

¿Responsabilidad penal para los entes sociales?*

EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Juan Bustos Ramírez *in memoriam*

SUMARIO: I. Los errátiles Proyecto de 2007 y Anteproyecto de 2008 de modificación del Código penal. A) Introducción. B) Las diferencias entre las «partes especiales» del Proyecto y del Anteproyecto.–II. Las discutibles y antojadizas propuestas de reconocimiento legal de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. A) Un reconocimiento no obligatorio. B) Unas propuestas caprichosas.–III. La formulación-trampa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los textos prelegislativos. A) Las explicaciones previas. B) Los proyectados artículos 33 bis, 33.7 y 129 y sus normas de referencia. C) Equívocos y equivocaciones en las normas proyectadas. D) La disminución o esfumación de límites y garantías para la imposición de «penas» y «medidas» a los entes sociales. E) Significado del sistema pretendido: la responsabilidad penal para los entes sociales. *Societas delinquere non poterit.*–IV. La trampa en la formulación por el Derecho penal de la responsabilidad directa de las entidades sociales. Conclusión: *societas non delinquenda.*

I. LOS ERRÁTILES PROYECTO DE 2007 Y ANTEPROYECTO DE 2008 DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL

A) **Introducción**

El Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en la ver-

* El presente trabajo se sitúa dentro del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i (Ministerio de Educación y Ciencia) SEJ2006-06594/JURI.

sión oficial ofrecida por el Ministerio de Justicia en Madrid a 14 de noviembre de 2008 (1) y el Proyecto de Ley 121/000119 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado el 15 de enero de 2007 (2), pese al poco tiempo que los separa presentan numerosas y notables diferencias y, frente a lo que debiera ser más obvio, muchas menos coincidencias, algunas de trascendencia menor.

Conviene recordar que se trata de sendos documentos prelegislativos emanados de dos gobiernos inmediatamente sucesivos de idéntico y monocolor signo político, con las solas diferencias de que: una, el Ministerio de origen, el de Justicia, ha estado a cargo en cada momento de persona distinta; dos, aunque ambos textos fueron aprobados por el Consejo de Ministros, hasta el momento de escribir estas líneas el segundo no ha sido remitido a las Cortes como Proyecto de Ley (3); y tres, en la tramitación parlamentaria del primero, se desgajó de él una parte que, tras su aprobación por las dos cámaras legislativas, dio lugar al nuevo Capítulo IV del Título XVII del Libro II del Código penal, referido a «los delitos contra la seguridad vial» (4).

En la comparación entre ambos textos que repetidamente utilizaré en lo que sigue (5), prescindiré por tanto de cualquier otra referencia a la modificación ya producida del Código penal, que acabo de reseñar. Y tampoco aludiré, sin perjuicio de lo que diré más adelante en relación

(1) En adelante, A/08. Las citas de su E. de M. se harán a la pp. de este documento.

(2) En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 15 de enero de 2007, Núm. 119-1. En adelante, P/07. Las citas de su E. de M. se harán a la página y columna del *BOC.Congreso*.

(3) Según una «Nota de prensa» del Ministerio de Justicia de 14 nov. 2008: «A propuesta del ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo, el Consejo de Ministros ha aprobado hoy el anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley Orgánica del Código Penal de 1995». Ello fue antes de recibirse los preceptivos informes del CGPJ y del Consejo de Estado. En el momento de redactar el presente trabajo, recién nombrado un nuevo Ministro de Justicia, el segundo de dichos informes todavía no había sido emitido. El Anteproyecto no se ha convertido todavía en Proyecto, ni por tanto enviado a las Cortes.

(4) Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de seguridad vial (*BOE* núm. 288, de 1 de diciembre de 2007). La disolución de las Cortes, por la convocatoria de elecciones generales tras el cumplimiento del plazo al respecto, dio formalmente lugar a esa fragmentación del inicial Proyecto de Ley.

(5) V. una distinta comparación entre ellos en página web del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Barcelona (<http://www.ub.edu/penal>).

con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a las respectivas propuestas de modificación relativas a la «parte general» del Código (6).

(6) Por lo que concierne, pues, a su «parte especial», los textos prelegislativos de referencia:

A) *Coinciden* en lo siguiente:

1. Modificación del apartado 3 del artículo 201 (perdón del ofendido en descubrimiento y revelación de secretos).

2. Modificación del apartado 3 del artículo 215 (perdón del ofendido en calumnia e injuria).

3. Incorporación de un apartado 2 al artículo 263 (nuevos tipos cualificados de daños).

4. Modificación del artículo 264 (daños a datos o programas informáticos o sistemas de información y aplicación del artículo 31 bis a personas jurídicas).

5. Modificación del párrafo tercero del artículo 267 (perdón del ofendido en daños imprudentes).

6. Incorporación de nuevo artículo 282 bis (falseamiento de informaciones requeridas a sociedades que coticen en el mercado de valores para, de manera engañosa, captar inversores u obtener créditos o préstamos, entre los delitos relativos al mercado).

7. Modificación del artículo 284 (alteración de precios en los mercados).

8 y 9. Transformación de la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II en Sección Quinta del mismo Capítulo, Título y Libro, e introducción de una Sección Cuarta con la rúbrica: «De la corrupción entre particulares» y de un nuevo artículo 286 bis (la llamada «corrupción entre particulares»).

10. Modificación de la rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II, que habría de ser: «De la receptación y el blanqueo de capitales».

11. Modificación del apartado 2 del artículo 302 (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en alternativa con la posibilidad de aplicar el artículo 129 y señalamiento de las penas o consecuencias correspondientes, a responsables de los delitos previstos en artículo 301 que pertenecieran a una organización dedicada a los fines que en este se indican).

12. Introducción de un nuevo artículo 310 bis (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a los delitos «contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», comprendidos en el Tít. XIV, Lib. II CP).

13. Modificación de la rúbrica del Título XVI del Libro II (sería «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»).

14. Modificación de la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II (sería: «De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo»).

15. Modificación del artículo 319 (delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, salvo prevaricación específica, y aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas).

16. Modificación del apartado 1 del artículo 320 (prevaricación específica en materia de ordenación del territorio y urbanismo).

17. Supresión de las circunstancias 2.^a y 10.^a del apartado 1, pasando las restantes 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 9.^a a ser las 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a y 8.^a y modificación del apartado 2 del artículo 369 (determinación de responsabilidad penal de personas jurídicas, sin referencia al artículo 31 bis, y de comiso, junto a facultad de imponer con-

B) Las diferencias entre las «partes especiales» del Proyecto y del Anteproyecto

Causa poco menos que escalofríos de asombro y, sin contradicción, resulta completamente bochornoso observar que en el corto plazo de tiempo transcurrido entre la culminación de la tramitación

secuencias accesorias, igualmente sin referencia al artículo 129, en relación con delitos agravados de tráfico de drogas por las circunstancias 2.^a o 3.^a de la nueva ordenación de ese artículo).

18. Introducción de un nuevo artículo 369 bis (agravaciones de delitos de tráfico de drogas realizados a través de una organización delictiva, concepto legal de esta y determinación de responsabilidad penal de ella, sin referencia al artículo 31 bis, y de comiso).

19. Modificación del apartado 2.º del artículo 370 (en atención a la reordenación del artículo 369, más atrás indicada, bajo 17, dentro del presente subapartado A).

20 a 28. Modificación de los artículos 419 a 427 (delitos de cohecho, con inclusión de aplicación del artículo 31 bis, sin mencionarlo, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a determinados supuestos de cohecho cometido por particular y extensión de todas las figuras de cohecho respecto a funcionarios comunitarios o nacionales de otro Estado de la UE, con definición de quiénes son los comunitarios).

29. Modificación del párrafo segundo del artículo 430 (tráfico de influencias, aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas).

30. Modificación del artículo 445 (corrupción en las transacciones comerciales internacionales, con aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y definición de funcionario público extranjero).

Por lo que atañe igualmente a los delitos en particular que el Código penal prevé, el P/07 y el A/08 difieren total o parcialmente en todo lo demás. En efecto:

B) *Se diferencian parcialmente* en lo que a continuación indico:

1. Introducción de un párrafo segundo en el apartado 1 del artículo 173 (acoso laboral): redacciones idénticas salvo en la utilización de la expresión «relación laboral» del P/07, que el A/08 sustituye por la de «actividad laboral».

2. Modificación del artículo 187 (inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores e incapaces): coinciden las redacciones de todos sus apartados, salvo las del 2 –relativas a menores de trece años–, en las que las penas son distintas y, además, mientras el P/07 incluye alternativamente la puesta en peligro del «menor» de edad aún mayor de trece años o del «incapaz», el A/08 no indica tal alternativa –aparte de emplear la expresión argentino-uruguayana «descriptas»: *DRAE*, 22.^a ed., s.v. «descripto, ta»–.

3. Modificación del artículo 188 (determinación a la prostitución): coinciden los respectivos apartados 1 y 5; difieren las redacciones de los 2, 3 y 4, en las cuales en unas ocasiones las conductas incriminadas son las mismas mientras que en otras no –el A/08 pretende la agravación por la «puesta en peligro dolosa o por imprudencia grave» de «la vida o salud de la víctima» y el P/07 no– y en todos los casos varían las penas.

4. Modificación del artículo 189 (exhibicionismo y pornografía en relación con menores o incapaces): coinciden los apartados 8 –que respecto al P/07 no aparecía en el Anteproyecto de 2006 que lo originó–; difieren en todas las penas, siempre mayores en el A/08, y en las conductas a que se refieren los apartados 1.a) y b) de este último que amplían las del 1.a) del P/07 –al incluir la conducta de «captar»– y el 1.b) del Código –al incluir la conducta de «ofrecer»; el P/07 no contenía esta modificación–.

parlamentaria del Proyecto y la comunicación pública del posterior Anteproyecto, hayan podido variar de tal manera y en tal grado las políticas criminal y penal sobre las que habrían de sustentarse.

5. Modificación del artículo 197 (en materia de acceso a datos o programas informáticos): coinciden en todo salvo en el apartado 3, donde el A/08 preconiza la posibilidad de aplicar el artículo 31 bis, relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y determina la pena para estas; lo que no hacía el P/07.

6. Modificación del artículo 288 (disposición común al Cap. XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores», Tít. XIII, Lib. II CP): coinciden tan solo en la previsión de aplicar el artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, que es la única modificación contenida en el P/07; a ello añade el A/08 que en los supuestos de los artículos 271 –tipos cualificados en materia de propiedad intelectual– y 276 –lo mismo en materia de propiedad industrial– se impondrán, bien como penas de acuerdo con el artículo 31 bis o bien como consecuencias a tenor del 129, las sanciones que a continuación determina y, además, que se acordará el comiso del artículo 127 si los hechos se cometieren a través de las organizaciones a que aluden los apartados *c*) de los artículos 271 y 276.

7. Modificación del artículo 305 («delito fiscal»): coinciden en la introducción de un nuevo apartado 5 –exigencia por procedimiento de apremio de la pena de multa y de la responsabilidad civil, y determinación de parte del contenido de esta última–; difieren en la modificación del apartado 1 por el P/07, que no acoge el A/08.

8. Modificación del artículo 325 (primeras modalidades de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente): coinciden en la modificación del apartado 1; difieren en la del 2, expresamente señalada en el A/08 y respecto de la que el P/07 no solo no indicaba nada, sino que en sus términos literales implícitamente parecía querer derogar.

9. Modificación del artículo 327 (parte de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente): coinciden en referirse a la aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas; difieren en el añadido por el A/08 de un segundo párrafo relativo a la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, no incluido en el P/07.

10. Introducción de un nuevo Título XVII bis en el Libro II: coinciden en ello, pero difieren en la rúbrica, que según el P/07 sería «De las organizaciones y grupos criminales», mientras que conforme al A/08 sería «De las agrupaciones criminales».

11. Introducción de un nuevo artículo 385 bis (integración, según el caso, en «organización o grupo» o en «agrupación» criminales): coinciden en parte de los elementos de los tipos de integración, en las reglas concursales y en la mayor parte de la posibilidad de atenuación por «arrepentimiento activo»; difieren en la denominación de aquello en que los sujetos se integran –según lo dicho sobre la rúbrica del nuevo Título–, en que conforme a la versión típica del P/07 se exige que los sujetos «formen parte» de la organización o grupo mientras que con arreglo a la del A/08 se requiere que «se agruparen de forma transitoria», en las penas por la integración –mayores en el P/07 que en el A/08–, en la agravación por razón del sujeto contenida en el P/07 y no acogida por el A/08, en la tipificación específica por el P/07 de la colaboración en las actividades de la organización o grupo que no figura en el A/08 respecto a la agrupación y en la extensión expresa al colaborador de la posibilidad de atenuación a la que no se refiere el A/08.

C) *Se diferencian por completo* en estas otras materias:

1. Modificación del apartado 1 del artículo 142 (homicidios imprudentes) por el P/07, que no acoge el A/08.

Además de lícito, se hace entonces necesario pedir explicaciones sobre lo que pueda haber sucedido durante ese intervalo de un año para motivar ochenta divergencias, sesenta y nueve totales (frecuente-

2 y 3. Modificaciones del apartado 2 del artículo 160 (clonación de seres humanos) y del artículo 162 (responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme al artículo 31 bis, para todo el Tít. V, Lib. II CP: «Delitos relativos a las manipulaciones genéticas»), por el P/07, que no acoge el A/08.

4 y 5. Introducciones de un nuevo Título VII bis, en el Libro II del Código penal («De la trata de seres humanos»), y, dentro este, del también nuevo artículo 177 bis (conductas típicas, irrelevancia del consentimiento de las víctimas, reglas concursales, validez de las condenas de los tribunales extranjeros a efectos de reincidencia y responsabilidad penal de las personas jurídicas para «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores»; capítulos que, sin embargo, no aparecen en el nuevo Título), por el A/08 que no acogía el P/07.

6 y 7. Modificaciones del artículo 178 (agresión sexual) y del párrafo primero y de la circunstancia 3.^a del apartado 1 del artículo 180 (agresiones sexuales agravadas) por el A/08, que no acogía el P/07.

8 y 9. Introducción de un nuevo apartado 5 en el artículo 181 (abusos sexuales sobre menores de trece años en el marco de una organización delictiva) por el P/07, que no acoge el A/08 que, en lugar de ello, patrocina que el apartado 4 de dicho artículo pase a ser el 5 y la modificación de sus apartados 2 (abusos sexuales en todo caso no consentidos) y 4 (abusos sexuales con acceso vaginal, anal o bucal).

10 y 11. Modificaciones de los artículos 182 (abuso sexual con engaño) y 183 (atentados contra la «indemnidad sexual» de menores) por el A/08, que no acogía en el P/07.

12. Modificación del artículo 190 (equiparación de sentencias extranjeras a efectos de reincidencia en materia de prostitución, exhibicionismo y pornografía) por el P/07, que no acoge el A/08.

13. Modificación del apartado 2 del artículo 192 (inhabilitaciones especiales dentro de las disposiciones comunes al Tít. VIII, Lib. II, CP) por el A/08, que no acogía el P/07.

14, 15 y 16. Modificaciones de los artículos 248 (estafa), 249 (pena de la estafa) y 250 (estafas agravadas) por el P/07, que no acoge el A/08.

17. Modificación del artículo 252 (apropiación indebida) por el P/07, que no acoge el A/08.

18 y 19. Modificación de la rúbrica de la Sección Tercera del Capítulo VI del Título XIII del Libro II (habría de ser «De la Administración fraudulenta») e incorporación del artículo 254 bis (administración fraudulenta) por el P/07, que no acoge el A/08.

20. Conversión de la Sección Tercera del Capítulo VI del Título XIII del Libro II en Sección Cuarta (defraudaciones del fluido eléctrico y análogas) por el P/07, que no acoge el A/08.

21. Modificación del artículo 260 (que habría de acoger la «quiebra delictiva») por el P/07, que no acoge el A/08.

22. Supresión del apartado 2 del artículo 262 (posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129 en relación con los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas) por el P/07, que no acoge el A/08.

23. Modificación del artículo 268 (excusa absolutoria en delitos patrimoniales) por el P/07, que no acoge el A/08.

mente de gran calado) y once parciales (en muchas ocasiones cercanas a las primeras), frente a treinta coincidencias plenas (a veces de escasa entidad). Interrogar sobre en qué nuevos datos criminológicos

24. Modificación del apartado 1 de artículo 274 (utilización de signo distintivo en materia de protección de la propiedad industrial) por el P/07, que no acoge el A/08.

25. Modificación del párrafo segundo del artículo 294 (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con el delito de denegación o impedimento de inspección o supervisión administrativas de sociedades sometidas a ellas) por el P/07, que no acoge el A/08 –que, por tanto, dejaría subsistir la actual posibilidad de aplicar el artículo 129 CP–.

26. Modificación del artículo 295 (administración desleal) por el P/07, que no acoge el A/08.

27. Introducción de un nuevo artículo 297 bis (encubrimiento de actividades económicas ajenas por administradores de entidades sociales y aplicación en su caso del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de personas jurídicas) por el P/07, que no acoge el A/08.

28. Modificación del párrafo primero del apartado 1 del artículo 301 (legitimación de bienes de origen delictivo y ayuda a los responsables en la elusión de responsabilidades) por el A/08, que no acogía el P/07.

29. Introducción de un nuevo apartado 2 en el artículo 310 (incriminando la fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de los delitos «contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» previstos en Tít. XIV, Lib. II CP) por el P/07, que no acoge el A/08.

30. Modificación del artículo 313 (determinación o favorecimiento de la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando otro engaño semejante) por el A/08, que no acogía el P/07.

31. Modificación del artículo 318 (sustituyendo su segunda parte por la aplicación a los delitos «contra los derechos de los trabajadores», comprendidos en el Tít. XV, Lib. II CP, del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y añadiendo la compatibilidad de tal responsabilidad con los recargos de prestaciones de seguridad social acordados por la autoridad administrativa, que no serían computables para la determinación de la pena de multa a imponer a la persona jurídica) por el P/07, que no acoge el A/08.

32. Modificación del artículo 318 bis (único del Tít. XV bis, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», pese a lo que el preconizado nuevo apartado 4 de este artículo refiera la aplicación que contiene del artículo 31 bis, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, a «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores») por el A/08, que no acogía el P/07.

33. Modificación del artículo 328 (terceras modalidades de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente) por el A/08, que no acogía el P/07.

34. Modificación del apartado 1 del artículo 334 (conductas que atentan contra especies animales amenazadas) por el A/08, que no acogía el P/07.

35. Modificación del artículo 337 (maltrato de animales domésticos) por el P/07, que no acoge el A/08.

36. Modificación del artículo 343 (exposición a radiaciones ionizantes) por el A/08, que no acogía el P/07.

37. Modificación de los apartados 1 y 3 del artículo 348 (riesgos por explosivos y otros agentes capaces de causar estragos) por el A/08, que no acogía el P/07.

o en qué variaciones de la legislación extrapenal, surgidos o producidas entre uno y otro texto, se apoya esa nueva política criminal que ha engendrado una política penal tan diversa. Demandar los que alimen-

38. Modificación del artículo 366 (aplicación del artículo 31 bis sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas a delitos contra la salud pública) por el P/07, que no acoge el A/08.

39. Introducción de un nuevo párrafo segundo en el artículo 368 (posibilidad y límites de atenuar la pena en delitos de tráfico de drogas) por el P/07, que no acoge el A/08.

40. Modificación del artículo 387 (concepto de moneda nacional y equiparación a otras) por el P/07 –que extrae las referencias a las tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje–, que no acoge el A/08.

41, 42, 43, 44 y 45. Modificaciones de los artículos 392 (falsedad en documento público, oficial o mercantil por particular y utilización y tráfico de documento de identidad falso) y 399 (falsificación por particular, uso y tráfico de certificaciones falsas) e introducciones de una nueva Sección 4.ª en el Capítulo II del Título XVIII del Libro II (con la rúbrica: «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje»), de un nuevo artículo 399 bis (falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje; aplicación a lo anterior, alternativamente, de los arts. 31 bis y 129 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas; y tenencia para la distribución o el tráfico y utilización de tarjetas o cheques falsificados) y de un nuevo artículo 400 bis (uso por quien no está legitimado de documento, despacho, certificación o documento de identidad auténticos) por el P/07, que no acoge el A/08.

46. Modificación del subapartado a) del apartado 3.º del artículo 451 (encubrimiento mediante ayuda a los supuestos responsables de determinados delitos) por el A/08, que no acogía el P/07.

47. Introducción de un nuevo artículo 451 bis (ayuda, mediante las conductas a que se refiere el que sería nuevo artículo 297 bis, a las personas físicas integradas en una jurídica suspendida o disuelta, a continuar sus actividades, como modalidad de encubrimiento) por el P/07, que no acoge el A/08.

48. Modificación del apartado 2 del artículo 456 (excepción, por actuación del Ministerio Fiscal, a condición de procedibilidad en acusación o denuncia falsas) por el P/07, que no acoge el A/08.

49. Modificación del apartado 1 del artículo 464 (influencia sobre intervinientes en procedimiento penal) por el P/07, que no acoge el A/08.

50. Modificación de apartado 2 del artículo 468 (quebrantamiento de penas o de medidas cautelares o de seguridad específicas: ampliación a quebrantamiento de pena de libertad vigilada del que sería nuevo artículo 49 bis CP, cuyo apartado 6 remite a este 468) por el A/08, que no acogía el P/07.

51 y 52. Modificaciones de los artículos 517 (penas correspondientes, por razón de los sujetos, a los delitos de asociación ilícita del artículo 515.1.º y 3.º a 5.º CP: agravación de la de privación de libertad) y 520 (disolución judicial de las asociaciones estimadas ilícitas: sustitución del acompañamiento de que «en su caso» se acordará cualquier consecuencia accesoria de las previstas en el artículo 129, por el de que, también «en su caso», se impondrá «cualquiera otra de las penas establecidas en el artículo 33.7»), es decir, las penas correspondientes a las personas jurídicas penalmente responsables conforme al artículo 31 bis) por el P/07, que no acoge el A/08.

53 y 54. Modificaciones de los apartados 1.1.º y 3.º y 2 del artículo 566 y 1 y 2 del artículo 567 (depósitos de armas o municiones: introducción en todos los casos de

taron o las que suscitaron la anterior política criminal y cuales originaron tan diferente política penal previa.

Salvo, claro es, que a priori pueda concluirse que en ambos casos: primero, ha sido nulo el acopio de esos datos e intrascendentes en su mayoría los cambios acaecidos en el resto del ordenamiento; segundo, se han elevado sobre una base próxima a la nada los planteamientos

referencia expresa a minas antipersonas y en el artículo 566.2 de la conducta de no destruir las armas o minas antipersonas infringiendo tratados o convenios internacionales) por el A/08, que no acogía el P/07.

55. Modificación del artículo 569 (depósitos de armas, municiones o explosivos: sustitución del mandato de que los establecidos «en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo» llevarán a la declaración judicial de ésta como ilícita y a su consecuente disolución, por la de que los establecidos «en nombre» de igual asociación determinarán, «en su caso», que se declare «su responsabilidad penal con arreglo al artículo 31 bis» y se le imponga la pena de disolución) por el P/07, que no acoge el A/08.

56. Introducción de un nuevo artículo 576 bis (delito de provisión o recolección de fondos destinados a la comisión de delitos de terrorismo, a financiarlo o a financiar actos terroristas, bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas) por el A/08, que no acogía el P/07.

57. Modificación del artículo 580 (en materia de terrorismo, equiparación de las condenas extranjeras a las sentencias españolas a efectos de reincidencia) por el P/07, que no acoge el A/08.

58, 59, 60 y 61. Introducción de los apartados 8.º y 9.º en el artículo 611, modificación de los apartados 3º y 4º del artículo 612 e introducción en él de los 8.º a 10.º, y modificaciones de los artículos 613 y 614 (delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, Cap. III, Tít. XXIV, Lib. II CP) por el A/08, que no acogía el P/07.

62 y 63. Modificación del artículo 616 e introducción de un nuevo artículo 616 ter (disposiciones comunes del Tít. XXIV, «Delitos contra la Comunidad Internacional», Lib. II CP: penas de inhabilitación añadidas, con excepciones, respecto a estos delitos y a los comprendidos en el anterior y condiciones para apreciar la eximente de obediencia debida en relación con los comprendidos en el Cap. III del Tít. XXIV) por el A/08, que no acogía el P/07.

64, 65 y 66. Introducciones de nuevo Capítulo V en el Título XXIV del Libro II y de los nuevos artículos 616 quáter y 616 quinquies («Delito de piratería» y tipos y penas correspondientes –con error o errata en la expresión «616 quater», adverbio este último que ha de acentuarse dada su incorporación al español desde el latín, v. *DRAE*, 22.ª ed, s.v. «quáter»–) por el A/08, que no acogía el P/07.

67. Supresión del apartado 2 del artículo 621 (falta de homicidio por imprudencia leve: en correspondencia con la propuesta de modificación del ap. 2 del artículo 142 –v., más atrás, C.1–) por el P/07, que no acoge el A/08.

68. Introducción de un nuevo apartado 5 en el artículo 423 (falta de administración fraudulenta: en correspondencia con la propuesta de introducción de un nuevo artículo 254 bis –v., más atrás, C.16 y 17–) por el P/07, que no acoge el A/08.

69. Modificación del párrafo tercero del artículo 639 (disposiciones comunes a las faltas: perdón del ofendido, corrección de la actual errata por la que se remite al número 4.º –y no al 5.º como se debiera– del artículo 13 CP) por el P/07, que no acoge el A/08.

político-criminales; y, finalmente, se ha llevado a cabo la respectiva confección normativa con dosis masivas de intuicionismo, albur, golpes de efecto mediático o de puesta al servicio de los egos presentes en ella en cada momento.

Las expresiones de todo lo que acabo de apuntar no son pocas ni tampoco nimias; aún sin aludir a las atinentes a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las que, como queda dicho, me ocuparé bajo los siguientes epígrafes. Así, por seleccionar algunas (y ello solo de entre las que son completamente distintas en uno y otros textos prelegislativos):

El P/07 se proponía variar la «parte especial» del Código penal en materias tales como: la vida humana; la libertad sexual; los delitos patrimoniales en un aspecto general y especialmente las defraudaciones y las insolvencias punibles; la propiedad industrial; los delitos societarios; las haciendas públicas y la Seguridad Social; la protección de los animales domésticos; el tráfico de drogas; las falsedades documentales; la administración de justicia; las asociaciones ilícitas; o el terrorismo. El A/08, de un lado, no ha acogido la anterior pretensión de actuar sobre muchas de ellas; de otro, ha sustituido en ocasiones las patrocinadas antes por algunas distintas; y, por último, ha impulsado variaciones en ámbitos delictivos diferentes a los que se refería su predecesor. Toda una demostración de incoherencia del uno, del otro o de los dos documentos encaminados a la reforma del Código penal.

A la vista de estos modos de proceder, parece necesario que se contesten preguntas como las siguientes:

Si había fundamento en 2007 para convertir en delito la falta de homicidio por imprudencia leve o para des-incriminar la conducta de fecundar óvulos humanos con fin distinto a la procreación de esta especie e incriminar en su lugar la de practicar técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos (7): ¿en qué han cambiado las bases en que se apoyaban estas variaciones para que el A/08 no las acoja? ¿o es que tales bases eran inexistentes o, al menos, insuficientes y, por tanto, el P/07 no debió patrocinar estas reformas? Dicho de

(7) En el primer caso, modificando el artículo 142.1 y suprimiendo el 621.1 actuales; y en el segundo, modificando el vigente artículo 160.2. Respecto a lo primero, la E. de M. del P/07 (p. 6, 1.ª col., in fine) apela a una «extendida impresión social» y a una «preocupante imagen de total ausencia de fuerza de la conminación penal»; respecto a lo segundo (p. 6, 2.ª col.), admite que la nueva incriminación puede «tildarse de posibilidad meramente abstracta», aunque añade que con ella «se preserva al sistema punitivo de una intervención injustificable en el debate sobre los usos terapéuticos y de investigación en relación con óvulos humanos». El A/08 guarda un explicable silencio sobre lo que mantiene.

otra manera: si lo propuesto en 2007 era necesario, ¿por qué ya no lo es un año después?; y si ya no se entiende preciso en 2008, ¿por qué se estimó así un año antes? (8)

(8) Preguntas éstas como las anteriores, que han de repetirse en referencia a estos otros asuntos:

– Abusos sexuales sobre menores de trece años en el marco de una organización delictiva y salvedad de que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al derecho español, en la equiparación de las sentencias extranjeras a efectos de reincidencia en materia de prostitución, exhibicionismo y pornografía. Introduciendo un nuevo ap. 5 en el artículo 181 y modificando el artículo 190.

– Transformación de la excusa absolutoria para los delitos patrimoniales, en una condición de procedibilidad (exigencia de denuncia). Modificando el artículo 268.

– Estafa, pena de la estafa, estafas agravadas, apropiación indebida, nueva rúbrica «De la Administración fraudulenta», nuevo delito de administración fraudulenta y nueva falta correspondiente. Modificando los artículos 248, 249, 250 y 252 y la Secc. 3.ª, Cap. VI, Tít. XIII, Lib. II e introduciendo los artículos 254 bis y 423.5.

– Delito de «quiebra delictiva». Modificando el artículo 260.

– Utilización de signo distintivo en materia de protección de la propiedad industrial. Modificando el artículo 274.1.

– Administración desleal y encubrimiento de actividades económicas ajenas por administradores de entidades sociales. Modificando el artículo 295 e introduciendo un nuevo artículo 297 bis.

– Fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos específicamente destinados a la comisión de los delitos «contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social» (Tít. XIV, Lib. II). Introduciendo de nuevo ap. 2 en el artículo 310.

– Maltrato de animales domésticos. Modificando el artículo 337.

– Posibilidad y límites de atenuar la pena en delitos de tráfico de drogas. Introduciendo un nuevo párr. segundo en el artículo 368.

– Falsedad en documento público, oficial o mercantil por particular y utilización y tráfico de documento de identidad falso; falsificación por particular, uso y tráfico de certificaciones falsas; nueva rúbrica «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje» y nuevos delitos de falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, tenencia para la distribución o el tráfico y utilización de tarjetas o cheques falsificados y uso por quien no está legitimado de documento, despacho, certificación o documento de identidad auténticos. Modificando los artículos 392 y 399 e introduciendo una nueva Secc. 4.ª en el Cap. II, Tít. XVIII, Lib. II y nuevos artículos 399 bis y 400 bis.

– Ayuda, mediante las conductas a que se refiere el que sería nuevo artículo 297 bis, a las personas físicas integradas en una jurídica suspendida o disuelta, a continuar sus actividades, como modalidad de encubrimiento; excepción, por actuación del Ministerio Fiscal, a condición de procedibilidad en acusación o denuncia falsas; e influencia sobre intervinientes en procedimiento penal como modalidad de obstrucción a la justicia. Introduciendo un nuevo artículo 451 bis y modificando el ap. 2 del artículo 456 y el ap. 1 del artículo 464.

– Penas correspondientes, por razón de los sujetos, a los delitos de asociación ilícita del artículo 515.1.º y 3.º a 5.º: agravación de la de privación de libertad. Modificando el artículo 517.

El A/08, por su parte, no solo parece empeñado en ruborizar al P/07 por lo que hizo, al rechazar tantas de las modificaciones que lo componían, sino que también le enmienda la plana por lo que dejó de hacer, al pretender reformar el Código en terrenos en que aquél no se adentraba.

Pretende reformar la «parte especial» del Código, en efecto (y recuerdo que únicamente me referiré a aquello en lo que se da un disentimiento completo entre ambos textos), en relación con temas como, por ejemplo, los siguientes: trata de seres humanos; libertad sexual; legitimación de bienes; derechos de los trabajadores; recursos naturales y medio ambiente; protección de la fauna; radiaciones ionizantes; riesgos por explosivos y otros agentes; administración de justicia; depósitos de armas o municiones; terrorismo; protección de personas y bienes en caso de conflicto armado; delitos contra la comunidad internacional; o piratería.

El panorama de modificaciones varía sustancialmente respecto al del P/07, incluso en los pocos casos en que coinciden las materias genéricamente consideradas, pues las que se propugnan en 2008 son distintas de las que se preconizaban el año anterior. Un horizonte de legislación, por tanto, que prescinde olímpicamente de su antecedente inmediato. En ocasiones administrándole en la Exposición de Motivos, sin citarlo, un correctivo en toda la línea.

Así, por lo que concierne a la «trata de seres humanos», respecto de la que el A/08, tras indicar implícitamente en su motivación que el P/07 había omitido algo de realización «imprescindible» en relación con su tratamiento actual «a todas luces inadecuado», patrocina las introducciones en el Libro II del Código penal de un nuevo Título VII bis (con esa rúbrica) y, dentro él, un también nuevo artículo 177 bis relativo a las conductas típicas, irrelevancia del consentimiento de las víctimas, reglas concursales y validez de las condenas de los tribunales extranjeros a efectos de reincidencia (9).

– Salvedad de que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español, en la equiparación de las condenas extranjeras a las sentencias españolas a efectos de reincidencia en materia de terrorismo. Modificando el artículo 580.

(9) Además de al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas para «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores»; capítulos que, sin embargo, no aparecen en el nuevo Título *in fieri*. En el sentido que apunto en el texto, la E. de M. (p. 9) dice sobre este asunto: «El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos».

O por lo que se refiere a la libertad sexual:

El P/07 se encaminó a modificar los artículos 181.5, 187, 188.3 y 4, más un nuevo apartado 5, 189.1.a), 3.b), con el añadido de un nuevo subapartado g), y 8, así como, por último, el artículo 190. Salvo este último (cuya modificación no acogería el A/08), que tiene alcance general a todos los delitos contra la libertad sexual, los demás tratan de la libertad sexual de menores o incapaces.

Pues bien, el A/08 no contiene ninguna propuesta de modificación que coincida plenamente con las del P/07.

Coincide parcialmente: respecto a la modificación del artículo 187 (inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de menores e incapaces), en las redacciones de todos sus apartados, excepto la del 2 (relativas a menores de trece años), donde las penas son distintas y, además, mientras el P/07 incluye alternativa-mente la puesta en peligro del «menor» de edad aún mayor de trece años o del «incapaz», el A/08 no indica tal alternativa; respecto a la modificación del artículo 188 (determinación a la prostitución), en la de los apartados 1 y 5, mientras que difieren las respectivas redacciones de los 2, 3 y 4, en las cuales en unas ocasiones las conductas incriminadas son las mismas mientras que en otras no (el A/08 pretende la agravación por la «puesta en peligro dolosa o por imprudencia grave» de «la vida o salud de la víctima» y el P/07 no) y en todos los casos varían las penas; y finalmente respecto a la modificación del artículo 189 (exhibicionismo y pornografía en relación con menores o incapaces), coinciden los apartados 8 y se diferencian todas las penas, siempre mayores en el A/08, y las conductas a que se refieren los apartados 1.a) y b) de este último que amplían las del 1.a) del P/07 (al incluir la conducta de «captar») y las del 1.b) del Código (al incluir la conducta de «ofrecer»; el P/07 no contenía esta modificación).

Por último y en consecuencia, el A/08 se diferencia por completo del P/07 en las modificaciones e inclusiones que patrocina para los artículos: 178 (agresión sexual); 180.1.3.^a (agresión sexual agravada); 181.5 (abusos sexuales sobre menores de trece años en el marco de una organización delictiva) pretendida por el P/07 y no acogida por el A/08 que, en lugar de ello, patrocina que el apartado 4 de dicho artículo pase a ser el 5 y la modificación de sus apartados 2 (abusos sexuales en todo caso no consentidos) y 4 (abusos sexuales con acceso vaginal, anal o bucal); 182 (abuso sexual con engaño); 183 (atentados contra la «indemnidad sexual» de menores); y 192.2 (inhabilitaciones especiales para responsables de menores o incapaces, dentro de las disposiciones comunes al Tít. VIII, Lib. II, CP).

Todo ello lo antecede el A/08 con una motivación sobre el asunto donde, en primer lugar, se afirma que «se procede a la incorporación en el Título VIII del Libro segundo del Código penal del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores». Afirmación que, sin embargo, no se materializa más adelante en el texto prenormativo: de este modo abandona su idea inmediatamente precedente, cuya plasmación implícitamente se echa de menos en el P/07, de que existe «la necesidad de realizar una reforma de los delitos contra la libertad sexual donde se lleve a cabo la tipificación de las conductas sexuales que afecten a los menores de forma separada de la regulación propia para los adultos», lo que «permitirá ajustar las penas con más exactitud, reflejando así el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas, ya que mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación de la sexualidad del menor».

Sin necesidad de otros detalles, se comprende ya que el galimatías está servido. Y, de nuevo, requiere que se den respuestas a interrogantes como estos: ¿tanto se equivocó el P/07?, ¿por qué?, ¿que ha ocurrido en el corto plazo que le separa del A/08, es decir que no existiera antes, para que se marquen con él tantas diferencias? (10)

(10) Preguntas, estas y otras de similar sentido, que lo mismo se pueden formular respecto a la «trata de seres humanos», antes aludida, que reiterarse en lo concerniente estas otras modificaciones del Código penal pretendidas por el A/08, que realmente rectifican el P/07:

- Legitimación de bienes de origen delictivo y ayuda a los responsables en la elusión de responsabilidades. Modificando el párr. 1.º del artículo 301.1.
- Determinación o favorecimiento de la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando otro engaño semejante. Modificando el artículo 313.
- Terceras modalidades de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Modificando el artículo 328.
- Conductas que atentan contra especies animales amenazadas. Modificando el artículo 334.1.
- Exposición a radiaciones ionizantes. Modificando el artículo 343.
- Riesgos por explosivos y otros agentes capaces de causar estragos. Modificando el artículo 348.1 y 3.
- Encubrimiento mediante ayuda a los supuestos responsables de determinados delitos [modificando el artículo 451.3.º a)] y quebrantamiento de penas o de medidas cautelares o de seguridad específicas, como consecuencia de la ampliación del quebrantamiento de pena de libertad vigilada del que sería nuevo artículo 49 bis y de la remisión de su apartado 6 (modificando el artículo 468.2).
- Depósitos de armas o municiones: introducción de referencia expresa a minas antipersonas y de la conducta de no destruir las armas o minas antipersonas infrin-

Como se puede comprobar sobre lo que queda expuesto, la comparación entre los textos del P/07 y del A/08, así como la que puede imaginarse entre los trabajos conducentes al primero y los que han llevado a la formulación del segundo, muestran una política penal errátil al servicio de una errátil política criminal. Por decirlo con suavidad.

Al tiempo de escribir estas líneas un comentarista político (11) hacía la siguiente consideración: «La deliberación es un componente esencial de la política democrática, difícilmente compatible con la exaltación y con los estados emocionales de la opinión pública. En este país hay una tendencia creciente a actuar a golpe de acontecimiento, que es lo más contrario al razonamiento democrático. Hay un crimen execrable, inmediatamente el Gobierno o la oposición propone endurecer el Código Penal; hay una decisión judicial que no gusta, siempre aparece alguien para exigir que se cambien las leyes. Por este camino, acontecimiento tras acontecimiento, España se va convirtiendo en un país altamente represivo, con un crecimiento imparable de la población penitenciaria». A la que más adelante añadía: hay «síntomas de algo muy preocupante: la conversión de nuestra democracia en una democracia corporativa –en que los gremios y las grandes compañías pesan de modo determinante sobre la política– y populista –que es la huida hacia delante de los gobernantes ante el poder corporativo».

¿Cuánto hay de esto, o de ideas similares, detrás del Proyecto y del Anteproyecto de modificación del Código penal de los dos años inmediatamente pasados? Con seguridad mucho. Como ratifica la concor-

giendo tratados o convenios internacionales. Modificando los artículos 561.1.º y 3.º y 567.1 y 2.

– Delito de provisión o recolección de fondos destinados a la comisión de delitos de terrorismo, a financiarlo o a financiar actos terroristas, bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. Introduciendo un nuevo artículo 576 bis.

– Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, del Capítulo III, Título XXIV, Libro II. Introduciendo los aps. 8.º y 9.º en el artículo 611, modificando el artículo 612.3º y 4º e introduciendo en él los aps. 8.º a 10.º, y modificando los artículos 613 y 614.

– Disposiciones comunes del Título XXIV, «Delitos contra la Comunidad Internacional», del Libro II: penas de inhabilitación añadidas, con excepciones, respecto a estos delitos y a los comprendidos en el anterior y condiciones para apreciar la existencia de obediencia debida en relación con los comprendidos en el Capítulo III del Título XXIV. Modificando el artículo 616 e introduciendo un nuevo artículo 616 ter.

– «Delito de piratería» y tipos y penas correspondientes. Introduciendo un nuevo Cap. V en el Tít. XXIV del Lib. II y dos nuevos artículos 616 quáter y 616 quinquies.

(11) RAMONEDA, Josep, «Corporativismo y populismo», en *El País* de 26 de diciembre de 2008, p. 11.

dante opinión de un cualificado penalista, expresada poco después en otro medio (donde adicionalmente subraya la incidencia de los «nuevos gestores de la moral colectiva» y de los media, en el populismo de las políticas criminal y penal gubernamentales) (12).

Pero si lo dicho sobre ambos no es nada bueno, todavía cabe destacar algo en particular de cada uno de ellos, y común a los dos, que los empeora. A lo que me referiré bajo el siguiente epígrafe.

II. LAS DISCUTIBLES Y ANTOJADIZAS PROPUESTAS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DE RESPONSABILIDAD PENAL DIRECTA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A) Un reconocimiento no obligatorio

En su Artículo único, Segundo, el A/08 preconiza una concreta modificación del Código Penal mediante la introducción en él de un artículo 31 bis, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. En todos sus términos coincide su redacción con la del también artículo 31 bis patrocinado por el P/07 (13).

(12) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. «La insoportable gravedad del Código Penal», I y II, en *El Mundo* de, respectivamente, 22 y 23 de enero de 2009, páginas, correspondientes, 17 y 19 [remitiendo el presente estudio para su publicación, llega a mis manos por cariñosa deferencia de su autor el libro del maestro Gimbernat, *Estado de Derecho y ley penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2009, en cuyas pp. 211-216 recoge unificado su artículo en dos partes que acabo de citar]. Sobre la influencia de los *media* en la creación de la ley penal, demostrativa de lo que Julián Ríos (cit. por ALTOZANO, Manuel, «Cuando la ley se hace a golpe de escándalo», en *El País*-Sociedad, de 11 de noviembre de 2008) ha denominado «populismo punitivo»; v. el artículo de M. Altzano acabado de indicar y el comentario, bajo el mismo título, aparecido en CrimiMedia, <http://crimimedia.uab.cat>, ambos relacionados precisamente con el A/08.

(13) Entre el P/07 y el A/08, se produjeron elecciones generales. El partido que las ganaría, el PSOE, incluyó en su programa electoral el siguiente compromiso: «Estableceremos la responsabilidad penal para las personas jurídicas». Según el coincidente artículo 31 bis:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad.

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.

Los veleidosos prelegisladores gubernamentales, aun produciendo esta y otras coincidencias en ambos documentos, han mutado considerablemente, como queda expuesto, muchos de sus otros contenidos. Comenzando, en lo que ahora interesa, por las justificaciones mismas de estos artículos 31 bis en las respectivas exposiciones de motivos (14).

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas. 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 eximentes de la responsabilidad penal o de circunstancias que la atenúen o agraven no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de los que se dispone en el apartado siguiente.

4. Serán 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 declarar su responsabilidad.

c) Haber reparado o disminuido sus efectos en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del juicio oral el daño ocasionado 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 se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades».

(14) Así, en la E. de M. del P/07 (pp. 3, 1.^a y 2.^a cols., y 4, 1.^a col.), se decía:

«[...] Incide luego la reforma en el importante problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya regulación penal encierra importantes dificultades generadas, como fácilmente se comprende, por el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*. Pero la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco, como son por ejemplo las DM 2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68, obliga a superar esa dificultad procurando además el máximo respeto a las garantías acumuladas por el derecho penal de la culpabilidad. En este delicado problema convergen, además, unas dificultades de carácter técnico o dogmático, que se enfrentan a una palpable necesidad político-criminal, que, compartida por el resto de países de nuestro entorno ha dado lugar a las mentadas resoluciones. La coincidencia internacional en lo ineludible de que los sistemas penales acogieran esa clase de responsabilidad, ha venido impuesta, como fácilmente se puede comprender, especialmente por la necesidad de robustecer el marco jurídico en que se puede desarrollar con eficacia y garantía el principio de

Sin embargo, ambas arrancan con el señalamiento de un mismo *Leitmotiv*. De inicio, se dice en la del P/07 que «la satisfacción de las obligaciones [*sic*] dimanantes de un amplio abanico de Decisiones

libre empresa, que ha de desarrollar su eficacia en un espacio que supera ampliamente el marco territorial y económico de los Estados. Esa razón de origen explica, por demás, que se haya excluido del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos.

A esa nueva especie de responsabilidad había que dotarla, como es lógico, de especiales garantías. Ante todo, descartando la posibilidad genérica de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en cualquier clase de delito, en favor de un sistema de incriminación específica, indicando en una serie de figuras delictivas que se admite la eventual comisión por una persona jurídica. Esa estricta selección, con la que se da estricto cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia, ha recaído sobre delitos de indudable trascendencia en los que es fácilmente imaginable la presencia de una persona jurídica en su dinámica comisiva, lo que explica la exigencia de una responsabilidad a éstas. Por otra parte, y frente a otras personas físicas o jurídicas que puedan sufrir el perjuicio, la garantía de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los concretos y explícitos casos en que se prevé su posible exigencia, no pueda ser burlada por el fácil camino de la desaparición, y, para impedirlo, se da una nueva redacción al artículo 130 añadiendo un apartado que, además de declarar la irrelevancia a estos efectos de su disolución encubierta o meramente aparente, dispone que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, con las que se fusione o las que la absorban o aquellas que resulten de su escisión.

Muy claro ha de quedar entendido que esa responsabilidad no pretende ni puede sustituir, ocultar, empañar, o diluir la de las personas físicas. El sistema que se presenta tiene unas características marcadas, cuya primera condición es no reducir la responsabilidad de la persona jurídica al papel de simple pagadora de la multa impuesta a los administradores, respuesta llena de dificultades procesales que venía dando el párrafo segundo del artículo 31, que por eso se suprime. La responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que las gobiernan o por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas realicen los hechos porque así se les indique o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, prescindiendo de la específica concreción y medida de la responsabilidad penal de los subordinados, que no atañe a la de la persona jurídica. La fuerza del factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física.

Como es lógico, esas penas imponibles a las personas jurídicas han de ser modulables: gravemente desigual sería la regulación de la responsabilidad penal de éstas si, como acontece con la de las personas físicas, no se previera también un régimen de aminoración o agravación de esa responsabilidad. A tal fin se establecen una serie de causas de atenuación que giran en esencia sobre la valoración positiva de la reparación del daño y de la adopción de medidas eficaces para prevenir los que en el futuro pudieran causarse desde ellas. La agravación, lógicamente, se produce cuando las conductas delictivas se repiten.

Marco [...] obliga [*sic*] a superar [...] el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*»; a lo que mas adelante se añade que con el procedimiento de modificación proyec-

Una objeción central a la posibilidad de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaba ciertamente en la incapacidad de éstas para soportar unas reacciones jurídicas, como son las penas, que se concibieron para personas físicas. Esa imposibilidad estaría fuera de duda si se pretendiera extender sin matiz alguno un sistema punitivo así caracterizado; mas eso no sucede cuando, como se ha expuesto, el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan. Las sanciones penales que entonces se contemplan para esas personas jurídicas, parten de esa realidad y obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajeneidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés –por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones– de modo que no hayan de afectar en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos. Es desde esa óptica como han de comprenderse las diferentes sanciones que con el nombre de penas se contemplan».

Con leve menor amplitud en la E. de M. del A/08 (pp. 1 *if.*, 2 *ip.* y 6-8), se dice en cambio:

«[...] la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa viene determinada por la existencia de compromisos internacionales. Es el caso, entre otros, de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, [...].

Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...) que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas de información...).

Esa responsabilidad, predicable de las asociaciones, las fundaciones y las sociedades, quedando excluidos de la misma el Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos, únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea. Para los demás casos, el nuevo artículo 129, que antes regulaba las consecuencias accesorias, abre la posibilidad de que las medidas del artículo 33.7 puedan acordarse con carácter preventivo para cualquier organización, con o sin personalidad jurídica, siempre que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quienes dirijan o controlen la actividad de la organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por aquellos.

Para la fijación de la responsabilidad a las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía pues, junto a la imputación de aquellos delitos cometidos por su cuenta o en su provecho por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre los que ostentan dicho poder de representación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que exista o no responsabilidad penal de la persona física. Consecuencia de ello ha

tado «se da estricto [*sic*] cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia». Por su parte, la del A/08 comienza por decir que «[...] la necesidad [*sic*] de llevar a cabo una reforma legislativa viene determinada [*sic*] por la existencia de compromisos internacionales», a lo que inmediatamente agrega: «Es el caso, entre otros, de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», respecto de la que entiende que: «Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...) que demandaban una respuesta penal clara [...]».

Algo más matizadamente se ha dicho en doctrina que «las directrices de política-criminal internacional, y en particular europea, se enderezan a la introducción en los ordenamientos estatales de esa nueva forma de responsabilidad criminal [sc. de las personas jurídicas]. De manera paulatina, ... se han ido sucediendo Decisiones Marco de la Unión Europea, que confluyen [sc. con otros «pronunciamientos [...] de carácter internacional»] en la misma apuesta polí-

sido suprimir el actual párrafo segundo del artículo 31 que hacía responsable, de manera directa y solidaria, del pago de la multa impuesta a la persona física a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

Se concreta todo un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas donde se añaden a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos ...) la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Para la aplicación de las penas y teniendo en cuenta los distintos factores que pueden confluír se opta por conceder amplio arbitrio al Juez si bien se le aconseja observar, en la medida de lo posible, las reglas generales establecidas al respecto.

Se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que le fueren impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquella o la estabilidad de los puestos de trabajo, así cuando lo aconseje el interés general.

Además, se regulan diversos supuestos que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del año y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este apartado relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y al objeto de evitar que la misma pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, y para los otros supuestos se traslada la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión.

Por último, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito cometido por una persona jurídica, se siguen las reglas generales aunque se prevé expresamente el cumplimiento de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos».

tico-criminal», que anuncia «el cercano ocaso del brocardo *societas delinquere non potest*» (15).

Que existen los instrumentos jurídicos más o menos vagamente aludidos en estos lugares, no admite duda. Que, además, de ellos derive la «obligación» (también expresada como «cumplimiento de nuestros compromisos europeos») o que «determinen la necesidad» de proceder a la reforma legislativa en los términos en que proponen los dos textos gubernamentales de referencia, es harto dudoso.

Para comprobar hasta qué punto, que según veremos alcanzará la crisis, creo que lo mejor es procurar responder a esta triple pregunta: ¿Cuales son, en qué consisten y cómo se manifiestan esas normas supranacionales? Unas normas ante cuyos mandatos armonizadores se quiere hacer ver que, en señal de respeto y acatamiento, han de doblar sus cervices aquiescentes las medidas «legiferantes» del Gobierno, precisamente –y este es el núcleo del asunto, como queda anticipado– del determinado modo que a través de ellas se pretende establecer en el ordenamiento penal español.

Respecto a la primera cuestión, la Exposición de Motivos del P/07 habla de «un amplio abanico de Decisiones Marco» e indica, simplemente «como ejemplo», las «2005/667, 2005/222, 2004/757, 2004/68» (16). La del A/08 (17), todavía de manera más escueta, se limita a aludir a que son «numeroso los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...)» los que conducen a la reforma que patrocina.

Puede discutirse, pero me parece que tanto la trascendencia de esta o de la anterior e igual modificación que se quiere o se quiso conseguir, cuanto el respeto por la seguridad jurídica, siempre necesaria en cualquier rama del Derecho pero particularmente exigible y extremada en la penal, habrían requerido una mayor y mejor explicitud (18) a la hora de señalar tan poderosos instrumentos afirmados como generativos.

(15) MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», en Álvarez García, F. J. (Dir.), el mismo, Manjón-Cabeza Olmeda, A. y Ventura Püschel, A. (Coords.) y otros, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 47-48 *i.p.*, entrecomillado en el original.

(16) P. 3, 1.^a columna. Decisiones marco repetidas salvo la primera, con mayor detalle pero también como «entre otras», por MORALES, «La responsabilidad», cit., p. 48, nota 2. V. su cita completa y más precisa en mi artículo «Algunas determinaciones y condiciones constitucionales de las penas», en C. García Valdés, A. Cuerda Riezu, M. Martínez Escamilla, R. Alcacer Guirao, M. Valle Mariscal de Gante (coords.) y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, 2008, p. 544, nota 49.

(17) Página 6.

(18) Más diligente que la reproducida E. de M. se mostró el Informe CGPJ/06, pp. 5-6, que, «en este mismo contexto», añade al elenco de aquella «las siguientes dis-

La aparentemente indefinida magnitud de la abundancia de estas «Decisiones» no debe sin embargo abocar a una búsqueda por cuenta propia, en mayor o menor grado fatigosa. Pues, providente al cabo, la autoridad ministerial desvela en otro lugar (aunque no oficial) que la cuantía de los instrumentos internacionales y de la Unión Europea tomados expresamente en cuenta, no es apabullante; y, si bien con alguna imprecisión adicional, por fin los facilita (19). Son, se nos dice, «diversas Decisiones marco», a saber: «2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques a los sistemas de información»; «2003/568/JAI del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado»; 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de los delitos y penas aplicables en el ámbito del tráfico de drogas»; «2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil»; y «2001/413/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo». A las que deben sumarse, se añade, «diversos Convenios internacionales», aunque tan solo alude a uno: «señaladamente el Convenio OCDE relativo a la lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 17 de diciembre de 1997».

El «amplio abanico» al que aludía la Exposición de Motivos del P/07 –al que se refiere el catálogo acabado de transcribir– no parece construido con demasiadas varillas. Y, por seguir con la metáfora, así

posiciones: Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro. Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo. Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares. Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea».

(19) V., del a la sazón Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., «La Legislación Penal Europea y las obligaciones que genera. El modelo de integración o armonización: Tercer Pilar, Directivas y Decisiones Marco», en Álvarez, F. J. (Dir.) y otros, *La adecuación...*, cit., pp. 21 i.f.-22 i.p.

formado acabará manifestando su endeblez y consiguiente falta de utilidad funcional: como espero demostrar.

Pese a ser sobradamente conocido, y ya que son más las citadas y relativamente novedosas –aunque previsiblemente en trance de periclitar (20)–, corresponde indicar ahora como paso intermedio de la indagación en curso, en qué consisten estas «Decisiones Marco». Lo que, en principio (21), resulta fácil:

Conforme al artículo 34.2 del Tratado de la Unión Europea: «El Consejo dispondrá y fomentará [...] la cooperación pertinente para la consecución de los fines de la Unión. A tal fin, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión, el Consejo podrá, por unanimidad: [...] b) adoptar decisiones marco para la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Las decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo».

Despejada pues la segunda de las cuestiones planteadas, procede a continuación tratar de hacer lo propio con la tercera y última: la que versa sobre cómo se manifiestan aquellas decisiones marco en relación con el problema que nos ocupa, esto es, el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Avanzaré sobre este extremo que estoy de acuerdo con la afirmación, referida al conjunto de las decisiones marco que afectan a la materia en estudio, según la cual: «Obviamente, la responsabilidad de las personas jurídicas a que aluden estos instrumentos no es necesariamente penal y puede ser simplemente de orden administrativo» (22).

(20) Su lugar lo ocuparán directivas a tenor del artículo 2.67 del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 (publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 306, de 17 de diciembre de 2007, versión en español, p. 65), conforme al que se sustituirá el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea por, entre otros, el artículo 69.B.2. Cf. DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Capítulo Quinto. Armonización penal en la Unión Europea», en Arangüena Fanego, Coral y Sanz Morán, Ángel José (Coords.) y otros, *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 163-167, en especial p. 166.

(21) No lo es en muchos aspectos ulteriores: V. DE LA CUESTA, «Capítulo Quinto. Armonización», cit., pp. 153-167.

(22) DE LA CUESTA, «Capítulo Quinto. Armonización», cit., p. 146. A lo que sin solución de continuidad añade (entrecomillado y cursivas en el original): no obstante, en España, el Proyecto de Reforma del Código Penal publicado el 15 de enero de 2007 se refería a «la satisfacción de las obligaciones dimanantes de un amplio abanico de Decisiones Marco» como fundamento para su propuesta de abandono por parte del Derecho Penal Español del principio *societas delinquere non potest* y la regulación proyectada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis y 33.7).

A lo que agregaré que asimismo esta responsabilidad puede ser penal y, sin embargo, no materializarse en penas ni consistir en aquello que el P/07 y el A/08 proponen (23), sin que ello signifique desatender las normas supranacionales antes reseñadas (24).

Realmente es obvio que absolutamente nada en tales normas obliga a proceder como pretenden esos dos textos prelegislativos. Pero lo mismo la índole artificiosa de los planteamientos al respecto presentes en sus exposiciones de motivos que la entidad de lo proyectado en ambos, merecen una exposición más detenida en que apoyar las anteriores aseveraciones.

Comenzaré esta exposición con el examen de lo que establece en relación con el objeto del presente estudio el Convenio de la OCDE, de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (25), que en último y solitario lugar se invoca en el elenco de normas supranacionales antes reseñado.

Su artículo 2, bajo el título «Responsabilidad de las personas jurídicas», dice: «Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero». Pues bien: de una parte, lo que en este momento resulta

(23) Como ya he sostenido en otros lugares: V., p. ej., mis artículos «Algunas determinaciones», cit., pp. 543-544 y «Las actuaciones en nombre de otro», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, 1984, pp. 32-36 i.p.

(24) El *Informe CGPJ/06*, tras analizar esas normas supranacionales, dice: «La conclusión que se extrae de todo anterior es que –con las excepciones por delitos de terrorismo (DM 2002/475/JAI) y de trata de seres humanos (DM 2002/629/JAI)– el Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, las personas jurídicas puedan *ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades* por determinadas infracciones de naturaleza penal y que pueden serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o administrativa. La imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal». A lo que más adelante, después de exponer la actual legislación penal española sobre la materia, añade: «Hasta la fecha, no se tiene constancia de que la Unión Europea haya dirigido al Estado español interpelación u otra actuación que ponga de manifiesto que la regulación que ha quedado reseñada no satisface las exigencias del Derecho Comunitario vigente». En el mismo sentido se manifiesta el propio Consejo en la página 5 de su informe de 26 de febrero de 2009 al A/08 (en adelante, *Informe CGPJ/09*).

(25) Hecho en París el 17 de diciembre de 1997; Instrumento de ratificación de 3 de enero de 2000 (*BOE* núm. 46, de 22 de febrero). Este y los demás textos a que me referiré después pueden encontrarse también en ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTÍN, Adán (Dirs.) y otros, *Código de Derecho Penal Europeo e Internacional*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 2008.

conforme con los principios jurídicos españoles es lo que encierra en la actualidad el clásico enunciado *societas delinquere non potest*; de otra parte, el Convenio obliga a las partes a establecer una responsabilidad que no califica. Más aún, según su artículo 3.2: «En caso de que, según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal, incluidas las sanciones pecuniarias, por la corrupción de agentes públicos extranjeros».

Así las cosas, tal responsabilidad ciertamente puede expresarse en penas; en cuyo caso habría que proceder a desterrar del ordenamiento español el significado y consecuencias del enunciado que acabo de señalar e introducir *ex novo* normas que explícitamente la prevean: ello es lo que pretendió el P/07 y ahora pretende el A/08. Pero en los términos del Convenio resulta perfectamente factible que esa responsabilidad sea de otra índole en el ámbito del Derecho sancionador: como ya he apuntado, administrativa o penal no consistente en penas.

Al margen de lo que ya presenta u ofrece la primera de estas posibilidades, —que no será objeto de consideración detenida en este trabajo pero sobre la que conviene advertir que, de resultar bastante, haría superfluo en términos constitucionales recurrir a la segunda—, precisamente la segunda de esas dos vías es la escogida para el tratamiento de aquella modalidad de corrupción por el artículo 445.2 del Código penal. El cual, en efecto, remite al 129 por medio del que se establece la facultad judicial de imponer a entidades sociales, para prevenir la continuidad delictiva y sus efectos, determinadas medidas concebidas como consecuencias accesorias de la pena impuesta a la persona física que hubiere actuado delictivamente en su nombre o a través de una de ellas. Algo, por lo demás, que preexistía al artículo 129, establecido por el Código penal de 1995, de acuerdo con las previsiones de determinadas normas de las «partes especiales» de los códigos penales precedentes respecto de los mismos u otros delitos; y algo que contemporáneamente a la inclusión de este artículo en la ley punitiva también se produjo mediante el reenvío a él, explícita o implícitamente, desde las conminaciones legales de unos terceros (26).

A mi juicio, esta política penal satisface cumplidamente las obligaciones emanadas del Convenio, atiende suficientemente las necesi-

(26) V. mi artículo «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal», en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., ROMEO CASABONA, C.M., GRACIA MARTÍN, L. e HIGUERA GUIMERÁ, L.F. (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1115-1128.

dades político-criminales que llevaron a la formulación de su artículo 2, se somete al principio inspirado en la Constitución de intervención mínima del Derecho penal, resulta más adecuada y carece de sus inconvenientes que la observada por el A/08 y el P/07, además de proporcionar más garantías que el artículo 31 bis proyectado por estos; todo ello sin perjuicio de que los evidentes defectos de que adolece el actual artículo 129 del Código deban ser corregidos mediante su reforma (27). Pero a lo que ahora tan sólo acabo de apuntar me referiré, con mayor alcance y detalle, bajo los siguientes epígrafes.

Lo pertinente en este momento es comprobar si lo hasta aquí dicho respecto al reseñado Convenio de la OCDE, se confirma o se refuta por las decisiones marco europeas –asimismo más atrás indicadas– y si supone incumplir las obligaciones que, con arreglo al artículo 34.2 del Tratado de la Unión Europea, implican para los Estados miembros como implícitamente parecen sugerir las exposiciones de motivos del A/08 y del P/07.

En cuanto a lo primero, hay que decir que tales decisiones marco se desenvuelven en la misma línea del Convenio. Efectivamente todas ellas incluyen sendos artículos de contenido similar (28) del que, por lo que aquí interesa, deben destacarse dos rasgos. El primer artículo se refiere a la exigencia de una responsabilidad a las personas jurídicas que no califica y que, por tanto, en lo que atañe al Derecho sancionador puede consistir bien en la imposición de penas, bien en la de medidas penales distintas de las penas o bien en sanciones administrativas. El segundo artículo se refiere a unas «sanciones» previstas para los correspondientes ilícitos, que ni expresamente denomina penas, ni por su naturaleza

(27) Sobre este y algunos de los otros asuntos acabados de aludir, v. mi artículo «Las consecuencias», pp. 1128-1148.

(28) «Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo», *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, L 149/1 y ss., (versión en español), de 2 de junio de 2001, artículos 7 y 8. «Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 192/54 y ss. (versión en español), de 31 de julio de 2003, artículos 5 y 6. «Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 13/44 y ss. (versión en español), de 20 de enero de 2004, artículos 6 y 7. «Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 335/8 y ss. (versión en español), de 11 de noviembre de 2004, artículos 6 y 7. «Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información», *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 69/67 y ss. (versión en español), de 16 de marzo de 2005, artículos 8 y 9.

implican que deban ser consideradas penas; señalándose incluso respecto a las de multa que pueden tener «carácter penal o administrativo», con el agregado en cuatro de las cinco decisiones traídas a colación de que las consecuencias jurídicas podrán ser «sanciones o medidas».

Consiguientemente, ninguna de estas decisiones marco «obliga a superar [...] el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*», ni es cierto que con el proyectado artículo 31 bis «se da estricto cumplimiento a nuestros compromisos europeos en esta materia» (E. de M. P/07) (29), pues caben otras maneras de cumplirlos y de hacerlo estrictamente. En el mismo sentido tampoco es correcto dar a entender que «la necesidad de llevar a cabo una reforma legislativa viene determinada por la existencia de compromisos internacionales», que en el caso que nos ocupa debe suponer «la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en los términos de ese artículo, como sola «respuesta penal clara» a los «numerosos instrumentos jurídicos internacionales» que la «demandaban» (E. de M. A/08).

En cuanto a lo segundo, en algunos de los casos concernidos por las indicadas decisiones marco (explotación sexual de niños y pornografía infantil o tráfico ilícito de drogas) el Código penal (arts. 189.8 y 369.2) ya prevé la imposición a entes sociales de medidas penales no consistentes en penas, bien directamente o bien mediante el señalamiento de la posibilidad de aplicar el artículo 129. Con lo que ya cumple con esas decisiones en el sentido del artículo 34.2 del Tratado de la Unión Europea. Para cumplir con las demás bastaría con hacer algo similar mediante las pertinentes reformas del Código. Eso sí, como ya he advertido, mejor si al tiempo se perfecciona y completa dicho artículo 129 con arreglo a lo que ya he indicado en otro lugar.

En definitiva, no existe un deber derivado de normas supranacionales que implique la necesidad de operar sobre el Código penal de la manera en que lo hacen el P/07 y el A/08 mediante sus propuestas de incorporar los idénticos artículos 31 bis que patrocinan. Se observa, pues, en lo que dicen sobre el particular desde sus respectivas exposiciones de motivos que, más allá del disimulo o doblez que supone la artificiosidad que cauta e inicialmente le atribuía, resulta engañoso. Lo que si malo parece siempre en una actuación gubernamental, peor debe estimarse cuando, como es el caso, se trata de una actuación des-

(29) Sobre esta afirmación que ya aparecía en el A/06, el *Informe CGPJ/06* dice: «Esta afirmación no puede ser compartida, pues hay conductas delictivas previstas en las Decisiones Marco que no se contemplan en la reforma [...], mientras que se da el fenómeno inverso al establecerse esta responsabilidad en otros delitos ajenos a las disposiciones comunitarias [...], por lo que se desconoce el criterio adoptado para la selección». En lo que insistió más adelante al ocuparse del reflejo en la «parte especial» de la responsabilidad de las personas jurídicas cuyo marco se pretendía establecer en la «general».

tinada a otra ulterior del parlamento, es decir, de las cámaras que «representan al pueblo español» (art. 66.1 CE).

B) Unas propuestas caprichosas

Por la extensión que en cada uno de los dos casos alcanzan las explicaciones dadas en esas exposiciones de motivos, fácilmente cabe imaginar que los sucesivos prelegisladores conceden a este asunto, y en ello no yerran, una gran importancia. Pese a lo cual la «nueva» responsabilidad penal no alcanza a los mismos delitos.

En parte, pero solo en una parte, ello se debe a las distintas modificaciones de la «parte especial» del Código que se pretendieron en 2007 y se han pretendido en 2008 (30), que por su magnitud «revelada» en el

(30) 1) Salvo error u omisión, los delitos a que habría alcanzado el artículo 31 bis del P/07 serían aquellos a los que se refieren los siguientes artículos, a modificar o a introducir, del Código penal (Cf. mi artículo «Algunas determinaciones» cit., p. 543, nota 45: «Conforme a una prospección rápida, acaso por ello no totalmente correcta»):

a) 162: todos los situados en el Título V de su Libro II: «Delitos relativos a la manipulación genética»; conforme a la proyectada modificación de ese artículo.

b) 189.8: todos los situados en el Capítulo V, «De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», del Título VIII de su Libro II; de acuerdo con la proyectada modificación de dicho apartado 8.

c) 264.4: los que cabría identificar como delitos de daños y otros ataques a datos o programas informáticos y sistemas de información; con arreglo del apartado 4 la proyectada modificación de ese artículo.

d) 288, párrafo segundo: todos los situados en el Capítulo XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» (incluida la nueva «corrupción entre particulares», de la proyectada, bajo esta rúbrica, como nueva Secc. 4.^a de este Cap.), del Título XIII de su Libro II; a tenor de la proyectada modificación de dicho párrafo.

e) 294, párrafo segundo: negar o impedir la inspección o supervisión administrativa en sociedades; según la proyectada modificación de dicho párrafo.

f) 297 bis: nuevo delito societario; conforme al último inciso del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

g) 302.2: «blanqueo de capitales» no cualificado por la condición personal; en alternativa con la aplicación del artículo 129, de acuerdo con la proyectada modificación de dicho apartado 2.

h) 310 bis: todos los situados en el Título XIV de su Libro II: «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»; con arreglo a la redacción del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

i) 318: todos los situados en el Título XV de su Libro II: «De los delitos contra los derechos de los trabajadores», con inexplicable exclusión de los comprendidos en el Título XV bis, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», pese a que su único artículo, el 318 bis, actualmente prevea en el último párrafo de su apartado 5 la posibilidad de aplicar el vigente artículo 129; a tenor de la proyectada modificación de ese artículo.

escaso plazo de un año ya he criticado antes. Es lo que ocurre en relación con la «trata de seres humanos», cuya incorporación al Código

j) 319.4: delitos «sobre la ordenación del territorio», con exclusión de la prevaricación específica; según la proyectada modificación de esos artículo y apartado.

k) 327: los situados en los dos primeros artículos de los dedicados a los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente»; conforme a la proyectada modificación de ese artículo.

l) 366: delitos contra la salud pública distintos de los relativos al tráfico de drogas; de acuerdo con la proyectada modificación de ese artículo.

m) 369.2.2.^a y 3.^a: delitos de tráfico de drogas agravados; aun sin remisión expresa al artículo 31 bis y siendo obligatoria solo una de las penas previstas para la «organización» y el resto potestativas, con arreglo a la proyectada modificación de dicho apartado 2.

n) 369 bis: delitos relativos al tráfico de drogas incluidos en el artículo 368; sin remisión expresa al artículo 31 bis, a tenor del último párrafo de la redacción del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

ñ) 399 bis.1, párrafo segundo: nueva incriminación de falsificación de tarjetas de crédito, debito o cheques de viaje; en alternativa con la aplicación del artículo 129, según la redacción del nuevo artículo que se proyectaba introducir.

o) 424.3: cohecho por acto contrario a deber, acto propio del cargo o retraso de acto debido, en concurso o subastas de las Administraciones o entes públicos; sin referencia expresa al artículo 31 bis, conforme a la proyectada modificación de ese artículo.

p) 430, párrafo segundo: todos los situados en el Capítulo VI, «Del tráfico de influencias», del Título XIX de su Libro II; de acuerdo con la proyectada modificación de dicho párrafo segundo.

q) 445.2: los situados en el Capítulo X, «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», del Título XIX de su Libro II; con arreglo a la proyectada modificación de ese artículo.

r) 451 bis: sin referencia expresa a los artículos 31 bis o 33.7, el texto de este nuevo artículo que se proyectaba introducir era: «Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la suspensión o disolución de una persona jurídica ayudara a las personas físicas que la integraran a continuar sus actividades realizando en su favor las actividades expresadas en el artículo 297 bis [nuevo artículo que se proyectaba introducir entre los delitos societarios, relativo a encubrimiento de actividades económicas ajenas]».

s) 520: delitos de asociación ilícita del artículo 515; en referencia al nuevo apartado 7 a introducir en el artículo 33, a tenor de la proyectada modificación de aquel artículo 520.

t) 569: depósitos de armas, municiones o explosivos; según la proyectada modificación de ese artículo.

Además, también puede observarse alguna variación específica y completa del ámbito de aplicación del artículo 129. Así:

u) 262.2: delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas, respecto de los que el P/07 proyectó la supresión de dicho apartado 2, relativo a la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129. Lo que no recoge el A/08.

2) Con igual relativismo en su reseña, el ámbito de referencia del artículo 31 bis del A/08, se compone con los delitos a que se refieren los siguientes artículos, a modificar o a introducir, del Código penal:

a) Al igual y en los mismos términos que el P/07: 189.8 [v. más atrás 1.b)]; 264.4 [v. más atrás 1.c)]; 302.2 [v. más atrás 1.g)]; 310 bis [v. más atrás 1.h)]; 319.4

surge en el A/08 y no se contenía en el P/07 (31); con el nuevo delito societario que, a través del igualmente nuevo artículo 297 bis, pretendía incorporar al Código penal el P/07 y que el A/08 no patrocina (32); con los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, a cuya modificación no se refería el P/07 y sí en cambio el A/08 (33); con la incriminación, mediante un nuevo artículo 399 bis, de la falsificación de tarjetas de crédito, debito o cheques de viaje pretendida por el P/07, que no recoge el A/08 (34); o con la pretensión de incluir en el Código, entre los delitos de encubrimiento en un artículo 451 bis a crear, la ayuda a las personas físicas integradas en una jurídica suspendida o disuelta a continuar sus actividades, mediante la práctica de las señaladas en el que habría de ser nuevo delito societario del artículo 297 bis, presente en el P/07 y ausente en el A/08 (35).

Por otra parte, como pareciera previsible, se dan coincidencias completas entre ambos textos. Así sucede respecto a ciertos «delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores», a determina-

[v. más atrás 1.j)]; 327 [v. más atrás 1.k)]; 369.2.2.^a y 3.^a [v. más atrás 1.m)]; 369 bis [v. más atrás 1.n)]; 424.3 [v. más atrás 1.o)]; 430, párrafo segundo [v. más atrás 1.p)]; y 445.2 [v. más atrás 1.q)].

b) En coincidencia parcial con el P/07, y conforme a la proyectada modificación de este artículo, el 288: todos los delitos los situados en el Capítulo XI, «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores» (incluida la nueva «corrupción entre particulares», de la proyectada, bajo esta rúbrica, como nueva Secc. 4.^a de este Cap.), del Título XIII de su Libro II; en su primera parte igual que en el P/07 [v. más atrás 1.d)], a la que añade que en los supuestos contemplados en los artículos 271 y 276, se impondrán a la organización, «bien como penas si procediera la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129», alguna o algunas de las que a continuación señala.

No integraban ese ámbito de referencia del artículo 31 bis en el P/07 y sí, en cambio, en el A/08, estos otros:

c) 177 bis: delitos relativos a «la trata de seres humanos», a incluir bajo esa rúbrica en el proyectado como nuevo Título VII bis de su Libro II; conforme al apartado 7 de ese artículo que igualmente se proyecta introducir.

d) 197.3, segundo párrafo: delitos relativos al «descubrimiento y revelación de secretos»; con arreglo a la redacción del proyectado como nuevo apartado 3 de ese artículo.

e) 318 bis.4: delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros; referido a «los delitos comprendidos en los capítulos anteriores, no hay tales capítulos en el Título XV bis del Libro II, en el que se ubica el artículo, debe referirse a «apartados», con arreglo a la proyectada modificación de dicho apartado 4.

(31) V. en nota anterior 2.c).

(32) *Ibídem* 1.f).

(33) *Ibídem* 2.e).

(34) *Ibídem* 1.ñ).

(35) *Ibídem* 1.r).

dos de daños y otros ataques a datos o programas informáticos y sistemas de información, al «blanqueo de capitales» no cualificado por la condición personal, a todos los contrarios a la Hacienda Pública y la Seguridad Social, a algunos sobre «ordenación del territorio», a los situados en los dos primeros artículos de los dedicados a los «recursos naturales y el medio ambiente», al tráfico de drogas, a varias hipótesis de cohecho, a todos los relativos al «tráfico de influencias» y a los de «corrupción en las transacciones comerciales internacionales» (36).

Pero las diferencias, de nuevo, son numerosas y llamativas: con una sola excepción en la que es parcial la discrepancia (37), en las más de las ocasiones el alcance que pretendiera otorgar el P/07 al artículo 31 bis en absoluto es acogido por A/08 (38) y, al contrario, el que en un caso le concede este último fue totalmente ignorado por el P/07 (39); por añadidura, este omitió por completo el que en una oportunidad específicamente quiere dar el A/08 al conexo artículo 129 (40). Todo esto sí resultaba imprevisible. Y denota en uno, en otro o en los dos textos una elevada irreflexión o una reflexión insuficiente a la hora de hacer las determinaciones correspondientes. En efecto:

No resulta fácil explicar que el P/07 proyectara modificar el artículo 162 del Código penal, que actualmente prevé la posibilidad de aplicar el 129 en relación con todos los delitos contenidos en el Título relativo a la manipulación genética, en el sentido de que el aplicable fuera el nuevo 31 bis, al tiempo que pretendía modificar también el 160.2, donde hoy se tipifica la fecundación de óvulos humanos con fin distinto a la procreación, para que conminase la práctica de «técnicas de clonación en seres humanos con fines reproductivos», y el A/08 no haya recogido ninguna de las dos propuestas. No entraré ahora en lo razonable o no de rechazar la modificación del artículo 160.2 (41), la cuestión que en este momento interesa es si ello también fundamenta que deba rechazarse el empleo del 31 bis *in fieri* para la totalidad (y conviene subrayar esta amplitud) de los delitos comprendidos

(36) *Ibidem* 2.a).

(37) *Ibidem* 2.b).

(38) *Ibidem* 1.a), e), i), l), s) y t).

(39) *Ibidem* 2.d).

(40) *Ibidem* 1.u).

(41) Cuya pervivencia determina que para establecer su alcance haya de realizarse una no siempre fácil interpretación a luz de las posteriores leyes 14/2006 y 14/2007. Y cuya modificación pensaba la E. de M. del P/07 (p. 6, 2.^a col.), como queda dicho, que preservaba «al sistema punitivo de una intervención injustificable en el debate sobre los usos terapéuticos y de investigación en relación con óvulos humanos».

en el Título y preferir admitir la posibilidad de hacer uso del 129, o si las razones en que se apoya esta preferencia son otras. El explicable silencio de la Exposición de Motivos del A/08 en relación con algo que pretende mantener como está y el ya no tan explicable (dado su detallismo) de la del P/07, dejan en el arcano la contestación y apuntan hacia el descuido o el comportamiento precipitoso en alguno de los casos o en los dos.

Algo muy similar puede decirse de la propuesta del P/07 de sustituir la actual posibilidad de acudir al artículo 129, en los supuestos de conductas consistentes en negar o impedir la inspección o supervisión administrativa en sociedades –prevista en el artículo 294.2–, por la de aplicar el que sería nuevo 31 bis; lo que desecha el A/08. En los dos casos la ausencia de aportación de motivos que justifiquen la opción a favor de uno u otro de esos artículos vuelve a sugerir algo, al menos, de arbitrariedad en la elección.

Lo que el P/07 y el A/08 proponen hacer con los artículos 31 bis y 129 en relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores y los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (42), evoca una poco edificante imagen de juego de rayuela entre los textos prelegislativos, que impulsan sucesivamente de una a otra agrupación legal el tejo de la modificación respectiva. El P/07 inicia la lúdica partida con una declaración altisonante (43), seguida de un primer movimiento: la propuesta de modificar el artículo 318 convirtiendo su previsión de poderse recurrir al artículo 129 en la de que se aplique el nuevo 31 bis, mientras dejaba intocado el 318 bis que, sin embargo, en el último párrafo de su apartado 5 hace una remisión similar al 129 (44). El A/08 da respuesta cumplida: antes que otra cosa lanza un manifiesto frente al proceder de su predecesor (45), y a continuación

(42) Y, por ende, con los relativos a la «trata de seres humanos», que el A/08 quiere introducir en el CP mediante un artículo 177 bis que, entre otras cosas, implicaría reformatar los dos actuales conjuntos de delitos acabados de indicar.

(43) E. de M., p. 11, 2.ª col.: «hay que destacar la importante previsión de responsabilidades para las personas jurídicas que lleguen a ser declaradas responsables penales de delitos contra los derechos de los trabajadores».

(44) «Inexplicable exclusión», dentro de la lógica del Proyecto, sobre la que ya he advertido en otro lugar: v. mi artículo «Algunas determinaciones» cit., p. 543, nota 45.

(45) E. de M., páginas 6 y 9: primero, afirmando la especial necesidad de establecer «la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en relación con «aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente», entre las que incluye la «inmigración ilegal»; después, justificando una reforma que un ciego P/07 había omitido pese a ser insoslayable («El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La sepa-

empuja la modificación hacia otro sitio: propone la aplicación del artículo 31 bis a los delitos del 318 bis (46), en tanto que deja como está el 318.

Las discrepancias completas entre ambos textos alcanzan a grupos enteros de delitos, como todos los contrarios a la salud pública que no sean tráfico de drogas (47) y todos los relacionados con los depósitos de armas, municiones o explosivos (48), a delitos que los dos coinciden en pretender reformar en los demás aspectos, como los relativos al «descubrimiento y revelación de secretos» (49), o a materias tan sensibles como las asociaciones ilícitas (50).

Y como guinda del desleído pastel que nos ofrece su comparación, también puede observarse, como queda apuntado, alguna variación específica y completa del ámbito de aplicación del artículo 129, como la que concierne a la alteración de precios en concursos y subastas públicas (51).

Se pueden calificar todavía más peyorativamente, pero creo que basta con lo expuesto sobre las dos propuestas, para concluir en la procedencia del más modesto calificativo de caprichosas del que he partido. Lo que ocurre es que esto dicho, si es que se comparte, de dos documentos sucesiva e inmediatamente aprobados por el Gobierno y dirigidos a reformar ampliamente una ley con el alcance político y social –así como económico, lo que se suele olvidar– que tiene el Código penal, torna el capricho en algo inadmisibles.

Mas es difícil encontrar algo malo que no pueda empeorarse. A ello se aplican, ahora sí con diligencia, el Proyecto y el Anteproyecto. De ello trataré bajo el epígrafe siguiente.

ración de la regulación de estas dos realidades criminológicas resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos»); finalmente, contraponiendo los respectivos ámbitos de protección y anticipando las reformas que recogerá en el texto prenormativo.

(46) Además de a la «trata de seres humanos».

(47) Respecto a los que el *P/07* formuló una aplicación del artículo 31 bis en lugar de la actual posibilidad de aplicar el 129, que no ha seguido el *A/08*.

(48) Para los que el *P/07* pretendió una mención explícita del artículo 31 bis junto a la previsión actual de disolver los entes sociales a cuyo nombre o por cuya cuenta se hubieren establecido, que tampoco recoge el *A/08*.

(49) El *A/08* patrocina incorporar la previsión de aplicar del artículo 31 bis, lo que no hace el *P/07*.

(50) En relación con las que el *P/07* quiso sustituir la referencia al artículo 129 por la previsión de imponer alguna de las penas aplicables a las personas jurídicas del proyectado artículo 33.7, lo que el *A/08* prefiere omitir.

(51) Respecto de la que el *P/07* propugnó suprimir la actual posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129, modificación que no ha encontrado acogida en el *A/08*.

III. LA FORMULACIÓN-TRAMPA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS TEXTOS PRELEGISLATIVOS

A) Las explicaciones previas

Frente a la casi asepsia descriptiva, salvo en su infectado arranque (52), con que procede la Exposición de Motivos del A/08 cuando se refiere a las normas generales que patrocina sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, la del P/07 se hace lenguas de las virtudes que adornan al (idéntico) sistema que impulsa sobre esta materia.

No solo, en efecto, también lo considera obligado como consecuencia de los compromisos internacionales contraídos por el Estado español para superar «el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*», sino que afirma que en él: «La responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos por las personas físicas» que han actuado en su nombre o a través de ellas. De manera que «el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan».

Este «factor humano» presente «en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica», tiene tanta «fuerza» –dice– que «permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física». Así –sugiere antes–, el sistema se ha proyectado «procurando [...] el máximo respeto a las garantías acumuladas por el derecho penal de la culpabilidad».

Y en cuanto a las sanciones penales que se proponen para las personas jurídicas, entiende que la «óptica» desde la que «han de comprenderse» aquellas que «con el nombre de penas» figuran en el Proyecto, es la de que «obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajenidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés –por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones– de modo que no hayan de afectar

(52) Habría que añadir, en el sentido del *Informe CGPJ/09*, pp. 19-21 *i.p.*, algún otro aspecto, que más tarde indicaré, sobre las relaciones que dice se establecerían entre los artículos 31 bis, 33.7 y 129.

en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos».

Después de ver la ristra de despropósitos que se desprende de la comparación entre el P/07 y el A/08 efectuada antes, las aseveraciones del primero respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas –que debieran valer para el segundo, pues la normativa que propone sobre la materia es idéntica–, hacen difícil sustraerse al pensamiento de que resulta demasiado bueno para ser cierto. Pronto comprobaremos lo atinado de esta aseveración mental. Y algo más: en realidad, ni es cierto lo que se afirma en la Exposición de Motivos acabada de transcribir, ni es bueno lo que se dice pretender. De esto último me ocuparé bajo otro epígrafe; de lo anterior trataré a continuación.

A este efecto creo que lo mejor es tomar como punto de partida la formulación de esta responsabilidad que hacen ambos textos prelegislativos, si bien todas las indicaciones serán de normas patrocinadas por el A/08, o ya existentes en el Código penal, como parece obvio al haber decaído el P/07.

B) Los proyectados artículos 31 bis, 33.7 y 129 y sus normas de referencia

Conforme a los apartados 1 y 5 del que sería nuevo artículo 31 bis, la responsabilidad que se trata de establecer mediante la reforma del Código recaería sobre personas jurídicas, siendo aplicables las disposiciones sobre ella a asociaciones, fundaciones y sociedades.

La relación de este artículo 31 bis con el que sería nuevo 33.7, permite hablar de una norma conjunta compuesta de un presupuesto y unas consecuencias jurídicas consideradas «penas». Estas penas son las que indicaría dicho artículo 33.7. En cuanto al presupuesto, con arreglo a los apartados 1 y 3 del artículo 31 bis se trataría de la comisión, «por cuenta o en provecho» de los mencionados entes sociales, de un hecho típico correspondiente a determinados delitos, por unas personas físicas asimismo determinadas en función de la concurrencia en ellas de alguna de las cualificaciones que el propio artículo establece.

A tenor del apartado 1 del propio artículo 31 bis (53), tales cualificaciones son las que ostentan: o quienes tuvieren en aquéllas entida-

(53) Y dicho sea en el leguaje que emplea al trasplantar –con reverencia, indolencia o ignorancia– las enrigidecidas versiones españolas de las normas supranacionales; en el caso, decisiones marco de la Unión Europea, dentro del reino de la –así

des sociales «un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad»; o quienes, «en el ejercicio de actividades sociales», estuvieren «sometidos a la autoridad» de las anteriores personas físicas y hubieren «podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control». Los hechos típicos de que se puede componer el presupuesto de la señalada norma conjunta, se configurarían así como los que caracterizan a los tipos especiales.

Como anticipaba hace un momento, respecto a la realización de estos tipos el proyectado artículo 31 bis no requeriría el añadido de ningún otro elemento del delito para que pudiera entenderse que se habría efectuado el presupuesto; pues según su apartado 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 eximentes de la responsabilidad penal [...] no excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas». Es decir, esta responsabilidad se afirmaríase aun cuando pudiera apreciarse en relación con esas personas físicas una eximente calificable como causa de justificación. Y, por supuesto, también si se tratara de una causa de ausencia de atribuibilidad.

Esos mismos hechos serían los correspondientes a tipos que expresamente remitirían al 31 bis, en atención a la fórmula que este emplea

llamada en los textos oficiales y es buen ejemplo de lo que digo— «comunitarización». Según el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 feb. 2008, p. 183: «Al verificar la incorporación de la norma comunitaria ha de optarse por los términos jurídicos más propios del ordenamiento español. En este punto, es esencial el tratamiento que se dé a la versión española —que tiene carácter auténtico— ... Es frecuente que las versiones españolas sean por lo general traducciones de los “originales”, escritos normalmente en francés o inglés, lo que puede ir en detrimento de la calidad de la traducción oficial. De ahí que no quepa sino reiterar la importancia de poner en acción los mecanismos necesarios para evitar traducciones poco esmeradas o faltas de estilo y aun sobradas de torquedad»; la reiteración a que se alude posiblemente se refiere a lo que el Informe dice en su p. 100: «La versión española de las normas comunitarias tiene carácter auténtico, pero frecuentemente es traducción de un texto, en inglés o francés, sobre el que se ha negociado. La traducción exige en ocasiones verter al idioma español unas categorías o unos términos que no tienen una correspondencia precisa en nuestro Derecho. Dados el rigor y los matices de algunos términos jurídicos y los efectos que puede provocar la alteración, aun leve, de su sentido, resulta necesario extremar las cautelas en la traducción. Ello puede exigir complementar el buen hacer de los juristas lingüistas de las instituciones europeas con el conocimiento técnico y específico de las normas sectoriales españolas con las que se ha de integrar, en el ámbito interno, la norma comunitaria»; V. sobre las trasposiciones en general pp. 176 y ss. del propio Informe del Consejo de Estado.

para determinar su alcance (solo se aplicaría en «los supuestos previstos en este Código»), que se ceñiría a un *numerus clausus* de incriminaciones (54).

Pero además el A/08, en prosecución de las malas huellas dejadas tras la creación en 1995 del artículo 129 del Código, en dos ocasiones patrocina la imposición a entes sociales de algunas de las penas prevista para ellos en el que sería nuevo apartado 7 del artículo 33, sin hacer remisión alguna al 31 bis (55). Lo que, al menos, siembra la duda sobre si lo que este establece es o no aplicable en estos casos.

Y perseverando en la mala senda emprendida, el A/08 pretende también que se impongan a una «organización delictiva» algunas de

(54) Todas ellas dolosas, salvo las del artículo 301.3, y contenidas en los siguientes artículos:

1. 177 bis (nuevo: trata de seres humanos). Según su apartado 7.
2. 189 (modificado: exhibicionismo y pornografía relativos a menores e incapaces). Según su apartado 8.
3. 197.3 (nuevo: acceso sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo).
4. 264 (modificado: determinados daños). Según su apartado 4.
5. 270 a 286 (propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores); según el artículo 288, modificado, párrafo segundo. Respecto a los tipos agravados contra las propiedades intelectual e industrial de los artículos 271 y 276, se establecería una alternativa, concebida imperativamente (se «impondrán»), entre penas, conforme al 31 bis, y medidas, «en los casos previstos en el artículo 129»; según el artículo 288, modificado, párrafo tercero.
6. 302.1 (que remite al 301, cuyo ap. 1, párr. primero, se modificaría: legitimaciones de bienes, que además pasarían a denominarse «blanqueo de capitales», por personas pertenecientes a una organización dedicada a los fines que indica dicho 301). Según su apartado 2, se establecería una alternativa, concebida imperativamente (se «impondrán»), entre penas, conforme a 31 bis, y medidas, «en los casos previstos en el artículo 129».
7. 305 a 310 (haciendas públicas y Seguridad Social). Según el que sería nuevo artículo 310 bis.
8. 318 bis (modificado: derechos de los ciudadanos extranjeros). Según su apartado 4.
9. 319 (modificado: ordenación del territorio; además se añadiría «y urbanismo»). Según su apartado 4.
10. 327 (modificado: recursos naturales y medio ambiente).
11. 428 a 430 (tráficos de influencias). Según el que sería nuevo párrafo segundo del artículo 430.
12. 445 (modificado: corrupción en las transacciones comerciales internacionales). Según su apartado 2.

(55) Tal ocurriría en relación con los hechos típicos (dolosos) previstos en estos artículos:

13. 369.1. 2.^a y 3.^a (modificado: tráfico de drogas agravados, actuales circunstancias 3.^a y 4.^a; una pena sería imperativa y otras potestativas). Según el que sería nuevo apartado 2.

las penas que prevería el nuevo apartado 7 del artículo 33, sin remitir al que sería artículo 31 bis no obstante considerar a una tal organización «como persona jurídica penalmente responsable». Lo que a la duda antes expuesta añade desconcierto a la vista de lo que el Código previene en otros lugares respecto de las asociaciones ilícitas y la aplicación a estas del artículo 129 (56).

Finalmente puede observarse un caso en el que se produciría un efecto similar a los anteriores, pero con trayectoria al revés; esto es, como consecuencia de la no modificación de una norma ya existente puesta en relación con los que serían nuevos artículos 31 bis y 33.7, a los que tampoco remitiría (57).

El A/08, por otra parte, también promueve la modificación del artículo 129 del Código. Podría entenderse que con ello completa un sistema para el tratamiento penal de la responsabilidad de las personas jurídicas. Veremos si es así.

De la coordinación de sus apartados 1 y 2 y de la remisión del primero al que sería nuevo artículo 33.7, se deriva el establecimiento de una norma conjunta con igual estructura que la descrita antes: un supuesto y unas consecuencias jurídicas.

Estas serían, como en relación con el artículo 31 bis, exactamente las mismas penas a que se referiría el 33.7 pero transmutada ahora su denominación en la de «medidas», esto es, una y la misma cosa con dos nombres (58). A diferencia de la norma resultante de relacionar esos dos artículos, estas consecuencias no se preverían imperativa sino facultativamente («podrá») y se impondrían a «asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas», con la finalidad de «prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma».

El supuesto consistiría en que unas determinadas personas físicas cometiesen cualquier delito, pues se suprimiría del actual artículo 129 la expresión «en los supuestos previstos en este Código».

Sin coincidir de nuevo con lo que establecería el artículo 31 bis, tales personas serían ahora: o «quien o quienes dirijan o controlen la

14. 424 (modificado: cohechos a funcionarios o a petición de funcionarios con actividades relacionadas con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos). Según su apartado 3.

(56) Es el caso de los hechos típicos (dolosos) contenidos en el artículo:

15. 369 bis (nuevo: tráfico de drogas agravado por pertenencia a organización delictiva, evidentemente doloso). Según su último párrafo.

(57) Se trata de los hechos típicos (dolosos) contenidos en el artículo:

16. 262.1, segundo inciso (actual no modificado: alteración de los precios en concursos y subastas convocados por las administraciones o entes públicos).

(58) Como «simple fraude de etiquetas» la considera el *Informe CGPJ/09*, p. 21.

actividad» de la agrupación social de que trate; o, «los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros». Se estaría hablando, por consiguiente, de delitos especiales a cometer por quienes ostentasen alguna de esas cualidades (59).

Y otra vez de manera distinta a lo que dispondría el artículo 31 bis y a lo que actualmente dispone el 129, este último tras su modificación ni requeriría meramente la realización de ciertos hechos típicos sino la de un «delito» (por cuya significación hay que preguntarse), ni limitaría su aplicación a unas ciertas incriminaciones pues –como queda dicho– no reduciría su alcance a aquellos supuestos en que así lo prevea el Código.

No obstante lo cual, esto último es precisamente lo que haría el Código reformado (60): bien porque mantendría normas que actualmente remiten al artículo 129 (61), o bien porque incluiría esta remisión en normas modificadas (62).

Pero adicionalmente subsistirían en el Código, en la medida en que no fueran objeto de reforma por el A/08 (y, conforme a lo que indica, mayoritariamente no lo serían), todos aquellos numerosos casos en que las normas de su «parte especial» no reenvían al artículo 129 y, sin embargo, prevén consecuencias coincidentes o similares a las contenidas en este (63).

(59) Nuevamente extraídas de las redacciones de distintas decisiones marco de la UE y transpuestas como menos defectos que en caso anterior, pero con alguno: así la conducta de «instigación», en buena medida extraña en la legislación penal española y generadora de fundadas dudas sobre su alcance, como después se verá.

(60) El *Informe CGPJ/06* resumió así la situación a que abocaría el art. 129 CP: «De mantenerse la reforma en los términos del Anteproyecto, se podrán producir en este punto las siguientes situaciones que más que responder a criterios definidos de política criminal, parecen ser el resultado de un defecto de técnica legislativa: a) remisiones en el Anteproyecto al nuevo artículo 129 en delitos de la Parte Especial; b) remisiones al citado artículo que se mantienen en el CP tal como están en la actualidad al no verse afectados por la reforma; c) sustituciones de las *consecuencias* del vigente artículo 129 por el nuevo régimen penal de personas jurídicas; d) supresiones a toda referencia al artículo 129 sin que sean reemplazadas por la remisión a la responsabilidad penal de personas jurídicas o de entidades sin personalidad, y e) previsión de medidas concretas, como la clausura de establecimientos, que se efectúa en el texto vigente sin remisión al artículo 129 y que no se ven afectadas por la reforma».

(61) V. Sobre ellas mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 1115 y 1128 y ss.

(62) Son las indicadas más atrás, sub 5 y 6, al hilo del señalamiento de los artículos que según el A/08 remitirían al 31 bis.

(63) Sobre estos casos, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 115 *i.f.* y 1125 *i.f.*-1128.

Y por añadidura se mantendrían, ya que el A/08 no contiene previsión de modificación alguna al respecto, las cuestiones que se suscitan sobre la naturaleza jurídica y sobre las posibilidades de sujetarlas o no al régimen preconizado por el A/08 a través del artículo 129, de las facultades concedidas al juez penal por el artículo 355 del Código (64).

C) **Equívocos y equivocaciones en las normas proyectadas**

Según lo acabado de exponer, el panorama que ofrecen los regímenes que pretende implantar el A/08 a través de los que serían artículos 31 bis, 33.7 y 129 del Código penal, aparece sembrado de equívocos cuando no de francas equivocaciones. Su presencia en la futura ley penal o no atiende adecuadamente o infringe claramente el llamado «principio de taxatividad», cuya observancia por las normas penales resulta imprescindible como ha afirmado el Tribunal Constitucional.

No repetiré las observaciones que en otro lugar ya he hecho sobre unos y otras en relación con el actual artículo 129 (65), que en buena medida conservarían su sentido aún producidas las modificaciones patrocinadas por el A/08, sino que añadiré algunas otras relativas, primero, al régimen general de lo que sería la responsabilidad penal que recaería sobre las entidades sociales y, a continuación, referidas a ciertos delitos en particular.

Entre esas primeras, cabe destacar las siguientes:

1. A tenor del apartado 3 del que con arreglo al A/08 sería nuevo artículo 31 bis: «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 eximentes de la responsabilidad penal [...] no excluirá [...] la responsabilidad penal de las personas jurídicas [...]». Cabe pensar que este criterio (66)

(64) Sobre este asunto, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 116 y 118-1121. Al respecto deben tenerse en cuenta las reformas del comiso producidas posteriormente y la modificación del artículo 127 que patrocina el A/08.

(65) V. las anteriores notas al respecto.

(66) Que en su momento mereció una crítica adversa muy severa en el *Informe CGPJ/06* (apartado 3.2.1.2): «En relación con las circunstancias eximentes, esta norma no tiene presente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está en íntima relación con la conducta ilícita de la persona física, por lo que trasladar, sin matices, la incomunicabilidad de circunstancias entre personas físicas, que ontológicamente actúan de modo independiente, a las personas jurídicas, lleva a resultados absurdos desde el punto de vista jurídico ante la hipótesis de que la conducta de la persona física esté amparada por una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad (como un error de prohibición invencible) y ello en cambio no afecte en

se inspira en la idea, derivada de considerar las peculiares relaciones intersubjetivas implicadas en la organización de un ente social, de que la apreciación de la concurrencia en el comportamiento de la persona física de una causa de justificación, como el estado de necesidad por conflicto de deberes o como la obediencia debida (67), no debe interferir en la asignación de responsabilidad penal a la persona jurídica, frustrando así los propósitos de la nueva ley; lo que hace menester una regla específica que impida de raíz esa interferencia. Pero si esta hipótesis fuera acertada, es incorrecto su tratamiento como lo preconiza el A/08. En efecto:

De una parte, porque a mi juicio la exigente de cumplimiento de un deber de obediencia no es aplicable para estos supuestos en el ámbito societario-laboral (68), sino exclusivamente en los campos jerárquico-administrativo (69) y de las relaciones de los funcionarios públicos con la administración de justicia (70). Y de otra, porque si la exigente es una causa de justificación de estado de necesidad por conflicto de deberes, es perfectamente factible afirmar la autoría

nada a la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que acentúa el carácter objetivo de la imputación y, lo que es peor, pone en riesgo de quiebra a la unidad del orden jurídico, ya que si la persona física actuó en estado de necesidad, también la persona jurídica, sin ser razonable que no haya justificación que afecte todo el orden jurídico (esto es, al derecho civil, laboral, administrativo) y que, por tanto, se mantenga, por ejemplo, la responsabilidad civil. Además, debería preverse la posibilidad de introducir causas de exclusión de la responsabilidad específicas para las personas jurídicas; por ejemplo, reconociendo la virtualidad excluyente de la previa adopción de normas eficaces de prevención de delitos, ya que al contemplarse como mera atenuante, nada impide que dependiendo de su intensidad pueda tener efectos eximentes».

(67) No, en cambio, a que pueda apreciarse una causa de ausencia de atribuibilidad, como el error invencible sobre la prohibición o el miedo insuperable, en quien activa u omisivamente haya realizado la conducta típica, pues una vez concluido que su comportamiento justificado no impide la imposición de la pena al ente social, resulta claro que para la viabilidad de esta es suficiente con la presencia del hecho típico que la falta de atribuibilidad tampoco elimina. De *lege ferenda* esa viabilidad es la que debiera admitir el actual artículo 129 CP (que como presupuesto adicionalmente exige el pronóstico positivo de continuidad delictiva, lo que debe mantenerse) respecto de las consecuencias accesorias (asimismo ampliadas) a que se refiere (v. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 1131, 1141-1143 y 1146); sobre este asunto volveré más adelante.

(68) Salvo, como aludo en el texto, en supuestos de empleo de «facultades legítimas». Lo que no es el caso, en el que lo mandado implica la realización de un hecho típico y su justificación por conflicto de deberes supondría la petición de un principio (orden antijurídica) *a priori* negado.

(69) V., en este sentido y en el de la salvedad hecha en la nota anterior, MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 8.ª ed., Ed. Reppetor, Barcelona, 2008, p. 506.

(70) Doble alcance deducible de lo dispuesto por el artículo 410 CP.

mediata del sujeto cualificado que ha actuado desde «detrás» (71) y, por consiguiente, resulta innecesaria la cláusula mediante la que intenta evitar la interferencia en la asignación de responsabilidad penal al ente social que podría suponer la justificación del comportamiento de la persona física que ejecutó el correspondiente hecho típico.

Añadidamente, en sus términos esa regla implica la vulneración del más elemental sustento del principio de legalidad penal: *nulla poena sine crimine* (72).

Por lo demás, cabe preguntarse sobre lo que sucedería si en lugar de la concurrencia de una eximente, lo que se pudiera apreciar fuera una causa de exclusión de la punibilidad. Por ejemplo, la regularización a que se refieren los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 —que el A/08 no modificaría, en tanto que incorporaría el 310 bis desde el que se remitiría al 31 bis— llevada a cabo en nombre y por cuenta o/y en provecho de una sociedad. Si ni siquiera la justificación del hecho típico realizado por la persona física, es decir su conducta típica pero no obstante autorizada, excluiría la responsabilidad de la persona jurídica: ¿porqué habría de excluirla la conducta que además de típica, no está justificada, ha sido realizada por quien es atribuible y que, a pesar de ello, no es punible? El argumento *a fortiori* está servido, pero con él la contradicción entre los respectivos fundamentos político-criminales sobre los que se dice apoyada la proyectada responsabilidad penal de las personas jurídicas, de un lado, y en los que se basan las denominadas «cláusulas de regularización» (73), de otro.

2. El A/06 patrocinó un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas a través de la incorporación al Código penal de un nuevo artículo 31 bis, idéntico al que se contiene en el A/08; es decir, en lo que ahora quiero destacar, relativo a las «personas jurídicas» (ap. 1) y cuyas disposiciones «se aplicarán a las asociaciones, las fundaciones y las sociedades» (ap. 5) (74). Pero, en cambio, la que

(71) V. mis artículos «La autoría conforme al Código penal», en QUINTERO, G., MORALES F. (Coords.) y otros, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 590-592 y «Las consecuencias accesorias» cit., p. 1145.

(72) V. mi artículo «Algunas determinaciones» cit., pp. 538-544.

(73) Respecto a estos últimos, v. mi artículo «Consideración penal de las cláusulas de regularización tributaria», en *La Ley*, núm. 5187/2000, p. 3, columnas 1.^a a 3.^a

(74) Al respecto el *Informe CGPJ/09*, pp. 15-16, observa lo siguiente: «El artículo 31 bis.5 delimita las personas jurídicas a las que es aplicable: las «asociaciones, fundaciones y sociedades». En consecuencia, deben considerarse destinatarios de las normas penales a las personas jurídicas de derecho privado (asociaciones, fundaciones) y de derecho mercantil (compañías colectivas, sociedades comanditarias simples, sociedades anónimas, sociedades comanditarias por acciones, sociedades de responsabilidad limitada), así como las personas jurídicas de derecho público siempre que no actúen en ejercicio de sus actividades públicas, es decir las entidades públicas».

habría de ser nueva redacción del artículo 129 se plasmaba en el A/06 de manera distinta en dos aspectos a como apareció en el P/07 y ahora en el A/08: mientras que en aquél se indicaba que este artículo sólo sería aplicable «en los supuestos previstos en este Código» y únicamente a «las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas que carezcan de personalidad jurídicas», en el P/07 y en el A/08 desaparecen tanto la reducción a un número clausus de supuestos, cuanto la circunscripción del ámbito de aplicación de la norma a los entes sociales sin personalidad (75). Ello produce diversas consecuencias:

empresariales a las que se refieren los artículos 53 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE)./ Cuando el Código Penal de 1995 introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico los delitos societarios, el legislador consideró necesario incluir en el artículo 296 [sc. artículo 297 CP] un concepto penal específico de sociedad, que, aunque de naturaleza extensiva, ha evitado problemas interpretativos de los tipos correspondientes./ La regulación por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haría aconsejable la inclusión, asimismo, de una cláusula similar a estos efectos./ Como ejemplo de la utilidad de esta cláusula, obsérvese que, a pesar de que la Exposición de Motivos declara que se ha excluido de este sistema de responsabilidad penal «al Estado, a las administraciones públicas territoriales e institucionales, a los partidos políticos y a los sindicatos», el número 5 del artículo 31 bis no permite excluir, por ejemplo, a las personas jurídicas de derecho público que revistan la forma de fundación o sociedad, pese a que las normas comunitarias excluyen, sin excepción, de la normativa sobre responsabilidad de las personas jurídicas a los Estados u otros organismos públicos que actúan en el ejercicio de la autoridad estatal, de su potestad pública o de sus prerrogativas estatales, o bien como poderes públicos, así como a las organizaciones internacionales públicas (cfr. artículos 1 DM 2000/383/JAI; 4.4 DM 2002/629/JAI; 1 DM 2003/568/JAI; 1.d) DM 2004/68/JAI; 1.3 DM 2004/757/JAI; 1.c) DM 2005/222/JAI)». Toma el último párrafo del *Informe CGPJ/06*, p. 17.

(75) Probablemente estas dos diferencias responden a una cierta manera de entender las observaciones críticas formuladas por el *Informe CGPJ/06*: «La memoria justificativa declara que “En paralelo al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se prevén consecuencias accesorias para aquellas organizaciones que carezcan de personalidad jurídica y que, sin embargo, poseen capacidad criminal plena”. La reforma del artículo 129 supone un cambio significativo en el tratamiento penal de estas entidades, pues admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas con abandono del principio *societas delinquere non potest*, el tercer género constituido por las consecuencias accesorias del artículo 129 deja de tener sentido propio, aprovechando la presencia de este artículo para cerrar el círculo de la imputación subjetiva, facultando a los tribunales para la imposición a los entes sin personalidad jurídica de medidas consistentes en privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el nuevo artículo 33.7, donde se recoge el catálogo de penas imponibles a personas jurídicas. En definitiva, primero se extraen del ámbito de aplicación del artículo 129 a las personas jurídicas, a las que se convierte en sujetos responsables penales a castigar con penas, para luego hacer lo mismo con los entes sin personalidad jurídica, a los que con la denominación de “medidas” y con excepción de la multa, cabrá imponer lo que para las personas jurídicas son auténticas penas./

2.1 La primera mutación, la transformación del alcance del artículo 129 de un número cerrado de supuestos, que más tarde habría de expresar el Código, a un *numerus apertus* de ellos, merece a mi juicio una estimación negativa: aun en los momentos de mayor afán represivo en el manejo de las medidas de seguridad aplicables a las personas físicas, esto es, en los de vigencia y aplicación de la denostada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de las postrimerías del franquismo, uno de sus presupuestos formales (aunque con un grado desmedido de indeterminación material, maximizado por el segundo presupuesto: la apreciación de peligrosidad «social») consistía en un número tasado de «estados peligrosos» (76). El nuevo texto del artículo 129 ciertamente requeriría (además de la previsión de «continuidad delictiva») la condena por la comisión de un delito (con arreglo a lo que más adelante se dirá al respecto); pero de cualquier delito: lo que manifiesta una considerable incertidumbre en la percepción de lo que no debe hacerse porque puede aparejar la imposición de la consecuencia jurídico-penal ahora llamada «medida»; y, consiguientemente, cuando menos una importante relajación de la seguridad jurídica, en tanto que uno de los fundamentos materiales del principio de legalidad penal, y de la observancia del principio de intervención mínima del Derecho penal (77).

Por otra parte, dentro del planteamiento que combato, es decir, si se toma en cuenta que el artículo 129, tal como quedaría modificado conforme al A/08, no limitaría su alcance a «los supuestos previstos» en el Código, sino que podría aplicarse en relación con cualquiera de los delitos incriminados en la ley penal, la remisión hecha por una norma de su «parte especial» a las consecuencias a que el 129 se referiría, solo tendría sentido cuando en dicha norma se determinaran expresamente cuales hayan de ser tales consecuencias. O, dicho de otro modo, holgaría por redundante toda aquella remisión que lo sea *in toto* al artículo 129, como nada infrecuentemente ocurre en el texto legal; pues del propio 129 derivaría directamente esa posibilidad con tal de que se observasen los requerimientos que establecería (78).

Ahora bien, si el sistema diseñado de imputación subjetiva no deriva propiamente, según la EM, de la índole subjetiva de la persona jurídica, sino de la relación con ella de la persona física, la falta de personalidad no explica suficientemente porqué no se sigue el mismo criterio con las entidades sin personalidad».

(76) V., p. ej., JORGE BARREIRO, Agustín, *Las medidas de seguridad en el derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pp. 137 *i.f.*-148 y 197-259.

(77) V. en este sentido *Informe CGPJ/09*, p. 24.

(78) Según el *Informe CGPJ/09*, pp. 24 *i.f.*-25 *i.p.*: «[...] se debería superar la contradicción existente entre la pretensión de generalidad o *numerus apertus* del artículo 129, con arreglo a la Exposición de motivos del Anteproyecto, y la previsión

2.2 La forma en que indica el que sería artículo 31 bis, a través de sus apartados 1 y 5, los entes sociales respecto de los que establecería la responsabilidad penal de que trataría, suscita la duda sobre si quiere expresar que la únicas personas jurídicas que podrían incluirse en su ámbito de aplicación serían las calificables como asociación, fundación o sociedad, o diferentemente que cualquiera de estas tres estaría comprendidas en esa norma aunque no cupiera considerarla persona jurídica. En definitiva: si la regla contenida en su apartado 5 sería una cláusula restrictiva o, por el contrario, extensiva respecto de lo que establecería su apartado 1. Con la redacción del artículo 129 en la versión de A/06, la cuestión tenía, en relación con lo planteado, una respuesta algo más clara: este último artículo habría de referirse tan solo a agrupaciones carentes de personalidad jurídica, por lo que –*a contrario*– el 31 bis (que en su ap. 5 no decía, como tampoco después, «también» sino simplemente «se aplicarán») se ceñiría exclusivamente a personas jurídicas (ap. 1) y, dentro de ellas, tan solo a las asociaciones, fundaciones y sociedades (ap. 5); si bien entonces se erigía en algo fundamental la contestación al interrogante sobre el significado de estos tres términos. En cualquier caso, buena prueba de la pertinencia de lo que planteo es que lo mismo en el A/06 que en el P/07 y en el A/08, los términos «asociación» y «sociedad» aparecen en el 31 bis.5 y en el 129.1; y el A/06 evidentemente concebía que cualquiera de las dos podía ser persona jurídica (31 bis.1) o carecer de esa personalidad (129.1). Es decir, que fuere cual fuere su significado este no predeterminaba la atribución de personalidad jurídica: en consecuencia, tampoco la implicó más tarde en el P/07, ni la supone actualmente en el A/08 (79). Y también consecuentemente, en la redacción de este último –al igual que en la del P/07– la regla del apartado 5 del patrocinado artículo 31 bis lo que más claramente se muestra es como una cláusula de extensión respecto de las personas jurídicas a que se refiere el apartado 1: la responsabilidad de que trataría este artículo lo sería para cualquier persona jurídica y para las asociaciones, fundaciones y sociedades aunque carecieran de personalidad jurídica. Lo que no cabe afirmar sin ningún género de duda es que una transformación de este calado realmente haya sido el propósito de quienes confeccionaron el P/07 y el A/08; pero por encima de sus

ocasional en artículos del propio texto (cf. arts. 288 y 302.2) de la adopción de esta medida, lo que podría dar lugar a la razonable interpretación de que solo pueda ser de aplicación la medida cuando esté expresamente prevista en los tipos de la parte especial».

(79) En su E. de M., p. 6, se dice: «[...] el nuevo artículo 129 [...] abre la posibilidad de que las medidas del artículo 33.7 puedan acordarse con carácter preventivo para cualquier organización, con o sin personalidad jurídica [...]».

designios se encuentra lo que impondría la ley patrocinada por cada uno de ellos.

2.3 Así las cosas, parece perfectamente factible la acumulación de «penas» y «medidas» sobre un mismo ente social (80): las «penas» se podrían imponer por la comisión de determinados delitos a todas las personas jurídicas y a algunas agrupaciones sin personalidad, las «medidas» cabría acordarlas, cuando se apreciara la probable continuidad delictiva, por la comisión de cualquier delito (incluidos los que exprese la ley a los efectos del artículo 31 bis) a toda agrupación con o sin personalidad; pues incluso no hay la menor dificultad para que las «fundaciones» a que aludiría el apartado 5 del artículo 31 bis, y no el 1 del 129, pudieran incluirse en el término «organizaciones» que emplearía el apartado 1 del artículo 129, y no el 5 del 31 bis. En ninguna de estas posible normas se dice algo que impida o palie esa acumulación. Me refiero al hablar de paliativos a que, al menos, se hubiera previsto un sistema similar (81) al que establece el Código para las personas físicas semi-imputables en sus artículos 6.2 (82) y 99 (83), para lo que no resultaría en absoluto expresivo la incorporación del que sería nuevo apartado 3 del artículo 66 (84). Algo que se agrava en extremo cuando se advierte que, a la postre, las que se llamarían «penas» y las que se denominarían «medidas» son una y la misma cosa: las consecuencias que prevería el artículo 33.7. Uso alternativo de iguales consecuencias jurídicas que, por lo demás, denota palmariamente que para la nueva ley tendrían tanto de preventivo-generales cuanto de preventivo-especiales, en un orden de preeminencia de mirífica manera inverso según el caso.

(80) V., en este sentido, el *Informe CGPJ/09*, pp. 19-21 *i.p.*

(81) Convenientemente adaptado a la clase de consecuencias jurídicas imponibles, a la naturaleza del sujeto colectivo a quien se podrían imponer y a su peculiar «peligrosidad»: probabilidad de continuidad delictiva.

(82) Artículo 6.2 CP: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor».

(83) Artículo 99 CP: «En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3».

(84) Artículo 66.3 con arreglo al *A/08*: «En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, procederán los Jueces o Tribunales según su prudente arbitrio, procurando observar, en la medida de lo posible, las reglas establecidas en este Capítulo».

3. Como queda dicho, a tenor del A/08 mientras el artículo 31 bis requeriría para afirmar la responsabilidad penal para los entes sociales de que trataría, que determinadas personas físicas hubieran realizado ciertos hechos típicos, el 129.2, en cambio, demandaría como «requisito necesario» para la asignación de la que se ocuparía, que «el delito objeto de la condena» se hubiera cometido por alguna de las singulares personas físicas a que aludiría y, además, conforme a su apartado 1 que se hubiera apreciado la probabilidad de «continuidad en la actividad delictiva» y en sus efectos. Con ello establecería dos presupuestos distintos para imponer idénticas consecuencias (en el primer caso, a título de «penas» y en el segundo, al de «medidas»), pues frente al requerimiento de la práctica de los hechos típicos del primer caso, exigiría la realización del delito en sentido completo en el segundo: no puede conducir a otra conclusión el dato de que el artículo 129.2 establecería que tal delito haya sido objeto de «condena», pues tanto en sentido literal (85) cuanto en términos jurídico-procesales (86), con esta palabra se significa que ante la comprobación de que concurren todos los elementos del delito y ninguna causa de ausencia de punibilidad, se ha impuesto la pena. De este modo, si el pretendido futuro artículo 129 demandaría la existencia de un delito completo y además penado, como primera parte del doble presupuesto para imponer las medidas a que se referiría de manera similar a lo que establece actualmente, se perdería una gran oportunidad de corregir uno de sus defectos más evidentes, en el sentido de otorgar la facultad de poner en acción esta norma sobre el presupuesto de la realización del hecho previsto como delito, en paralelo a lo que ocurre con las medidas de seguridad cuyo significado preventivo especial está en la base y en el origen histórico-legislativo de su creación legal (87).

4. De acuerdo asimismo con el A/08, el apartado 2 del nuevo artículo 129 dispondría que «el delito objeto de la condena», al que me acabo de referir, «haya sido cometido», entre otros, «por los miembros» del ente social «cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros», esto es, «quien o quienes dirijan o controlen la actividad» de la agrupación correspondiente. De entre los términos que emplearía aquí la ley me quiero detener ahora en el de «instigada», sobre el que más atrás llamaba la atención al

(85) V. *DRAE*, 22.^a ed., s.vv. **condena**: «Acción y efecto de condenar» y **condenar**: (1) «Dicho de un juez: Pronunciar sentencia, imponiendo al reo la pena correspondiente...».

(86) V. *LECrim* artículo 742 y, p. ej., arts. 824, 854 y 954.

(87) Sobre lo anterior, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», pp. 1128-1132 y 1143.

criticar el lenguaje empleado por el A/08 en su nada brillante ejercicio de transposición de las decisiones marco tomadas en cuenta para el establecimiento de la responsabilidad en estudio. «Instigar» significa que «quien o quienes dirijan o controlen la actividad» del ente social ha(n) de haber realizado una conducta de «incitar, provocar o inducir a alguien a que haga algo» (88); en el caso, la «actuación delictiva». La inducción y la provocación expresan conceptos sólidamente asentados en las leyes (89), la jurisprudencia y la doctrina españolas; la incitación, a su vez, forma parte de la noción legal de provocación (90). Pues bien, dudo mucho que la pretensión de las decisiones marco de donde proviene el término que emplea el A/08, sea la de igualar el tratamiento penal del comportamiento del partícipe equiparado en pena al autor que es el inductor conforme el Código penal español (91), con la conducta pre-ejecutiva punible de manera doblemente excepcional (92) que es la provocación, y por ende la incitación, con arreglo al propio ordenamiento penal español. ¿No se ha detenido a pensarlo así el pre-legislador o le ha parecido oportuno y conveniente abrir un debate teórico-práctico sobre las formas de participación y los actos preparatorios punibles?

Respecto a las segundas observaciones antes anunciadas, esto es, las que tienen que ver con algunos delitos en particular, destacaré en este momento las siguientes (93):

1.^a Las que suscitan los que serían nuevos artículos 369.1.2.^a y 3.^a y 424, en atención a sus respectivos apartados 2 y 3. En ninguna

(88) V. *DRAE*, 22.^a ed., s.v. **instigar**

(89) Así, actualmente, arts. 28.a) y 18.1, párr. primero, CP.

(90) Artículo 18.1, párr. primero, CP.

(91) Artículos 38, 61 y 62 CP; v., p. ej., mi artículo «La autoría», cit., pp. 577-582.

(92) Uno de los tres casos de actos pre-ejecutivos admitidos genéricamente por el CP con exclusión de cualquier otro, que además la ley circunscribe a solo los supuestos expresa y legalmente determinados por ella: artículo 18.2 CP; v., p. ej., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETA, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2.^a ed., Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1886, pp. 421-423.

(93) Con carácter general respecto a la referencia del que sería artículo 31 bis a los delitos en particular, el Informe CGPJ/09, pp. 13-14, hace la siguiente consideración crítica: «Aunque el inciso primero del artículo 31 bis.1 prevé que la responsabilidad penal sólo puede exigirse a las personas jurídicas “en los supuestos previstos en este Código”, lo cierto es que las correspondientes normas del Libro II del Código Penal no se limitan a establecer en cada delito las penas que son aplicables a las personas jurídicas de entre las contenidas en el catálogo del artículo 33.7, sino que contienen cláusulas extensivas de su responsabilidad criminal./ En efecto,

de estas normas se haría referencia al 31 bis (94), lo que parece significar que ni siquiera las conductas típicas que contendrían habrían de ser realizadas por los sujetos cualificados que indicaría este último artículo. Y tampoco en ninguno de los dos casos se estaría hablando de organizaciones necesariamente calificables de delictivas, por lo que esa falta de remisión no puede deberse a esta causa, en el sentido de lo que a continuación diré.

2.^a En el que –dentro del ámbito del tráfico ilícito de drogas– sería nuevo artículo 369 bis, su último párrafo tampoco remitiría al 31 bis al establecer que «a la organización se le impondrá [...] una pena de multa igual a la de las personas físicas, la de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos, así como [...]»; por lo que merece la misma observación respecto al círculo restringido de sus sujetos activos que la acabada de hacer. Pero además en este caso sí se trataría, expresamente, de «una organización delictiva», de la que ese párrafo último afirmarí­a su punición «como persona jurídica penalmente responsable». Predicar de una organización «delictiva», cuyo carácter de tal ha de haberse probado y afirmado en primer lugar para llegar a apreciar el delito que contendría el nuevo artículo, que es una «persona jurídica» penalmente responsable, resulta desconcertante: si se constituye y comienza sus actividades, para que una organización pueda tildarse de delictiva *ab initio*, es necesario al menos que desde su inicio esas actividades ya quepa considerarlas penalmente ilícitas,

el texto más frecuentemente utilizado en el Libro II (arts. 177 bis. 7, 189.8, 197.3, 264.4, 288, 310 bis, 318 bis, 319.4, 327, 430 y 445.2) es el siguiente: / “Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de [...]”. / Pues bien, el artículo 31 bis no permite la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando determinadas personas físicas cometen los delitos “en el marco o con ocasión de las actividades” de la persona jurídica, sino solo cuando se cumplen los requisitos exigidos en el propio artículo 31 bis. En consecuencia, lo técnicamente correcto es que la previsión de pena en el Libro II esté condicionada exclusivamente a que proceda la declaración de responsabilidad de la persona jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis. / Esta corrección técnica no es solo de naturaleza formal, ya que, tal y como se indicó más arriba, la exigencia de que la persona física actúe en el ámbito de sus competencias y funciones –lo que no es lo mismo, por cierto, que cometer el delito “en el marco o con ocasión de las actividades” de una persona jurídica– debería ser uno de los requisitos exigidos en el artículo 31 bis para poder imputar el hecho a la persona jurídica, y no una parte de las normas sobre previsión de la pena correspondiente a cada delito que permita establecer nuevos presupuestos típicos de misma».

(94) Las penas que establecería el 369.1.2.^a y 3.^a, unas veces serían imperativas y otras potestativas, pero todas en las mismas condiciones de ausencia de remisión al artículo 31 bis, así como al 33.7.

como mínimo por ser preparatorias de otras ejecutivamente delictivas, pues de otro modo no habrá base para que la organización merezca tal calificativo. Y si se puede calificar así, su constitución misma ya habrá implicado la comisión de un delito de asociación ilícita. Si las organizaciones delictivas a que se referiría el nuevo artículo 369 bis no solo serían aquellas que «tengan por objeto cometer algún delito», sino también «las que después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto promover o cometer la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada», ello supondría que en cualquiera de los tres casos estaríamos ante el primero de los supuestos de lo que el artículo 515 (que según el A/08 no se modificaría) considera como asociaciones ilícitas, respecto de las que el artículo 520 (tampoco a modificar según el propio A/08) establece imperativamente que se acordará su disolución y «en su caso» la imposición de «cualquiera otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código»; el cual por su parte, una vez modificado conforme al A/08 y como queda indicado, haría coincidir las medidas a que remitiría con, precisamente, las que serían penas del nuevo 33.7. La descoordinación es evidente y patente la falta de precisión.

3.^a Al mantener el A/08 el actual artículo 262.1, segundo inciso, dejaría en vigor su actual previsión de que se imponga a la «empresa» que estuviere «representada» por el «agente», una determinada «pena» de inhabilitación especial. Con ello, frente a su generalizada comprensión actual (95), tal previsión cobraría una consideración distinta a la luz de los artículos a traer 31 bis y 33.7, pese a que tampoco en este caso se remitiría a ellos.

D) La disminución o esfumación de límites y garantías para la imposición de «penas» y «medidas» a los entes sociales

Las teorías jurídicas del delito, la pena y las demás consecuencias jurídicas de la infracción penal, no responden tan solo a una racionalización de sus respectivos objetos de estudio o se dirigen por un simple afán explicativo o pedagógico. Desde hace ya tiempo, su propósito y sus resultados son el logro de límites y garantías para la creación y la aplicación de las leyes penales y para la ejecución de las consecuencias jurídicas producto de que se materialicen los presupuestos previstos por esas leyes y comprobados en atención a ellas. Con esta perspectiva se hace patente la merma o el desvanecimiento de unos y

(95) V. mi artículo «Las consecuencias accesorias» cit., pp. 1116 y 1117-1118.

otras en el sistema ideado por el A/08 –y sus precedentes– para la exigencia de responsabilidad penal a los entes sociales.

En relación con las «penas» a que se referirían los que habrían de ser artículos 31 bis y 33.7 del Código de penal, se reducen al requerimiento de que determinadas personas físicas realicen, en ciertas condiciones, algunos de los hechos típicos que más tarde indicará el Código, y al establecimiento de la clase y cuantía o duración de la pena a imponer.

Respecto a quienes habrían de ser tales personas físicas y en que condiciones habrían de actuar, los párrafos primero y segundo del apartado 1 del artículo 31 bis, indicarían las que tuvieran en él «un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, bien para tomar decisiones en su nombre, bien para controlar el funcionamiento de la sociedad», siempre que hubieren actuado «por cuenta o en provecho» de esta y, además, quienes «estando sometidos a la autoridad» de las anteriores, «han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control», siempre que hubieren actuado «en el ejercicio de actividades sociales» y «por cuenta y en provecho» del ente social.

Así pues, de las primeras de estas personas físicas no se demandaría que actuasen en el ejercicio de sus funciones y sí que lo hubieran hecho, alternativamente, «por cuenta» o «en provecho» del ente social del que fueran directivos; mientras que del segundo grupo de personas físicas cualificadas, las sometidas a la autoridad de las anteriores, sí se demandaría que la correspondiente actuación fuera en el ejercicio de sus funciones y también, pero ahora cumulativamente, «por cuenta» y «en provecho» del ente social.

Asimismo, el párrafo primero del apartado 1 alude a los directivos que tengan atribuida capacidad «para controlar el funcionamiento de la sociedad»; el párrafo siguiente a los segundos cualificados que «han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control»; y, final y circularmente, el apartado 3 a los que «hubiesen hecho posibles» los hechos «por no haber ejercido el debido control», esto es –parece–, a los directivos que ostentando la función de control de que habla el párrafo primero del apartado 1 no la hayan ejercido sobre los sometidos a su autoridad a que se refiere el párrafo segundo del mismo apartado 1.

Esta configuración dual de quienes habrían de realizar los hechos típicos para que pudiera atribuirse responsabilidad penal al ente social, ha merecido acerbos críticas en los informes sobre el A/06 y A/08 del

Consejo General del Poder Judicial de 2006 y 2009 (96), que –aparte de resaltar otras deficiencias– ante la ausencia entre las previsiones del que sería nuevo artículo 31 bis de la mención de un defecto de organización societaria relativo a los mecanismos de control y de la exigencia de que todas las personas físicas actuantes lo hagan en el ámbito y en la práctica de sus funciones, afirman la pretensión de implantar en la ley una responsabilidad penal objetiva de las entidades sociales, «que puede suscitar problemas de constitucionalidad por hacerlas responder por hechos de otros» (97).

De otro lado, queda dicho que conforme al apartado 3 del propio 31 bis, para exigir responsabilidad penal al ente social no se requeriría de las personas físicas cualificadas que se hubieran comportado injustificadamente, fueran atribuibles o que no se hallaran insertas en alguna circunstancia de exclusión de la punibilidad. Pero, en cambio, ni allí ni en ningún otro lugar se prevé absolutamente nada, o cabe inferir, sobre: que el ente social haya realizado alguna actividad o inactividad dolosa o imprudentemente típicas, equivalentes a la conducta activa u omisiva de la persona física; que de esa actividad o inactividad sea como mínimo previsible que se desprenda el ataque al objeto de protección penal que la incriminación trata de evitar, para que pueda llegar a existir una imputación objetiva que, en cambio, así se demanda en orden a considerar que una persona física realmente se ha comportado de una manera penalmente típica; que la actividad o inactividad del ente social, pese a ser típica, esté autorizada por el ordenamiento jurídico (98), como ocurriría si la conducta de una persona física estuviere comprendida en una causa de justificación; que

(96) Pp., respectivamente, 12-15 y 7-13.

(97) *Informe CGPJ/09*, p. 12.

(98) En relación con esta y con la siguiente indicación del texto, el *Informe CGPJ/06*, pp. 22-23, dice: «En relación con las circunstancias eximentes, esta norma no tiene presente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está en íntima relación con la conducta ilícita de la persona física, por lo que trasladar, sin matices, la incomunicabilidad de circunstancias entre personas físicas, que ontológicamente actúan de modo independiente, a las personas jurídicas, lleva a resultados absurdos desde el punto de vista jurídico ante la hipótesis de que la conducta de la persona física esté amparada por una causa de justificación o de exclusión de la culpabilidad (como un error de prohibición invencible) y ello en cambio no afecte en nada a la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que acentúa el carácter objetivo de la imputación y, lo que es peor, pone en riesgo de quiebra a la unidad del orden jurídico, ya que si la persona física actuó en estado de necesidad, también la persona jurídica, sin ser razonable que no haya justificación que afecte todo el orden jurídico (esto es, al derecho civil, laboral, administrativo) y que, por tanto, se mantenga, por ejemplo, la responsabilidad civil. Además, debería preverse la posibilidad de introducir causas de exclusión de la responsabilidad específicas para las personas jurídicas; por ejemplo, reconociendo la virtualidad excluyente de la previa adopción de normas eficaces

el propio ente social patentice determinadas condiciones subjetivas que consientan atribuirle la actividad o inactividad típicas y no justificadas, como sucedería en relación con la atribuibilidad de una persona física; ni tampoco sobre que, a la postre, quepa entender que es posible que no resulte político-criminalmente necesario imponerle la pena, como puede acaecer respecto a la punibilidad de una persona física.

Como consecuencia, y sin que realmente llegue a más que atemperar algo de ello el melifluo apartado 3 que según el A/08 se incorporaría al artículo 66, la nueva ley no establecería criterios para poder determinar la pena, su gravedad y proporcionalidad con la del delito, el sometimiento de su carácter preventivo especial al preventivo general y el de este al límite de la «culpabilidad», así como tampoco otros alusivos a la falta de necesidad de llegar a imponerla.

Todo lo cual puede llevar a situaciones disparatadas. Como la de que a tenor del artículo 430.2 modificado conforme al A/08, si un directivo y representante de la primera entidad bancaria del país influye en el sentido del artículo 429 del Código penal en un funcionario público, obligatoriamente habrá de imponérsele a la entidad las penas de suspensión de sus actividades sociales por un plazo de dos a cinco años y de clausura de sus locales y establecimientos durante el mismo período de tiempo. Lo que ha hecho exclamar a algún autor que se ha planteado la hipótesis: «Pero ¿en qué cabeza cabe que por la actuación individual de una administrador desleal tengan que responder los miembros del consejo de administración que ignoraban esa actividad delictiva, los millones de accionistas, empleados y depositantes del banco y, en definitiva, todos los españoles que resultarían afectados por el terremoto financiero y económico que supondría la clausura del primer banco nacional?» (99).

El otro extremo del pretendido sistema de implantación en el Derecho español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el artículo 129 del Código a modificar, tampoco sale bien librado desde la enunciada perspectiva de examen. En efecto, como más atrás he indicado su modificación respecto al actual de que sería aplicable en relación con cualquier delito, resulta escasamente compatible con la seguridad jurídica por tantas razones particularmente necesaria en el Derecho penal. Como ha expresado el Consejo General del Poder Judicial en su informe sobre el A/08: «La naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal y el princi-

de prevención de delitos, ya que al contemplarse como mera atenuante, nada impide que dependiendo de su intensidad pueda tener efectos eximentes».

(99) GIMBERNAT, «La insostenible», cit., p. 19 [también en *Estado de Derecho* cit., p. 216].

pio constitucional de legalidad de las penas y medidas aconsejarían una restricción expresa del ámbito objetivo de aplicación del artículo 129, en el [...] sentido [...] de establecer un número clausus de delitos cometidos por las personas físicas que pueden provocar la aplicación del artículo 129, mediante la referencia a que solo serán aplicables las medidas en los casos expresamente previstos en el Código Penal, tal y como prevé el vigente artículo 129. A este respecto era preferible el Anteproyecto de 2006, en cuyo apartado 1 se preveía la aplicación del artículo 129 tan solo “en los supuestos previstos en este Código”» (100).

En diferente sentido, la sobreabundancia de requisitos para hacer viable su aplicación, al exigirse como presupuesto –como también queda señalado– no sólo el pronóstico positivo de continuidad delictiva y de sus efectos, sino la condena por la comisión de un delito, reduce considerablemente su eficacia y disminuye el alcance de la función preventivo especial que debiera sustentarlo de manera primordial (101). Mucho más adecuado resultaría el requerimiento, en lugar del delito completo y penado, de la concurrencia simplemente del hecho previsto como delito (conducta típica y no justificada) (102) junto a la previsión de continuidad delictiva (peligrosidad del mantenimiento en sus términos previos de la actividad del ente social), como por lo demás corresponde al sentido y origen histórico de esta norma.

Ello es particularmente perturbador si se entiende, como entiendo, que con un artículo 129 convenientemente reformado (103) no solo se da cumplida satisfacción a los compromisos supranacionales del Estado español en materia de responsabilidad sancionadora, incluida la penal a la que se quiere llegar, de los entes sociales (con o sin personalidad jurídica) (104), sino que también se ofrece como la

(100) *Informe CGPJ/09*, p. 24.

(101) En este sentido, v. MIR PUIG, Santiago, «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en OCTAVIO DE TOLEDO, E., GURDIEL SIERRA, M., CORTÉS BECHIARELLI, E. (coords.) y otros, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 745.

(102) V. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit. p. 1143. En el mismo sentido, v. MIR, «Sobre la responsabilidad», cit., p. 747 y bibliografía que cita.

(103) V. sus principales defectos en mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1141-1143.

(104) ¿O no implica el artículo 129, en cualquiera de sus formatos (actual o conforme al A/08) una responsabilidad penal (v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., p. 1129) para los entes sociales, que además de su evidente contenido preventivo especial, por la afflictividad de las consecuencias que prevé también encierra una significación preventivo general, tan reconocible que para el A/08 pueden considerarse lo mismo «penas» que «medidas»? Para MIR, «Sobre la responsabili-

solución más simple e idónea a los problemas de criminalidad engendrados por las actividades realizadas en nombre, a través o al servicio de estas las entidades. Lo que, sin embargo, también demanda una acentuada diligencia y pericia en los ámbitos judicial y fiscal, desde el inicio de la persecución del delito y especialmente en la instrucción y en la prueba, así como el empleo adecuado y eficiente de las categorías dogmáticas y de algunas figuras delictivas en particular y, acaso, la reforma del Código en materia de participación equiparada en pena a la autoría (105). En el entendimiento de que para la exigencia a los entes sociales de responsabilidad directa de carácter sancionador, a mi juicio deben resultar bastantes las posibilidades de aplicación previa del Derecho administrativo asentadas por el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin necesidad de acudir a la abolición en el campo del Derecho penal del principio *societas delinquere non potest*, con mayor o menor alcance (106), por medio de la incorporación a la legislación punitiva de esa clase de responsabilidad directa (en el sentido propio a que después me referiré y no ya en el impropio que pretende el A/08)

En este contexto resulta particularmente adecuado el carácter potestativo que el artículo 129, en cualquiera de sus versiones, otorga u otorgaría al juzgador para imponer o no las consecuencias jurídicas de que trata o trataría (107). Pues, en el fondo, carece de sentido político-criminal imponer una «pena», como pretende el A/08 mediante los que conforme a él serían los nuevos artículos 31 bis y 33.7, a una entidad social de la que, pese a que sus dirigentes, directivos o empleados hayan realizado determinados hechos típicos, no puede pronosti-

dad» cit, p. 749 (cursivas en el original): «Las consecuencias accesorias [sc. del actual artículo 129 CP] no significan [...] responsabilidad *penal* en el sentido estricto de imposición de penas, pero sí en el sentido amplio en que también las medidas de seguridad pueden verse como una forma de responsabilidad penal».

(105) Sobre todo ello, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1144-1148.

(106) Tampoco, por tanto, la reducida al terreno de los delitos socioeconómicos dentro del Derecho penal «de dos velocidades» preconizado por algún autor: v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, Ed. Civitas, 2001, pp. 149-157. V., en contra, mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1138-1139, nota 93.

(107) Sobre la necesidad de este carácter en consideración a la función primordialmente preventivo especial de las «medidas» del artículo 129, v. mi artículo «Las consecuencias accesorias», cit., p. 1132 y sobre los criterios a que, como consecuencia, ha de sujetarse su imposición, *ibídem*, pp. 1134-1135.

carse que en el futuro será un marco adecuado para la continuidad delictiva.

Si no cabe afirmar esta peligrosidad (108), el carácter predominantemente preventivo general de esas «penas», en cuanto tales, supondría una amenaza que en realidad no puede ser captada por las entidades, cuya naturaleza impide que sean susceptibles de resultar intimidadas *per se*. Esta función sobre quienes podría producir efectos es sobre las personas físicas que las representan o dirigen o las que trabajan para ellas; personas físicas que, si el hecho delictivo que pudieran realizar reuniera el resto de los requisitos para acabar siendo apreciado como delito, sumarían a la pena correspondiente (con arreglo a lo que establecería el ap. 3 del art. 31 bis) las indudables consecuencias sancionadoras, para ellas mismas, derivadas de las «penas» a imponer al ente social, las cuales también desplegarían efectos de la misma índole respecto a terceros ajenos a la comisión de dicho delito, dando así lugar a una desmedida doble sanción, o a una sola pero infundada, contraria al principio constitucional de proporcionalidad de las penas, o al igualmente constitucional de legalidad de los delitos.

E) **Significado del sistema pretendido: la responsabilidad penal para los entes sociales. *Societas delinquere non poterit***

Como acertadamente se ha afirmado: «En la actualidad no se plantea ya la posibilidad de sustituir o añadir a una responsabilidad individual la de otros individuos de un mismo grupo, sino la cuestión de si ha de responder penalmente, del delito que ella cometa, la persona jurídica, como expresión de una voluntad colectiva» (109).

(108) La que puede encerrar la subsistencia y funcionamiento del ente social en los mismos términos en que existía y funcionaba cuando cometió el hecho previsto como delito la persona física que actuó como representante, dirigente o empleado de la entidad; comisión que ha de tomarse como primer elemento sintomático de esa peligrosidad, la cual sin embargo no solo ha de pronosticarse en referencia a la misma persona física (que acaso en el momento de formularse el pronóstico ya no desempeñe sus tareas en nombre, al frente o al servicio del ente social), sino también en consideración a si es probable que otro u otros de esos individuos realicen en el futuro este o algunos distintos (de entre los que debieran estar expresamente señalados por la ley). En este sentido, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 12.º del Código penal», en VV. AA., *Derecho penal económico. Manuales de formación continuada*, Vol. 14, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 342.

(109) MIR, *PG* cit., p. 193.

Y en este sentido en las áreas doctrinal (110) y legislativa (111), como en otras relacionadas con esta última (112), pueden encontrarse propuestas, normas y observaciones sobre unas y otras que se ciñen a una tal responsabilidad penal directa de los entes sociales, en sentido estricto.

No es esto lo que se contiene en el A/08. En él se pretende incorporar al Código, a través de los que serían nuevos artículos 31 bis y 33.7, «un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, es decir de responsabilidad vicaria», puesto que parte «de que el delito de referencia tiene que haber sido cometido por una persona física, es decir, que no existen supuestos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas» y, en efecto, no recoge el establecimiento de «ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio» (113), cual el de «ausencia de los mecanismos de control adecuados» o, mejor, de «un defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo» (114). Esta omisión, unida a la «no delimitación de la conducta de las personas físicas al marco y ejercicio de sus funciones», provocaría «una atribución de responsabilidad a la persona jurídica incluso si esta no padece» defecto organizativo y relevante ninguno que quepa relacionar con el hecho cometido («como puede suceder, por ejemplo, cuando existe una prohibición seria y expresa de actuar de determinada manera»), por lo que se trataría «de una responsabilidad penal de la persona jurídica por el mero hecho de que el delito ha

(110) V., p. ej., entre los últimos estudios al respecto, BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1998; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el art. 129 del Código penal)», en QUINTERO, G., MORALES, F. (coords.) y otros, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 885-905; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2.^a ed., Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

(111) V. un panorama del derecho comparado sobre la materia en BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 313-349; ZÚÑIGA, *Bases para un Modelo* cit., pp. 101-135.

(112) Así el artículo 14 del denominado en el ámbito de la UE *Corpus Juris* (v. al respecto, BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal*, cit., pp. 347-348 y ZÚÑIGA, *Bases para un Modelo*, cit., pp. 155-157) o las observaciones del *Informe CGPJ/06*, pp. 12-15 (que se inclina por una inclusión, en su caso, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una ley penal especial: p. 15) y del *Informe CGPJ/09*, pp. 3-13.

(113) *Informe CGPJ/09*, p. 6.

(114) *Informe CGPJ/09*, p. 10.

sido cometido por el directivo o administrador en beneficio de la persona jurídica», lo que supone una «responsabilidad objetiva» de esta (115).

En definitiva, no es cierto que de convertirse en ley el A/08 supondría la abolición del principio *societas delinquere non potest*. Lo cierto es que si tuviera éxito en la pretensión a que se dirige, podría afirmarse: *societas delinquere non poterit*. Efectivamente, con el Código penal modificado por la adición del artículo 31 bis en los términos del A/08, los entes sociales tampoco podrían delinquir.

Y, en realidad, es engañoso decir que en el A/08 se contenga un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo que contiene son unas reglas sobre responsabilidad penal para las personas jurídicas. Reglas inconciliables con las exigencias de la Constitución relativas al Derecho penal.

Así pues, el A/08 no solo no sirve para dar cumplimiento al discutible propósito al que dice servir: eliminar del ordenamiento español el principio *societas delinquere non potest* y establecer en él un sistema normativo por medio del que quepa afirmar, en casos determinados, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que pretende incorporar al Código una especie de percha normativa de la que colgar una responsabilidad colectiva para cuya exigencia basta con que un cierto individuo perteneciente a un grupo realice un determinado hecho típico, para que sin título de imputación bastante responda penalmente el grupo; con independencia de que además también pueda llegar a hacerlo ese individuo. Una absoluta vulneración del principio del carácter personal de las penas.

Por lo demás, esa independencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de la puede llegar a exigirse a la física que la representa, dirige o trabaja en ella, no significa que también lo sea respecto del hecho típico realizado por esta; ello implica que haya de determinarse judicialmente de antemano qué persona física lo ha cometido; lo que a su vez no disminuye las dificultades que se suelen aducir para proponer el abandono, en relación con ciertas hipótesis delictivas, del principio *societas delinquere non potest*: precisamente lo problemático que puede resultar, de cara a la determinación de la autoría y de la participación, averiguar quienes serían autores únicos e inmediatos, autores mediatos, instrumentos, coautores directos o mediatos, inductores, inducidos, cooperadores y auxiliados, dadas las peculiares y a veces extraordinariamente complejas estructuras organizativas y de funcionamiento de algunos

(115) Informe CGPJ/09, p. 12.

entes sociales. Algo, por otra parte, que no se alivia con la declaración de que la concurrencia de una eximente en relación con la persona física no elimina la responsabilidad penal de la jurídica, con arreglo a lo que queda dicho.

Todo lo cual enlaza con lo que quiero decir bajo el epígrafe siguiente que alude a una perspectiva mayor y para peor, que comprende lo concretamente patrocinado por el A/08.

IV. LA TRAMPA EN LA FORMULACIÓN POR EL DERECHO PENAL DE LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LAS ENTIDADES SOCIALES.

Partiré de dos consideraciones doctrinales y ajenas que expresan adecuadamente el derrotero crítico que quiero seguir

Con arreglo a la primera de ellas: «... la indeseable tendencia que encierra el castigo penal de personas jurídicas o empresas» es la de «rehuir las dificultades que entraña la comprobación, material y procesal, de la autoría o participación de las personas físicas responsables del injusto penal. Es cierto que la mayoría de las legislaciones que admiten penas para personas jurídicas o empresas no excluyen la responsabilidad simultánea de personas físicas. Pero es sintomático que el argumento central que suelen utilizar es el de que hay que castigar a las personas jurídicas o empresas porque con frecuencia no puede castigarse a personas físicas. Parece partirse de la idea de que, cuando no pueda castigarse a personas físicas, al menos tendremos a alguien a quien castigar en su lugar, por lo menos tendremos un culpable. La necesidad de castigo del delito parece satisfacerse ya de algún modo por esta vía (116). Pero la consecuencia práctica tenderá a ser, entonces, que no se sentirá necesidad de poner tanto empeño (y medios materiales) en fundamentar una imputación a personas físicas que puede resultar complicada dogmáticamente y desde el punto de vista procesal. Esta consecuencia favorecería la ocultación de los verdaderos responsables tras la fachada de la persona jurídica o entre los entresijos de la complejidad de la organización empresarial. Ello resultaría criminógeno. Por lo demás, hay que resaltar que, paradójicamente, iría en dirección contraria a la

(116) Nota 29 del autor: «Aunque en los EE.UU. son punibles tanto las personas jurídicas como las personas físicas que actúan por ellas, se ha constatado que de hecho en la práctica los jurados tienden a condenar únicamente a las personas jurídicas y a absolver a los agentes físicos, pese a que sea indudable que cometieron los actos criminales».

corriente jurisprudencial y doctrinal que en Derecho privado exige levantar el velo de la persona jurídica cuando se utiliza con finalidad defraudatoria» (117).

De acuerdo con la segunda: «... la historia demuestra cómo el impulso de pretendidas políticas de profundización del Estado social de Derecho, en ocasiones, acaban por comportarse como soluciones neoliberales a los problemas. Y se efectúa esta observación ante la idea de que quede enraizado el denominado “Derecho penal de distintas velocidades”, con el sarcasmo de que el más veloz sea aquél que imponga menos penas de prisión y más sanciones económicas, imputables a una partida de gastos. La crítica desde el punto de vista del principio de igualdad es obvia y no merece mayor atención. Si se trae aquí a colación es a propósito de la emancipada responsabilidad penal que postula el Proyecto de reforma de 2007, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que pudiera incluso provocar un cierto escapismo en la actividad instructoria de la investigación criminal, por cuanto sería posible alcanzar la fase de plenario o juicio oral solamente con la acusación dirigida contra las sociedades mercantiles. En otros términos, la referida emancipación de responsabilidad puede llegar a constituir, por sarcástico que parezca, una vía de escape a la responsabilidad penal de las personas físicas. Debe repararse en que la ideación de las leyes se produce siempre pensando en una módica aplicación de las mismas, cuando la ecuación debiera ser la inversa, a saber, la generación de reformas legislativas debería verificarse teniendo presente el posible uso perverso, y en ocasiones, torticero, del derecho» (118).

Si resultan verosímiles consideraciones como las anteriores, y a mi juicio más allá de su verosimilitud la comprobación empírica de las afirmaciones que contienen y de la materialización de las hipótesis que formulan permiten estimarlas como verdaderas, no se puede por menos que pensar con fundamento que, en realidad, lo que interesa a los dirigentes y administradores de las más diversas entidades presentes en los más variados mercados y áreas de actuación de las sociedades, global o localizadas, actuales, es la admisión por las leyes de la responsabilidad penal de o para las organizaciones a cuyo frente o en cuyo nombre actúan. Pues en ella encuentran un confortable refugio frente a la exigencia de su responsabilidad individual de igual carácter punitivo, especialmente cuando puede concretarse en la privación de su libertad. Y a esta tarea se aprestan y dedican eficazmente para llegar a recibir o ya obtener el apoyo «racionaliza-

(117) MIR, «Sobre la responsabilidad» cit., pp. 760-761.

(118) MORALES, «La responsabilidad» cit., pp. 50 51.

dor» y bienintencionado de una parte de la doctrina, de los gobiernos y de los parlamentos y la colaboración interesada de otra parte de aquella y de los otros dos. Sin que las negativas consecuencias para terceros de tal responsabilidad colectiva perturbe su ánimo; o cuando se toman en cuenta por las otras instancias ello no lleve a que alcancen a desempeñar algo más que un papel secundario y en todo caso simplemente paliativo.

En cierta medida lo anterior se refleja, con el garbo y el desparpajo que la caracterizan, en la Exposición de Motivos del P/07: «La coincidencia internacional en lo ineludible de que los sistemas penales acogieran esa clase de responsabilidad, ha venido impuesta, como fácilmente se puede comprender, especialmente por la necesidad de robustecer el marco jurídico en que se puede desarrollar con eficacia y garantía el principio de libre empresa, que ha de desarrollar su eficacia en un espacio que supera ampliamente el marco territorial y económico de los Estados» (119).

En varios lugares (120) he puesto de manifiesto con mayor detalle estas y otras razones que, creo, desaconsejan la inclusión en el ordenamiento jurídico-penal español de una propia responsabilidad directa de los entes sociales. A esos lugares remito, para ceñirme ahora a una ellas que, sin embargo, tiene doble alcance. Me refiero a la que he anticipado con los textos doctrinales acabados de reproducir. Ambos reflejan muy bien una de las trampas encerradas en la admisión de la responsabilidad penal de que hablo. Ardid que tiene una doble dimensión: legislativa y judicial.

Legislativa porque la opacidad, rayana en la impenetrabilidad de la luz, que permite el ordenamiento jurídico respecto de muchas de las materias de las componen el Derecho mercantil, resulta difícilmente discutible. Así, en lo que atañe a las sociedades (especialmente, las empresas) y a sus posibilidades de entramado interno y externo o al sistema financiero privado (en particular, los sectores bancario y bursátil). Hoy, casi en la cresta de la crisis económica y social que afecta al

(119) P. 3, col. 1.^a

(120) Así, «Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 57/1079, pp. 68-76; «Las actuaciones en nombre de otro» cit., pp. 24-39; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *PG*, cit., pp. 51-56 *i.p.*; «Las consecuencias accesorias», cit., pp. 1128-1148; «Repercusión de la “responsabilidad penal por el producto” en los principios garantizadores y la dogmática penales (O de cómo sobrevive el “viejo” Derecho Penal cuando se quiere, y se sabe, aplicar a la “nueva” realidad social)», en VIEIRA MORANTE, F.J. (Dtor.) y otros, *Nuevas posiciones de la dogmática jurídica penal*, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 149-155; «Algunas determinaciones», cit., pp. 538-544 *i.p.*

mundo y en la que de hoz y de coz se halla España, poner en duda esa afirmación resulta todavía mucho más dificultoso, si es que se indagan con sinceridad y se determinan verazmente las causas de esa crisis.

Y, sin embargo, esas posibilidades de casi «intransparencia» producen notorias dificultades en el Derecho penal a la hora de exigir las responsabilidades que le son propias; esto es, las responsabilidades individuales. De ahí que numerosos autores preconicen la idea de acabar con el principio penalista *societas delinquere non potest* y se acepte de una vez la idea de que los entes sociales puedan delinquir con arreglo a ley. Lo que paulatina, y al parecer gratamente, es acogido en sus proyectos por cada día más gobiernos y en su acción legislativa por un mayor número de parlamentos.

Esto es algo que no deja de llamar poderosamente la atención hacia la otra manera de tratar de despejar o, al menos, disminuir esas dificultades: la de aclarar la legislación mercantil y restringir sus ofertas «elidientes».

Pero a quienes, con distintas orientaciones políticas, no les tiembla el pulso a la hora de reformar una vez tras otra las leyes penales, de manera crecientemente insoportable para la seguridad jurídica en el ámbito que más la demanda, parece acometerles una parálisis legislativa cuando se trata de modificar las mercantiles en el sentido apuntado. ¿Qué o a quién temen? ¿Qué o a quién defienden? ¿Cuál es la causa de su papel de estafermos ante la necesidad de cambiar las reglas que rigen las actividades de los mercaderes?

Y también judicial, como decía, porque pese a las buenas intenciones que cabe advertir o suponer en las proposiciones de muchos autores, o en las razones dadas para la creación de normas ya aprobadas en distintos países, de hacer caer el principio de proscripción de la responsabilidad penal directa de los entes sociales, con el añadido santificador de que eso se patrocina, o se realiza, sin perjuicio de la que corresponda a las personas físicas que actuaron en su nombre o a través de ellos, lo cierto es, en mi opinión, que así no se evita sino que, antes al contrario, se estimula que estas queden al margen de la exigencia de tal responsabilidad penal.

Ya que a mi juicio sucede que una vez establecida y determinada esta responsabilidad para los entes sociales, ese mecanismo de afirmarla y dejar a salvo la que pueda incumbir a las personas físicas, en los más de los casos hace de semejante salvedad un brindis al sol. Pues favorece, cuando no lleva a ellas, la pereza en la indagación de los hechos cometidos por tales personas físicas, la molicie en la determinación, interpretación y aplicación de las leyes que puedan hacerlas responder conforme al Derecho punitivo, la indolencia en el conocimiento y manejo adecua-

dos de los instrumentos de la dogmática penal que la pueden hacer viable –en ocasiones desde una actitud despectiva hacia ellos– y la desidia en las propuestas fundadas de reforma de las normas jurídicas.

Añadiré una «coda», aunque lo que escribo no sea precisamente un poema: la interesada y distorsionada visión de la realidad que ha producido ese sueño de la razón que son las personificaciones, tan eficaces sin embargo en otros ámbitos del Derecho, no necesariamente tiene que inducir a su incorporación en iguales términos, pretendidamente por coherencia, al Derecho penal; que en tantos otros aspectos rechaza o no acoge sin adaptarlas a sus fines, funciones, garantías y límites otras muchas construcciones y categorías jurídicas provenientes de, por ejemplo, los derechos civil, mercantil, administrativo, tributario o financiero. En realidad, la vocación de materialidad del Derecho penal, se muestra como la prueba del nueve de la corrección, a esos efectos, de los instrumentos empleados en otras ramas del ordenamiento, que no obstante en muchas ocasiones pueden ser útiles y legítimos para sus cometidos, tareas, condiciones en que legítimamente han de desarrollarlas y alcance que las circunscribe. En mi opinión, no cabe aducir que si, precisamente por esa materialidad, el Derecho penal descubre las grandes posibilidades «criminológicas» de los entes sociales, lo adecuado es reaccionar sin más y directamente de manera punitiva contra ellos y, así, dejar en la penumbra que tantas veces desemboca en la impunidad a los individuos que los dirigen, actúan en su nombre o por cuenta de ellos. Ni tampoco alegar el dilema (a mi entender, falso) que se extrae del pensamiento lisztiano (121), según el cual si las sociedades pueden contratar civilmente, también han de poder realizar contratos fraudulentos en el sentido del Derecho penal; pues lo cierto es que esa vocación de materialidad de esta parte del ordenamiento, le hace reducir al mínimo imprescindible para garantizar la seguridad jurídica y el sometimiento de los juzgadores a la ley –en evitación de su subjetivismo– las presunciones (edades determinadas, por ejemplo) y trazar así un límite a mi entender difícilmente franqueable por las ficciones jurídicas, como en definitiva son las personificaciones.

En conclusión: a mi juicio, no solo debe mantenerse la actual fórmula en vigor *societas delinquere non potest*, sino sostener con firmeza de cara al futuro el lema *societas non delinquenda*.

(121) Cf. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, T. II, 3.ª ed., trad. de la 20.ª ed. alemana por L. JIMÉNEZ DE ASÚA y adicionado con el Derecho penal español por Q. SALDAÑA, Ed. Reus, Madrid, 1914-1929 (los tres tomos), pp. 299-300, nota 4.