

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (322) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO**Blanca Lozano Cutanda**

*Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad del País Vasco
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

La publicación de la Ley Orgánica 5/2010 constituye la reforma más importante del Código Penal desde 2003. Aquí vamos a destacar, sin ánimo exhaustivo, determinadas novedades o modificaciones que inciden en el ámbito del Derecho administrativo, bien porque afectan a las personas jurídico-públicas (como cuando se excluye la responsabilidad penal de los entes públicos o cuando se refuerza la represión de los delitos contra la Administración pública), o bien porque atañen a delitos en los que la represión penal se configura como un "cierre" o refuerzo de la garantía de la legalidad que *prima facie* corresponde a la Administración pública (lo que explica la técnica normalmente utilizada de reenvío a la ordenación administrativa para la tipificación de las conductas, mediante el "delito penal en blanco"), como ocurre, singularmente, en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo y en los relativos al medio ambiente en los que centraremos nuestra atención (en el bien entendido de que esta circunstancia se da también, en mayor o menor medida, en otros tipos delictivos que presuponen incumplimientos previos de normas de intervención pública, que hoy podríamos decir que son mayoría). Procede recordar que la Ley Orgánica de reforma entrará en vigor a los seis meses de la publicación, esto es, el 23 de diciembre del año en curso.

1. El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la exención de los entes públicos.

Una de las novedades más importantes del nuevo Código Penal es el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellos supuestos donde expresamente se prevea (nuevo artículo 31 bis). Se trata de reforzar la punición de determinados delitos que pueden cometerse en el seno de organizaciones societarias (entre otros, delitos de estafa, cohecho, contra la

Hacienda pública, la Seguridad Social, el medio ambiente, blanqueo de capitales o delitos urbanísticos), añadiendo a la responsabilidad de sus administradores legales o representantes la de la persona jurídica (por no haber ejercido el debido control sobre los empleados que cometen los ilícitos), y previendo la posibilidad de que ésta reduzca su responsabilidad si colabora con la Justicia.

Como pena común y general para las personas jurídicas se prevé la multa, por cuotas o proporcional, y se contempla la posibilidad de adoptar otras medidas más severas en determinados supuestos cualificados, que van desde la suspensión de actividades a la disolución de la persona jurídica.

Interesa señalar que, a pesar de este reconocimiento de la responsabilidad directa de la persona jurídica en el nuevo Código Penal, el Derecho sancionador administrativo sigue diferenciándose del penal en este punto, por cuanto la persona jurídica es la responsable única y a título propio de los ilícitos administrativos, siendo contadas las excepciones en las que se contempla también la responsabilidad de los administradores o representantes.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se aplica "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", con la cautela, no obstante, de que en estos

supuestos, los tribunales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Este precepto plantea algunas dudas aplicativas que tendrá que ir resolviendo la jurisprudencia, sobre todo en relación a las sociedades mercantiles estatales, al introducirse el criterio funcional de que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés general. Interesa señalar, por otro lado, que en el Derecho sancionador administrativo es cada vez más frecuente que las leyes dispongan la aplicación exclusiva de las sanciones a proyectos u operadores privados (así lo hacen, p.ej., la legislación sobre evaluación de impacto ambiental o la Ley de responsabilidad medioambiental), pero sin que ello vaya acompañado del reconocimiento de responsabilidad de las autoridades, funcionarios o administradores, con lo que las infracciones quedan desprovistas de toda punición

2. Delitos contra la Administración pública.

La necesidad de adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales relativos a la lucha contra los actos de corrupción explican las *modificaciones introducidas en el delito de cohecho*, como son: (i) la previsión de pena privativa para libertad en delitos que antes se castigaban únicamente con multa e inhabilitación, como la recepción de dádiva o regalo en consideración del cargo o función o para la realización de actos no prohibidos legalmente (los convenios internacionales en la materia exigen que se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición); (ii) se amplía el concepto de funcionario, a fin de que alcance también a los funcionarios de la Unión Europea o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

Se revisa la regulación del *"delito de corrupción en las transacciones internacionales"*, introduciendo la posibilidad de imponer multas proporcionales y la penas de prohibición de contratar con el sector público, pérdida de la posibilidad

de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública. Se define el concepto de "funcionario público extranjero" y se contempla y regula la responsabilidad directa de las personas jurídicas por estos delitos.

En el delito de *corrupción por concertación en materia de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos* se introduce la previsión de que "al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años".

Se amplía, además, el elenco de medidas aplicables para determinados delitos de cohecho, disponiendo que "si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años".

Interesa señalar, por otro lado, que con esta reforma del Código Penal se ha transpuesto la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, de tal forma que *se reprimen los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho* (nuevo artículo 286 bis).

Ahora bien, si quienes reciben la dádiva o retribución *son personas privadas que participan en el ejercicio de funciones públicas*, se les aplicará (así lo dispone el artículo 423 en su nueva redacción) la disciplina penal (más grave) del cohecho, obviando, como dice la Exposición de Motivos de la Ley, "la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes".

3. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. La lucha contra estos delitos se refuerza con la introducción de tres mejoras técnicas: (i) *se amplían las obras ilegales o clandestinas que pueden ser objeto de delito, añadiendo las de urbanización*, ya que éstas, que no estaban previstas, pueden tener, incluso, un mayor impacto negativo sobre el territorio que las de construcción o edificación, a las que además suelen preceder; (ii) *se prevé la imposición de multas proporcionales a los beneficios ilícitamente obtenidos* (del tanto al triple o al cuádruple de los mismos), con lo que trata de evitar que la comisión de las infracciones resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas; estas multas se aplican cuando se demuestre insuficiente la ya prevista multa por cuotas diarias porque resulte (lo que conlleva una notable dificultad probatoria) que "el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante de la aplicación de aquélla"; (iii) se incluye en el tipo de *prevaricación especial en materia de ordenación del territorio y urbanismo la omisión de realización de inspecciones de carácter obligatorio y la ocultación de actos ilícitos* observados por la inspección, elevándose la pena de prisión aplicable a este tipo de conductas (de seis meses a dos años pasa a ser de un año y seis meses a cuatro años).

Interesa señalar que en el nuevo Código Penal se mantiene una de las cuestiones más controvertidas en materia de delitos urbanísticos, como es la posibilidad y no obligatoriedad de que los jueces o tribunales, una vez declarada su comisión, ordenen la demolición de la obra ("y la reposición a su estado originario de la

realidad física alterada" se añade ahora), sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. El hecho de que este derribo no se anude automáticamente a la comisión del delito urbanístico introduce un notable elemento de inseguridad jurídica en esta medida, que se ha demostrado por otro lado de muy difícil ejecución por las naturales trabas creadas por los condenados, la sistemática impugnación de cualquier providencia orientada a ejecutar tal pronunciamiento así como la falta de colaboración de algunas Administraciones.

4. Delitos contra el medio ambiente. Se procura también en este ámbito reforzar la represión penal de las conductas más graves, lo que viene además en determinados aspectos impuesto por la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. Destacan, en este sentido, las siguientes reformas:

- *Se añaden tres nuevos tipos de delitos cometidos en relación a actividades peligrosas o residuos* que vienen exigidos por la citada Directiva: (i) la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en la que se almacenen o utilicen sustancias peligrosas que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas; (ii) la realización de la recogida, transporte, valorización, eliminación o aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos, de tal forma que se pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas; (iii) el traslado, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, de "una cantidad importante de residuos", tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, será castigado con la pena de prisión de uno a

dos años (nótese la indefinición de este elemento del tipo, que mejora sin embargo la dicción de la Directiva, en la que se hace referencia a una "cantidad no desdeñable").

- El delito de *emisión de radiaciones ionizantes* cuando produjere muerte o enfermedad se suprime del capítulo dedicado al medio ambiente (se introdujo en el art. 325 por la reforma operada en 2003), pues la conducta ya estaba y está castigada de forma más severa en el art. 243, dentro de los "delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes" El tipo penal de este precepto se amplía, por exigencia también de la Directiva 2008/99/CE, de forma que ya no se castiga únicamente la emisión de radiaciones que ponga en peligro la vida, integridad o bienes de las personas, sino también aquella que "ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas".
- Si bien no se encuadra en el Título dedicado a los delitos contra el medio ambiente se introduce también por exigencia de la Directiva 2008/99/CE, la tipificación, en el art. 348 y dentro del Título dedicado a "los delitos contra la seguridad colectiva", de *la producción, importación, comercialización o utilización de sustancias destructoras del ozono* (con anterioridad, este tipo delictivo podía subsumirse en el delito de contrabando tipificado por la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de Represión del Contrabando, dado los términos tan amplios en que está definido este delito, pero su previsión expresa en el CP mejora la seguridad jurídica).
- Se incluye en el tipo de prevaricación especial en materia de medio ambiente *la comisión por omisión, en concreto por omitir la realización de inspecciones de carácter obligatorio* (el silenciar las infracciones detectadas se hallaba ya previsto). La comisión por omisión viene exigida por la Directiva 2008/99/CE (considerando

6), aunque en nuestro Derecho la jurisprudencia había admitido ya que el tipo específico de esta conducta prevaricadora "encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión" (STS, Sala de lo Penal, de 24 de mayo de 2003).

- *Se agravan, con carácter general, las penas previstas para estos delitos.* Interesa señalar, en este sentido, que para el tipo genérico del art. 325 la pena de prisión pasa de ser de seis meses a cuatro años a ser de entre dos y cinco años, con lo que se incrementarán los ingresos en prisión, y que en los delitos relativos a la caza o pesca ilegal a la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a cazar o pescar se añade la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio.

5. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

Se dispone que en estos delitos los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la Ley General Tributaria (las potestades de la autotutela ejecutiva de la Administración han demostrado tal grado de eficacia que se ponen al servicio de la ejecución de las sentencias judiciales, lo cual no deja de resultar paradójico). Se endurecen las penas (la de prisión se eleva para la mayoría de los delitos hasta cinco años), y en el delitos de fraude de subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas se unifica con respecto al delito fiscal la cuantía para considerar delictivos los hechos (120.000 euros) y se precisa que para la determinación de la cantidad defraudada se estará al año natural y deberá tratarse de subvenciones obtenidas para el fomento de la misma actividad privada subvencionable, aunque procedan de distintas Administraciones o entidades públicas.