ante hechos cometidos por personas físicas, esto es representantes legales, administradores de hecho o de derecho (en el párrafo primero) y empleados (párrafo segundo), que transfieren la responsabilidad a la persona jurídica, y por tanto, ante un modelo de transferencia; no podemos olvidar, por otra parte, los apartados segundo y tercero de este artículo 31 bis, en los que el texto legal declara que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es legalmente autónoma de la responsabilidad penal de las personas físicas, de tal manera que podrá decretarse la responsabilidad penal de la persona jurídica “aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (artículo 31.bis. 2), y es más, las circunstancias que atenúen o agraven la responsabilidad de las personas físicas, no excluirán ni

modificarán la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 31 bis. 3). Según GÓMEZ-JARA, el legislador es consciente de los problemas de irresponsabilidad organizada/estructural, por lo que opta por considerar que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la persona física¹⁶. No obstante, esa declaración genérica puede comportar importantes problemas, con un notable riesgo de responsabilidad objetiva de la persona jurídica que debería evitarse. Puede resultar una tentación iniciar un procedimiento penal contra una persona jurídica en el momento en que se produzca un resultado lesivo en su ámbito organizativo y que, a la vista de las dificultades probatorias acerca de qué persona física en concreto haya llevado a cabo la conducta descrita -no haya podido ser “individualizada”-, se condene sin más a la persona jurídica, por la realización de un injusto típico por parte de ésta.

Los preceptos mencionados plantean éste y otros problemas como, por ejemplo, el de la determinación de qué se considera “control debido” por parte de los superiores, que deberán ser resueltos por la jurisprudencia y la doctrina.

Debemos indicar, por otra parte, que la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, como antes indicamos, fue justificada por las obligaciones internacionales a que se encuentra sometido nuestro país, dentro del contexto europeo e internacional. Además de los supuestos en que se considera exigible la responsabilidad, ésta tiene determinadas excepciones, al excluir de responsabilidad al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos autónomos, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, los partidos políticos y sindicatos, las organizaciones internacionales de derecho público, y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas, o cuando se trate de Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Sin embargo, en la regulación comunitaria, nos encontramos con que la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, en su

¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, 14962, 2010, pág. 8.

artículo 2 d) excluye únicamente la responsabilidad de los Estados, los organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad de los Estados y las organizaciones internacionales públicas. Y, asimismo, se establecen excepciones más limitadas en otras Propuestas y Decisiones Comunitarias¹⁷. Las últimas Decisiones Marco, ciertamente, no establecen con precisión si las sanciones han de ser administrativas o penales¹⁸, entendiéndose que tienen, más bien, naturaleza administrativa. Sin embargo, las normativas comunitarias en materia de medio ambiente y terrorismo se incluirían entre las que serían objeto de sanción penal, aunque los sujetos exentos son diferentes a los regulados en nuestro Código Penal, siendo mayor el número de excepciones que se regulan en nuestro texto punitivo y que podrían generar un conflicto con la implementación en la normativa comunitaria.

El legislador español ha querido, en suma, dar respuesta al fenómeno del crimen organizado internacional con intervención de las personas jurídicas, de acuerdo con las experiencias existentes en el Derecho Comparado, los Convenios internacionales firmados y los dictados del Derecho Comunitario que vinculan a España, aunque también es verdad que estos no nos exigían una modificación como la que se ha llevado a cabo. En cualquier caso, y como ha afirmado MORILLAS CUEVA¹⁹, se esté o no de acuerdo con el contenido y redacción del art. 31 bis, su incorporación pone claramente de manifiesto el compromiso legislativo con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

¹⁷ Cfr. en este sentido, VALLS PRIETO, J.: “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?” en Cuadernos de Política Criminal, número 104, II, época II, octubre 2011, págs. 110 y 111.

¹⁸ Sobre la distinción, a estos efectos, entre normas penales y administrativas vid. ZUGALDIA ESPINAR, J. M., MARÍN ESPINOSA CEBALLOS, E. y PÉREZ ALONSO, E.: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lima, 2010, págs. 24 y 25.

¹⁹ MORILLAS CUEVA, L.: “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 19.

En la actualidad, como hemos puesto de manifiesto, las personas jurídicas se considerarán responsables penalmente, entre otros, en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo²⁰. La referencia expresa, se ubica en el apartado cuarto del artículo 319 del Código Penal.

Efectivamente, y de acuerdo con el sistema de *numerus clausus* del artículo 31 bis, la legislación española introduce, en el artículo 319.4 del Código Penal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo como uno de los ámbitos en los que puede exigirse tal responsabilidad a entes corporativos (artículo 31 bis, apartado quinto del Código Penal)²¹. La protección efectiva de determinados bienes jurídicos colectivos, cuya vulneración tiene gran transcendencia social y económica en los últimos tiempos, plantea, así, nuevos retos a la dogmática penal fundamentada en la responsabilidad individual²².

²⁰ Los delitos en que las personas jurídicas tienen responsabilidad penal, aplicándose en relación a los mismos, el artículo 31 bis del Código Penal, serían los siguientes:

- Tráfico ilegal de órganos;
- Tráfico de seres humanos;
- Prostitución y corrupción de menores;
- Delitos contra la intimidad y allanamientos informáticos
- Fraude;
- Insolvencias punibles;
- Daños informáticos;
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos contra el mercado;
- Blanqueo de capitales;
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Administración de la Seguridad Social;
- Delitos contra los derechos de extranjeros;
- Delitos de construcción, edificación y urbanización ilegal;
- Delitos contra el medio ambiente;
- Delitos relacionados con la energía nuclear;
- Delitos de riesgo provocado por explosivos;
- Delitos contra la salud pública, tráfico de drogas;
- Falsificación de los medios de pago; cohecho;
- Tráfico de influencias;
- Corrupción de funcionario extranjero;
- Delincuencia organizada, y
- Financiación del terrorismo.

²¹ Cfr. OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y medio ambiente (I). Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, en MORILLAS CUEVA, L.: Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial., Dykinson S. L, Madrid, 2011, pág. 706.

²² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: Bases para un Modelo de imputación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Aranzadi, Thomson Reuters, Navarra, 2009, págs. 123 y 124.

Una vez que hemos realizado una inevitable alusión, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en general, nos vamos a centrar en lo que supone la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un círculo cerrado, y más en concreto, desde la perspectiva del artículo 319, posterior a la reforma de la LO 5/2010, acerca de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo; estaríamos en el caso de que el responsable del delito sea una empresa constructora o promotora, en el que sería ya una persona jurídica la que delinque y no una persona individual (ya sea un particular o profesional de la construcción), como era habitual antes de la reforma.

1. El juicio de antijuridicidad en relación a la persona jurídica como responsable penal de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

Las conductas típicas se delimitan en los apartados primero y segundo del artículo 319 del Código Penal, en los que se ponen en relación las acciones típicas y los objetos en que recaen estas acciones, que fueron modificadas con la entrada en vigor del nuevo texto de la reforma. El artículo 319 del Código Penal, según GÓRRIZ ROYO, contiene dos delitos distintos, puesto que en sus dos apartados se prevén dos conductas típicas materialmente diversas, diferentes desde el punto de vista de su contenido²³.

El artículo 319.2 del Código Penal, en su vigente redacción, concreta la figura básica del tipo penal en “los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable”²⁴. Y el tipo agravado del 319.1 se va a referir 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

²³ GORRIZ ROYO, E.: Protección penal de la Ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto del art. 319 CP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 836.

²⁴ Véase, aunque se refiere a la redacción anterior a la reforma, la Consulta FGE 1/2003, de 25 de julio, sobre “La nueva configuración típica que presenta el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, a partir de las medidas de liberalización del sector inmobiliario adoptadas en el Real Decreto-Ley 4/2000”.

su valor paisajístico, ecológico, artístico o cultural o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección”²⁵.

Las conductas tipificadas en el artículo 319 del Código Penal pueden, evidentemente, ser concretadas respecto a supuestos en que las personas jurídicas sean responsables de las mismas, estableciéndose, como hemos indicado, las penas correspondientes a estos posibles responsables del delito, en el apartado 4 de este artículo.

Podríamos distinguir, en relación a las personas jurídicas, dos supuestos. El primer supuesto es aquel en el que responsables del delito serán los administradores legales de la sociedad que actúen de hecho o de derecho, y que representarán a la persona jurídica en el ejercicio de sus funciones o bien en su provecho, en nuestro caso serían las personas encargadas, por ejemplo, de dirigir una empresa de construcción o los empresarios que promuevan las obras. En segundo lugar, tendríamos los delitos cometidos por los empleados, sometidos a la autoridad de los anteriores administradores de la sociedad; en dicho caso se precisará, en primer lugar, que la comisión del delito se haya producido mediante falta de control o defecto de organización, y en segundo lugar, que el delito se haya cometido en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta o provecho de la persona jurídica o sociedad; sería el caso, y como ejemplo, de que el técnico-director de la obra de una constructora, promotor o constructor de la misma, sometidos a la voluntad del director -dirección o administración de la persona jurídica-, cometan un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, por falta de organización de éste y en el ejercicio de actividades sociales, como puede ser la realización de la propia construcción, con la finalidad de que la empresa constructora o promotora obtenga importantes ganancias.

Hay que tener en cuenta que, como se puede observar, en cualquiera de estos dos supuestos en relación a los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, así como en los delitos, en general, en que el responsable sea una persona jurídica, el

²⁵ Véanse, además, los artículos 338 a 340 del Código Penal que tipifican las disposiciones comunes del Título XVI.

desencadenante de las responsabilidades penal es, en realidad, el hecho de que son cometidos por personas físicas, que se hallan bajo su esfera, y es éste el núcleo del problema²⁶. No obstante, el legislador ha establecido, expresamente, que la conducta típica, en cualquiera de los casos aludidos, se entiende realizada por la persona jurídica.

Antes de la reforma, sin embargo, ello no suponía la irresponsabilidad penal por los hechos en sí considerados, sino tan sólo la aplicación de los mecanismos de imputación subjetiva del artículo 31, en virtud del cual respondería penalmente y de forma personal, el que actuare como administrador de hecho de la persona jurídica, independientemente de que fuese el promotor, constructor o técnico director, si dicha persona jurídica se dedicara a la promoción o construcción. Existiría o podría existir, debido a esto, un contrasentido legal, ya que en estos delitos se podía castigar al particular dedicado a la construcción pero no a las empresas (respondiendo estas tan sólo en vía administrativa). El reconocimiento de la responsabilidad directa de las personas jurídicas en estos delitos va a evitar estos problemas.

Las personas jurídicas, pues, y en la actualidad, se consideran responsables penales que pueden llevar a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelo no urbanizable, o en los suelos considerados de especial protección, a que alude el tipo agravado. Y ello a pesar de que actúen a través de los administradores u otros subordinados, en el sentido y con las condiciones aludidas. Y entendemos que, en todo caso, la utilización de los términos “llevar a cabo” nos lleva a afirmar que no cabe admitir, en relación a estos delitos, cualquiera que sea su responsable, la naturaleza de los mismos como delitos de mera actividad por omisión en sentido propio, no solamente por las dificultades que presentan desde una perspectiva teórica en sentido estricto, sino, precisamente, porque en el artículo 319 del Código Penal la conducta que se realiza es activa -“llevar a cabo”-; según GÓRRIZ ROYO es impensable verificar la conducta típica mediante la omisión de actos de urbanización, construcción o edificación. La omisión de estas acciones en ningún caso puede considerarse típica, ya que no corresponden con la salvaguarda del bien jurídico que en

²⁶ GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV: VII Congreso Tributario, AEDAF, Madrid, mayo, 2011, pág. 172.

este caso sería “la ordenación del territorio y el urbanismo”. Tampoco se puede producir la omisión en relación con la solicitud de licencia a efectos de apreciar la modalidad omisiva, ya que, la inactividad no verifica por sí misma la realización de un elemento típico²⁷, argumento que plenamente comparto.

Respecto al debate en torno a si nos encontramos ante un delito común o especial, ciertamente, en principio los únicos que podrían realizar el delito urbanístico, son el promotor, constructor o el técnico director, debido a que sólo a ellos se les reconoce dominio social típico, es decir, son los que cuentan con la capacidad para lesionar el bien jurídico protegido. La relevancia del bien jurídico-penal del hecho queda restringida en un determinado ámbito social. No obstante, podemos considerar que estamos ante un delito común, ya que el promotor, en principio, pero no siempre, es la persona que autoriza la construcción, desde el punto de vista económico y jurídico, pudiendo o no comercializar el inmueble. Y se puede tratar de una persona física o bien de una persona jurídica. No consideramos, en realidad, relevante esta cuestión, al sancionarse directamente, en la actualidad, a cualquier persona jurídica dedicada a la promoción o construcción inmobiliaria que, lógicamente, deberá actuar a través de las personas físicas que, en su caso, podrán o deberán ser profesionales -sería éste último el caso del técnico-director de la obra, supuesto que, en relación a las personas físicas, ha conducido a la consideración como delito especial-. La persona jurídica puede, además, actuar directamente como promotora o constructora de las obras, y en todo caso, podrá necesitar para la ejecución de las mismas de la actuación de técnicos-directores, si bien, en las circunstancias del artículo 31.bis, harían imputar la responsabilidad penal a la propia persona jurídica.

Debemos considerar, por otra parte, y esto es aplicable también respecto a las personas jurídicas, que en estos delitos el dolo constituye una referencia típica, ya que en relación a ellos no se contempla la conducta imprudente. Teniendo en cuenta el dolo, el delito urbanístico, no exige ningún otro elemento subjetivo. El ánimo de lucro del autor no se tiene en cuenta como elemento subjetivo que se diferencia del dolo, ya que forma parte de su contenido. Además, las personas que realizan este delito, sean

²⁷ GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la Ordenación del territorio, op. cit., pág. 846.

físicas o jurídicas, siempre tienen ánimo de lucro²⁸. Así pues, en relación al artículo 319 del Código Penal, solamente son punibles las conductas que se hayan producido con dolo directo o eventual. El tipo se integra mediante el conocimiento de sus elementos, es decir que, para integrarse necesita el elemento cognoscitivo y los elementos normativos que se encuentran en la Ley del Suelo, por ejemplo la concreción de los términos “no autorizable”²⁹.

En relación a las posibles causas de exclusión de la antijuridicidad, creemos que, en el caso de las personas jurídicas, no sería real pensar en la posibilidad de la aplicación del estado de necesidad, teniendo en cuenta el carácter marcadamente lucrativo que guiará la actuación delictiva. No entendemos posible, en estos casos, la realización de una “edificación de necesidad” o “miserable” que, para la aplicación de esta eximente, exigiría, en todo caso, además de la propia situación de necesidad, que el mal que se trata de evitar con la comisión del delito no sea remediable mediante otros mecanismos. Tan sólo podrían considerarse, como supuestos problemáticos a este respecto, aquellos en los cuales con la realización de la conducta antijurídica se pretende evitar la pérdida de la capacidad de una empresa o el puesto de trabajo individual. El bien jurídico en peligro puede ser propio o ajeno, no resultando preciso que su portador sea una persona física o jurídica³⁰. Sería, y como ejemplo, el caso del empresario persona jurídica que construye, urbaniza o edifica en los lugares que se incluyen en el artículo 319 del Código Penal, tratándose por tanto de obras no autorizables, para salvaguardar la existencia de la propia actividad empresarial e indirectamente los puestos de trabajo³¹. Aunque dichos supuestos parecen de laboratorio, la verdad es que no puede afirmarse a priori la primacía de unos intereses o de otros, si hacemos una

²⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.: “Cuestiones claves de los delitos urbanísticos desde una perspectiva comparada”, Texto de la conferencia pronunciada en la V Edición de los Cursos de posgrado para latinoamericanos de la Universidad de Castilla-La Mancha, recurso electrónico, pág. 121.

²⁹ GARCÍA PLANAS, G.: El delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio), Tirant lo Blanch, 1997, pág. 80.

³⁰ De esta opinión son ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, 1ª edición, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 249 y CEREZO MIR, J.: Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, Introducción, Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2004, pág. 276.

³¹ Por supuesto, no se podría admitir la responsabilidad criminal de un trabajador de la empresa constructora que se limita a las labores de construcción a cambio de un salario, no podría ser considerado “constructor”, a efectos del artículo 319 del Código Penal.

ponderación de los mismos³². Aunque también es cierto que, en cualquier caso, existen impedimentos para observar la aplicación de la eximente³³.

No se puede afirmar, en la ponderación de males, que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. Se pondera el mal causado a los bienes jurídicos protegidos, teniendo en consideración la capacidad de la empresa y la pérdida de puestos de trabajo. Tampoco podemos afirmar que se trate de prioritaria la capacidad competitiva de una empresa. En este sentido, CARBONELL MATEU afirma que el Estado no puede apoyar una producción salvaje, de manera que primen en abstracto y con carácter *ex ante* los intereses económicos a los medio ambientales³⁴. En este caso, no sería posible establecer siquiera la ponderación de los males, debido a que el mal que se pretende evitar es inferior al mal que se produce.

No concurre tampoco el requisito de que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse respecto al empresario. El propio término “empresa”, conlleva riesgos en la propia actividad realizada que, una vez que ésta se pone en funcionamiento, como indica ACALE SÁNCHEZ, no podría con posterioridad alegar el estado de necesidad, ya que la situación actual de necesidad no se encontraba del todo desprovista al iniciarse las tareas empresariales³⁵.

En el supuesto de un constructor individual, como es lógico, ocurriría algo distinto, pues esta persona no tiene la obligación de sacrificarse, ya que tiene la posibilidad de hacer frente a la situación de paro mediante otros procedimientos³⁶ como acudir a los servicios públicos de cobertura de la situación de desempleo del sistema público de Seguridad Social. El hecho de estar ante la incertidumbre que supone la situación de paro laboral, cuya continuidad o no continuidad, depende de factores

³² CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General I, op. cit., págs. 246 y sig.

³³ ACALE SÁNCHEZ, M., Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 250.

³⁴ CARBONELL MATEU, J. C.: “Medio ambiente, crisis económica y justificación”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L y FERNÁNDEZ CASADEVANTE, C.: Protección internacional del medio ambiente y Derecho Ecológico, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1987, pág. 194.

³⁵ ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., págs. 250 y 251.

³⁶ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., Respuesta penal al peligro nuclear, ed. PPU, Barcelona, 1994, pág., 273.

fluctuantes no controlables *ex ante*, valorando la situación de si se va o no al paro, si se agotan las ayudas públicas..., va a poner sobre el tapete las dudas de que, en este aspecto, se pueda afirmar también que la construcción no autorizable se realizó en un estado de necesidad. La jurisprudencia ha afirmado que la situación de desempleo, por sí sola, no es suficiente para fundamentar la apreciación de la eximente de estado de necesidad³⁷.

En los supuestos aludidos, con carácter general, falta el requisito de que el mal que se pretende evitar no sea remediable mediante otros mecanismos, ya sean lícitos o ilícitos³⁸. La sentencia del Tribunal italiano de Casación de 30 de noviembre de 1983, señaló, a este respecto, afirmación que consideramos trasladable a nuestro caso, que no puede invocar el estado de necesidad, el constructor abusivo que realiza la acción típica “para fines sociales y de mercado relativos a los dependientes de su negocio: por el contrario este grave daño es remediable en el ámbito de las leyes sociales y administrativas tolerantes de la eficacia de la producción industrial y la ocupación de los obreros”³⁹. Por todo lo anterior, consideramos prácticamente impensable que se pueda dar la eximente del estado de necesidad, con carácter general, en estos delitos, y especialmente cuando el responsable sea una persona jurídica.

2. El juicio de culpabilidad en el tipo penal del artículo 319 en relación a las personas jurídicas.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida por la LO 5/2010, nos llevará, a su vez, a introducir nuevos principios en nuestro Derecho Penal, para dar entrada a una concepción diferente a la hasta ahora vigente, en relación a la culpabilidad, y a la capacidad de acción como pilares de la responsabilidad penal⁴⁰.

³⁷ STS de 27 de noviembre de 1989 (R J/1990/788), 9 de julio de 1990 (R J 1990/6278), 6 de noviembre de 1990 (R J 1990/8673).

³⁸ ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, op. cit., pág. 251.

³⁹ Publicada en Rivista Penale, 1984/7, pág. 581.

⁴⁰ GÓMEZ BERNABÉU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 169.

Partiendo del reconocimiento de la capacidad de acción y de culpabilidad, se van a modificar, como hemos visto, principios que desde un primer momento parecían inmutables, y ello, con la finalidad de castigar las conductas que cada día aparecen con mayor intensidad y que no han de mantenerse fuera del Derecho Penal, como es el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas del artículo 319, en relación al cual las personas jurídicas delinquen y han de ser castigadas, por lo tanto, como responsables del delito. Los supuestos, se referirán, no obstante, y en el sentido ya aludido, a la actuación de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, que cometen los delitos actuando en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, o al supuesto de que los delitos sean cometidos por quienes, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de las personas jurídicas, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores, realicen los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso. Y la responsabilidad de la persona jurídica en cuestión se exigirá, sin perjuicio de que la persona física responsable de los hechos haya sido o no individualizada o se haya podido o no dirigir el procedimiento contra ella.

Destaca, pues, el hecho de que la responsabilidad de la persona jurídica podrá o no concurrir con la de las personas que materialmente hayan realizado los hechos, ya que el propio artículo 31 bis admite la posibilidad de que estas personas no hayan podido ser individualizadas o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ellas, admitiendo incluso expresamente, en el apartado 3, la posible concurrencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad de estas personas, o que agraven su responsabilidad, e incluso la posibilidad de que hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia -nos estamos refiriendo, no olvidemos, a las personas físicas a través de las cuales se está cometiendo el delito del que, en todo caso, serían responsables las personas jurídicas-. Cualesquiera de las circunstancias referidas no excluirá ni modificará la responsabilidad de las personas jurídicas, sin perjuicio de las posibles atenuantes a que nos referiremos en otro apartado. Ahora bien, por supuesto, se admitirá, en su caso, y junto a la responsabilidad de las personas jurídicas, la de las personas físicas realizadoras de los hechos, o lo que es lo mismo, que, como

consecuencia de unos mismos hechos, sean condenadas tanto las personas jurídicas como las físicas. En este caso, y ante la imposición de la pena de multa, las cuantías serán moduladas por los jueces y tribunales, de modo que la suma resultante no resulte desproporcionada en relación a la gravedad de los hechos. En suma, destaca la responsabilidad de las personas jurídicas, sin perjuicio de que las circunstancias concretas puedan conducir, y este sería el supuesto más probable, a declarar, asimismo, la responsabilidad de las concretas personas físicas que realizaron los hechos constitutivos de la conducta típica.

Refiriéndonos más en concreto a los supuestos contemplados en el artículo 319, estimamos, ante todo, que en estos delitos no podríamos encontrarnos, por las propias circunstancias del tipo, ante supuestos de inimputabilidad, referidos a las personas físicas que realizan el hecho delictivo. Por el contrario, en estos delitos entendemos que se parte siempre de la capacidad de comprender lo injusto del hecho, así como de la capacidad para dirigir la actuación conforme a este entendimiento.

Partiendo de la consideración de que las conductas del artículo 319 no pueden cometerse por imprudencia, entendemos que las características del delito se refieren a la apreciación del dolo. El conocimiento material del dolo exige que los autores materiales de la conducta prohibida hayan de tener un conocimiento actual de los elementos descriptivos y objetivos, tanto como los normativos, constitutivos del injusto típico. El conocimiento no se traduce en que el promotor, constructor o técnico director, cuando realicen la acción de urbanizar, construir o edificar, posean un conocimiento técnico exacto de todos y cada uno de los elementos que configuran el tipo legal. Será suficiente un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos que integran el tipo objetivo⁴¹. Por lo tanto, el constructor, promotor o técnico director han de conocer que la conducta está prohibida⁴², se realiza una obra no autorizable, careciendo de la preceptiva licencia y que no es susceptible de posterior legalización, dado que no es “autorizable”.

⁴¹ DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M.: “¿Error de tipo o error de hecho?”, op. cit., pág. 210 y ROXÍN, C.: Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito, 2006, pág. 460.

⁴² BOLDOVA PASAMAR, M. A.: Los delitos urbanísticos, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 198.

Y en relación al elemento volitivo, este va a permitir admitir el dolo directo, siendo más frecuente el de segundo grado, dado que el fin perseguido estará constituido, de forma generalizada, por la obtención de ventajas económicas, dejando en cierto modo de lado la lesión del bien jurídico que no es la finalidad general; se trata, en este caso, de un lucro comercial o especulativo, que se da de modo especial en el caso de actividades empresariales. También, en casos concretos, se podría admitir el dolo eventual, que no requeriría ya los elementos volitivos. Para imputar los delitos del artículo 319, bastaría con constatar el dolo eventual, en los casos en que el autor se represente como probable la posibilidad de que se actúe sobre alguno de los suelos a los que hace referencia dicho artículo⁴³, y además, que pese a ello decida llevar a cabo sin licencia, al no ser autorizables, las obras de urbanización, construcción o edificación que se encuentran previstas en este precepto. La admisión del dolo eventual para imputar responsabilidad *ex* artículo 319 del Código Penal es reconocida de forma unánime tanto por la doctrina⁴⁴ como por la jurisprudencia⁴⁵. Debemos descartar, asimismo, en estos delitos, la circunstancia de no exigibilidad relativa al miedo insuperable, al encontrarnos ante un bien jurídico protegido supraindividual.

Por otra parte, y en relación al error, debemos admitir tanto la posibilidad del error de tipo como el de prohibición cometidos, se entiende, en el caso de responsabilidad de las personas jurídicas, y en la generalidad de supuestos, por sus representantes legales o administradores. El de tipo se referirá, normalmente, al error sobre el hecho de que las obras no son autorizables o sobre las categorías de suelos o lugares -especialmente aquí en el supuesto del artículo 319.1-, y en muchos casos será irrelevante, como en el caso de que estos sujetos sean profesionales, o, con carácter

⁴³ QUINTERO OLIVARES, G., en “Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio”. En *Las fronteras del Código Penal y el Derecho Administrativo Sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, tomo IX, Madrid, 1997, pág. 376.

⁴⁴ Vid., entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, núm. 15, 1998, pág. 317; GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico...* op. cit., pág. 80; y GÓRRIZ ROYO, E., *Protección penal de la ordenación del territorio...* op. cit., pág. 1119.

⁴⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de mayo de 2001 (núm. 30/2001) y las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Alicante de 21 de junio de 2001, de Almería de 29 de marzo de 2000, de Zaragoza de 11 de mayo de 1999 (núm. 226/1999), de Zaragoza de 15 de junio de 1999 (núm. 277/1999), así como la más reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana, de 5 de diciembre de 2011 (núm. 563/11).

general, en relación a los de errores de subsunción. La jurisprudencia sólo ha admitido, sin embargo, la apreciación del error de prohibición en determinados supuestos de tolerancia administrativa en que la pasividad de la Administración ha inducido a pensar que la conducta era lícita. La confianza errónea en una futura legalización de las construcciones y edificaciones del artículo 319, que se encuentra fomentada por una actitud tolerante de las autoridades administrativas, constituiría un error de prohibición del artículo 14. 3 del Código Penal, y siempre que la pasividad de la Administración induzca a pensar al autor de los delitos del artículo 319, que su conducta es lícita, o cuando menos que la antijuridicidad de ésta podría quedar excluida en un futuro.

Si realmente se prueba la existencia de un error de tipo, ya sea vencible o invencible, la actuación sería impune, excluyéndose la culpabilidad, al no admitirse la modalidad imprudente en estos delitos. En cualquier caso, y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia más reciente⁴⁶, será esencial considerar las posibilidades con que cuenta el sujeto para informarse y asesorarse en relación a determinadas conductas. Asimismo, se ha considerado la imposibilidad de concurrencia del error en supuestos de evidencia pública y notoria de que los hechos son constitutivos de delito. Así, el Tribunal Supremo reconoce en la Sentencia de 29 de septiembre de 1999 (Recurso de Casación nº 2568/1996) que “...no es permisible la invocación del error en aquellas infracciones cuya ilicitud es notoriamente evidente...” (en su Fundamento Jurídico 9º).

Debemos insistir, no obstante, en el hecho de que en supuestos como los aludidos, que concurren en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, ciertamente se podría llegar a excluir la culpabilidad de estos, pero no se excluiría ni modificaría la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en virtud de lo establecido en el artículo 31.bis.3. Ello, sin perjuicio de la aplicación de alguna atenuante en los casos previstos en el apartado 4 de este mismo artículo, referidos a

⁴⁶ Cfr., como ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana de 5 de diciembre de 2011.

determinadas actuaciones a realizar por sus representantes legales y a que posteriormente aludiremos.

3. Autoría y participación en relación a las personas jurídicas.

El reconocimiento de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, va a llevar consigo su posible consideración, con carácter general, como autores de los delitos urbanísticos. Debemos, no obstante, antes de referirnos a esta autoría, aludir a la posible comisión del delito en grado de tentativa.

Aunque consideramos que los delitos urbanísticos son delitos de resultado, sin embargo ello no significa que sean de consumación instantánea. La actividad constitutiva del delito, es una actividad continuada en el tiempo, si bien no se puede exigir la terminación de las obras para considerar que el delito se ha consumado. Por consiguiente, debemos considerar que se produce la consumación del delito, cuando el autor ha comenzado a realizar la obra no autorizable en el suelo no urbanizable, entendiéndose que, aunque la obra no esté finalizada, se ha realizado un ataque al bien protegido. Partiendo de esta idea, según la cual el resultado puede tener o no forma completa como tipo del injusto, produciéndose de forma simultánea con la actividad, se podría considerar tentativa en los delitos urbanísticos, la presentación de datos falsos o el ocultamiento de los mismos a la autoridad administrativa competente en la concesión de la autorización, con la finalidad de obtener la licencia para construir o edificar⁴⁷. Y aquí podríamos encontrarnos también algunos casos de “proyectos” de realizar parcelaciones ilegales. Si se estima que las parcelaciones y reparcelaciones se encuentran fuera del concepto de urbanización, estas conductas podrían llegar a considerarse como supuestos de tentativa. Y por supuesto todas estas actuaciones podrán ser desarrolladas por los representantes legales o administradores de las personas jurídicas, lo cual podría convertir a éstas en autores en grado de tentativa.

⁴⁷ ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo...op. cit., pág. 258. En sentido contrario, BOLDOVA PASAMAR, M.A., Los delitos urbanísticos, op. cit., pág. 272.

En relación a estos delitos, por otra parte, se podrían teóricamente admitir los distintos tipos de autoría. Se admitiría y como ejemplo, la autoría mediata, en el supuesto de que el promotor, constructor o el técnico director de obra llegasen a un acuerdo de voluntades para cometer alguno de los delitos previstos en este artículo, no llegando a ejecutar ninguno de ellos las construcciones o edificaciones, ni siquiera el constructor en nombre de todos los demás, sirviéndose de obreros u operarios para ejecutarla⁴⁸. E incluso, en este caso concreto, que por supuesto podría referirse a las personas jurídicas, podría producirse una coautoría inmediata, ya que los autores mediatos instrumentalizan a terceros para cometer el delito del artículo 319. Al no estar obligados los obreros a conocer si se trata de una urbanización, construcción o edificación no autorizable, ni a poseer conocimientos sobre el suelo sobre el que se construye o edifica, pueden ser calificados como autores inmediatos no dolosos. GÓRRIZ ROYO indica que al ser dichos sujetos instrumentalizados, su actuación se desarrollaría sobre la base de la ignorancia del error, opinión que comparto, se trataría así de un error invencible del artículo 14.1, por lo cual entiendo que cabría excluir su responsabilidad penal⁴⁹.

En cambio, si los obreros hubieran tenido conocimiento del acuerdo de voluntades de los responsables, decidiendo de manera dolosa realizar las construcciones o edificaciones que dan lugar a estos delitos, no se daría ya el caso de la autoría mediata; podríamos entonces calificar en dicho caso de autores principales a los responsables del delito y como partícipe al “hombre que actúa detrás”⁵⁰, que podría ser identificado como la persona jurídica que actúa mediante sus administradores o representantes legales. Difícilmente la responsabilidad penal de estos autores puede quedar excluida por las causas de justificación, por los motivos a que en otro momento aludimos.

⁴⁸ GÓRRIZ ROYO, E., Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1067. Y en este sentido, BARRIENTOS PACHO, J.M.: “Delitos relativos a la ordenación del territorio”, La Ley, Tomo VI, núm. 4172, Madrid 1996, pág. 1558.

⁴⁹ GÓRRIZ ROYO, E.: Protección penal de la ordenación del territorio. Los delitos contra la ordenación del territorio en sentido estricto, op. cit., pág. 1068.

⁵⁰ COBO DEL ROSAL, M., /VIVES ANTÓN, T. S.: Derecho Penal. Parte General., Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 1999, págs. 749 y 750 y HERNANDEZ PLASENCIA, J. U.: La autoría mediata en Derecho Penal, Comares, Granada, 1996, pág. 60.

En cualquier caso, al tratarse de un delito común con las matizaciones que señalamos, estimamos que serían posibles todas las formas de participación y, en relación a las personas jurídicas, las diversas hipótesis se deberán referir, lógicamente, a las actuaciones de sus representantes legales o administradores, o, en su caso, de quienes hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, actuando en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y provecho de las personas jurídicas. En este último caso, se habrá de atender, para fijar el grado de responsabilidad, a las concretas circunstancias del caso.

4. Consecuencias jurídicas de la comisión del delito.

4.1. La penalidad de las personas jurídicas en el artículo 319.4 del Código Penal. Posibles atenuantes.

El actual apartado cuarto del artículo 319 del Código Penal, modificado por la Ley 5/2010 de 22 de junio de 2010, y en coherencia con el artículo 31 bis del Código Penal, habilita el castigo directo de las personas jurídicas que actúan en el ámbito urbanístico.

En concreto, conforme al artículo 319.4 del Código Penal, “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. 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”⁵¹.

⁵¹ Sobre las penas aplicables a las personas jurídicas en general, con especial atención a las reglas contenidas en el artículo 66 bis del Código Penal, vid., por todos, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S.: “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010”, Cuadernos de Política Criminal, segunda época, núm. 105, 2011, págs. 160 y ss.

Con el establecimiento de estas penas, como es lógico, se pretende que las personas jurídicas no vuelvan a delinquir. Ello se refleja, asimismo, en las reglas de determinación de la pena que se han incorporado a raíz del artículo 66 bis, con remisión expresa a algunas de las establecidas en el artículo 66 del Código Penal. Mediante dicho artículo se manifiesta, como ACALE SÁNCHEZ pone de relieve, que a pesar de que sólo quepa hacerlas responder mediante los supuestos previstos anteriormente, y de que en todos ellos se prevea la multa por el sistema de días multa o en su caso por el sistema proporcional, según el principio de legalidad, dependiendo del caso concreto, el Juez o Tribunal que corresponda, seleccionará del catálogo de penas, aquella que considere más apropiada, según el principio de oportunidad y atendiendo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad que acompañan al hecho cometido y además a su “necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos”; “sus consecuencias económicas o sociales y especialmente los efectos para los trabajadores”; y “el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”⁵².

En relación al tiempo de duración de las penas establecidas, la regla establecida en el artículo 66 bis del Código Penal, distingue dos grupos que dotan de fisonomía al ámbito de la proporcionalidad, cuando de penas temporales se trate; en concreto, desde las letras c) a g) del artículo 33.7, “no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por la persona física”, a lo que se añade que para que tengan una duración superior a dos años, es necesario que o la persona jurídica “sea reincidente” o “se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

El segundo grupo de reglas se refiere a la imposición con carácter “permanente” de las sanciones de las letras b) y e), así como a la imposición por un plazo superior a cinco años para las penas previstas en los apartados e) y f); en ambos casos se exige la

⁵² ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio. Adaptado a la LO 5/2010 de modificación del Código Penal, op. cit., págs. 274 y 275.

reincidencia cualificada para las personas físicas que se define en la regla 5ª del primer número del artículo 66, y además, que “la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante el último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”.

De igual manera que ocurre con las personas físicas y para finalizar con las penas a imponer, el artículo 33.7 *in fine* establece que, además de todas las penas referidas, “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”, poniendo así, de esta manera, de manifiesto su finalidad puramente inoquizadora en esta fase del proceso. No se hace ninguna salvedad al respecto, por lo que tenemos que entender de aplicación en estos casos el artículo 58 del Código Penal, en virtud del cual, será abonado el tiempo sufrido cautelarmente, para el cómputo de la pena impuesta en la sentencia, siempre y cuando la medida cautelar “sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar”. De la misma manera y según describe el artículo 59 del Código Penal, si la pena impuesta a la persona jurídica, finalmente es de diferente naturaleza a las acordadas como medidas cautelares, “el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”.

La pena económica a imponer, como regla general, a las personas jurídicas, viene establecida, pues, por el artículo 33.7 a) del Código Penal, tratándose la “multa por cuotas o proporcional”; sin embargo, el artículo 319.4 excluye la aplicación de este apartado, habiendo de estar, simplemente, a lo dispuesto en el primer apartado de este artículo, que se refiere a la “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 el montante de dicho beneficio”. No obstante, indirectamente, el artículo 52. 4, al regular la manera de calcular la pena de multa para las personas jurídicas, señala que serán proporcionales “al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida”. Se trata,

entonces, de una multa que ignora el patrimonio de la persona jurídica, al igual que ocurre en el mismo sentido con las personas físicas en el sistema de días multa, lo que la acerca al sistema proporcional o por cuotas, aunque dicho nombre -por “cuotas” o “proporcional”- pueda dar lugar a entender que se encuentre a caballo entre el sistema de multa de días multa y el sistema proporcional de las personas físicas⁵³. El legislador no establece ningún orden de prioridad, en el artículo 33.7, declarando que todas las penas tienen la consideración de graves.

En el supuesto de la multa proporcional o por cuotas, de acuerdo con el artículo 52 del Código Penal, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, añadiendo en el apartado cuarto, que de no ser posible calcularla con arreglo a estos criterios el Juez o Tribunal habrá de motivar tal imposibilidad y sustituirá la multa proporcional por multa por cuotas -supuesto que se podría originar, evidentemente, en el caso de establecerse una multa al responsable de una construcción ilegal-. Conviene recordar aquí, que conforme el artículo 31 bis 2, apartado segundo, cuando por unos mismos hechos se multe a la persona física y a la persona jurídica, el juez o tribunal deberá modular las respectivas cuantías, de manera que la suma resultante no sea desproporcionada con la gravedad de los hechos.

Junto a la pena preceptiva de multa, el resto de las penas que son aplicables a las personas jurídicas, y contenidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del Código Penal, solamente aparecen como facultativas. Serían las siguientes:

-La disolución de la persona jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Se va a añadir, además, que ésta “producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”. Se trata de una pena perpetua que resultaría la más grave de las incluidas en el artículo 33. 7, de modo que el Juez o Tribunal solamente podría recurrir a ella en los casos de mayor gravedad.

⁵³ ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 276.

-La suspensión de actividades por un plazo de cinco años. Ello supondría que una empresa constructora tendría que dejar de construir en este plazo a pesar de que la actividad sea lícita. Se va a prever al respecto de la misma que lo será “por un plazo que no puede exceder de cinco años”. La pena se corresponde con la suspensión de empleo prevista en el artículo 33. 3 c) del Código Penal para las personas físicas, limitándose su contenido aflictivo a la suspensión de sus actividades durante un periodo de tiempo determinado, pasado el cual, podrá volver a dedicarse a éstas o a otras actividades similares.

-La clausura de los locales o establecimientos de las personas jurídicas, señalando al respecto que lo será “por un plazo que no podrá exceder los cinco años”. Se procede, pues, al cierre de establecimientos o locales de la persona jurídica que en puridad de principio, habrán de haber sido utilizados con la finalidad de cometer el delito, pues de lo contrario, desde una perspectiva de prevención especial, tendríamos que recurrir a otras penas. El cumplimiento de dicha pena, no prohíbe al ente colectivo existir, como tal, durante el tiempo en que esté condenado y dedicarse a sus actividades en caso de que ello sea posible, pero sin poder usar sus locales o establecimientos⁵⁴.

-Por otra parte, nos encontramos con la prohibición de realizar en un futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Dicha prohibición podría ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. En concreto, estaríamos ante la prohibición de que una empresa constructora o promotora, construya o promueva una construcción. Dicha prohibición, como antes hemos indicado, puede ser permanente, lo que significaría “definitiva”, o a perpetuidad (por lo cual la empresa tendrá que dedicarse a realizar otra actividad), o temporal, con una duración máxima de quince años. Las actividades concretas del objeto de prohibición habrán de ser detalladas por el juez en la sentencia, pues en este caso no cabe una prohibición genérica, indeterminada, es decir para todo tipo de

⁵⁴ ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. pág. 277.

actividades, en la medida en que se produciría entonces, un solapamiento con otras penas.

-Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. En este caso, se trata de una pena temporal. Anteriormente a la reforma, el Código Penal ya contemplaba esta posibilidad en relación a las personas físicas, en el marco de los delitos contra la Hacienda Pública, de los artículos 305. 1 y 308.3. Ahora, se incorpora al catálogo general de penas de las personas jurídicas del artículo 33.7. Sin embargo, no parece que tenga la finalidad de desvincular la imposición de pena al hecho cometido; dicha pena de inhabilitación, con carácter general, solamente podrá aplicarse en los casos en los que las concretas actividades delictivas, se hayan estado realizando mediante subvenciones y ayudas de carácter público.

-Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. En concreto, una empresa constructora podría ser intervenida judicialmente para salvaguardar los derechos de sus obreros, durante un tiempo no superior a los cinco años o, además, con la finalidad de que la empresa constructora pague a sus acreedores.

Dicha intervención judicial podrá afectar a la totalidad de la empresa, o limitarse únicamente a alguna de sus secciones o unidades de negocio. Para ello, el Juez o Tribunal, en sentencia, o posteriormente mediante auto, determinará el contenido de dicha intervención, de manera exacta, quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar la autoridad judicial las labores de seguimiento. Esta intervención se podrá modificar o suspender en todo momento, previo el informe del interventor y del Ministerio Fiscal. Asimismo, el interventor, tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones⁵⁵. La finalidad de esta pena es precisamente la de evitar que sus efectos recaigan sobre sus trabajadores y acreedores,

⁵⁵ GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 179.

una de las mayores críticas que durante años ha cosechado la posibilidad de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas⁵⁶.

Lo anterior, debe completarse, como vimos, con las reglas para la aplicación de las penas a las personas jurídicas que recoge el artículo 66 bis del Código Penal, que se remite a las reglas generales del artículo 66, pero con algunas especialidades que conviene recordar.

Por ejemplo, cuando la pena a imponer sea la disolución, suspensión de actividades relacionadas con el delito cometido o inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, es decir, todas las que se contemplan salvo la intervención judicial, se tendrán en cuenta para decidir sobre su imposición y extensión los siguientes criterios:

-Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. Por ejemplo, ante el caso de una empresa constructora que pese a las multas y sanciones continúa construyendo viviendas ilegales sin cesar la actividad delictiva.

-Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. El despido, puede ser la consecuencia que, para los trabajadores de una empresa constructora, tenga el cese de dicho negocio constructivo.

-El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Es decir, en nuestro caso, el puesto que ocupa cada una de las personas que trabaja en la empresa constructora y que debieran evitar, en cumplimiento de su deber de control, la actividad delictiva.

⁵⁶ Para ACALE SÁNCHEZ, observación que comparto, lo que llama la atención es que no se haya procedido a incorporar el castigo de los entes colectivos en el ámbito de los delitos contra el patrimonio histórico, pues además, en estos delitos, estaríamos ante conductas que se desenvuelven en el ámbito de las personas jurídicas que se lucran mediante la demolición de los edificios especialmente protegidos, por los valores que les caracterizan en el ámbito cultural, y que especulan con el valor del suelo libre resultante. ACALE SÁNCHEZ, M.: Los nuevos delitos sobre la ordenación del territorio, op. cit. págs. 277 y 278.

Cuando las penas anteriores, exceptuando la disolución, se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito hubiese sido cometido por una persona física. Además, para la imposición de estas penas por tiempo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: que la persona física sea reincidente, es decir, que no sea la primera vez que la empresa constructora edifica una construcción ilegal; o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose que se está en este supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Por ejemplo, el uso de una empresa constructora que trabaja lícitamente con la finalidad primordial de delinquir.

Para la imposición con carácter permanente de las penas de disolución y prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, así como para la imposición de esta última pena y de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios o de incentivos fiscales de la Seguridad Social por tiempo superior a cinco años, será necesario que concorra alguna de dos circunstancias. La primera se refiere al supuesto de concurrencia de la regla quinta del artículo 66.1, multirreincidencia, por haber sido condenada la persona jurídica, al tiempo de cometer el delito, al menos por tres delitos cometidos en el mismo Título del Código Penal, y siempre que sean de la misma naturaleza -como ejemplo, en nuestro caso, que la empresa constructora haya cometido al menos tres delitos de los previstos en el artículo 319, como levantar una construcción ilegal en suelo no urbanizable que además sea una zona considerada de especial protección-. Y la segunda, a la utilización de la persona jurídica como instrumento para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose que se está en este supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Una posible confusión se deriva del artículo 53.5 del Código Penal, que dispone la posibilidad del pago “fraccionado” o por cuotas, de la pena de multa de las personas

jurídicas. En este artículo se establece que “podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a la persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”. En este sentido, frente a la duración máxima de dos años, de las penas de multa impuestas por el sistema de días multa a las personas físicas, el límite máximo de la multa a imponer a las personas jurídicas es de cinco años.

Para los casos en los que no sea posible calcular el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto, o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida con el delito cometido, el Juez o Tribunal tendrá, en todo caso que determinar los motivos por los cuales no es capaz de realizar dicho cálculo y en ese caso se procederá a sustituir la cantidad exacta por otra aproximada en virtud de las siguientes reglas: si el delito cometido por las personas físicas tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años, se impondrá a la persona jurídica una pena de “multa de dos a cinco años”; si la pena de prisión es de más de dos a cinco años menos un día, se le impondrá una “multa de uno a tres años”, y finalmente, en el resto de los casos se impondrá “multa de seis meses a dos años”.

En suma, las penas correspondientes a las personas jurídicas son superiores en cuantía a las de las personas físicas, destacando, además, la gran relevancia de las penas accesorias a que nos hemos referido.

Respecto de las posibles atenuantes, solamente podrán ser consideradas atenuantes de la responsabilidad de la persona jurídica, según el artículo 31 bis, apartado cuarto, el haber realizado con posterioridad al delito cometido y a través de sus representantes legales, determinadas actividades.

En primer lugar, haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades -supuesto, como ejemplo, en que una empresa constructora comete un delito urbanístico, y a través de su representante legal, conociendo o suponiendo que lo está cometiendo, antes de iniciarse el procedimiento judicial contra ella, por arrepentimiento o miedo a ser juzgada por el juez o por el tribunal competente, o por cualquier otro motivo, lo pone en conocimiento de las autoridades.

Un segundo supuesto, consiste en haber colaborado con la investigación del hecho, aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. En el caso de los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, estaríamos en el caso hipotético de que una persona jurídica “coautora” o de algún modo participe en la comisión del delito, a través de su representante aporte datos necesarios para la involucración en el caso de otras personas, físicas o jurídicas. Sería un caso de una aportación de pruebas nuevas que esclarecerían los hechos y, en consecuencia, las distintas responsabilidades.

Un tercer supuesto se refiere al hecho de haber procedido, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral, a reparar o disminuir el daño causado por el delito. Como ejemplo, tenemos el caso de una persona jurídica, empresa constructora de la obra, que se arrepiente en la fase de construcción y decide demolerla antes de haberla finalizado, con anterioridad al proceso judicial, reparándose el daño causado por el delito; o bien, en el caso de la construcción de chalets adosados, si el arrepentimiento del constructor se produce en la fase de construcción del último de los chalets, produciéndose la demolición de éste por arrepentimiento y disminuyendo, así, el daño causado por el delito. En ambos supuestos se podría aplicar la atenuante de la responsabilidad penal.

El último supuesto, del artículo 31.bis.4 se refiere al hecho de haber establecido antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. Por

ejemplo, si existe una persona jurídica, empresa constructora, que con anterioridad al juicio oral, comprueba que el suelo donde se va a construir no es adecuado para la construcción, es decir, no es urbanizable, y una vez constatado y comprobado, contando con dicha información básica, ayuda a detectar futuros delitos, que podrían cometerse bajo la cobertura o con medios de otra persona jurídica -sería el caso de una empresa que delata a otra-.

La cuestión esencial de este precepto es, sin duda, la utilización del término “solamente”. Debido a su ubicación y puesto que dichas atenuantes del artículo 31 bis describen conductas atribuibles a la persona jurídica, a ella se aplicarán, en exclusiva. Ahora bien, esto no excluye la posibilidad de aplicar otras atenuantes establecidas en el Código, pues siempre se han admitido por la jurisprudencia atenuantes por analogía, como la introducida por la reforma en el artículo 21.6 del Código Penal, y que se había creado a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a las dilaciones indebidas en el procedimiento, por un funcionario de la Administración de Justicia⁵⁷.

Las atenuantes del artículo 31.bis.4 que, como vemos, se aplican en exclusividad a las personas jurídicas, pueden plantear, además, otras cuestiones, como la relativa, y respecto a la confesión, a si basta la denuncia. Entendemos que basta la denuncia para poner en conocimiento del juez el delito, si lo que se busca es la puesta en conocimiento de la autoridad competente, para investigar y perseguir delitos, de la *noticia criminis*, no siendo entonces suficiente, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, denunciar un hecho ajeno. Respecto a quién será el denunciante, y si la denuncia aprovechará a ambos, sociedad y administrador, entendemos que cualquier persona puede denunciar el hecho, y que sociedad y administrador pueden ser sujetos activos del delito conjunta o separadamente, teniendo responsabilidad solidaria o individual, según el delito concreto que hayan cometido. Por lo que se refiere a la colaboración decisiva con la justicia, el órgano judicial determinará el alcance legal del adjetivo “decisiva”. La reparación del daño debe beneficiar solamente a quien paga, que será la única beneficiarse de la atenuante. Por otra parte, consideramos que el pago por tercero sería válido como

⁵⁷ GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 177.

atenuante, siempre y cuando la persona en lugar de la que se paga sea un insolvente -por ejemplo, si un familiar paga su deuda-. Acerca de la atenuante de establecimiento de los controles en el seno de la empresa en relación con los representantes, administradores de hecho o de derecho, o empleados, no resultará fácil la decisión por parte del juez, sobre si existen y se ejecutan las adecuadas medidas de control empresarial; las pruebas periciales resultarán indispensables, teniendo importancia decisoria, aunque no será suficiente, en principio, la simple contratación de los servicios profesionales, de las empresas de consultoría, si no van acompañadas de la implantación efectiva de un conjunto de medidas y de los controles que sean necesarios para que los posibles incumplimientos sean detectados.

Finalmente, debemos aludir a la posibilidad, según el artículo 33.7, de que, como medidas cautelares durante la instrucción de la causa, se pueda acordar la clausura temporal de locales y establecimientos, la suspensión de actividades sociales o la intervención judicial de la persona jurídica. Como tales medidas cautelares, estarían dirigidas a garantizar que el fallo de la sentencia pueda ejecutarse en sus propios términos. Su adopción estará condicionada a la presencia de dos presupuestos básicos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El *fumus boni iuris* vendría determinado por la imputación. Y dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica no viene condicionada por la persona física, no será preciso esperar a la imputación del agente para proceder a la imputación de la persona jurídica. De este modo, en cuanto aparezcan los indicios del delito en la actuación de la persona jurídica habrá de acordarse la imputación de ésta, aunque no esté identificado el agente persona física. Por su parte, el *periculum in mora* o daño derivado del retardo en el procedimiento vendría determinado por el peligro de fuga u ocultación personal o patrimonial⁵⁸.

El artículo 33.7 del Código Penal, y en relación a las medidas cautelares a imponer si la persona jurídica delinque, entendemos, resulta perfectamente aplicable en relación a los delitos tipificados en el artículo 319, y en particular, se podrían adoptar las medidas cautelares aludidas respecto a empresas promotoras o constructoras, responsables de estos delitos.

⁵⁸ GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 181.

4.2. Otras consecuencias jurídicas en relación a las personas jurídicas.

La demolición de obra va a ser objeto de una de las modificaciones de la Ley 5/2010, que muestra una clara intención del endurecimiento de las consecuencias derivadas para los autores de los delitos urbanísticos⁵⁹. La consecuencia relativa a la posible demolición de la obra adquiere, ciertamente, gran relevancia, ya que es una medida destinada al restablecimiento de la legalidad urbanística, pudiendo acordarse por jueces y tribunales en cualquier caso, aunque de manera motivada. Y resulta evidente que esta medida también se podrá adoptar cuando los responsables del delito sean personas jurídicas. La posible demolición de la obra, constituye una medida que potestativamente puede acordar la autoridad judicial y que está destinada al restablecimiento de la legalidad de la situación al momento previo a la comisión del hecho delictivo. El coste de las obras de demolición será asumido por el reo que, igualmente, deberá hacer frente al pago de las correspondientes indemnizaciones a aquellas personas que, por ejemplo, hayan adquirido el bien a través de una compraventa en la creencia de que se trataba de una construcción perfectamente legal⁶⁰.

Se ha mantenido, además, tras la reforma, la responsabilidad civil derivada de los delitos del artículo 319, en concreto previendo la posibilidad de indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, supuesto que se dará con relativa frecuencia cuando existan adquirentes de buena fe de construcciones ilegales que traigan causa de la comisión de estos delitos, cualesquiera que sean las conductas típicas que se hayan realizado. El mantenimiento de esta consecuencia es lógico, si bien debemos considerar que aunque no se hubiera previsto, resultaría aplicable en virtud de las disposiciones generales del Código Penal, contenidas en el Capítulo I del Título V, quedando, además, en todo caso abierta la vía civil para la exigencia de la responsabilidad de daños y perjuicios, que se contempla igualmente en la normativa urbanística. Estas

⁵⁹ Cfr. SOUTO GARCÍA, E. M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”. En FARALDO CABANA, P. (Dir.), PUENTE ABA, L. M (Coord.): Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código Penal y la legislación especial, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 154.

⁶⁰ OLMEDO CARDENETE, M.: “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 706.

indemnizaciones adquirirán, sin duda, gran relevancia en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas.

Por otra parte, la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 amplió el contenido del artículo 319.3, aludiendo expresamente a la posibilidad, por parte de los jueces o tribunales, de ordenar, motivadamente, la reposición a su estado originario de la realidad física alterada⁶¹, además de disponer, en todo caso, el comiso de las ganancias provenientes del delito. Ambas medidas se podrán establecer, indudablemente, en relación a las personas jurídicas responsables de los delitos.

Debemos considerar, además, que, a pesar de que el artículo 319.4 del Código Penal no lo prevea expresamente (sí lo hizo respecto a las personas jurídicas en sus dos primeros apartados), el Juez o Tribunal podría decretar, como consecuencia accesoria, el comiso de las ganancias obtenidas -independientemente, como se dijo, de la multa penal que toma por referencia tales ganancias-, por aplicación general del artículo 127 del Código Penal⁶².

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

El sistema penal español vigente está diseñado partiendo de una responsabilidad imputable sólo a las personas físicas, por lo que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin que se haya llevado a cabo una adaptación previa del Código, y sin que se haya procedido a la reforma en paralelo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede provocar serias distorsiones.

⁶¹ Esta medida de restauración de la realidad física alterada, se contempla, y como ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 159/2009, de 7 de julio (ARP/2010/131). En este caso se condena a los autores, a que procedan “a la colocación de un muro de mampostería para contener el talud en toda la extensión escalada en el carril”.

⁶² OLMEDO CARDENETE, M, “Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y medio ambiente (I) Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo”, op. cit., pág. 707.

No está claro, en realidad, si existe un solo delito, el cometido por la persona física, aunque se considere también responsable del mismo a la persona jurídica en los casos previstos legalmente. El delito de la persona física constituye un presupuesto cometido, en su caso, por la persona jurídica; pero, ciertamente, en la actualidad, las empresas tienen una vida independiente de quien las conforma, resultando en las grandes corporaciones muy difícil individualizar, en ocasiones, las decisiones, siendo prácticamente imposible deslindar las conductas penalmente relevantes en las personas físicas que se integran en su organigrama, cada vez más complejo y especializado, lo cual se ha utilizado, en algunos casos, para obtener la impunidad, cuando se acude a la persona jurídica como instrumento para la comisión de un delito, siendo incompatible con el Estado de Derecho. La dificultad reside en que la decisión, sobre si existen o no adecuadas medidas de control empresarial para prevenir el delito, racionales, eficaces de acuerdo con una diligencia empresarial media, corresponde al órgano jurisdiccional. No le va a resultar, desde luego, tarea fácil, y es evidente, que en estos casos las pruebas periciales van a tener una gran importante decisoria.

La introducción de la reforma, como ya se ha dicho, tiene un evidente efecto preventivo, en cuanto no será válida cualquier decisión con base exclusivamente en un balance, sabiendo que puede quedar comprometida la imagen de la sociedad, y, por tanto, su repercusión en el mercado⁶³. La problemática concreta que se vaya planteando en relación con la casuística a que dará lugar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en particular sobre los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, deberá ser resuelta tanto por la doctrina como especialmente por la jurisprudencia que paulatinamente se vaya produciendo. Sólo entonces se podrán valorar los resultados efectivos de la reforma operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, sobre esta cuestión.

⁶³ GÓMEZ BERNABEU, I.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, op. cit., pág. 184.