

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 6

El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos

Itziar Casanueva Sanz / Jesús Agustín Pueyo Rodero / Jesús-María Silva Sánchez / Miguel Ángel Boldova Pasamar / Guillermo Portero Lazcano / Alejandro Isidro Torán Muñoz / Idoia Uncilla Galán / José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo / Francisco Javier de León Villalba / Norberto J. de la Mata Barranco / Carmen Adán del Río / José Manuel Gómez Benítez / Carlos Gómez-Jara Díez / José Antonio Choclán Montalvo / Laura Zúñiga Rodríguez

 **Deusto**

Publicaciones

Cuadernos penales
José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 6

El Anteproyecto de modificación
del Código Penal de 2008.
Algunos aspectos

Itziar Casanueva Sanz
Jesús Agustín Pueyo Rodero
Jesús-María Silva Sánchez
Miguel Ángel Boldova Pasamar
Guillermo Portero Lazcano
Alejandro Isidro Torán Muñoz
Idoia Uncilla Galán
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Francisco Javier de León Villalba
Norberto J. de la Mata Barranco
Carmen Adán del Río
José Manuel Gómez Benítez
Carlos Gómez-Jara Díez
José Antonio Choclán Montalvo
Laura Zúñiga Rodríguez

Bilbao
Universidad de Deusto
2009

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Jesús Erroba Zubeldia
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-469-5

Índice

Presentación <i>Itziar Casanueva Sanz, Jesús Agustín Pueyo Rodero</i>	9
El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008 <i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	15
Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada <i>Miguel Ángel Boldova Pasamar</i>	35
La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta <i>Guillermo Portero Lazcano</i>	71
La nueva pena de libertad vigilada <i>Alejandro Isidro Torán Muñoz</i>	103
La pena accesoria de libertad vigilada <i>Idoia Uncilla Galán</i>	107
Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 23 de noviembre de 1995 <i>José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo</i>	117
Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos <i>Francisco Javier de León Villalba</i>	125
Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008 <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	151

Delitos relativos a los consumidores, delitos informáticos, daños informáticos y delitos contra la Hacienda Pública <i>Carmen Adán del Río</i>	183
La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal <i>José Manuel Gómez Benítez</i>	203
La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los <i>compliance programs</i> y la colaboración con la administración de justicia <i>Carlos Gómez-Jara Díez</i>	221
Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado <i>José Antonio Choclán Montalvo</i>	291
Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones <i>Laura Zúñiga Rodríguez</i>	303
Anexo: <i>Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal</i> (Ministerio de Justicia, 14 de noviembre de 2008).	327

Presentación

Itziar Casanueva Sanz

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Deusto

Jesús Agustín Pueyo Rodero

Magistrado del Juzgado de Menores número 2 de Bilbao

La publicación que tiene entre sus manos es el número seis de los *Cuadernos Penales José María Lidón* y recoge las intervenciones correspondientes a las *VI Jornadas de Derecho Penal en Homenaje a José María Lidón* que se celebraron en el Palacio de Justicia de Bilbao los días 23 y 24 de abril de 2009 bajo el título *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008*.

Son ya seis las ocasiones en las que, tras el brutal atentado que costó la vida a nuestro compañero y amigo Josemari, nos reunimos con el objetivo de mantener viva su memoria y rendirle homenaje a él y a todas las víctimas del terrorismo. En la presentación del número cinco de los Cuadernos expresaba Inés Olaizola Nogales su deseo «de que en la presentación de las jornadas del año próximo podamos celebrar el fin» del terrorismo. Desgraciadamente, durante la redacción de esta presentación, Eduardo Puelles García ha sido asesinado. Aprovechamos estas líneas para condenar este atentado y para sumarnos a ese deseo que la profesora Olaizola expresó el año pasado.

Las Jornadas de este año, al igual que las anteriores, han pretendido ser un foro en el que profesionales relacionados con el Derecho Penal puedan reflexionar y compartir experiencias siempre en busca de una sociedad en la que esté presente la justicia, la libertad y en la que tengan cabida todas las personas.

La organización de esta edición no ha sido tarea fácil puesto que el tema elegido, el Anteproyecto de modificación del Código Penal, a la vez que muy sugerente, plantea no pocos problemas a la hora de planificar unas Jornadas como estas. Por un lado, el número de modificaciones es tan elevado que resultaba imposible hacer referencia a todas y nos obligaba a elegir las que considerábamos más relevantes; por otro lado, éramos conscientes de que el Anteproyecto sufriría alteraciones antes de su aprobación definitiva, lo que nos obligaba a tratar cuestiones que, o bien

casi con total seguridad se van a mantener en la redacción final o bien son aspectos que suscitan interés independientemente de cuál sea dicha redacción. Esperamos haber acertado en los temas propuestos.

Por el número y las consecuencias de las modificaciones que aparecen en el Anteproyecto, podemos afirmar que se trata de la más ambiciosa reforma del Código Penal llevada a cabo desde el año 2003, aunque parece seguir la misma línea de las anteriores ampliando el ámbito de lo punitivo y endureciendo las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un delito; incluso hemos oído decir desde el Gobierno que tras esta reforma «no habrá ningún resquicio para la impunidad».

La Exposición de Motivos del Anteproyecto evidencia, como no podía ser de otra manera tratándose de una reforma tan amplia, que existen diferentes razones que obligan a una modificación del Código Penal. Una buena parte de las reformas tienen como objetivo la armonización de las legislaciones penales de los distintos Estados y para ello se transponen diversas normas europeas y se da cumplimiento a compromisos internacionales pendientes. Otras modificaciones responden a problemas más específicos de la coyuntura jurídico-penal española. Las razones expuestas no merecen ninguna crítica aunque pueda cuestionarse, en su caso, el modo concreto en el que el Anteproyecto pretende llevar a cabo esa armonización o esa respuesta a problemas internos.

No ocurre lo mismo con algunas de las novedades que introduce el Anteproyecto a las que algunos autores no dudan de calificar de «uso populista del derecho penal». Nos referimos a las que afectan a los delitos de terrorismo y delincuencia sexual (principalmente cuando la víctima es un menor) y, en concreto, a la nueva pena accesoria de libertad vigilada.

La Exposición de Motivos nos recuerda que la estabilidad del ordenamiento penal puede tener efectos negativos «si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad» y continua refiriéndose a casos de especial gravedad acaecidos en los últimos tiempos, que «han provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad». Junto a esto, afirma la Exposición de Motivos la «incapacidad, en ocasiones, de que las condenas de prisión consigan el fin de la reinserción del delincuente en la sociedad, lo que hace necesaria la adopción de medidas que permitan el tratamiento y el control de estos individuos después de cumplida la pena privativa de libertad».

Casi nadie duda en poner nombres y apellidos a los hechos que han creado una gran alarma social y en los que está pensando el autor de la Exposición de Motivos: el caso Mari Luz y el de Juana Chaos.

Nos parece que es necesaria una profunda reflexión en este punto, reflexión que, evidentemente excede el objetivo de esta presentación, pero vamos a dedicar, aunque sólo sean unas breves líneas, a dicha tarea.

Afirma el Anteproyecto que la finalidad de esta pena accesoria es la reinserción, la prevención especial en aquellos supuestos en los cuales la pena de prisión ya cumplida, no ha conseguido su función, pero no se cuestiona en ningún sitio la pena principal impuesta ni se dan argumentos de porqué esta pena accesoria va a conseguir el objetivo que no ha conseguido la pena ya cumplida.

No ignoramos que estamos ante problemas muy complejos, pero por eso mismo, la solución no puede estar sólo en el derecho penal y no se puede recurrir a él para tranquilizar a la ciudadanía. Se echa de menos un intento por parte de los poderes públicos de explicar que la pena es el último instrumento que el Estado debe utilizar, que su eficacia es muy limitada y que una tarea del Estado en democracia es proteger y garantizar los derechos y libertades de «todos» los ciudadanos, no adoptar el papel de víctima o aplicar la venganza privada. Y no podemos olvidar que el derecho no se puede crear a golpe de telediario ni de hechos concretos que conmueven a la opinión pública.

Después de reflexionar y valorar todo lo anterior diseñamos el programa de las Jornadas cuyas ponencias se recogen en estos cuadernos siguiendo el orden en el que fueron expuestas y que se iniciaron con una conferencia que corrió a cargo de D. Jesús María Silva Sánchez, sobre el contexto del Anteproyecto que dio una visión global del mismo desde criterios, principalmente, político-criminales.

A continuación, una mesa redonda abordó, desde distintas perspectivas, la nueva pena de libertad vigilada. En una primera ponencia D. Miguel Ángel Boldova Pasamar, se refirió a los aspectos político-criminales de esta pena y, posteriormente, D. Guillermo Portero Lazkano, reflexionó sobre la oportunidad, necesidad y utilidad de esta pena desde el punto de vista psiquiátrico, poniendo en evidencia que se trata de una pena creada para ser aplicada a delitos completamente distintos, cuyos autores no tienen en común ni los motivos que les llevan a delinquir, ni el riesgo de reincidencia. La mesa redonda se completó con las intervenciones de D. Alejandro Isidro Torán Muñoz y Dña. Idoia Uncilla Galán, que se refirieron a los problemas que puede plantear la aplicación práctica de esta nueva pena en los tribunales.

La mesa redonda de la tarde se centró en algunas de las reformas que afectan a la parte especial. D. José Ricardo Palacio Sánchez dedicó

la primera ponencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual que han sido objeto de un gran número de modificaciones, entre ellas, la elevación de numerosas penas, el endurecimiento del régimen de cumplimiento de las penas impuestas por los delitos contra la libertad sexual más graves, la creación del capítulo II *bis* que recoge los abusos y agresiones sexuales en las cuales las víctimas son menores y, como hemos dicho antes, es, junto con los delitos de terrorismo, el grupo de delitos que posibilitan la imposición de la pena accesoria de libertad vigilada. En la segunda ponencia, D. Francisco Javier de León Villalba abordó el tema de la delincuencia organizada y la trata de seres humanos que sufre un importante cambio en el Anteproyecto al crearse un título VII *bis* dedicado exclusivamente a la figura de la trata de seres humanos.

Posteriormente, D. Norberto J. de la Mata Barranco expuso clara y exhaustivamente las reformas que afectan a la corrupción pública y privada y, en la última ponencia, a cargo de Dña. Carmen Adán del Río, se trataron dos temas muy diferentes entre sí como son los delitos relativos a los consumidores, que han sido adaptados a instrumentos europeos sobre operaciones llevadas a cabo con información privilegiada y la manipulación del mercado, y los delitos informáticos y daños informáticos que han sido objeto de modificación, principalmente con el objetivo de organizar mejor estas figuras en el Código Penal.

El segundo día lo dedicamos a, lo que algunos califican como, la «estrella» del Anteproyecto por las repercusiones que tiene su introducción en nuestro ordenamiento jurídico; nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas que venía siendo exigida, según se explica en la Exposición de Motivos, por diversos instrumentos internacionales. D. José Manuel Gómez Benítez, catedrático de Derecho penal y vocal del Consejo General del Poder Judicial, abrió este bloque temático exponiendo el contenido del informe que el Consejo había aprobado sobre el Anteproyecto en relación con este tema para, a continuación, dar paso a una mesa redonda. En la misma, los ponentes D. Carlos Gómez-Jara Diez, D. José Antonio Choclán Montalvo, Dña. Laura Zúñiga Rodríguez y D. José Ricardo de Prada Solaesa analizaron distintos aspectos relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas. Se intercambiaron discursos teóricos y visiones prácticas sobre la regulación que lleva a cabo el Anteproyecto aplaudiendo o, en su caso, criticando la misma y proponiendo soluciones más adecuadas. Se trata éste de un punto muy discutido en derecho penal, puesto que se cuestiona incluso la necesidad de que en nuestro ordenamiento exista una responsabilidad penal para las personas jurídicas, como señalaron algunos ponentes. Por lo tanto, puede entenderse fácilmente las distintas opiniones que existen en relación con cuáles tienen que ser

los criterios de imputación de esta responsabilidad, la relación que tiene que existir entre la responsabilidad de la persona jurídicas y las personas físicas que la forman, cuáles tienen que ser y cómo tienen que ejecutarse las penas que se impongan a una persona jurídica, cuáles tienen que ser las atenuaciones aplicables a la persona jurídica,... Lo que nadie duda es en la necesidad de reflexionar y debatir sobre estos temas para conseguir una regulación lo más adecuada posible.

Tanto las conferencias como las mesas redondas fueron seguidas de momentos de diálogo en los que los participantes a las jornadas dieron su opinión, enriqueciendo así las aportaciones de los ponentes, y realizaron a estos las preguntas que consideraron pertinentes, lo que sirvió para profundizar más aún en los distintos temas.

No queremos terminar esta presentación sin hacer referencia a otras modificaciones que se recogen en el Anteproyecto y que, aun siendo muy importantes, no han podido ser objeto de un análisis más detenido en las Jornadas por falta de tiempo.

En la parte general destacan las reformas que afectan al comiso y a la prescripción. Las primeras responden a la necesidad de adaptar la regulación interna a exigencias internacionales y las segundas tienen como finalidad dar seguridad jurídica ante la disparidad de criterios que siguen el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional así como aumentar el plazo de prescripción en algunos delito.

En la parte especial podemos destacar la creación de algunas figuras delictivas como el acoso laboral dentro de los delitos contra las torturas y contra la integridad moral, la agrupación transitoria para delinquir y el delito de piratería, dentro de los delitos contra la comunidad internacional. También se introducen mejoras técnicas en los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo, así como modificaciones en delitos cometidos en caso de conflicto armado.

Por último, queremos agradecer a todos los ponentes su interés y disponibilidad así como al Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco y al Consejo General del Poder Judicial su interés y apoyo, sin los cuales la celebración de las Jornadas así como esta publicación no serían posibles.

El contexto del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008

Jesús-María Silva Sánchez

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra
Abogado

I. Introducción. Aspectos generales

1. Reforma es expansión

A. Reforma de la legislación penal significa en nuestros tiempos tanto como *Expansión* del Derecho penal: y expansión, a su vez, significa crecimiento del ámbito de intervención de aquél, agravación de las penas y flexibilización de las garantías político-criminales. En otro lugar¹ he tratado de exponer con detenimiento qué factores —y, entre ellos, qué modelo antropológico²— subyacen a los modernos procesos de reforma expansiva del Derecho penal. Creo que, en términos generales, lo dicho en ese lugar vale también para el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008 (en adelante, A-2008). Cabría pues afirmar que el contexto del Anteproyecto viene determinado básicamente por el sentimiento de inseguridad y de vindicación que surge como consecuencia de los delitos sexuales, financieros, de la corrupción, así como de la criminalidad organizada y terrorista. Todas estas modalidades delictivas han mostrado episodios —más o menos reiterados, pero, sobre todo, muy difundidos en los medios de comunicación— en los últimos años. El sesgo crecientemente criminalizador de las «demandas sociales» internas, unido a la sensibilidad creciente de los gobiernos frente a

¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal* (1.ª edic., Madrid, 1999; 2.ª edic., Madrid, 2001; 2.ª edic. reimpr. Montevideo/Buenos Aires, 2006), *passim*.

² Cfr. HUGHES, *Culture of Complaint: A Passionate Look into the Ailing Heart of America*, New York, 1994; BRUCKNER, *La Tentation de l'innocence*, París, 1995, cuya tesis central es que el hombre occidental se autocomprende a la vez como un eterno niño y como una víctima, conjugando la puerilidad con la jeremiada; ELIACHEFF/SOULEZ LARIVIÈRE, *Le Temps des victimes*, París, 2007.

las encuestas de opinión, explica por tanto no pocos de los contenidos del A-2008³.

B. La consideración de la seguridad como un derecho fundamental ha modificado el modo de entender el resto de los derechos y principios político-criminales. Éstos han pasado, de ser vistos como base de derechos reaccionales frente al Estado (que conllevan deberes de abstención), a concebirse como sustrato de derechos a la seguridad (a los que corresponden deberes de protección penal por parte del Estado). Sin embargo, es ya un tópico en la doctrina albergar dudas sobre que el Derecho penal disponga en todo caso de posibilidades reales de incrementar sustancialmente la seguridad de los ciudadanos⁴. En particular, es dudoso que la agravación de las penas y el endurecimiento de las condiciones de su ejecución puedan hacerlo⁵. Sobre ello habrá ocasión de extenderse al examinar con algún detalle algunos de los rasgos característicos del Anteproyecto.

2. *¿Derecho penal europeo «ante portas»!*⁶

A. Como es sabido, nos encontramos inmersos en un proceso de europeización (armonización) de las leyes penales nacionales⁷. Dicho

³ La Exposición de Motivos del Anteproyecto llega a aludir a la pretensión de *estabilidad* inherente al ordenamiento jurídico-penal como fuente de efectos perniciosos si no se ve compensada por un activismo legislativo.

⁴ FRISCH, *Sicherheit durch Strafrecht? Erwartungen, Möglichkeiten und Grenzen*, GS f. Schlüchter, Köln, 2002, pp. 669 y ss.; BLOY, «Möglichkeiten und Grenzen der Gewährleistung von Sicherheit durch Strafrecht», en MOMMSEN/BLOY/RACKOW, *Fragmentarisches Strafrecht. Beiträge zum Strafrecht, Strafprozeßrecht und Strafrechtsvergleichung*, Frankfurt, 2003, pp. 9 y ss., 11; SIEBER, «Grenzen des Strafrechts» ZStW, 119 (2007), pp. 1 y ss., 26 y ss.

⁵ Cfr., por ejemplo, KÜHNE, «Der erstaunliche Bedeutungszuwachs des Strafrechts: Gibt es Wachstumsgrenzen?», en *Grundfragen staatlichen Straffens. FS f. H. Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, München, 2001, pp. 419 y ss.; FRISCH, GS f. Schlüchter, p. 671; PAREDES CASTAÑÓN, «La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal», *Eguzkilore* 20 (Diciembre 2006), pp. 129 y ss., especialmente 147 y ss.

⁶ Cfr. ya SCHULZ, «Europäisches Strafrecht ante portas» —Tagungsbericht—, StV, 1/2001, pp. 85 y ss. Esta expresión, utilizada de modo no infrecuente en la doctrina alemana para referirse a la amenaza de las disposiciones europeas de unificación y armonización sobre los Derechos penales nacionales evoca la expresión latina *Hannibal ante portas!*, con la que se pretendía aludir a un riesgo inminente (aunque la expresión correcta sería *Hannibal ad portas!*, que se encuentra en las Filípicas de Cicerón refiriéndose a las pretensiones dictatoriales de Marco Antonio tras la muerte de Julio César). La referencia original se halla en la marcha de Aníbal hacia la ciudad de Roma tras su victoria en Cannas (durante la Segunda Guerra Púnica).

⁷ Con detalle, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Armonización penal en la Unión Europea», en ARANGÜENA/SANZ (eds.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pp. 135 y ss., 147 y ss.

proceso se traduce en una suerte de *leyes en blanco inversas*, en las que la instancia europea, que ha determinado el núcleo de la prohibición (y la razón justificante de ésta), remite a los parlamentos nacionales la concreción de los detalles de la descripción típica y de la medida de sanción. En otras palabras, nos hallamos ante una ley nacional condicionada por la normativa europea⁸, integrada por mandatos de protección represiva (y, eventualmente, de criminalización)⁹.

B. Importa subrayar que los ámbitos de la armonización son, en no poca medida, *crímenes odiosos*, en los que resulta fácil contemplar al delincuente como el «otro» (en el sentido de «no-yo») y que, como resultado, se produzca un debilitamiento de las garantías. Las exigencias europeas de armonización (concretadas en Decisiones-Marco) inciden sobre cada vez más ámbitos de la legislación penal: terrorismo, criminalidad organizada¹⁰, blanqueo de capitales, explotación sexual y pornografía infantil, inmigración sexual y trata de seres humanos, abuso de información privilegiada, corrupción pública y privada, etc.¹¹.

C. Con frecuencia, el Derecho penal europeizado (sectorial) se introduce como un cuerpo extraño en los sistemas penales nacionales. En efecto, conviene no desconocer que su objetivo básico de «eliminación de paraísos penales» es claramente punitivista. Ello conduce a que la armonización tenga lugar sobre la base de la solución más sencilla, laxa y represiva (criterio del *mínimo común denominador de las garantías*)¹².

⁸ Cfr. la referencia de TIEDEMANN, *EG und EU als Rechtsquellen des Strafrechts*, FS f. Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Berlin, 2001, pp. 1401 y ss., 1404.

⁹ Crítico, PERRON, «Strafrechtsvereinheitlichung in Europa», en DÖRR/DREHER (Hrsg.), *Europa als Rechtsgemeinschaft*, Baden-Baden, 1997, pp. 135 y ss., 141.

¹⁰ Sobre las propuestas de elaboración de un tipo común europeo relativo a la participación en una organización criminal, cfr. *Action commune relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle, dans les Etats membres de l'union européenne*, de 21 de diciembre de 1998 (DOCE L351, de 29 de diciembre de 1998, pp. 1 y ss.). Cfr. MILITELLO, «Participation in a Criminal Organisation as a Model of European Criminal Offence», en MILITELLO/HUBER (eds.), *Towards a European Criminal Law Against Organised Crime*, Freiburg, 2001, pp. 15 y ss., 27.

¹¹ Una síntesis, desde la que pueden entenderse con facilidad buena parte de los textos del Anteproyecto de Reforma, la ofrece el texto de AA.VV., «La armonización del Derecho penal español: una evaluación legislativa», *BIMJ*, suplemento al n.º 2015, de 15 de junio de 2006.

¹² Cfr. PIETH, «Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Kriminalität», *ZStW* 109 (1997), pp. 756 y ss., 758, armonización del Derecho penal significa con frecuencia *expansión* del Derecho penal; asimismo, ARZT, «Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG», *ZStW* 111 (1999), pp. 758 y ss., p. 769: «*Strafbarkeitsausdehnung ist der Weg des geringsten Widerstands*»; SILVA SÁNCHEZ, «Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica»,

Que, sobre esta base, surjan problemas de proporcionalidad y de taxatividad es casi una obviedad, que desde luego cabe apreciar en diferentes lugares del Anteproyecto.

D. Por otro lado, aunque no sea sólo un efecto del proceso de europeización del Derecho penal, lo cierto es que la tendencia a incorporar modelos de responsabilidad (cuasi-)penal para las personas jurídicas es una de las características más relevantes de la evolución del Derecho penal continental de las últimas dos décadas. Ya en 1988 existía una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre este punto¹³. En ella, se consideraba precisamente la dificultad existente en las tradiciones jurídicas de muchos Estados europeos para hacer penalmente responsables a las empresas dotadas de personalidad jurídica. De ahí que se expresara el deseo de superar tal dificultad a fin de hacer responsables a las empresas como tales, sin exonerar por ello de responsabilidad a las personas físicas. Los principios rectores que el Consejo de Europa proponía a tal efecto eran los siguientes: por un lado, las empresas habrían de ser hechas responsables por los delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades, aun cuando el delito fuera ajeno a las finalidades de la empresa; por otro lado, la empresa habría de ser hecha responsable con independencia de que la persona física que realizó las acciones u omisiones hubiera sido identificada o no; en tercer lugar, la empresa habría de quedar exenta de responsabilidad cuando su organización no se vio implicada en el delito y tomó las medidas necesarias para impedir su comisión; y, en cuarto lugar, la atribución de responsabilidad a la empresa no debería exonerar a ninguna persona física implicada en el delito.

E. Esta Recomendación se tradujo pronto en la introducción del art. 121-2 en el Código Penal francés de 1994¹⁴. Con posterioridad, no pocos países han incorporado regulaciones legales de tal modelo de responsabilidad en sus respectivos Códigos penales¹⁵. Entre tanto, con-

Revista penal, 13/2004, pp. 138 y ss. (=«I principi ispiratori della proposta di un Diritto penale europeo: un commento critico», en: CANESTRARI/FOFFANI (a cura di): *Il Diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa*, Milano, 2005, pp. 451 y ss.); SILVA SÁNCHEZ, «Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico», en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, Madrid, 2006, pp. 251 y ss.

¹³ Recommendation No. R (88) 18 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities, adoptada el 20 de octubre de 1988.

¹⁴ Cfr. el comentario de PRADEL, *Droit pénal général*, 12.ª edic., París, 1999, pp. 506 y ss.

¹⁵ Referencias en PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2.ª edic, París, 2002, pp. 351 y ss. Con posterioridad a las referencias de Pradel, en Italia, Austria y Suiza se han introducido

venios internacionales, disposiciones de la Unión Europea y propuestas doctrinales han venido insistiendo repetidamente sobre la procedencia de hacerlo.

F. En todas estas propuestas se parte implícitamente de que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas —de modo eventualmente acumulado a la individual de sus administradores, representantes, directivos u otros integrantes— constituye una auténtica necesidad. Sólo mediante la adición de aquélla a la responsabilidad individual podría combatirse con ciertas garantías de éxito la criminalidad empresarial y, en particular, la criminalidad organizada. Por lo demás, ello no tendría por qué representar una subversión de los conceptos de la teoría del delito, siempre que se tuviera claro que el modelo de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas no es idéntico al de la responsabilidad criminal individual. De modo que habría que establecer que la teoría del delito en sentido amplio contiene dos sistemas de imputación: el de las personas físicas y el de las personas jurídicas.

3. *El problema de los imputables peligrosos*

A. Acontecimientos dramáticos que, además, han tenido una gran resonancia en la opinión pública, han suscitado una creciente preocupación por la subsistencia de peligrosidad criminal en ciertos delincuentes que ya han cumplido la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho cometido. Por ello, a pesar de las reticencias doctrinales frente a la posibilidad de recuperar la lógica del Derecho penal de la peligrosidad, en todos los países europeos se registran reformas orientadas a introducir reacciones de esta naturaleza. Ello se debe, seguramente, a que, como indica HASSEMER, «el acuerdo normativo de nuestra sociedad presente y también de la futura» no permite pensar «la liberación de delincuentes que ciertamente han cumplido su condena, pero que son peligrosos en términos actuales y elevados para bienes jurídicos centrales de otras personas». De ahí que «la rápida carrera de la custodia de seguridad, que hace algún tiempo habíamos olvidado prácticamente como ins-

regímenes sobre este punto. Sobre la regulación italiana —decreto legislativo 231/ 2001 que desarrolla la legge di delega 300/ 2000— y su discutida naturaleza cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5.ª edición, Milano, 2007, pp. 114-115. En Suiza la regulación entró en vigor el 1 de octubre de 2003. Respecto a la situación en Austria tras la *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*, que entró en vigor el 1 de enero de 2006, ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos», en www.indret.com, 344 (abril 2006).

trumento jurídico-penal, no es casual: refleja de forma fiel y precisa las necesidades de seguridad y control de las que aquí se trata de forma permanente»¹⁶.

B. No es muy conocido que FEUERBACH escribió ya en 1800 el ensayo *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers* (*Sobre la pena como medio de aseguramiento frente a futuras infracciones del delincuente*). En general, la asociación de la *Zweckstrafe* (en realidad, vista ya como medida de seguridad) a la contención de la «peligrosidad» de ciertos delincuentes y, en algunos casos, a la consiguiente «inocuidación» de éstos se atribuye con razón a la dirección moderna de VON LISZT¹⁷. La contraposición (lucha de escuelas) entre esta visión de la pena como «pena orientada a fines» y su concepción clásica —retributiva— dio pronto lugar a un compromiso, que se manifestó en la introducción del sistema de la doble vía (*Zweispurigkeit*), propuesto muy pronto por el propio VON LISZT¹⁸. Varias décadas más tarde, hacia los años sesenta/ setenta del pasado siglo, el escepticismo acerca de la idea de culpabilidad condujo a algunos autores a la adopción de un sistema monista de medidas, eventualmente ni siquiera penales¹⁹, de orientación rehabilitadora. Sin embargo, en los últimos años, si hay un monismo que se impone, éste es un monismo de penas (basado en la proporcionalidad con el hecho), que conlleva un rechazo expreso o tácito a la propia consideración de la idea de peligrosidad como presupuesto de reacciones penales.

C. Frente a ello, las nociones de peligrosidad e inocuidación (*incapacitation*) se habían mantenido históricamente en la discusión político-criminal anglosajona. Así, cuando ya en los años setenta del siglo pasado se empezó a hablar en el Reino Unido de un «renacimiento de la peligrosidad» era posible aludir como referentes previos tanto a la escuela criminológica positivista como a la práctica judicial norteamericana²⁰. En

¹⁶ HASSEMER, «Sicherheit durch Strafrecht», *HRRS* 4/2006, pp. 130 y ss., 140; ya FRISCH, *GS f. Schlüchter*, pp. 672 y ss.

¹⁷ VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882)», en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I, Berlin, 1905, pp. 126 y ss., 164 y ss., 166 y ss.

¹⁸ VON LISZT, «Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe», *ZStW* 13 (1893), pp. 325 y ss., 368.

¹⁹ Así KLOSE, «„Ius puniendi“ und Grundgesetz», *ZStW* 86 (1974), pp. 64 y ss., NAEGELI, «Von der Vergeltung zur Sozialisierung», en *Die Gesellschaft und die Kriminellen, Strafrechtsreform als Gesellschaftsreform*, 1972, pp. 76 y ss.; PLACK, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, pp. 367 y ss.

²⁰ Cfr. por ejemplo BOTTOMS, «Reflections on the Renaissance of Dangerousness», *16 Howard Journal of Penology and Crime Prevention* (1977), pp. 70 y ss., 75 y ss.

las últimas décadas, esta tendencia ha experimentado un auge considerable, a partir de varios hechos distintos: la proliferación de las leyes sobre delinquentes sexuales habituales (los llamados depredadores o psicópatas sexuales); la difusión de las teorías de la inocuización selectiva (*selective incapacitation*); y aparición de las leyes *three strikes*. Todos ellos son fenómenos parcialmente diversos, aunque pertenecen a un mismo mundo de ideas y, por otro lado, se complementan. Lo discutible es si éstas, ciertamente orientadas a la inocuización, lo han hecho mediante una correcta consideración del problema de la peligrosidad criminal o, más bien, como ha sostenido reiteradamente ROBINSON, entre otros, han recurrido a una criticable mezcla de conceptos (tampoco ajena a nuestra cultura).

4. Coyuntura

El contexto del A-2008 no viene dado sólo por las grandes tendencias internacionales de búsqueda de más seguridad a través del Derecho penal, armonización de legislaciones dentro de la Unión Europea, responsabilidad de las personas jurídicas para hacer frente a la criminalidad de empresa o recuperación de la noción de peligrosidad en la reacción frente a delinquentes sexuales no resocializables. Por el contrario, en él también se reflejan problemas muy concretos, específicos de la coyuntura jurídico-penal española. Quizá uno de los más característicos sea el relativo al conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sobre la prescripción de los delitos, muy centrado, además, en los delitos contra la Hacienda Pública. Pero, por citar sólo un ejemplo más, también cabe aludir a los delitos urbanísticos.

II. Política criminal en el A-2008

1. *La fascinación por los números: El incremento de penas*

A. El A-2008 ha sucumbido, como anteriores proyectos de reforma de nuestra legislación penal, a la tentación de los incrementos de pena. Ello, a pesar de que es casi un lugar común, puesto de relieve por cri-

Aunque podría haber aludido también a la «preventive detention for repeated offenders» sugerida ya en el Gladstone Committee Report de 1895 para la Cámara de los Comunes, cfr. ΚΑΤΚΙΝ, «Habitual Offender Laws: A Reconsideration», 21 *Buff. L. Rev.* (1971-1972), pp. 99 y ss

minólogos de todas las tendencias, entender que los incrementos de la gravedad de la pena carecen de efecto preventivo general relevante²¹. En efecto, si se mantiene constante (y, en general, relativamente bajo) el coeficiente de probabilidad de aprehensión, enjuiciamiento y castigo del sujeto y a ello se añade la tasa de «descuento del futuro»²², un incremento de la gravedad de la pena carecerá, en general, de efecto disuasorio alguno. Ello, incluso para sujetos que respondan al modelo del *homo oeconomicus* (sujeto racional que toma decisiones, incluso las delictivas, ponderando las ventajas e inconvenientes de su adopción). Si se considera, por lo demás, que no pocos sujetos (por ejemplo, los autores de delitos sexuales) no se corresponden en absoluto con dicho estándar, parece que la opción por la agravación de penas carece de un fundamento racional.

B. Pese a ello, en el A-2008 se encuentra repetidamente un modelo de agravación de penas: el incremento de la pena máxima de los marcos penales de cuatro a cinco años. Ello se establece, por ejemplo, a propósito de las agresiones sexuales (art. 178)²³, del favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces (art. 187²⁴), de la utilización de menores o incapaces en espectáculos pornográficos o en la elaboración de productos de esa naturaleza (art. 189). Pero hay incrementos superiores. De hecho, el ámbito en el que tiene lugar la mayor concentración de sustanciales agravaciones de pena es el de los delitos sexuales²⁵. Por ejemplo, es muy significativo el relativo a los actos sexuales con menores de trece años (art. 183, cuyo tipo básico pasa a tener un marco de tres a seis años de prisión).

C. Incrementos de pena se advierten, en los términos del modelo referido, también en el tipo básico del delito contra el medio ambiente (art. 325.1), en el que, al incrementarse asimismo la pena mínima, el marco queda determinado por una pena de prisión de dos a cinco años. Algo que sucede igualmente en el nuevo tipo de traslado de una

²¹ Cfr. por todos, ORTIZ DE URBINA, «Análisis económico del Derecho y política criminal», *RDPC* 2.ª época n.º extraordinario 2 (2004), pp. 31 y ss., en especial 58 y ss.; también FRISCH, *GS f. Schlüchter*, p. 675.

²² ORTIZ DE URBINA, *RDPC* n.º extraordinario 2 (2004), p. 62.

²³ En este caso ciertamente impuesta por la Decisión Marco 2004/68/JAI, de 22 de diciembre de 2003.

²⁴ Que extiende la pena, además, a los clientes e indica (art. 187.5) que dichas penas se impondrán con independencia de las que proceda imponer por los delitos sexuales correspondientes.

²⁵ Lo que ciertamente responde a tendencias internacionales: FRISCH, *GS f. Schlüchter*, p. 677.

«cantidad importante»²⁶ de residuos, contraviniendo la normativa reguladora: un delito de desobediencia al que se asigna la misma pena de dos a cinco años²⁷. Agravaciones de pena se observan, en fin, en los delitos contra la ordenación del territorio (art. 319, cuyo marco pasa de comprenderse entre seis meses y tres años de prisión a hacerlo entre uno y cuatro años).

D. Según antes se indicó, no cabe esperar que agravaciones de pena como las señaladas tengan un efecto relevante en términos de prevención general negativa. Lo que sí cabe prever es que generen problemas de proporcionalidad relativa y, consiguientemente, en algunos casos, de «disuasión marginal». De todos modos, sin embargo, no puede excluirse, en el caso de alguna de las modificaciones, una repercusión relevante desde la perspectiva de la prevención especial negativa. En efecto, en marcos penales de uno a cuatro años de prisión, la acogida de la mitad inferior del marco (hasta dos años y seis meses) ya permite la imposición de una pena con respecto a cuya ejecución no sea posible la suspensión condicional. Ello se hace mucho más evidente en el caso de la penalidad del tipo básico del delito contra el medio ambiente y en el nuevo tipo de traslado de una «cantidad importante» de residuos, cuyo límite inferior en el A-2008 determina que éstos sean delitos que —salvo que se imponga el mínimo absoluto de la penalidad típica: dos años— conducirán indefectiblemente al ingreso en prisión.

E. Se trata de penas de duración relativamente corta y, sin embargo, ejecutables (a la vista de nuestro sistema de suspensión condicional de la ejecución). Parece claro, pues, que el modelo de incremento de pena en los delitos de referencia no aspira a la disuasión, ni tampoco a la resocialización. Más bien, aparecen como objetivos la intimidación individual y la inocuización; pero incluso esta misma puede ponerse en tela de juicio, a la vista de que se trata de penas no excesivamente largas (salvo en el caso de los delitos sexuales que recaen sobre menores de trece años). Por tanto, la clave de los incrementos de pena debe hallarse seguramente en la dimensión de prevención general positiva y, en concreto, en la comunicación de que estos delitos conllevan penas «de

²⁶ Obsérvese la manifiesta vulneración del mandato de determinación.

²⁷ Lo que contrasta con la pena prevista en el art. 328.2, según el cual, si en el contexto de la gestión de residuos se pone en peligro la vida de las personas en la gestión de residuos, procede imponer una pena de uno a dos años de prisión. Resulta, en efecto, extraño que un delito de peligro presunto (o de mera desobediencia) reciba una pena superior a la de un delito de peligro concreto.

cumplimiento». Con lo que se pretende, además del efecto simbólico que tantas veces se atribuye a propuestas legislativas como las que examinamos, la consolidación de la dimensión vindicativa.

2. *Vacilaciones en el régimen jurídico de los imputables peligrosos: período de seguridad y libertad vigilada*

A. Desde la perspectiva de la teoría de los fines de la pena, en algunos puntos el A-2008 oscila entre la prevención especial positiva (reinserción) y la prevención especial negativa (incocuización). Así, por un lado, presenta como un logro el que quienes hayan cometido delitos sexuales sobre menores no puedan obtener el tercer grado penitenciario antes de cumplir la mitad de la condena; ello, aun cuando cuenten con un pronóstico positivo de reinserción (art. 36.2 II). Sin embargo, la lógica asegurativa (incluso cabría decir que taliónica) de esta opción contrasta con la ingenuamente resocializadora que se manifiesta en una de las novedades fundamentales del texto. Concretamente, con la propuesta de intervención mediante la «libertad vigilada» sobre sujetos en los que ha fracasado el tratamiento resocializador y siguen mostrando peligrosidad tras el cumplimiento de la condena. La paradójica relación de lo uno y lo otro reza: mantenimiento del internamiento pese a un pronóstico positivo de resinserción; libertad (aunque «vigilada») pese a un pronóstico negativo de reinserción.

B. A diferencia de lo que sucede en otros sistemas de nuestro entorno —paradigmáticamente en el caso alemán, con la custodia de seguridad— el A-2008 renuncia a hacer frente a la peligrosidad postdelictual mediante una medida de internamiento. Se propone hacerlo mediante una «pena de libertad (vigilada)», cuyo objetivo explícito es lograr la reinserción del sujeto en la sociedad. Más adelante, al analizar el problema desde la perspectiva técnico-jurídica, habrá ocasión de pronunciarse sobre la procedencia de reaccionar con penas a la peligrosidad postdelictual, así como sobre el modo concreto en que lo lleva a cabo el A-2008. Ahora procede hacerlo sobre la opción de la libertad vigilada como forma de intervención sobre delincuentes (básicamente sexuales y terroristas, pero en general violentos) cuyo peligro de reincidencia no puede excluirse tras el cumplimiento de la pena de prisión adecuada a la culpabilidad por el hecho.

C. La renuncia general al internamiento como medida de contención de sujetos especialmente peligrosos para bienes jurídicos de relevante entidad constituye una opción innecesariamente arriesgada. Cier-

tamente, la libertad vigilada es una institución conocida en el Derecho comparado. Pero la posibilidad de un internamiento asegurativo, como es de ver en el significativo desarrollo de la regulación de la custodia de seguridad alemana durante la última década y en evoluciones similares en el mundo anglosajón, debería existir, aunque sólo fuera para los casos más graves²⁸. No se trata de acoger una concepción radical de la inocuización, como distribución desequilibrada de cargas en perjuicio del sujeto que ya cumplió su condena. Ahora bien, ello no puede implicar la exclusión de cualquier forma de reclusión. En realidad, en casos límite, de extrema peligrosidad del sujeto, objetivamente acreditada, debería considerarse incluso la posibilidad de un internamiento incluso permanente —aunque no irreversible—.

3. *Un medio dudoso de dudoso fin: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, organizaciones y empresas*

A. En la discusión de las últimas décadas acerca de si las personas jurídicas deben recibir algún tipo de consecuencia jurídico-penal (o, mejor, de consecuencia jurídica impuesta en el proceso penal) parece haberse generado un consenso acerca de la existencia de una necesidad político-criminal de que así sea, surgiendo, en cambio, las dificultades en el plano de la dogmática de la teoría del delito. Este consenso se asienta, fundamentalmente, sobre la base de tres líneas argumentales. En primer lugar, el argumento de la *irresponsabilidad organizada*: no siempre es posible sancionar penalmente a personas físicas (administradores, directivos, representantes) por los delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial de la persona jurídica. En segundo lugar, el argumento de la *insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual*: incluso en los casos en que tal sanción sea posible, superando las dificultades probatorias o técnico-jurídicas que muchas veces se suscitan, ella constituiría una respuesta insuficiente para la criminalidad económica, en particular para la criminalidad organizada. Y, en tercer lugar, el argumento de la *insuficiencia preventiva de las formas de responsabilidad colectiva no penales*: las alternativas orientadas a la responsabilización de la propia persona jurídica al margen del

²⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca, 2001, Vol. I, pp. 699 y ss.; ROBLES PLANAS, «“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret Penal*, 478, octubre 2007, www.indret.com.

Derecho y del proceso penal (muy en concreto, las sanciones u otras medidas administrativas) no son adecuadas para la mayor parte de la criminalidad que se genera en la actividad de la empresa (que de modo no infrecuente aparece vinculada a la criminalidad organizada); en este punto, son consideraciones vinculadas al modo de articulación de los procedimientos penal y administrativo, así como a la peculiar naturaleza simbólica de la reacción penal.

B. Pues bien, a propósito de este consenso lo primero que debe señalarse es que no conduce de modo necesario a la imposición de penas *stricto sensu* a las personas jurídicas, sino tan sólo a la imposición de alguna clase de consecuencias jurídico-penales en el marco del proceso penal. Lo segundo es, con todo, más importante, pues afecta, desde perspectivas empíricas, al axioma de la necesidad político-criminal de imponer consecuencias jurídico-penales a las personas jurídicas. En efecto, un examen del sistema español de consecuencias accesorias para las personas jurídicas (vigente en materia medioambiental desde 1983 y en términos bastante generales desde 1996) pone de relieve que, si dejamos de lado el ámbito de la legislación contra el terrorismo y la criminalidad organizada, el balance de su aplicación judicial es bastante elocuente: la disolución de la sociedad, asociación o fundación no se ha acordado nunca; la intervención de la empresa, sólo en una ocasión. La consecuencia accesoria aplicada de modo general ha sido la clausura temporal de establecimientos. Pero la expresión «de modo general» significa aquí «en unas pocas resoluciones». El Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia en la que haya sentado doctrina extensa sobre el art. 129. Los tribunales inferiores han mostrado, por lo demás, una prudencia extrema en la imposición de las consecuencias referidas; ello se advierte de modo especialmente claro a propósito de su adopción cautelar²⁹.

C. Pese a todo ello, la doctrina ha sostenido, concretamente a propósito del Derecho penal del medio ambiente, que éste ha cumplido razonablemente bien con los objetivos que se le asignaron al procederse a su regulación legal. La contradicción, siquiera aparente, que se deriva de lo anterior no tendría por qué resolverse renunciando a mantener el balance positivo efectuado en términos generales sobre la eficacia del Derecho penal del medio ambiente. Quizá procedería, en cambio, revisar la tesis de que sin imponer sanciones a las empresas mismas no

²⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *Indret Penal*, 342, abril 2006, www.indret.com.

puede funcionar razonablemente bien el Derecho penal de la empresa. O, al menos, matizar que el Derecho penal de la empresa no requiere, para su buen funcionamiento, que las sanciones que se impongan a las empresas sean tan graves como las que prevé el vigente art. 129 CP.

D. Pues bien, el A-2008 hace abstracción de todo lo señalado. Acogiendo las tesis dominantes en el ámbito internacional, establece una responsabilidad, que llama «penal», para las personas jurídicas y que trae como consecuencia la imposición a éstas de unas sanciones que son denominadas «penas». El examen global del modelo que tiene su disposición central en el art. 31 bis permite concluir que, en efecto, el A-2008 contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Resulta llamativo, con todo, que lo haga sin aludir siquiera a la necesidad de una coetánea reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que determine cuál será el status procesal de aquéllas: si, como parece razonable, tendrán derecho a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismas y, en general, a todas las demás garantías del debido proceso. Sin esa reforma paralela resulta sumamente dudoso que el modelo del Anteproyecto pueda cumplir sus pretendidos objetivos.

4. *La disolución de la dimensión organizativa en las organizaciones criminales: hacia la tipificación de la «conspiracy»*

A. La evolución de la política criminal internacional está conduciendo a la disolución del concepto de organización criminal. La característica general es que la integración de cada vez menos personas, con menos estructura y durante menos tiempo se considera suficiente para apreciar la concurrencia de una organización. Un ejemplo claro en el A-2008 es la definición de «organización» del art. 369 bis, a los efectos de su aplicación al tráfico de estupefacientes: más de dos personas, asociadas durante un cierto período de tiempo, que actúen de modo concertado con la finalidad de cometer tales delitos³⁰.

B. Con todo, este fenómeno alcanza su culminación en el nuevo Título XVII bis, relativo a las agrupaciones criminales, que integra un único artículo: el art. 385 bis. Según éste, quienes se agrupen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos ya son sancionados por el mero hecho de hacerlo con una pena de hasta tres años de prisión; las

³⁰ Por cierto que el último párrafo del artículo califica a esa asociación como «persona jurídica» (¿?) a los efectos de estimar su responsabilidad penal acumulativa a la de sus integrantes e imponerle sanciones.

penas por los delitos efectivamente cometidos se impondrán con independencia de aquélla.

C. Parece claro que nos encontramos ante la autonomización de un acto preparatorio, de contenido mucho más amplio que la conspiración y aplicable a la generalidad de los delitos. Es decir, ante la tipificación de una modalidad de la figura anglosajona de la *conspiracy*³¹. Sin embargo, esa agrupación transitoria, por su propia transitoriedad y por la generalidad de su aplicación a toda clase de delitos, no muestra los requisitos que podrían justificar su sanción penal. Desde un punto de vista simbólico, carece de la capacidad de negar el Derecho y el Estado que se predica por un sector doctrinal de las organizaciones criminales; desde un punto de vista empírico, no conlleva un incremento relevante de la dimensión psicológico-social de la afectación de la seguridad cognitiva. Dicho de otro modo, no es posible afirmar que la sanción autónoma de la mera agrupación pueda justificarse desde la perspectiva de una anticipación de la protección penal orientada a la represión de ciertos actos especialmente graves de participación intentada³².

5. Coyuntura

A. No es posible traer aquí de modo detallado otros elementos expresivos de la opción político-criminal del A-2008. Como elementos de una política criminal *ad hoc* sí quisiera, con todo, mencionar dos.

B. Por un lado, la arbitraria ampliación del plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 131.1). Esta se aparta por completo del criterio que nuestro sistema ha acogido y sigue acogiendo para el establecimiento de dicho plazo, que no es otro que la duración de la pena impuesta al delito. Y lo hace con una fundamentación (la de la Exposición de Motivos) que resulta poco o nada convincente: apelando para ello a las dificultades de investigación de estos delitos, olvida la existencia de delitos tan complejos o más, contra intereses públicos y privados y en los que, desde luego, no se cuenta con una agencia estatal de probada eficiencia investigadora como es la Agencia Tributaria.

³¹ Cfr. MACKE, «Die unvollendeten Straftaten-the inchoate offences», en MANSDÖRFER (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, Heidelberg, 2005, pp. 163 y ss., 167 y ss.; LACEY/WELLS, *Reconstructing Criminal Law*, London, 1998, pp. 290 y ss.

³² Cfr. CANCIO MELIÀ/SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Montevideo/Buenos Aires, 2008.

C. Por otro lado, la extensión de la imprescriptibilidad a los delitos de homicidio, lesiones o secuestro cometidos por terroristas (art. 131.4, párrafo segundo). Es cierto, desde luego, que no existe un derecho en sentido estricto a la prescripción de los delitos³³. Sin embargo, la imprescriptibilidad debe apreciarse en supuestos muy excepcionales. A saber, cuando frente al argumento, favorable a la prescripción, de que el «tiempo lo cura todo», porque el sujeto y la sociedad han cambiado significativamente tras el tiempo transcurrido, es posible oponer, a favor de la imprescriptibilidad³⁴, que «hay heridas que no cierran nunca». Que ese sea el caso de cualquier delito de lesiones cometido en un atentado terrorista no resulta fácil de aceptar.

III. Técnica jurídica en el A-2008

1. *El modelo de la transferencia (o de la imputación) en la responsabilidad de las personas jurídicas*

A. Existen, básicamente, dos modelos dogmáticos para fundamentar la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas: un modelo de responsabilidad *por atribución* y otro de responsabilidad por un *hecho propio*³⁵. Una regulación legal se adscribe a uno u otro modelo en función de que la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se produzca por una mera transferencia a ésta de la responsabilidad originada por el hecho cometido por alguna persona física situada en la cúspide de su entramado organizativo (*Zurechnungsmodell*) o bien por la atribución de una responsabilidad propia a la persona jurídica como tal (modelo de la *originäre Verbandshaftung*).

³³ Como señala en España la STC 157/ 1990, de 18 de octubre, se trata de una institución que encuentra fundamento también en principios y valores constitucionales, pero la Constitución ni siquiera impone su propia existencia, aunque «sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas».

³⁴ Que ciertamente puede defenderse desde perspectivas de justicia absoluta: así, ROBINSON/CAHILL, *Law Without Justice*, Oxford, 2006, pp. 58 y ss.

³⁵ S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal», en «*Derecho penal económico*». *Manuales de formación continuada* 14, CGPJ Madrid, 2001, pp. 308 y ss., 321 y ss. Más reciente y exhaustivamente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.

B. El modelo de responsabilidad por atribución a la persona jurídica presupone la comisión de un hecho delictivo completo por una de las personas físicas integradas en su seno, normalmente por alguna de las que integran sus órganos o la representan. Según tal modelo, la responsabilidad por ese hecho delictivo se *transfiere* a la persona jurídica, en la medida en que se considera que los actos de dichos órganos, en virtud de la relación funcional existente entre éstos y aquélla, son, también, de esta última. Tales hechos, por lo demás, pueden ser de comisión activa o, también, de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección, que den lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de la misma. Lo que queda abierto en todo caso, para este modelo, es la cuestión del título en cuya virtud la responsabilidad por ese hecho puede ser *transferida* a la persona jurídica.

C. El modelo de responsabilidad por hecho propio no requiere una transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que se integran en la estructura organizativa de la empresa. Dicha responsabilidad se trata de fundamentar en la constatación de una *culpabilidad por defecto de organización* de la propia persona jurídica. Ahora bien, de entrada debe señalarse que resulta más que dudoso si la culpabilidad por defecto de organización es expresión de una culpabilidad en sentido estricto de la persona jurídica o, por el contrario, una regla de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el hecho culpable de las personas físicas que, en el seno de la misma, infringen los deberes de organización y vigilancia que recaen sobre ellos. Por lo demás, del defecto de organización no se puede derivar, en sí, una «culpabilidad»: el defecto de organización sería, más bien, un dato objetivo, quedando pendiente de aclaración la cuestión de en qué casos y por qué la persona jurídica puede ser estimada culpable del defecto de organización que se produce en su seno. La búsqueda de la culpabilidad de una persona jurídica debería partir entonces, hipotéticamente, de la constatación de algo así como un «poder organizarse de otro modo». Pero en este punto la imagen antropológica es tan fuerte que resulta discutible la propiedad de aplicarla a personas jurídicas. De ahí que los intentos doctrinales de conformar la culpabilidad de las personas jurídicas recuerden a la idea de culpabilidad por la conducción de la vida (*Lebensführungsschuld*).

D. El A-2008 acoge el modelo de la transferencia (Art. 31 bis 1.). Así, hace responsables penalmente a las personas jurídicas de los delitos cometidos por personas físicas que ostenten un poder de dirección

en ellas. Ello, tanto por acción como por omisión del deber de vigilancia sobre personas subordinadas. El criterio de conexión (o imputación) del hecho de la persona física a la persona jurídica es que aquélla haya obrado «por cuenta o en provecho» de ésta. A partir de ahí, es cierto que a la elección del A-2008 cabe dirigirle todas las objeciones que antes se expusieron de modo sumario al analizar las características del modelo³⁶.

E. El Consejo General del Poder Judicial lo ha hecho en términos categóricos, rechazando el modelo de transferencia por redundar en una suerte de responsabilidad objetiva y mostrando su preferencia por un modelo de injusto culpable propio de la persona jurídica. Sin embargo, ni las consideraciones que el Alto Órgano realiza, ni las que en general suelen esgrimirse para fundamentar la culpabilidad de la propia empresa resultan suficientemente convincentes. Las apelaciones al Derecho administrativo sancionador lo ponen de relieve. En efecto, en éste la noción de culpabilidad significa «exclusión de la responsabilidad objetiva» y no tiene que ver con la categoría jurídico-penal de la culpabilidad-imputación personal³⁷. Pero es que, además, la propia idea de una imputación subjetiva a la empresa, en la que se distingan dolo y culpa, resulta posible sólo mediante una analogía compleja y esencialmente discutible. En realidad, lo más que cabe constatar en la empresa, si dejamos al margen comportamientos individuales concretos, es un estado de cosas objetivamente favorecedor de la comisión de delitos por personas físicas. Ese estado de cosas objetivamente favorecedor de delitos debería constituir el presupuesto de las reacciones penales contra las empresas a las que, por tanto, sería difícil denominar penas.

F. El modelo del A-2008 es un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas (sociedades, asociaciones, fundaciones). Sin embargo, el art. 129 establece un régimen paralelo de imposición de medidas. Estas medidas, que son las mismas instituciones calificadas de penas para las personas jurídicas en el art. 33.7, pueden imponerse ahora no sólo a dichas personas jurídicas, sino también a organizaciones y empresas (agrupaciones sin personalidad jurídica). Ello, además, puede tener lugar de modo general y con los requisitos, básicamente preventivo-especiales, propios del régimen de las medidas. El Consejo General del Poder Judicial pretende ver aquí el germen de una posi-

³⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», en *«Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad»*, Cuadernos de Derecho Judicial 2002, IX, pp. 113 y ss., 123 y ss.

³⁷ Claro es que el CGPJ habla de «culpabilidad dolosa o imprudente», con lo que parece identificar la imputación subjetiva con la culpabilidad.

ble regulación futura de medidas cautelares. Sin embargo, parece claro que el art. 129 trasciende a esa vocación. El problema real del art. 129 es que su inclusión en un sistema de responsabilidad por transferencia, que no requiere ningún género de imputación objetiva ni subjetiva del hecho a la persona jurídica, sino una suerte de aplicación del principio *cuius commodum, eius incommodum*, resulta extraña. Lo que no es extraño es que se pretenda hacer frente a la constatación de estados de cosas peligrosos en personas jurídicas u otras agrupaciones de personas, reaccionando contra ellos. Pues esto es lo más que, razonablemente y sin incurrir en forzadas analogías, cabe hallar en aquéllas.

2. *Una pena que no es «pena»*

A. La centralidad de la seguridad como objetivo político-criminal conduce también a plantear la hipótesis de la reconstrucción de un Derecho de la seguridad³⁸, que abarque a todos aquellos sujetos caracterizados por lo persistente y gravemente violento de sus conductas delictivas³⁹. Los modelos teóricos sobre este particular se reducen a cuatro:

- a) El único Derecho de la seguridad del Estado de Derecho es el Derecho penal de la culpabilidad por el hecho. Incluso las medidas de seguridad para inimputables deben someterse, aunque indirectamente, a las reglas de éste. Este sería el modelo del Derecho español vigente, aunque con matices.
- b) El único Derecho de la seguridad del Estado de Derecho es el Derecho penal de la culpabilidad por el hecho. Pero es posible advertir en el caso de los sujetos que, de otro modo, se caracterizarían como peligrosos, incrementos del injusto o de la culpabilidad, que conducen a incrementos de pena.
- c) Es posible un Derecho de la peligrosidad, más allá del Derecho de la pena (y de la culpabilidad por el hecho), pero que debe ubicarse fuera del Derecho penal.
- d) Es posible un Derecho de la peligrosidad, más allá del Derecho de la pena (y de la culpabilidad por el hecho), que puede ubicarse dentro del Derecho penal.

³⁸ SCHULTZ, «Alternative Zurechnungsstrukturen im Recht», en HAFT/HOF/WESCHE (Hrsg.), *Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts*, Baden-Baden, 2001, pp. 420 y ss., 420.

³⁹ Cfr. DUFF, «Dangerousness and Citizenship», en ASHWORTH/WASIK, *Fundamentals of Sentencing Theory. Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford, 1998, pp. 141 y ss., 142, 159 y ss., en la justificación de lo que él denomina una «detención especial selectiva».

B. El A-2008, curiosamente, opta por una solución que no cabe encuadrar en ninguno de los modelos referidos. Es cierto que parece partir de que existen sujetos peligrosos, para los que resulta insuficiente la pena adecuada a la culpabilidad por el hecho. Pero no regula el modo de enjuiciar tal peligrosidad, sino que la presume sobre la base de la condena por determinados hechos (sexuales o terroristas). Además, paradójicamente, para hacer frente a esa peligrosidad (o, si se prefiere llamar así, fracaso preventivo-especial) establece una pena accesoria (la denominada libertad vigilada), que tiene como destinatarios confesados a los delinquentes sexuales y terroristas (art. 57 bis). La libertad vigilada aparece concebida como una pena privativa de derechos (art. 39), de duración de uno a veinte años (art. 40.5), cuya imposición tiene lugar en la misma sentencia que establece la pena adecuada a la culpabilidad (art. 49 bis). Con todo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a la vista de las circunstancias sobrevenidas, puede optar por la modificación de sus condiciones, por su reducción o por dejarla sin efecto.

C. En la práctica, lo anterior significa que es el Juez de Vigilancia Penitenciaria el que realmente formula el juicio de peligrosidad. En concreto, modificando el juicio de presunción de peligrosidad que llevó a imponer en su día la «pena accesoria» (con una duración determinada) mediante un juicio de no peligrosidad que permite dejarla sin efecto. Pero ello también significa que la pena accesoria de «libertad vigilada» no es una pena: pues no tiene que ver con la culpabilidad por el hecho; puede dejarse sin efecto en cualquier momento; y las razones que llevan a dejarla sin efecto son claramente de naturaleza preventivo-especial.

3. Coyuntura

A. La discrepancia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a propósito del *dies ad quem* de la prescripción del delito se ha pretendido resolver en el A-2008 mediante una doble toma de posición. En primer lugar, en la línea del Tribunal Constitucional, exigiendo una actuación material sustancial del Juez Instructor. En segundo lugar, tratando de aproximarse a las tesis del Tribunal Supremo mediante la atribución de eficacia suspensiva de la prescripción a la interposición de denuncia o querrela. De este modo, el plazo de prescripción sólo volverá a correr en el caso de inadmisión de aquéllas. En la práctica, la solución es la pretendida por el Tribunal Supremo. Pues, si hay admisión, conduce a entender que el procedimiento se inició ya con la denuncia o querrela. Y, si no hay admisión, tampoco hay prescripción que alegar.

B. El A-2008, siguiendo con el empeño ya tradicional de hacer del delito contra la Hacienda Pública un delito de excepción, remite la ejecución de la responsabilidad civil al procedimiento administrativo de apremio. Ahora bien, no conforme con esto, remite también a dicho procedimiento la ejecución de la pena de multa (art. 305.5). Que una pena no puede ser ejecutada sin un control judicial penal parece, sin embargo, una obviedad, que el Anteproyecto no tiene en cuenta. Pero en realidad lo ignorado es ya la premisa mayor que atribuye a los jueces, sin excepción, la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

IV. Conclusión

1. Dejando al margen los elementos que dan cuenta de cuestiones coyunturales de la política criminal española, el A-2008 responde a un contexto internacional perfectamente definido. La mayor parte de sus innovaciones tienen, pues, esa clave interpretativa.

2. No obstante, en algunos aspectos, y pese a situarse en corrientes internacionales bien definidas, el A-2008 opta por soluciones propias, que le alejan de los términos del contexto dado. Esas soluciones no son siempre convincentes y deberían ser objeto de revisión.

3. En lo demás, la crítica que pretenda dirigirse al A-2008 será, *eo ipso*, una crítica al clima político-criminal existente en el contexto y en las instituciones internacionales. A partir de esa premisa fundamental, es claro que no cabe albergar la expectativa de que tal crítica, de realizarse, disponga de las condiciones para prosperar.

Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada

Miguel Ángel Boldova Pasamar

Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

I

Una de las tendencias más sobresalientes de las numerosas reformas penales desde que se aprobó el Código de 1995 ha sido la de incrementar el rigor punitivo general de las penas¹, a la par que ampliar el elenco de tipificaciones penales o agravar las existentes. El Anteproyecto de reforma del Código Penal de noviembre de 2008 presenta una nueva propuesta de modificación de numerosos preceptos penales que en líneas generales camina en la misma dirección, esto es, hacia la escalada punitiva, que sin embargo no siempre resulta satisfactoriamente justificada.

Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas del delito el efecto indicado en torno a las reformas penales —no sólo endureciendo las penas, sino también sustituyendo unas por otras o introduciendo nuevas penas adicionales al elenco general—, ha venido asociado en ocasiones al fenómeno mediático de la opinión publicada y de la información difundida sobre la materia penal, la cual, por su carácter crítico, se ha dirigido con frecuencia a evidenciar ante la masa social las insuficiencias o carencias de nuestra regulación penal para hacer frente a determinadas formas de criminalidad. De igual modo se han puesto de manifiesto las ineficiencias de numerosas condenas penales en la práctica, sobre todo —aunque no sólo— por delitos graves, ante la levedad de la respuesta punitiva en algunos supuestos, el fracaso del tratamiento resocializador en otros muchos o la ausencia de arrepentimiento del criminalmente responsable. De tal manera que, aún a

¹ También de las correspondientes a los menores de 18 años y mayores de 14 en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

pesar del despliegue de recursos legislativos y de la actuación del aparato de justicia penal, no es infrecuente la percepción de que se ha mantenido o incrementado la predisposición al delito de quien acaba de cumplir su condena.

Semejante índole de informaciones y de opiniones, no siempre bien informadas —y por ello atribuyendo a veces defectos a la legislación vigente cuando los delitos se juzgaron y castigaron conforme a una legislación ya derogada—, intentan transmitir o logran transmitir a la opinión pública una imagen de escasa competencia y aptitud para hacer frente a algunas formas de criminalidad por parte de los poderes públicos. En ocasiones esta imagen se proyecta sobre la propia Administración de Justicia, aun cuando en realidad no goce de competencias legislativas² y, por tanto, sólo sea responsable del enjuiciamiento de los hechos delictivos y de la ejecución de las respectivas condenas, pero no del contenido de la legislación ni de la suficiencia de los medios para aplicarla. Dicho cometido, con arreglo a la división de poderes, le corresponde en exclusiva a los poderes legislativo y ejecutivo respectivamente. Por lo que respecta a la reacción del legislador ante la presumida lenidad punitiva y las supuestas lagunas legales —en unos casos justificadas, otras no tanto— ha sido bastante activa, ya que prácticamente se muestra abierto a una revisión permanente del Código Penal, como lo demuestra el hecho de que en los últimos años se haya procedido a efectuar en él numerosos retoques mediante reformas parciales, muchas de ellas de signo punitivista, que prácticamente lo equipara a las legislaciones motorizadas del Derecho Administrativo³. Entre las reformas de corte

² Sin bien a veces parezca ejercerlas a modo de respuesta ante lo indicado, como da la impresión que sucede con la doctrina Parot del Tribunal Supremo (STS de 28 de febrero de 2006), en lo que se asimila a una aplicación retroactiva del art. 78 del CP de 1995. Básicamente esta doctrina da lugar a una prolongación de la estancia en prisión de delincuentes condenados con arreglo al Código Penal de 1973 a numerosos años de prisión por la comisión de multitud de delitos muy graves (en principio terroristas, pero luego también doctrina aplicada a delincuentes comunes, como violadores en serie), impidiendo la posibilidad de que puedan gozar de beneficios penitenciarios que pudieran representar acortamientos del tiempo máximo de condena efectiva a cumplir (el tope máximo para tales casos era de treinta años).

³ Se podría hablar, como atinadamente señala DIEZ RIPOLLÉS, de una pretensión de legislar en estrecha, acrítica y en ocasiones inmediata relación con las denominadas demandas populares, lo que constituye una *actitud política populista* que ignora los fundamentos de una democracia deliberativa y persigue por lo general objetivos alejados de los propios del Derecho Penal. V. DIEZ RIPOLLÉS, «La víctima del delito en la política criminal y el derecho penal», *Jueces para la democracia*, n.º 57, noviembre/2006, pp. 33-35. Muy diferente es el modelo seguido en los países nórdicos, como pone de manifiesto LAPPI-SEPPÄLÄ, T., «Política criminal y penas alternativas a la prisión en los países escandinavos», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 90, 2006, pp. 121 y ss.

punitivista de los últimos años cabe destacar la ampliación de los límites máximos excepcionales de cumplimiento máximo de las condenas a penas de prisión (art. 76) y la considerable restricción a los delincuentes de criminalidad grave de las posibilidades de acceder a los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y la libertad condicional (arts. 36.2 y 78), lo que se ha dado en denominar el cumplimiento efectivo de las penas. El resultado apetecido, sin embargo, no parece haberse alcanzado con las reformas precedentes. Con ninguna se ha terminado de completar un sistema sólido y reposado de consecuencias jurídicas del delito, porque el legislador se muestra dispuesto a modificarlo una y otra vez, a remolque si es menester de titulares de prensa en las secciones de sucesos (en numerosas ocasiones sensacionalistas o alarmistas) y de declaraciones de las víctimas de los delitos (lógicamente manteniendo posiciones defensistas y represivas). De tal manera que cada cierto tiempo surgen nuevas propuestas destinadas a incrementar el arsenal punitivo del Estado.

Por lo que respecta al fenómeno indicado, esto es, lo que puede denominarse con palabras de SÁNCHEZ LÁZARO «la orientación político-criminal hacia la representación mediática del fenómeno criminal»⁴, se ha comprobado cómo los medios de comunicación social se centran repetitiva y obsesivamente en determinados crímenes o sucesos (así por ejemplo, adquirieron amplia resonancia los de Sandra Palop y Mari Luz Cortés, y actualmente el caso de Marta del Castillo), o en determinadas actuaciones de la justicia ante ciertas tipologías de autor extremadamente peligrosas sobre la base de aplicar estrictamente la legalidad vigente (así por ejemplo, excarcelaciones de terroristas «no arrepentidos» y de violadores múltiples «no readaptables» tras el cumplimiento de sus respectivas condenas). De tal modo que se genera en amplios sectores de la población temor, inseguridad y recelo⁵, que propician cíclicamente el debate sobre el endurecimiento de las penas, incluso sobre la introducción en nuestra legislación penal, a imitación de otras legislaciones penales próximas, de la cadena perpetua para el asesino o de la castración química para el psicópata sexual, por citar dos ca-

⁴ SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., «Alarma social y Derecho Penal», *InDret* 1/2009, p. 3.

⁵ Como señala SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 32 y ss., nuestra sociedad puede definirse como la sociedad de la «inseguridad sentida» o como la sociedad del miedo, lo cual —explica este autor— es propiciado por diversas causas y, entre ellas, la forma de proceder de los medios de comunicación. También en relación con el proceso de intercambio comunicativo entre la opinión pública y los medios de comunicación v. Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 27 y ss.

sos extremos referidos al sistema de consecuencias jurídicas del delito. Igualmente se reivindicán o sugieren, entre otras, medidas tales como tratamientos psicológicos o educativos para pederastas, delincuentes sexuales o maltratadores⁶, así como la existencia de registros públicos sobre los mismos⁷.

Sin embargo, no estamos ante un fenómeno que sea exclusivamente español, ya que en el Derecho comparado se observa también la incidencia que tienen los medios de comunicación y los crímenes cotidianos en las respuestas legislativas relacionadas con las penas y las medidas de seguridad. Tanto en Estados Unidos como en Europa se han planteado las mismas cuestiones que en España, e incluso mucho antes de que nosotros lo hiciéramos. Y la tendencia actual de las reacciones penales ante la criminalidad grave —concepto capaz de abarcar tipologías delictivas muy heterogéneas, como la delincuencia habitual, profesional u organizada, pero también la delincuencia sexual o la violenta— se inspira preferentemente en la idea de la inoquización o separación definitiva o casi definitiva del individuo de la sociedad a través de la reclusión perpetua (pena) o de la custodia de seguridad (medida de seguridad), quedando en un segundo plano la idea de resocialización, a la que se considera generalmente inoperante con respecto a algunas formas de criminalidad grave.

De esta problemática se ha hecho eco también nuestra doctrina penal, que desde hace unos años trata de hallar respuestas al tratamiento penal que deba dispensárseles a los delincuentes imputables peligrosos de criminalidad grave. Para esta clase de delincuencia sólo está prevista en la legislación vigente la imposición de penas temporales, y como mucho de penas agravadas si concurre la reincidencia, pero en ningún caso medidas de seguridad, lo que puede ser entendido como una carencia o limitación del sistema penal español, puesto que una vez cumplida la pena impuesta el Estado se desentiende de aquellos sujetos que siguen siendo peligrosos criminalmente. Es decir, se trata de supuestos en los que se han podido cumplir las expectativas retributivas y preventivo-generales de las penas, pero no las preventivo-especiales (la reforma o enmienda del delincuente). Por ello se han formulado también propuestas, algunas de las cuales —las menos— van en la línea de la reclusión perpetua, aunque como pena revisable tras unos años de cum-

⁶ V., por ejemplo, RUEDA MARTÍN, M.A., *Los programas y/o tratamientos de los agresores en supuestos de violencia de género. ¿Una alternativa eficaz a la pena de prisión?*, Dykinson, 2007.

⁷ V., por ejemplo, MAGRO SERVET, V., «La figura del agente de la libertad vigilada en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, n.º 7074, 2008, p. 3.

plimiento efectivo⁸, pena que por cierto fue introducida de soslayo en nuestro ordenamiento jurídico a través de la ratificación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, donde figura en el elenco de penas (art. 77), siendo susceptible de reducción únicamente a partir de los 25 años de cumplimiento efectivo (art. 110)⁹. Otros autores, en cambio, se inclinan por seguir el modelo de la custodia de seguridad¹⁰ (dirigida en general a delinquentes habituales imputables peligrosos, pero igualmente aplicable a otras tipologías de delincuencia no habitual ni reincidente) o de los centros de terapia social¹¹ (indicada preferentemente

⁸ V. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Apuntes de urgencia sobre la sentencia del Tribunal Supremo en relación con el denominado caso Parot», *Diario La Ley*, año XXVII, n.º 6443, 17 de marzo de 2006; NISTAL BURÓN, J., «¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de “cadena perpetua” como solución para determinado tipo de delinquentes difícilmente reinsertables?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XVIII, n.º 753, 2008.

⁹ En virtud de la autorización concedida por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, España ratificó, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Dicho Estatuto entró en vigor, conforme a lo dispuesto en su artículo 126, el 1 de julio de 2002. De acuerdo con la Disposición Adicional única de la L.O. 6/2000: A efectos de lo previsto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 103 del Estatuto, se autoriza la formulación de la siguiente Declaración: *España declara que, en su momento, estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española*. Parece que estuviéramos ante un sí pero no. V. a este respecto, ESPINA RAMOS, J.A., «La prisión perpetua en la España actual», *Revista Actualidad Penal*, n.º 9/2002; el mismo, «El ordenamiento jurídico español y la Corte Penal Internacional», *Diario La Ley*, año XXV, n.º 5972, 10 de marzo de 2004.

¹⁰ V. CEREZO MIR, J., «Reflexiones críticas sobre algunas manifestaciones de la moderna tendencia a incrementar el rigor en la exigencia de responsabilidad criminal», *Revista Penal*, n.º 22, 2008, pp. 20 y ss., quien aboga por la custodia de seguridad para su imposición *a posteriori* tras el cumplimiento de la pena; parecido, concretando en la delincuencia reincidente, SÁNCHEZ LÁZARO, F.G., «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la denominada custodia de seguridad», *Revista Penal*, n.º 17, 2006, pp. 155 y ss.; también ZUGALDIA ESPINAR, J.M., «Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 2009, pp. 209 y ss.; por su parte, JORGE BARREIRO, «Reflexiones sobre la compatibilidad de la regulación de las medidas de seguridad en el código penal español con las exigencias del Estado de Derecho», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, 2005, p. 585, se inclina, dentro del sistema dualista flexible (esto es, conforme a un sistema vicarial o de sustitución), por una medida de seguridad privativa de libertad, complementada en su caso por una vigilancia de conducta.

¹¹ V. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español, Parte General III, Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 174 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999, pp. 385 y ss.; URRUELA MORA, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social. Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos afectos de anomalía o alteración psíquica*, Comares, Granada, 2009, pp. 249 y 256.

para delinquentes habituales jóvenes que presenten anomalías de la personalidad), las cuales actuarían como medidas de seguridad complementarias (o vicarias) de las penas¹². Del mismo modo podría acudir-se a otra clase de medidas de seguridad no privativas de libertad, bien de forma alternativa, bien de forma cumulativa o complementaria de las privativas de libertad. En cualquiera de los casos, estamos ante una cuestión muy controvertida en el seno de la doctrina, que ha suscitado un importante debate jurídico y político-criminal sobre los límites del *ius puniendi*.

II

En este contexto se enmarca la posibilidad de incorporar al elenco de consecuencias del delito del Código Penal español de 1995 la denominada «libertad vigilada», tal y como se ha venido contemplando en las propuestas de reforma penal de 2006 y 2008 (la primera propuesta ha decaído, pero la segunda sigue abierta). En concreto, porque, aunque sea en menor medida, la libertad vigilada también podría cumplir la función asegurativa que se busca con la reclusión perpetua o con la custodia de seguridad, pero en cualquiera de los casos de forma más humanitaria para el reo.

En los trabajos prelegislativos esta consecuencia jurídica se presenta técnicamente como «pena privativa de (otros) derechos» distintos de la libertad ambulatoria. Independientemente de si realmente estamos ante una pena o una medida de seguridad y atendiendo ahora sólo a los derechos que se ven afectados por la misma, está fuera de discusión que «privativa de otros derechos» es su clasificación correcta, dado que, como su propio nombre indica, no priva de la libertad de movimientos, sino que como mucho podría llegar a restringirlos, siendo por tanto otra la forma de afección a esa libertad y otros los derechos del penado (como por ejemplo, su intimidad) que se encuentran comprometidos por esta nueva pena. Sin embargo, su relación con las penas

¹² Propuestas más genéricas de respuesta dualista o exclusivamente a través de medidas de seguridad, pero sin concretar una clase de medida específica: SILVA SÁNCHEZ, J.M., «El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delinquentes sexuales violentos», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. I, Cuenca, 2001, p. 708; SANZ MORÁN, A., «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal, Estudios en homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 1100; ROBLES PLANAS, R., «“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho Penal de la peligrosidad», *InDret*, 4/2007, pp. 14 y ss.

privativas de libertad es mucho más estrecha de lo que a simple vista parece. No se plantearía esta vinculación si la libertad vigilada estuviera prevista exclusivamente como pena principal y originaria, pero lejos de esto en los Anteproyectos de reforma del Código Penal de 2006 y 2008 se configura en realidad como una prolongación de las penas privativas de libertad, y en particular de la pena de prisión. Aunque no es ésta su única función posible, pues también puede operar como pena sustitutiva de la prisión, su principal destino en los citados Anteproyectos es convertirse en un apéndice de la pena de prisión.

La introducción de la libertad vigilada es coherente con la constante reforma del sistema de penas, y muy especialmente con la crisis permanente que acompaña a la pena de prisión desde su implantación como pena dirigida al tratamiento del penado, y no sólo a su custodia e inocuización de la sociedad. Así pues, el recurso a la libertad vigilada enlaza directamente con la discusión sobre la problemática de las penas privativas de libertad de larga duración y las alternativas que se pueden barajar en torno a ellas, sobre todo cuando se muestran incapaces en numerosas ocasiones de alcanzar resultados satisfactorios derivados del tratamiento dirigido al penado (aunque en ningún lugar se diga que por ley el tratamiento tenga que tener éxito o que el reo deba haberse arrepentido de sus delitos antes de salir de prisión como ciudadano libre)¹³. Pues bien, con relación a esos sujetos imputables peligrosos criminalmente que acaban de finalizar su estancia en prisión, la libertad vigilada puede ser un instrumento adecuado para facilitar su resocialización y reinserción social de forma tutelada, tratando de incidir en la reducción o eliminación de los factores que influyen en su peligrosidad. Su implementación permitiría además tener al criminalmente peligroso bajo cierto control y de ese modo prevenir la reincidencia, tanto genérica como específica. Pues bien, aunque esta vinculación tan estrecha con la prisión no hace mudar la naturaleza de la libertad vigilada —pues no puede privar, sino sólo restringir la libertad del sometido a ella—, al menos es indicativo de que no se trata de una consecuencia jurídica autónoma como otras tantas, sino completamente dependiente de una concreta, cual es la prisión temporal y con el objeto de hacer frente a sus limitaciones y fracasos. De manera que la aplicación de la libertad vigilada estará en función de la frustración de los fines de preventivo-especiales de la prisión, es decir, de la

¹³ Por el contrario, lo que se indica en el art. 73.1 de la Ley General Penitenciaria es que el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. El apartado 2 del mismo artículo apostilla que los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

reinserción o readaptación social del sujeto, aun cuando ésta se presente en la Constitución tan solo como una orientación de las penas privativas de libertad, y no como un objetivo de obligada consecución.

A pesar de la aparición por primera vez de la libertad vigilada en los Anteproyectos de 2006 y de 2008 de reforma del Código Penal, no nos encontramos ante una consecuencia jurídica totalmente desconocida. Prescindiendo de antecedentes legislativos remotos¹⁴, se encuentra ya incorporada en la Ley penal del menor desde el año 2000 y también en la legislación comparada. Difieren en bastantes aspectos, sin embargo, la libertad vigilada de los adultos y la de los menores en el Derecho español. Aunque también está prevista en la L.O. 5/2000 como complemento de los internamientos en régimen cerrado, la libertad vigilada de los menores constituye una consecuencia jurídica autónoma (denominada medida por la ley) y, además, resulta ser en la práctica la reacción jurídica más común en el Derecho Penal juvenil cuando la infracción del menor no es calificada como delito grave, pero debe ser sancionada con una medida, es decir, cuando debe serle expresado al menor un reproche por su conducta en forma de consecuencia jurídico-penal aunque sea de efectos leves o menos graves. En cambio, en su configuración —al menos formalmente— como pena para los adultos la libertad vigilada carece de autonomía, al ser una consecuencia consecutiva y accesoria de la pena de prisión. A su vez es una pena extraordinaria y excepcional (una pena exasperada) reservada a delinquentes de criminalidad muy grave, aun cuando no suponga privación de su libertad pero sí la continuación o ampliación de su condena penal. Por lo tanto, con base en esta caracterización la libertad vigilada puede contemplarse en el Derecho penal de adultos como una alternativa a otras opciones legislativas más agresivas, como pueden ser: la superación de límites máximos extraordinarios de cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad correspondientes a un concurso de delitos, ya de por sí muy elevados¹⁵, o la introducción de la custodia de seguridad o de la cadena perpetua, tal y como están contempladas en

¹⁴ Así, por ejemplo, entre las medidas de seguridad de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, figuraba la «sumisión a la vigilancia de la autoridad», de uno a cinco años, ejercida por un delegado especial a quien se atribuía cuidar de proporcionar un trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su vigilancia (art. 5, decimocuarta).

¹⁵ Desde la reforma del Código Penal efectuada por la L.O. 7/2003 el límite extraordinario máximo quedó fijado en cuarenta años, por lo que las posibilidades de margen están prácticamente agotadas. En este sentido se pronuncia GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «Tratamiento penal de la delincuencia habitual grave», *Diario La Ley*, n.º 7094, 2009, pp. 16 y 24.

las legislaciones anglosajonas y europeas. También en ellas figura la libertad vigilada, bien como complemento de la pena o medida privativa de libertad, bien como consecuencia jurídica del delito autónoma e independiente de otras penas.

III

De por sí y conforme a nuestra legislación penal vigente, la condena por la comisión de varios delitos especialmente graves puede abocar a la reclusión por cientos o miles de años. No obstante, se establecen reglas para fijar los límites máximos de cumplimiento de las penas privativas de libertad con el objetivo hacerlas compatibles con la relatividad del tiempo de la vida humana, es decir, la acumulación jurídica y no la meramente aritmética de las penas obedece a criterios de humanidad que entroncan directamente con el respeto a la dignidad del ser humano y con la posibilidad de obtener su resocialización al ser tratado como persona. Suele fijarse en quince años de prisión el tiempo a partir el cual la vida carcelaria puede perjudicar gravemente la personalidad del penado. No obstante, cabe recordar que la legislación vigente permite duplicar ese límite y casi triplicarlo.

Es evidente que, conforme a los derechos humanos más elementales, el fin de las penas no puede ser la aniquilación o supresión del delincuente, pues supondría negar su dignidad. Pero tampoco puede proponerse como uno de los fines de las penas de prisión el confinamiento «ininterrumpido» de un sujeto de por vida, ni por tiempo ilimitado, ni por un tiempo tan largo que haga prácticamente imposible al reo llegar a finalizar el cumplimiento de la pena en vida (como normalmente para muchos pueden llegar a ser treinta o cuarenta años). Si la ejecución del delincuente consiste en su aniquilación física, las demás alternativas mencionadas pueden representar su aniquilación social. En mi opinión esto también es contrario a su dignidad como ser humano, y por tanto al reconocimiento de la persona —de cada persona sin excepción— como un ser autónomo y responsable, titular de derechos inalienables, que no es un medio sino un fin en sí mismo. La vulneración de la dignidad del ser humano tendría lugar en la medida en que con esa clase de penas se le estaría sustrayendo al condenado el derecho a redimirse como persona y a retomar como ser social una vida responsable en libertad si se concurren en él las circunstancias personales necesarias (básicamente la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social tras el cumplimiento prolongado de una pena privativa de libertad). Esto es lo que se deduce de la Constitución española cuando

prohíbe las penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15) y cuando señala que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social (art. 25.2). Coherentemente las penas del Código Penal establecen límites temporales en todos los casos, límites que también afectan a las medidas de seguridad destinadas a inimputables o semiimputables. Pero además en la legislación penal y penitenciaria se reconocen mecanismos que permiten al reo adelantar el momento de acceder a la libertad en atención a la evolución de sus circunstancias y a la concurrencia de un pronóstico favorable de reinserción social, conforme al sistema progresivo penitenciario (también llamado de individualización científica). El principio constitucional es pues que debe contemplarse en la ley la opción, aunque sea alejada en el tiempo, de que la persona condenada a una pena de prisión de larga duración pueda llegar a redimir su condena y conseguir la reinserción social, de modo que su vida carcelaria se oriente hacia ese fin, ofreciéndole incentivos para ello (esto es, beneficios penitenciarios en sentido amplio)¹⁶. Es posible de esa forma que la mayor parte de los condenados puedan gozar en determinados momentos de libertad y no se tenga en general que superar la barrera de quince años de reclusión ininterrumpida, salvo con relación a reos extremadamente peligrosos que hayan cometido delitos muy graves. Pero incluso para estos reos, independientemente de sus circunstancias personales, el Código Penal fija un límite de cumplimiento que pone punto final a la responsabilidad penal y da paso al reingreso del sujeto como persona libre en la sociedad.

Por el contrario, una pena de prisión perpetua, pura y sin matices, esto es, irreversible no tendría otra finalidad que la del mero aseguramiento de la sociedad a través de la inocuidad del delincuente, con independencia de la evolución de su personalidad y, en consecuencia,

¹⁶ Esta orientación constitucional para las penas y medidas de seguridad no queda alterada porque el Tribunal Constitucional haya rechazado reiteradamente que del art. 25.2 CE derive un derecho fundamental del penado susceptible de protección por la vía de amparo (entre las más recientes, v. STC 23/2006, de 30 de enero de 2006), puesto que por lo menos reconoce que dicho artículo de la Constitución contiene una orientación programática dirigida al legislador, según la cual la resocialización y reinserción social no es la única finalidad posible de las penas, pero sí debe orientar su política penal y penitenciaria, y por tanto puede constituir un parámetro de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales, en particular de aquellas normas que impidan la consecución de dicha finalidad de la pena; v. a este respecto DELGADO DEL RINCÓN, L.E., «El artículo 25.2 CE: algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», *Revista Jurídica de Castilla y León*, Número Extraordinario, Enero 2004, pp. 339 y ss.

de su dignidad como ser humano. Ahora bien, si a este teórico y estricto modelo de cadena perpetua se le podría objetar la no excarcelación de quien hubiera dejado de ser un peligro para la sociedad tras un prolongado plazo de reclusión, a nuestro modelo legal de penas temporales se le puede dirigir la crítica inversa, dado que permite poner en libertad al reo peligroso criminalmente que ha cumplido su condena. La solución al problema es relativamente sencilla para el sistema de cadena perpetua, pues le basta permitir las excepciones. Así, en los países europeos que la contemplan actualmente como pena siempre está prevista la posibilidad de revisión o reducción de la condena pasado un tiempo (normalmente quince años), e incluso sucesivas revisiones (en parecidos términos opera también la custodia de seguridad). En el caso de nuestra legislación penal, la excepción a la regla de la temporalidad de todas y cada una de las penas (exceptuada la multa proporcional, que no es pena temporal, pero tampoco perpetua) no se contempla.

¿Significa esto que el Estado debe renunciar a ejercer cualquier tipo de control sobre sujetos peligrosos criminalmente una vez que han cumplido su condena? En la actualidad, ante la ausencia de una previsión legal, la respuesta ha de ser afirmativa (al margen de ciertas actuaciones policiales de seguimiento y vigilancia, como a todo aquel ciudadano del que se sospeche que ha cometido o va a cometer un delito). No puede ser de otro modo al quedar plenamente satisfecha con la finalización de la condena toda responsabilidad criminal por parte del reo. En efecto, el cumplimiento de la condena es una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, a tenor del art. 130.2.º CP. Aún así, no hay que olvidar que una vez finalizada la ejecución de la condena el sujeto debe soportar durante un tiempo la existencia de antecedentes penales, que siguen limitando de algún modo el goce pleno de sus derechos como ciudadano libre, hasta alcanzar su completa rehabilitación (art. 136 CP). Pero con el tiempo la rehabilitación total se alcanza incluso por quien ha sido y sigue siendo peligroso criminalmente. Estamos sin duda en estos supuestos ante uno de los aspectos más problemáticos de las penas temporales de prisión a causa de su ineficiencia, pues sin instrumento punitivo ni preventivo parece dejarse inerte a la sociedad, y en particular a las potenciales víctimas. Pero la solución posible ante esta situación no ha de pasar necesariamente por admitir excepciones a la temporalidad de las penas de prisión, que posiblemente no podrían estar justificadas en muchos casos (por ser medidas desproporcionadas con la gravedad del riesgo de reincidencia que el reo representa), sino que puede bastar con arbitrar un nuevo mecanismo acumulativo a la condena o, más precisamente, de ampliación de la condena para futuros supuestos, que incida en la interven-

ción de los derechos del penado distintos de su libertad ambulatoria. Ese mecanismo acumulativo o de ampliación sólo puede implementarse mediante la imposición sucesiva de penas o de medidas de seguridad que añadir a las originaria o inicialmente impuestas en la sentencia condenatoria. Aunque si lo que se trata de combatir es una probable inclinación a cometer delitos, en principio lo que corresponde imponer sucesivamente a una pena es una medida de seguridad, pues esta consecuencia no depende de que el sujeto presente defectos en la imputabilidad, sino tan solo de que sea peligroso. Por lo tanto, el delincuente plenamente imputable y peligroso criminalmente puede ser castigado conjuntamente con penas y con medidas de seguridad, privativas y no privativas de libertad.

Ante todo hay que advertir en este punto que, antes que caer en una tentación punitiva de signo populista que llevara a la implantación de medidas de seguridad privativas de libertad sucesivas de la pena de prisión, debe tenerse en cuenta la diferencia radical que existe entre la pena y la medida de seguridad. La primera está basada en un hecho pasado y probado, es decir, en un delito culpablemente cometido, mientras que el fundamento de la segunda se circunscribe a una prognosis sobre lo que puede llegar a suceder, esto es, algo incierto y generalmente indemostrable, con el consiguiente riesgo a equivocarse sobre la peligrosidad criminal del penado y por ende con grave menoscabo de sus derechos. Así pues, las medidas de seguridad son instrumentos también peligrosos, de los que hay que hacer uso con cautela, ya que podrían conducir a derivas inquietantes y discursos extremos¹⁷. Por ello

¹⁷ Como lo es en mi opinión el discurso de JAKOBS, según el cual puede justificarse la imposición de una reacción cognitiva (medida de seguridad, como por ejemplo la custodia de seguridad) frente a sujetos que no ofrecen la fiabilidad cognitiva necesaria para ser tratados como personas, esto es, sujetos que no muestren en su conjunto una línea de vida que permita concluir que serán fieles al Derecho. De esta forma se daría entrada a la culpabilidad por la conducta de vida si la coacción estatal se impusiera mediante penas, pero si se impone a través de medidas de seguridad se acaba tratando al imputable como cuasi-inimputable o, aún peor, como ser despersonalizado. Lo cual se confirma en la siguiente afirmación de JAKOBS: «la persona es portadora de derechos y deberes; si incumple determinados deberes de manera obstinada, en esa medida ya no puede ser tratada como persona, esto es, no desempeña el papel de persona de tal manera que en la realidad tenga sentido contar con ello». Acaba diciendo este autor que quien no ofrece fiabilidad cognitiva de su orientación normativa de forma repetida es una «persona deformada», tiene una deformación permanente de personalidad causada de forma responsable, de tal modo que podría ser inadecuado seguir poniendo en primera fila solamente a la persona y no tener en cuenta la fuente de peligro. V. JAKOBS, G., «Coacción y personalidad. Reflexiones sobre una teoría de las medidas de seguridad complementarias de las penas», *InDret* 1/2009.

conviene efectuar lo que SILVA SÁNCHEZ denomina una distribución equilibrada de riesgos y cargas entre el individuo y la sociedad en el marco de un Estado de Derecho¹⁸, para poder con ello fundamentar cuándo el riesgo de una reincidencia no tiene por qué pasar aún a ser asumido por la sociedad y permitir en consecuencia la implementación, junto a la pena de prisión, de un recurso extraordinario, como podría serlo la custodia de seguridad en último extremo, y como debería serlo en primer término la libertad vigilada, con independencia para esta última consecuencia de si se la califica legalmente (y por tanto sólo formalmente) como pena o como medida de seguridad. Como indica GRACIA MARTÍN, la admisibilidad de estas medidas (se refiere particularmente a la custodia de seguridad) hay que plantearla en los términos propios de un estado de necesidad y resolverla conforme al resultado de una ponderación de intereses, entre los intereses de la defensa social y los relativos a la salvaguarda de los derechos fundamentales del penado¹⁹. En pocas palabras, libertad *versus* seguridad. Parece claro que conforme a una ponderación de intereses la libertad vigilada, en la medida en que vaya dirigida a facilitar la resocialización y reinserción del sujeto, además de servir a su control y dificultar la reincidencia, puede lograr que se cumpla esa distribución equilibrada de riesgos y cargas entre el individuo (tiene que soportar restricciones de sus derechos y seguir las obligaciones de conducta) y la sociedad (tiene que soportar la libertad de un individuo peligroso criminalmente).

IV

Como paso previo al análisis de la libertad vigilada trataremos de contestar ciertos interrogantes básicos y de carácter general que se plantean dentro del sistema de consecuencias jurídicas del delito del Código Penal con la introducción de una consecuencia del delito extraordinaria como la indicada. La posibilidad de una intervención estatal punitiva adicional (no sustitutiva) que sumar a las penas y medidas de seguridad actualmente previstas en el ámbito de la criminalidad grave y muy grave implica dar respuesta, en primer lugar, a la cuestión de en qué momento puede establecerse dicha posibilidad acumulativa, si en la misma sentencia condenatoria o tras el cumplimiento de la misma.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «El retorno de la inoquización...», *op. cit.*, p. 709.

¹⁹ GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delinquentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edifoser, 2008, p. 997.

Es decir, además de la previsión general y abstracta de dicho mecanismo mediante ley, se trata ahora de fijar el momento oportuno de su previsión específica y concreta. Un enjuiciamiento de la evolución y situación del sujeto al finalizar el cumplimiento de la pena prevista en la sentencia para decidir la imposición de una ulterior consecuencia jurídica del delito, conforme señala CEREZO MIR, infringiría el principio *ne bis in idem*, por lo que para evitar dicha infracción la aplicación *a posteriori* de una pena o medida de seguridad debería estar prevista expresamente en la misma sentencia condenatoria²⁰. Opción por la que justamente se decanta el prelegislador en el caso de la libertad vigilada, sin perjuicio de que antes de dar inicio a la misma deba comprobarse la evolución y situación del reo, y verificarse que concurren las razones y presupuestos legales que hacen necesaria su ejecución.

El principal problema consiste en determinar si lo que procede imponer acumulativamente a una pena de prisión es otra pena o una medida de seguridad, o si serían admisibles ambas posibilidades. Teniendo en cuenta que el fundamento de las medidas de seguridad es prevenir la peligrosidad criminal, frente al de las penas, que es retribuir la culpabilidad del autor por haber cometido el hecho delictivo, parecería más adecuado inclinarse por las medidas de seguridad antes que por las penas, porque lo que se busca es intervenir sobre la peligrosidad futura del sujeto que ya ha cumplido una condena con base en su responsabilidad anterior, dado el fracaso del tratamiento resocializador en prisión. Por otra parte, adicionar una pena a otra pena es más comprometido para el principio *ne bis in idem* que adicionar una medida de seguridad a una pena, dado los fundamentos diversos de unas y otras que las hacen compatibles. Aunque actualmente la imposición de medidas de seguridad está tan solo prevista para los sujetos que hayan sido declarados inimputables o semiimputables, en principio eso no impediría preverlas también para delinquentes plenamente imputables. No obstante, todo el sistema de imposición de las medidas de seguridad del Código Penal está previsto y pensado sólo para el delincuente con defectos de imputabilidad. Conforme a ello la ejecución conjunta de penas y de medidas de seguridad privativas de libertad está articulada sobre la base del sistema vicarial (art. 99), según el cual debe comenzarse por el cumplimiento de la medida de seguridad, cuyo tiempo se abona para el de la pena, y, en caso de que quede un resto, seguir por el cumplimiento de la pena si con ello no se

²⁰ V. CEREZO MIR, J., «Reflexiones críticas...», *op. cit.*, p. 20. En el mismo sentido ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *op. cit.*, pp. 205 y s.

ponen en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla (sistema dualista alternativo o flexible). Este sistema es distinto del que ahora se pretende implantar para los delincuentes imputables, esto es, empezar por la pena y seguir con «una supuesta medida de seguridad de libertad vigilada», o, si fuera otra la propuesta, continuar por ejemplo con una custodia de seguridad (sistema dualista acumulativo). Por lo que si también se quisieran prever en el Código Penal medidas de seguridad para imputables peligrosos, tendría que procederse a una revisión más profunda y estructurada de toda la regulación de las medidas, que implicaría el logro de superar el actual defecto del sistema dualista del Código que, como pone de manifiesto ZUGALDÍA ESPINAR, reserva penas a los autores capaces de culpabilidad y medidas de seguridad a los autores incapaces de culpabilidad, en lugar de prever penas para los autores culpables y medidas de seguridad para los autores peligrosos, con independencia de si son o no capaces de culpabilidad²¹.

Pero si nos debemos ajustar al sistema de consecuencias jurídicas del delito previstas en el Código Penal vigente, la alternativa de adicionar una pena a otra pena es la única opción de que se dispone como técnica legislativa, aun cuando se separe de la pureza conceptual. A favor de dicha alternativa para la libertad vigilada cuenta el precedente de las penas de alejamiento, cuyo cumplimiento se extiende por encima del tiempo de prisión, sin necesidad de que el legislador las haya calificado formalmente como medidas de seguridad, sino como penas accesorias, a pesar de que tienen como una de sus finalidades principales conjurar la peligrosidad del penado hacia la víctima del delito (según el art. 57.1, se atiende para su imposición a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente). Al fin y al cabo, aunque de forma menos específica o exclusiva que las medidas de seguridad, las penas tienen también entre sus objetivos la prevención especial²², y por tanto incidir en la reducción o eliminación de la peligrosidad criminal del delincuente. El problema de incurrir en un

²¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *op. cit.*, p. 202.

²² V. FRISCH, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del delito. Clasificación en las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho», *InDret* 3/2007, pp. 15 y ss. Aunque las diferencias entre las penas y las medidas de seguridad hayan disminuido, debido a una constante modificación de las penas en dirección a un acogimiento de las ideas de prevención especial, este autor mantiene acertadamente que, más allá del plano de la finalidad, siguen existiendo diferencias entre ambos institutos desde el punto de vista de su naturaleza, pues con las medidas de seguridad no se formula un reproche por el hecho cometido (como con la pena), sino que se toma en cuenta sólo un estado de peligrosidad.

bis in idem por el hecho de añadir una pena a otra es aparente, dado que no se trataría de sumar una nueva condena a quien hubiera redimido su responsabilidad criminal, sino de incluir en la condena inicial la previsión de una pena adicional si concurren determinados presupuestos al finalizar aquélla, que naturalmente habría que verificar antes de dar comienzo a la complementaria. Cuestión diferente y no menos importante es la de si finalmente la condena no acaba siendo perpetua en términos fácticos, porque si a treinta o cuarenta años de prisión se le añaden otros diez o veinte años más, puede un penado no dejar de serlo durante el resto de su vida. *De iure* esto puede suceder con determinadas penas complementarias y sucesivas de la prisión (como las citadas penas de alejamiento) y *de facto* cuando al reo se le impone la suma aritmética de las condenas que no encajan ya (por falta de conexidad temporal) en el procedimiento de acumulación jurídica —y por tanto de duración limitada y determinada— previsto por el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Lo importante entonces con relación al procedimiento acumulativo de penas de ejecución a largo plazo es la previsión de mecanismos de revisión de la condena en función del cambio de circunstancias en el penado y de la concurrencia de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, a la par que, en sentido inverso, estudiar la instauración de un mecanismo de control y readaptación para aquellos penados que, no obstante el cumplimiento de la pena de prisión, continúan siendo peligrosos criminalmente.

En el discurso sobre la acumulación de penas, debe plantearse teóricamente una nueva opción, a saber, si es posible adicionar una nueva pena privativa de libertad o tan solo una pena privativa de derechos. La adición de una nueva pena privativa de libertad a otra de la misma naturaleza ya cumplida, cuando a pesar de ello el sujeto sigue siendo peligroso criminalmente, vulneraría el principio *ne bis in idem*. Si lo que se pretende es optar por el mantenimiento de la prisión, resulta sin duda más adecuado el sistema de reclusión perpetua europeo, según el cual cada cierto tiempo se examina la posibilidad de que el reo acceda a la libertad condicional o que se reduzca su condena, pero siempre se cumple una pena por un delito, y no dos penas (de la misma naturaleza) por un mismo delito. Por lo tanto, no se puede añadir otra pena de la misma naturaleza a la pena fracasada y ya cumplida, sino a lo sumo disponer la prolongación de la pena fracasada hasta que tenga éxito. Pero esto conduciría a penas indeterminadas que se comportarían como medidas de seguridad (duración del internamiento no proporcionado a la culpabilidad, sino a la peligrosidad criminal). Por el contrario, el añadido junto a la pena privativa de libertad de

una medida de seguridad también privativa de libertad, no incurriría en aquella prohibición del *ne bis in idem*, pero podría resultar una solución desproporcionada y, en el fondo también, incurriría en un fraude de etiquetas, apareciendo como pena lo que es medida y como medida lo que es pena²³.

En consecuencia, tras este sucinto análisis inicial de las posibilidades que ofrece nuestro sistema de consecuencias jurídicas del delito y sin una revisión más amplia del mismo, parece que la opción por una consecuencia jurídica no privativa de libertad (sea que se la llame pena o medida de seguridad) como complemento de una pena privativa de libertad puede ser más adecuada que otras alternativas tales como una nueva elevación de los topes máximos de cumplimiento efectivo de las penas de prisión, la imposición de penas de por vida o de medidas de seguridad privativas de libertad de duración indeterminada. La libertad vigilada también es una opción preferible frente a la custodia de seguridad, puesto que aquélla puede cumplir funciones asegurativas a la vez que resocializadoras (frente a la custodia de seguridad que se centra más en las primeras), y en todo caso con mayor respeto por la dignidad del penado, puesto que entonces es tratado como persona. La libertad vigilada por consiguiente puede ser una alternativa convincente, pero dependerá lógicamente de cómo se la configure legalmente para cumplir sus objetivos de control y resocialización del penado para el aseguramiento de la sociedad, así como también para garantizar el respeto de los derechos de éste.

V

Dos son los modelos que se han propuesto recientemente en sede prelegislativa, en sendos Anteproyectos de reforma del Código Penal, de 2006 y 2008 respectivamente. Atendiendo a los informes emanados del Consejo General del Poder Judicial sobre ambos, si el primero fue muy criticado, el segundo no lo ha sido menos, y en ambos casos las críticas han recaído también y particularmente en la libertad vigilada. Veamos cuáles son las propuestas con que nos encontramos.

²³ En este sentido, con razón, URRUELA MORA, A., *op. cit.*, p. 255, quien señala que la solución a la cuestión de la reincidencia en relación con determinados sectores de la criminalidad no debería pasar por la configuración de una medida de seguridad privativa de libertad (en concreto se refiere a la custodia de seguridad) que supone un verdadero fraude de etiquetas, al acumularse a la pena y quedar desvinculada en su ejecución práctica de la más mínima vocación resocializadora.

1. Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006

Para empezar no encontramos ninguna alusión a la libertad vigilada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2006.

En el articulado las referencias a la libertad vigilada se contienen en:

- a) Art. 33.3: Son penas menos graves: «n) *La libertad vigilada de seis meses a un año*».
- b) Art. 39: Son penas privativas de derechos: «j) *la libertad vigilada*».
- c) Art. 48.4: «*La libertad vigilada obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización*». Además cabe resaltar que en el apartado 5 se prevé la posibilidad de efectuar el control de la pena a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.
- d) Art. 88, que contempla la sustitución de las penas de prisión, se redactaba de manera que permitiría la *sustitución de las penas de prisión que no excedan de dos años por* arresto de fin de semana, trabajos en beneficio de la comunidad, multa o *libertad vigilada* (en el Proyecto la duración de la libertad vigilada se concretó *de seis meses a un año*, pues el Anteproyecto sólo disponía que en la imposición de las penas sustitutivas, los Jueces o Tribunales no estarán sujetos a los límites mínimos señalados en el art. 33.4, supuesto que no le era de aplicación a la libertad vigilada, cuyos límites figuraban en el art. 33.3).
- e) Art. 94, en el que se aborda una nueva «política-criminal propia y de amplio espectro que vaya más allá de un impacto en la medición de la pena imponible por el último delito cometido» en relación con delinquentes reincidentes y habituales, según reza la Exposición de Motivos. En el apartado 3 de dicho artículo se establece que: «*Tanto a los reos reincidentes como a los habituales, los Jueces o Tribunales, oídas las partes y mediante resolución motivada les impondrá alguna de las siguientes medidas*²⁴: 1.^a Que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no pueda efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta. 2.^a Que para la concesión de la libertad condicional se hayan extinguido las cuatro quintas partes de la condena impuesta. 3.^a El sometimiento a programas de tratamiento terapéutico o educativo de hasta dos años. 4.^a *Cumplida la condena, decretar la libertad vigilada por tiempo*

²⁴ En la versión del Proyecto se aprecian algunos cambios técnicos de redacción sin importancia a los efectos que nos ocupan.

de hasta dos años. 5.ª Cumplida la condena, decretar la medida de expulsión regulada en el artículo 89 de este Código.»

- f) Art. 96.3, en el que se adiciona una nueva medida de seguridad no privativa de libertad con el número 12: la libertad vigilada. Esta previsión no consta en el Anteproyecto, pero sí en el Proyecto, si bien luego en el art. 105 no se establece la duración máxima de esta medida de seguridad.

Esta regulación era sumamente defectuosa, como puso de manifiesto en su informe al Anteproyecto el C.G.P.J. Por un lado, la libertad vigilada aparecía como sustitutivo penal de las penas de prisión no superiores a dos años, y, por otro lado, como medida aplicable a reincidentes y habituales tras el cumplimiento de su condena. De ahí se deducía un carácter híbrido de pena y de medida de seguridad. Si bien en el primer caso estaba clara su configuración como pena, y así se reflejaba en los arts. 33, 39 y 49, su transformación en medida de seguridad era menos evidente. El art. 94 sólo hablaba de medidas sin pronunciarse sobre su carácter. En realidad las distintas medidas previstas para reos reincidentes y habituales en relación con sus condenas presentaban una naturaleza dispar (restricciones del acceso a los beneficios penitenciarios en sentido amplio, medidas de seguridad y penas), por lo que no era sencillo decantarse por una naturaleza concreta para la libertad vigilada. Además, su adscripción dentro del elenco de medidas de seguridad no se contemplaba en el Anteproyecto, aunque sí posteriormente en el Proyecto.

Su configuración como pena era bastante simple y precisamente por ello objetable. Aparecía como pena menos grave (art. 33.3) y como pena privativa de derechos (art. 39.j), aplicable como sustitutiva de la pena de prisión no superior a dos años (art. 88), y de seis meses a un año de duración (art. 33.3). En cuanto a su contenido escasamente se decía que obligaría al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización (art. 48.4), que podría realizarse a través de medios electrónicos (art. 48.5), sin prever ningún tipo de obligación o actividad adicional por su parte. Su contenido aflictivo era por tanto prácticamente nulo, así como también lo sería su influencia preventivo general en la colectividad y preventivo especial en el penado, por lo que difícilmente podría cumplir como sustitutivo penal los fines que se asignan a las penas²⁵. La distorsión dentro del sistema de penas se reflejaba

²⁵ También en este sentido URRUELA MORA, A., *op. cit.*, p. 258, criticando que el prelegislador no se hubiera esforzado en dotar a la libertad vigilada de un verdadero contenido resocializador.

igualmente en que, como decía el informe del C.G.P.J., esta pena sustitutiva de la prisión devendría menos gravosa e intervencionista que la concesión de un beneficio penal como es la suspensión condicional, el cual lleva aparejado la posibilidad de que se ordene al penado el cumplimiento de ciertas obligaciones y reglas de conducta de las que carece la libertad vigilada.

En su planificación como medida aplicable a los reos reincidentes y habituales «cumplida la condena», los defectos apreciables eran aún mayores. En primer lugar, no encajaba la duración prevista como pena (hasta un año) con la prevista como medida (hasta dos años). Ello hablaría a favor de su carácter de medida de seguridad²⁶, unido al hecho de que estaba prevista su imposición cumplida la condena, luego después de haber satisfecho su responsabilidad penal a través del cumplimiento de la pena (normalmente prisión, pero no se restringía específicamente a los supuestos en los que el reo era castigado a una pena privativa de libertad). En efecto, la finalidad de la libertad vigilada en este supuesto ya no podía ser la de retribuir la culpabilidad por el hecho cometido, puesto que este tipo de responsabilidad ya había quedado satisfecha con el cumplimiento de la condena, sino la de hacer frente a la peligrosidad del delincuente reincidente o habitual, para lo cual se había previsto su imposición facultativa. Pero su aplicación como medida de seguridad no era acorde con el sistema dualista del Código Penal, porque en éste las medidas de seguridad se imponen sólo a inimputables o semiimputables, mientras que la medida de libertad vigilada en principio se aplicaría a delincuentes plenamente imputables, para quienes hasta ahora no había previstas medidas de seguridad, sino sólo penas. Así lo estimaba críticamente el C.G.P.J. en su informe. Ahora bien, no hay razones para entender que el art. 94.3 no alcanzara también al reincidente o habitual que fuera semiimputable, y sí sólo al plenamente imputable, pues aquél es susceptible de cumplir una pena y adicionalmente una medida de seguridad. Aunque si la condena lo fuera a una pena de prisión, la medida de seguridad podría ser también privativa de libertad, y entonces su cumplimiento, según el art. 99, comenzaría por la medida de seguridad, y no por la pena, como está previsto el art. 94.3. Sólo tras el cumplimiento de la medida de seguridad privativa de libertad cabría acudir a una medida de seguridad no privativa de libertad (art. 99 *in fine*, que se remite al art. 96.3, donde figura como medida de seguridad la libertad vigilada, con el número 12). En resumen, el art. 94.3 podría aplicarse

²⁶ También de esta opinión URRUELA MORA, A., *op. cit.*, p. 261.

generalmente en relación con reincidentes y habituales plenamente imputables y, excepcionalmente, semiimputables (cuya pena impuesta no fuera privativa de libertad o, en caso de serlo, cuando el juez o tribunal no estimara necesaria la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad ni ninguna otra medida de seguridad no privativa de libertad que no fuera la libertad vigilada). Sin embargo, dicha regulación es completamente confusa y distorsionante conforme al sistema de penas y medidas de seguridad consagrado en el Código. Por eso el intento de introducir la libertad vigilada de esta manera, con una naturaleza doble o híbrida, debía haber ido acompañado de una profunda reestructuración del sistema de consecuencias jurídicas del Código Penal.

No obstante, en los casos más frecuentes, esto es, de reos reincidentes y habituales castigados a una pena de prisión, a quienes se les impusiera en sentencia la previsión del art. 94.3, de continuar tras el cumplimiento de la condena en libertad vigilada, la propia naturaleza de las medidas de seguridad dirigidas a combatir la peligrosidad criminal se desdibujaba completamente con esta medida, porque la libertad vigilada tal y como se configuraba —obligando exclusivamente al sujeto a facilitar de manera efectiva y constante su localización (lo que podría hacerse por medios electrónicos, y por tanto sin obligar específicamente a nada)— adolecía de los efectos preventivo-especiales propios de éstas, siendo sólo una medida policial o judicial de control del sujeto, pero sin medios, sin seguimiento real de la evolución del sujeto, sin tratamiento ni obligación de otra clase.

El C.G.P.J. no rechazaba completamente la virtualidad de la libertad vigilada en el ordenamiento penal español, sugiriendo que se regulase de otra forma su contenido material, dotándola de las características de una auténtica medida de intervención tuitiva, para aplicarla a delincuentes juveniles, mayores de edad, hasta los veinticuatro o veinticinco años de edad, en calidad de sustitutivo de la pena de prisión. En este caso, consideraba el Consejo que sí que aparecería suficientemente justificada la mutación de la pena de prisión en una medida de intervención educativa por la superior eficacia preventivo-especial que cabría atribuir a ésta. Asimismo entendía que tampoco cabría desechar la posibilidad de aplicar la libertad vigilada a los penados a quienes se hubiera suspendido condicionalmente la pena de prisión, por todo o parte del tiempo de duración del plazo de remisión condicional, siguiendo el modelo alemán, o que se compaginase su aplicación con otros sustitutivos de la pena previstos en el artículo 88.1 CP, especialmente la multa.

2. Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008

Este Anteproyecto retoma el reto del anterior de introducir la libertad vigilada en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, y lo hace con un diseño completamente distinto al de su antecesor, en principio mejorado, pero igualmente criticable.

La Exposición de Motivos dedica una amplia referencia a la libertad vigilada. A tenor de la misma:

«Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delinquentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada “libertad vigilada” cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad.

Esta pena deberá ser impuesta por el juez o Tribunal en la Sentencia sólo en los casos expresamente previstos por la Ley. En dicha Sentencia constará necesariamente la imposición de la pena y su duración, mientras que el alcance y contenido será determinado por el Juez de Vigilancia, quien decidirá las obligaciones a cumplir por el condenado de entre una lista prevista *ad hoc* por la Ley.

En lo que respecta al cumplimiento de la pena de libertad vigilada, el mismo será sucesivo a la pena de prisión. De esta forma, frente a delitos graves resultará aplicable, además de la pena privativa de libertad, una pena accesoria de libertad vigilada entre diez y 20 años, y frente a delitos menos graves, una pena de libertad vigilada entre 1 y diez años. En ambos casos esta pena deberá aplicarse en su mitad superior cuando concurren las circunstancias de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad de los mismos. Los criterios de determinación se completan indicando que en el resto de los supuestos la pena se impondrá en la extensión que el Juez estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.

No obstante, es necesario destacar que en el supuesto de que exista un pronóstico positivo de reinserción, se prevé la posibilidad de reducir la duración de la pena o bien que la misma quede sin efecto.

En la medida en que el fin prioritario que persigue la aplicación de la pena accesoria de libertad vigilada es la prevención especial, la aplicación de la misma durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se mantendrá en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se

propone. Además, y tal como se ha manifestado, una vez cumplido el fin de reinserción, el plazo establecido inicialmente en la sentencia no representará obstáculo alguno para la reducción temporal de la medida.

De esta forma, se dará en la ejecución de esta pena preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo, con lo que la contraposición entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos que conciernen al Estado se resolverá con una adecuada distribución de cargas entre individuo y sociedad».

En el articulado las alusiones a la libertad vigilada se encuentran en:

- a) Artículo 33.2: «Son penas graves (...) j) La libertad vigilada por tiempo superior a cinco años».
- b) Artículo 33.3: «Son penas menos graves (...) l) La libertad vigilada de uno hasta cinco años».
- c) Artículo 39: «k) La libertad vigilada».
- d) Artículo 40.5: «La pena de libertad vigilada tendrá una duración de uno a veinte años».
- e) Artículo 49 bis:

«1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:

- a) La de estar siempre localizable.
- b) La presentación periódica en el lugar que se establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.
- e) La de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.
- g) La de no acudir a determinados lugares o establecimientos.
- h) La de no residir en determinados lugares.

i) La de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.

j) La de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La de seguir tratamiento médico externo.

3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo.

4. Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.

5. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.

6. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a vista de las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468».

f) Artículo 57 bis:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos:

a) Cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código.

b) Cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos.

2. En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de

reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurren los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo».

- g) Artículo 468. 2: «Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada».

Como puede apreciarse sólo a simple vista esta nueva propuesta es completamente renovada y está mucho más detallada que la anterior. Los cambios que se aprecian desde un punto de vista político criminal son muy apreciables:

A) Frente a la pretensión anterior de abordar un tratamiento penal especial dirigido al delincuente reincidente y habitual, en este nuevo Anteproyecto el tratamiento especial se focaliza en el delincuente sexual y en el terrorista. Se pasa de una tipología genérica de delincuente, válida para todos los perfiles de delincuencia y para toda clase de delitos, con el único requisito de que el responsable fuera reincidente o habitual, a unas tipologías específicas de delinquentes y de delitos, sin ningún otro requisito común. Sólo en el caso del delincuente terrorista se exige reincidencia para la aplicación de la pena de libertad vigilada en determinados casos, pero no en todos. La reincidencia y la habitualidad, junto a la pluralidad de delitos y a la extrema gravedad, son únicamente circunstancias que están previstas para agravar los efectos temporales de la libertad vigilada de los delinquentes sexuales y terroristas. Es decir, se renuncia por el momento a incidir en la respuesta penal frente al reo reincidente y habitual común (problemática que, por otra parte, ya se había abordado en las modificaciones del año 2003 del Código Penal), y la reforma se centra en unas tipologías específicas de delinquentes y de delitos, lo que presenta connotaciones más acusadas aún de un Derecho Penal de autor, incluso en relación con los terroristas de un Derecho Penal del enemigo. Este dato se confirma a la vista del carácter preceptivo de la pena de libertad vigilada para todos los delinquentes sexuales que sean castigados a penas de prisión (no, por ejemplo, a quienes se les impusiera una multa) y casi todos aquellos que sean castigados a prisión por delitos de terrorismo, frente al carác-

ter facultativo de la libertad vigilada en el Anteproyecto anterior para los reincidentes y habituales. Por el contrario resalta también el hecho de que el nuevo Anteproyecto se reserve la libertad vigilada únicamente a los autores del delito (art. 57 bis: «cuando el autor haya sido condenado...»), frente al criterio del Anteproyecto precedente, en el que la libertad vigilada era susceptible de aplicación también a los partícipes del delito con tal que reunieran las condiciones legales preestablecidas para su imposición.

B) Lo cierto es que las dos tipologías de delincuente asociadas a la libertad vigilada tienen poco o nada en común, más allá de una presunción de peligrosidad criminal establecida con base en el hecho delictivo por el que el sujeto fue condenado (riesgo de reincidencia) y en la constatación empírica de las dificultades del tratamiento de esta clase de sujetos²⁷. En ambos casos el estado de peligrosidad tiene que perdurar tras el cumplimiento de la pena de prisión y debe confirmarse antes de poner en práctica la libertad vigilada, circunstancia que no está claramente prevista en la regulación del art. 49 bis (en el apartado 4 se menciona la ejecución de la pena y en el 5 su reducción y la cesación de su continuidad, pero nada se indica de los prolegómenos de la pena). Se trata de dos tipologías de delincuente muy llamativas, a las que se ha prestado especial atención desde el punto de vista de su tratamiento penal en el Derecho comparado. Por un lado, el delincuente sexual, del que parece presumirse la concurrencia de una psicopatía o un trastorno de la personalidad sexual (psicópata sexual, pederasta, pedófilo, etc.), lo cual es mucho decir de todos los delincuentes sexuales (por ejemplo, estos problemas de personalidad pueden normalmente estar ausentes en el cliente de la prostitución o en el proxeneta, en el acosador sexual en el trabajo, en quien distribuye pornografía infantil con fines de lucro y no para su satisfacción sexual, etc.). Por otro lado, como sujeto pasivo de la nueva pena se destaca al terrorista, reincidente o no, de quien se supone que es un delincuente por convicción, irreducto o prácticamente irredimible, y por tanto peligroso criminalmente incluso después de cumplida su condena, por lo que la libertad vigilada es difícil que consiga, más allá del control del penado, satisfacer el fin de rehabilitación que se propone como pena.

²⁷ Sin embargo, al margen de las dificultades de tratamiento, un estudio reciente del Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat catalana parece apuntar lo contrario respecto a la reincidencia de los delincuentes sexuales; v. la información en sobre este estudio en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/04/01/barcelona/1238593291.html>

C) Cuanto más graves sean los delitos cometidos por el delincuente sexual o por el terrorista, más evidente tendrá que aparecer el pronóstico de peligrosidad y la necesidad de prever en la sentencia la imposición de medidas adicionales, lo que contrasta con el carácter preceptivo de la pena tanto si los delitos son graves como si lo son menos graves. Ahora bien, también es cierto que cuanto mayor sea la gravedad de las condenas más incierta será la necesidad de la pena accesoria-acumulativa. Teniendo presente que la condena máxima de un terrorista es hasta cuarenta años de prisión de cumplimiento efectivo, esperar que cuando termine su estancia en prisión seguirá siendo, a pesar de su avanzada edad, peligroso criminalmente constituye una prognosis muy forzada por realizarse tan a largo plazo, que requerirá de su correspondiente confirmación al finalizar el internamiento penitenciario. Resulta también muy arriesgada la presunción de peligrosidad criminal de «todo delincuente sexual» condenado a una pena de prisión una vez concluida ésta. Es decir, se generaliza demasiado en torno a estas dos tipologías de delincuente, cuando además presentan perfiles muy separados unos de otros. El delincuente sexual con trastornos de la personalidad se aproxima al inimputable o al semiimputable, aunque en la práctica no suele reconocerse la aplicación a tales sujetos de la eximente completa ni incompleta de anomalías o alteraciones psíquicas, incluso tampoco una moderación del grado de reprochabilidad. Pero esta vía podría interpretarse como el reconocimiento implícito de una semiimputabilidad *sui generis* del delincuente sexual (no inimputabilidad, porque se parte de una condena a la pena de prisión) y la libertad vigilada presentaría connotaciones de una medida de seguridad con fines correctivos o curativos (así, por ejemplo, se establecen como obligaciones del condenado a libertad vigilada participar en programas de educación sexual y seguir tratamiento médico externo). Por supuesto, todo ello partiendo de la base de que el tratamiento en prisión, si lo ha habido, ha fracasado o ha sido insuficiente y es preciso proponer un nuevo tratamiento o continuar con el anterior a través de la pena accesoria de libertad vigilada. No obstante, también hay que reconocer que pueden ser responsables de delitos de contenido sexual sujetos sin patologías de personalidad sexual necesitadas de tratamiento. Para quien no concorra dicho trastorno, ni sea reincidente, la imposición de un control *a posteriori* por imperativo legal, salvo que se acredite por otros motivos la peligrosidad criminal, se antoja injustificada. De estarlo, entonces la libertad vigilada sólo servirá para controlar al sujeto restringiendo su libertad de acción (advertencia o intimidación individual), pero no para reinsertarlo o rehabilitarlo socialmente. En cambio, y frente a la tipología convenida del autor de delitos sexuales como un sujeto

que puede padecer trastornos de la personalidad y por ello persona de difícil autocontrol que requiere tratamiento y ayuda, el terrorista, aunque sea un delincuente por convicción, no tiene alteradas las bases de su imputabilidad penal y por ende la libertad vigilada aparece con fines predominantemente asegurativos y con efectos aflictivos, más propios de las penas que de las medidas de seguridad. Tratar de reconvenir a estas personas, tras el cumplimiento de la pena de prisión, en valores democráticos de tolerancia, convivencia y respeto a los derechos fundamentales, se antoja de difícil consecución y podría ser contrario a su libertad ideológica. El Derecho Penal no puede exigir de los ciudadanos que acaten sus prescripciones en conciencia, sino que le basta para cumplir sus finalidades con que los sujetos —los terroristas en este caso—, no vuelvan a delinquir, ni en el marco de los objetivos terroristas ni en ningún otro marco delictivo.

D) Nominalmente se apuesta ahora por una pena accesoria de libertad vigilada frente a la propuesta anterior de concebirla, por un lado, como pena sustitutiva de la prisión y, por otro lado, como medida de seguridad. Sin embargo, su comprensión como pena de cumplimiento sucesivo a la prisión resulta de difícil encaje con su naturaleza de pena accesoria. ¿Cómo una pena puede ser accesoria a falta de la principal? Si la prisión se ha cumplido y por tanto extinguido, la libertad vigilada no puede ser —salvo ficción— pena accesoria de otra que no existe, sino que en tal caso tendría que ser concebida como otra pena principal acumulativa, aunque su función fuera complementaria de aquélla²⁸. Pero el fin primordial de la libertad vigilada, si no opera como sustitutivo de una pena, ya no puede ser la reafirmación del ordenamiento jurídico o retribución por el delito cometido, puesto que ese fin se habrá cumplido con la ejecución de la pena principal propiamente dicha. De modo que su imposición, tras el cumplimiento de la pena de prisión, ya no es otro que la prevención especial o, como dice la Exposición de Motivos del Anteproyecto, lograr la reinserción del sujeto a la sociedad. Parece entonces que tendría que ser concebida como medida de seguridad. Ello, sin embargo, tropieza con el actual sistema legal de medidas de seguridad, que no está pensado para el delincuente peligroso plenamente imputable. Por ejemplo, el art. 6.2 CP, cuando establece que las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas

²⁸ Aunque existe el precedente de las penas de alejamiento que se cumplen con posterioridad a la prisión y son accesorias de ésta, lo cierto es que empiezan a cumplirse simultáneamente, y por tanto está justificado considerar a los alejamientos como penas accesorias de la pena de prisión.

ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, es una previsión incompatible con una libertad vigilada de duración propia que excede en el tiempo el de la pena concretamente aplicada (prisión). Por este motivo y si no se acomete la reforma necesaria en el sistema de medidas, no queda otra alternativa que forzar su naturaleza como pena y además como pena accesoria. En el fondo esta problemática se repite como hemos visto anteriormente con las penas de alejamiento, que serían medidas de seguridad si el Código no las previera como penas para los imputables y como medidas de seguridad para los semiimputables e inimputables.

E) Sin embargo, en su configuración como pena podían haberse estudiado otras posibilidades de insertar la libertad vigilada adecuadamente dentro de la condena a una pena de prisión. Precisamente una de las críticas que cabe dirigir al Anteproyecto de 2008 con respecto a la implantación de la libertad vigilada como accesoria de la pena principal privativa de libertad es que no se haya asegurado evitar disfunciones entre el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión y el cumplimiento posterior de la pena de libertad vigilada. En efecto, podría darse el caso de que la pena de libertad vigilada supusiera para el sujeto que ha cumplido ya la pena de prisión una involución de sus facultades y posibilidades de actuación para la vida en libertad (si, por ejemplo, alcanzó determinados beneficios del tercer grado penitenciario o la libertad condicional), por suponer la nueva pena una restricción superior de derechos de los que el sujeto habría venido disfrutando durante la ejecución de la pena de prisión. No será lo corriente, puesto que si el sujeto ha gozado del tercer grado y de la libertad condicional, la ejecución de la libertad vigilada carecerá de razón de ser y deberá decaer (salvo una involución de las circunstancias del penado durante ese período), circunstancia que tampoco menciona la regulación. A este respecto el C.G.P.J. considera críticamente la remisión reglamentaria de las circunstancias de la ejecución de esta pena que no han sido contempladas de forma expresa en la propia ley, precisamente porque no se incorporan al art. 49 bis aspectos esenciales de la ejecución de la misma, como lo serían específicamente las condiciones que deben concurrir en la evolución de la situación penitenciaria del penado para poder estimar aplicable la pena de libertad vigilada, evitando las disfunciones mencionadas. Así, por ejemplo, entiende el Consejo que puede considerarse requisito imprescindible para la ejecución de la libertad vigilada que el penado no haya cumplido antes la parte correspondiente de la pena de prisión en régimen de libertad condicional, salvo que exista un pronóstico de peligrosidad

posterior a la concesión de este beneficio. Pero también estima que debe excluirse la posibilidad de ejecutar la pena mediante obligaciones o sistemas de control que supongan un régimen de vida más restrictivo que el del tercer grado penitenciario, caso de que haya accedido a él, y no concurra la salvedad acabada de mencionar. Sin embargo, prácticamente es imposible que el tercer grado penitenciario, por muy beneficioso que sea, pueda ser menos restrictivo que la libertad vigilada, porque si ésta implica una situación de libertad (con respecto a la prisión), aquélla lo es de semilibertad, con obligación en todo caso en el más favorable de sus regímenes posibles de acudir al establecimiento penitenciario el tiempo fijado en su programa de tratamiento (art. 86.4 del Reglamento penitenciario). Por lo que respecta a la libertad condicional, ésta exige un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social para ser concedida (art. 90.1 CP), lo que la hace incompatible con la libertad vigilada, y ello a pesar de que la libertad condicional puede llevar aparejada la imposición de reglas de conducta o medidas, previstas en los arts. 83 y 96.2, que son muy parecidas a la obligaciones que puede acarrear la libertad vigilada. Ahora bien, aunque los condenados por terrorismo tienen especialmente complicado alcanzar la libertad condicional si no concurre un arrepentimiento activo por su parte (art. 91.1, último párrafo), para los delincuentes sexuales la regulación de la libertad condicional no establece requisitos particulares, y dado el aparente automatismo con el que parece aplicarse o dejar de aplicarse este beneficio en la práctica, entiendo que, en evitación precisamente de cualquier disfunción con el sistema progresivo penitenciario y en aras de facilitar para éstos el disfrute de un período a prueba, podría estudiarse como alternativa adicional que se configurara la pena de libertad vigilada como forma de cumplimiento de la libertad condicional de los delincuentes sexuales que merecieran dicho beneficio, de modo que tras la finalización del plazo correspondiente a la «libertad condicional vigilada» se pudiera optar o no por continuar con una «libertad vigilada no condicional». De este manera se aseguraría la compatibilidad de ambas penas y se justificaría su carácter de pena accesoria de la de prisión para estos supuestos. De no ser así es previsible que quienes fueran condenados a prisión por delitos sexuales, y por tanto también a una pena de libertad vigilada tras el cumplimiento de la pena de prisión, dadas las sospechas legales sobre su peligrosidad permanente y de las dificultades del éxito del tratamiento, tuvieran muy complicado o casi imposible alcanzar el beneficio de la libertad condicional, salvo que quedara firmemente acreditado un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y por consiguiente la total o completa desaparición o erradicación de

su peligrosidad criminal, algo que parece ilusorio que se pueda afirmar con rotundidad con respecto a esta clase de delincuentes.

F) Una diferencia fundamental se observa en el contenido que se dota a la libertad vigilada en el Anteproyecto de 2006 y en el posterior Anteproyecto de 2008. Si el primero exigía del penado un simple estar localizado constante y efectivamente, el segundo va mucho más allá y apuesta por un programa ambicioso de actuaciones. Actuaciones que para el penado pueden consistir en obligaciones o reglas de conducta, en muchos casos de similar contenido al de otras obligaciones o reglas de conducta previstas, por ejemplo, en la suspensión de la pena de prisión (comparecer personalmente), pero igualmente asimilables a otras penas, (inhabilitación profesional, penas de alejamiento) e incluso a las medidas de seguridad (tratamiento médico externo, sometimiento a programas), por lo que la libertad vigilada puede llegar a reunir en una sola pena una pluralidad de ellas. Esto no se compadece con la afirmación contenida en la Exposición de Motivos de que la libertad vigilada se trata de una mínima restricción de las libertades. La intervención que está prevista sobre el penado no es mínima, sin que ello signifique que no sea correcto configurar esta consecuencia jurídica de modo que pueda cumplir con la finalidad pretendida, es decir, obtener la resocialización del sometido a ella, pero en todo caso debe hacerse reconociendo su verdadero alcance. Por consiguiente, tanto la prolongación en el tiempo de esta pena como los efectos que puede traer aparejados en la vida del penado (entre ellos, mantener su condición de reo) representan una seria intervención penal en las libertades del sujeto, aunque más acordes con la dignidad del penado que la prolongación de su reclusión o custodia al margen de la sociedad, quedando satisfecha en cambio igualmente la función asegurativa, y no sólo la tuitiva.

G) Otra diferencia que cabe resaltar entre ambos Anteproyectos es que el segundo encomienda al Juez de vigilancia penitenciaria que determine el contenido de la libertad vigilada, concretando las obligaciones del condenado a esta pena. Puesto que en el Anteproyecto de 2006 la libertad vigilada no suponía para el penado ninguna obligación distinta de la de estar siempre localizable, carecía de sentido atribuir al Juez de vigilancia penitenciaria o al Juez o Tribunal sentenciador la determinación de las condiciones de ejecución de la pena, y se limitaba a facultar al Juez o Tribunal sentenciador la posibilidad a acordar que el control de la libertad vigilada se realizase a través de medios electrónicos, circunstancia que se mantiene en los mismos términos en el Anteproyecto de 2008 (art. 49 bis, 3), aunque podría haberse dejado en

manos del Juez de vigilancia penitenciaria, ya que es el encargado de controlar a ejecución de la pena.

H) Las diferencias de tiempo de la libertad vigilada son muy ostensibles: de un año y como máximo dos años del Anteproyecto de 2006 a veinte años del Anteproyecto de 2008.

VI

Estamos ante una pena que puede ser adecuada como alternativa a otras intervenciones en la esfera de los derechos del penado mucho más graves, y por lo tanto subsidiarias de aquellas menos lesivas que puedan producir efectos similares. La libertad vigilada fundamentalmente sirve, en primer lugar, a la protección de la víctima del delito y de otras potenciales víctimas; opera, en segundo lugar, como control del penado, de modo que la reiteración en el delito es más arriesgada para él; y sobre todo, en tercer lugar, puede orientarse a la reinserción social del condenado a ella, incluso si es preciso a través de un tratamiento. Entiendo, sin embargo, que aunque el modelo de una consecuencia jurídica del delito de la índole de la libertad vigilada es suficientemente atractivo como para considerar incluir esta consecuencia jurídica del delito en la legislación penal, la regulación del Anteproyecto de 2008, aunque mejora sustancialmente la anterior, presenta aún carencias y defectos que deberían corregirse. El más serio de todos ellos es configurar la libertad vigilada como pena y no como medida de seguridad, aun cuando solventar esta cuestión implicaría realizar una profunda revisión del sistema de medidas de seguridad del Código Penal y la reasignación de la calificación de cada consecuencia según su verdadera naturaleza jurídica. Por lo demás también se pueden destacar los siguientes aspectos criticables de la regulación del Anteproyecto de 2008:

1. Se desaprovechan las posibilidades de la libertad vigilada como pena sustitutiva de la pena de prisión o como carga aplicable a los supuestos de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (como proponía el C.G.P.J. en su primer informe). Lo cierto es que se han superado las razones que se esgrimían por parte del C.G.P.J. al Anteproyecto de 2006 en contra del carácter sustitutivo de la libertad vigilada en el sentido de carecer de contenido punitivo, dado que el penado sólo debía estar permanentemente localizable, frente al cúmulo de obligaciones que se prevén en el Anteproyecto de 2008. No parece, en cambio, que la libertad vigilada debiera estar prevista a la vez en sede de suspensión y de sustitución de penas privativas de libertad,

puesto que daría lugar a confusión sobre el papel de la libertad vigilada, en un caso como carga de la suspensión de la pena y en otro como pena sustitutiva. Dado su contenido punitivo no la estimo apropiada para la suspensión.

2. Teniendo en cuenta lo anterior se desaprovecha también su extensión a otras tipologías delictivas distintas del terrorista y del delincuente sexual, sobre todo respecto aquellas en las que se observa un mayor riesgo de reincidencia en el delito, como, por ejemplo, parecen serlo los autores de violencia de género. Pero igualmente y en general podría considerarse la imposición de la referida pena a toda clase de autor violento por tendencia que atente contra la integridad corporal, la salud o la vida de los demás. En cualquier caso deberían tratarse separadamente las distintas tipologías delictivas y regular que la imposición de la libertad vigilada tenga lugar en función de las concretas necesidades preventivo-especiales que emanan de la personalidad del sometido a ellas. No obstante, habría que restringir la imposición de la libertad vigilada a delincuentes por tendencia de acreditada peligrosidad con arreglo a un examen individualizado, y no en función de criterios estadísticos o estandarizados. De modo que aunque se parta de un perfil genérico de delincuente por tendencia desde el plano legal, esta tendencia deba ser comprobada y confirmada para el caso concreto antes de imponer en sentencia la libertad vigilada.

3. Al ser su finalidad esencialmente resocializadora, y sólo subsidiariamente de control, es imprescindible la previsión de un establecimiento de vigilancia y la creación de la figura del agente o asistente de la libertad vigilada, profesional de la pena que haga un seguimiento de la evolución del sujeto y le facilite su reinserción social, lo que a tenor del art. 49 bis, apartado 4 del Anteproyecto de 2008 podría estar previsto por la vía reglamentaria, que debe desarrollar el resto de circunstancias de la ejecución de la pena que la ley no ha contemplado expresamente. Sin embargo, en dicho apartado se indica únicamente que el Juez de vigilancia penitenciaria es quien controlará el cumplimiento de la pena, requiriendo los informes periódicos que considere necesarios a las Administraciones Públicas correspondientes, por lo que se deja abierta la cuestión fundamental para garantizar el éxito de esta nueva consecuencia jurídica de si, además de un centro de referencia, habrá también un profesional de referencia. Y lo cierto es que sin estos actores la función jurisdiccional es de imposible cumplimiento racional, como dice el C.G.P.J.²⁹

²⁹ V. también MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, pp. 8 y ss.

En nuestro modelo de libertad vigilada la posible intervención de dicho profesional, que informaría periódicamente al Juez de vigilancia penitenciaria, haciendo un seguimiento personal del penado (del cumplimiento de sus obligaciones y reglas de conducta), sólo se podría producir durante la fase de ejecución de la pena, frente al modelo anglosajón que permite una valoración previa del profesional sobre la conveniencia de la pena en relación al sujeto, lo cual es tenido en cuenta por el juez o tribunal sentenciador para su posible imposición en la sentencia condenatoria.

4. La libertad vigilada debería ser de apreciación facultativa y, en cualquier caso, se tendría que confirmar la persistencia de peligrosidad criminal del penado como condición antes de dar inicio a su ejecución, y ello a través de un informe específico que tendría que remitir la Administración penitenciaria al Juez encargado del control de la pena. Asimismo, como señala el C.G.P.J., falta la previsión de plazos de remisión de informes y, en consecuencia, de revisión de la pena, que eviten la arbitrariedad y la inseguridad jurídica. Del mismo modo debería regularse una suspensión obligada de la libertad vigilada ante una evolución favorable de las circunstancias del penado, que podría ser revocada de retornar el estado de peligrosidad criminal durante el período de suspensión (como propone igualmente con acierto el C.G.P.J.)

5. En torno a las cargas y obligaciones se echa de menos la entrevista periódica con el agente de la libertad vigilada para poder evaluar su estado de peligrosidad y su grado de adaptación a la sociedad. Por el contrario, en el ámbito de las cargas y obligaciones fijadas en el Anteproyecto debería eliminarse la obligación de seguir un tratamiento médico externo si no se recoge el carácter voluntario del mismo, pues de otro modo se entraría en contradicción con el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente y su derecho a rechazar un tratamiento, reconocido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre (art. 8, consentimiento informado), cuando, como es el caso, nos encontramos ante personas capaces a las que no se les puede imponer un tratamiento coactivamente. No se han explorado en este sentido las posibilidades que ofrece el modelo promocional no coactivo, como pone de manifiesto el C.G.P.J., que tiene lugar cuando al sujeto se le ofrece una opción alternativa (libertad vigilada de determinada duración si se somete a tratamiento o de mayor duración si no se somete).

6. La duración de esta pena puede resultar excesiva en sus límites máximos, que no deberían exceder de 10 años. Hay que recordar que ya es calificada como pena grave por tiempo superior a cinco años, y menos grave de entre uno y cinco años. Sin embargo el art. 57 bis, apartado 2, señala que *en caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada*

tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. De modo que los delitos menos graves castigados con la pena de libertad vigilada aparentemente pasarían a la consideración de delitos graves a tenor del art. 13.4, ya que son castigados con pena grave (libertad vigilada superior a cinco años). Así, por ejemplo, el delito de posesión de pornografía infantil para uso propio del art. 189.2, castigado con prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años, al que tener que llevar aparejada como accesoria de la prisión la libertad vigilada de uno año a diez, podría tener que calificarse como delito grave, lo cual debe rechazarse, no sólo por el despropósito valorativo que supone, sino porque el carácter accesorio de la pena impide reconocer este efecto. Lo lógico en todo caso sería que el tiempo de libertad vigilada de los delitos menos graves no fuera superior a cinco años, y así cuadrar los arts. 33 y 57 bis.

7. No se regula con la debida claridad qué ocurre con esta pena si el sujeto vuelve a delinquir o es condenado por quebrantamiento de condena. Si como consecuencia de lo anterior se le impone una nueva pena de prisión, la libertad vigilada se suspendería en tanto el sujeto permaneciera en prisión. Pero puede suceder que reincida en el delito que se quiere prevenir (delito sexual o terrorismo) o que cometa otro delito distinto, dolosa o imprudentemente. En el primer caso se plantea además el problema de si podrá acumularse una nueva pena de libertad vigilada a la anterior pena de la misma naturaleza que quedó inconclusa.

Tampoco queda claro qué ocurrirá con el delincuente al que se le suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad, pues la libertad vigilada no se suspende en principio, y su cumplimiento puede representar una restricción superior de sus derechos de los que puede llegar a representar la propia suspensión (la cual también puede llevar aparejadas reglas de conducta u obligaciones ex art. 83 CP).

8. Pueden producirse dudas en torno a prescripción de la libertad vigilada por establecer su cumplimiento en tiempo diferido. El C.G.P.J. sugiere que se establezca una regla específica en sede de prescripción de la pena que impida que ésta se produzca como consecuencia de la prolongación en el cumplimiento de la pena de prisión, ya que el art. 134 señala que el tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme. Propone que se siga el criterio fijado para las medidas de seguridad, según el cual, el tiempo de la prescripción en caso de cumplimiento sucesivo se computará desde que debió empezar a cumplirse.

9. Pueden existir también problemas de compatibilidad entre la libertad vigilada y las penas de alejamiento, por cuanto los efectos de

éstas se prolongan tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad y la libertad vigilada puede incorporar como obligaciones del penado la de alejarse de las víctimas. El C.G.P.J. se inclina por que el juez se decida por una u otra para evitar incurrir en la prohibición constitucional de *bis in idem*, dada esa posible interferencia en ambas, pero que se exprese claramente en el texto de la ley la posible opción por uno u otro de los dos sistemas de penas accesorias.

10. El C.G.P.J. aprecia desajustes y falta de regulación entre lo previsto por el art. 468 para el quebrantamiento de la libertad vigilada y lo que aparece previsto en el art. 49 bis, apartado 6, para el caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones que lleve aparejada la pena.

En suma, estamos ante una consecuencia jurídica interesante, pero todavía poco convincente en su previsible regulación legal.

La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta

Guillermo Portero Lazcano

Jefe de Servicio de Clínica de la Subdirección
de Bizkaia del Instituto Vasco de Medicina Legal
Médico Forense experto en psiquiatría

I. Introducción

Una primera lectura, para una mente lega en Derecho como la mía, de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre, del Código Penal, en relación a las penas accesorias que tiene previsto el legislador aplicar a los delitos de terrorismo y de carácter sexual, sobre todo, cuando las víctimas son menores de edad, me produjo una cierta confusión ya que algunos de los conceptos jurídicos se me tambalearon. Así, habíamos aprendido que las medidas de seguridad derivaban de la peligrosidad y siempre miraban al futuro. Las penas derivaban de la culpabilidad y se fundamentaban en el pasado tras el hecho delictivo sancionado aunque evidentemente con su componente de prevención general y especial para aquellos que cumplen condena.

La nueva pena accesoria, que aparece en el Anteproyecto y que se denomina «libertad vigilada», tiene como fin principal la reinserción del sujeto en la sociedad, es decir, de algún modo vinculada a la peligrosidad. Pero evidentemente no es una medida de seguridad sino una pena. Por ello, se pretende aplicarla a dos tipos de delitos que en el imaginario colectivo, a priori, serían los ejemplos paradigmáticos de la reincidencia o de la práctica imposibilidad de reinserción.

Pero una segunda lectura, más pausada, lejos de arrojar luz sobre mis dudas, me sumerge nuevamente en otra nebulosa que me impide comprender algunos de los aspectos tratados. Así, por ejemplo, me sorprende la inclusión como pena accesoria dentro del catálogo de medidas de la libertad vigilada, la obligación a someterse a tratamiento médico externo. Parece, desde el punto de vista conceptual, una cierta incon-

gruencia que la pena, en este caso, accesoria, con su inherente componente retributivo, sea un tratamiento médico. Por otro lado, como posteriormente abordaremos, si deseamos que un tratamiento médico sea eficaz, es preciso que sea voluntario o, por lo menos, no impuesto. Quizás, únicamente se esté pensando en el tratamiento farmacológico —la llamada «castración química»— que no está exento de problemas. Sin embargo, el tratamiento debe ser más completo que la mera administración de sustancias, básicamente, antiandrogénicas.

El informe del Consejo General del Poder Judicial¹, con terminología y fundamentos jurídicos apunta en este sentido. Considera que la obligación de sometimiento a tratamiento médico en una persona capaz supone un atentado contra la dignidad humana y, por lo tanto, la vulneración de un derecho fundamental. Desde la perspectiva médica nunca un tratamiento puede ser considerado un castigo, a pesar de que la medida de seguridad (tratamiento tanto ambulatorio como de ingreso pueda tener ciertas connotaciones de «castigo» por la obligatoriedad que conlleva su sometimiento). Escasos serán los beneficios de un tratamiento si es percibido por el usuario que lo recibe como un castigo.

Por otro lado, y siguiendo con el tema del tratamiento médico como pena accesoria dentro de la libertad vigilada, la lógica nos lleva a pensar que el tratamiento debería tener un efecto protector sobre la reincidencia. Parece claro, que la pena accesoria está pensada para los delincuentes sexuales y terroristas imputables.

Sin embargo, al menos, en algunos delincuentes, sobre todo, en los pedófilos, desde un punto de vista teórico, dado que son personas incluidas en los dos principales manuales de clasificación de los Trastornos Mentales tanto de la Asociación de Psiquiatría Americana, como en la de la Organización Mundial de la Salud, podría apreciarse una exigencia incompleta, por ejemplo, ante un delito sexual con un menor de edad, por existir una relación entre la psicopatología y el delito. Si así fuera, quizás correspondería la imposición de una medida de seguridad —tratamiento médico en cualquiera de sus dos principales modalidades, ingreso o tratamiento ambulatorio— que, este caso, habría de ser aplicada con anterioridad a la pena. Con posterioridad al cumplimiento de la medida de seguridad, podría cumplir, si así se estima, la pena con su correspondiente descuento del tiempo de la medida de seguridad. Cumplida la pena, ¿cabe en este caso la aplicación de la pena acce-

¹ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre del Código Penal*. Acuerdo de 18 de Febrero de 2009.

soria, si aún persiste la peligrosidad? ¿O la pena accesoria está pensada únicamente para los plenamente imputables? ¿Qué ocurriría con el caso planteado? Si existiera la posibilidad de aplicar la pena accesoria en el supuesto expuesto, estaríamos, aunque solo sea como mera posibilidad, ante un círculo, donde tras la sentencia, se comenzaría con un tratamiento médico (del tipo que sea) como medida de seguridad y se acabaría con otro tratamiento médico (o el mismo) como pena accesoria, lo cual me produce cierta confusión al perderme por esos vericuetos del derecho.

No obstante lo anterior y haciendo un repaso sobre la bibliografía al respecto, podemos apreciar que existe en el derecho comparado antecedentes de medidas equivalentes o similares a la pena de libertad vigilada. Así, en los Estados Unidos de Norteamérica existen las llamadas Sexually Violent Predator (SVP) legislations² de corte civil, no penal, que permiten la adopción de medidas después de ejecutada la sentencia para aquellos agresores sexuales peligrosos. El Gobierno Federal de los Estados Unidos promulgó en el 2006 la Adam Walsh Child Protection Safety Act of 2006. Por su parte, el estado de Kansas en 1995 aplicó el estatuto SVP de Kansas a Leroy Hendricks un pedófilo que había cumplido parte de su condena de 5 a 20 años y tenía programado ser liberado para ingresar en un centro de rehabilitación. En Kansas v. Hendricks, la Corte Suprema de los Estados Unidos entra a valorar la constitucionalidad del estatuto SVP rechazando la pretensión de Hendricks de vulneración de derechos fundamentales, declarando así constitucional el estatuto SVP de Kansas.

En Australia, ahora sí desde el derecho penal, existe Queensland's Dangerous Prisoners (Sexual Offenders) Act que autoriza la detención continuada o la libertad vigilada de una subclase de agresores sexuales encarcelados con dos propósitos: 1) la protección de la comunidad y 2) proporcionar los cuidados y tratamientos necesarios para conseguir la rehabilitación del agresor. La detención o libertad vigilada es indefinida y se ejecuta después de la prisión derivada de la sentencia. El estado de Queensland aplica por primera vez esta ley a Robert John Fardon, un agresor sexual recidivante. Concluye que la ley se aplicaría tan prolongada como sea la persistencia de un riesgo inaceptable para futuras agresiones sexuales. Sin embargo, en el caso de Fardon v. Attorney-General for the State of Queensland (HCA 46, 2004) la única disensión fue la del Juez Kirby que argumentó la poca fiabilidad de las prediccio-

² CALKINS MERCADO, C., OGLOFF, J.R.P., «Risk and the preventive detention of sex offenders in Australia and the United States», en *International Journal of Law and Psychiatry* 30 (2007) 49-59.

nes, sugiriendo la notable sobrepredicción de violencia por parte de los expertos que llegan a errar entre un 33 al 50% de sus predicciones.

Dejando al margen estas disquisiciones, que el legislador haya escogido los delitos de terrorismo y los de carácter sexual, sobre todo, los relacionados con víctimas menores, para aplicar las penas accesorias, parece claro deducirse de la combinación de dos parámetros: la gravedad y la reincidencia.

Respecto a la gravedad, es evidente que ambos tipos de delitos determinan consecuencias gravísimas, en muchos casos, la muerte, en otros, graves secuelas de tipo físico y psíquico que causan sufrimiento y dolor durante largo tiempo, en ocasiones, toda la vida, sin olvidar los efectos igualmente dolorosos para familiares y personas cercanas.

Más polémica y, supongo, causa de mi participación en este foro es el abordaje de la reincidencia. La reincidencia tiene que ver con la peligrosidad y ésta a su vez con la probabilidad de cometer delitos en un futuro, así RODRÍGUEZ DEVESA la define como una elevada probabilidad de delinquir en el futuro o GRACIA MARTÍN como la probabilidad de que el sujeto, que ya ha realizado un hecho antijurídico, realice nuevos delitos en el futuro. Abordaremos esta perspectiva en ambos tipos delictivos.

II. Agresores sexuales

1. Aspectos generales sobre la reincidencia

En relación a los delitos de agresión sexual habría que dejar claro ya desde este momento, que en modo alguno suponen un grupo homogéneo, ni incluso, aunque lo limitemos al grupo de los pedófilos. Así pues, las generalizaciones serán injustas y poco ajustadas a la realidad.

La mayoría de los autores coinciden en señalar que en la población hay una sobreestimación de reincidencia en los agresores sexuales, comparado con los datos empíricos. En un metanálisis de 95 estudios con una población de 31.000 delincuentes sexuales, HANSON and MORTON-BOUGNON³ (2004) observan que la reincidencia global, sin discernir distintos subgrupos, es del 13,7% a los cinco años. Incluso las personas de los estudios (delincuentes sexuales) tenían mayor probabilidad de cometer futuros delitos de carácter no sexual, por lo que concluyen que la supuesta «especialidad» en la comisión de delitos

³ HANSON, R.K., MORTON-BOURGNON, K., *Predictors of sexual recidivism: An updated meta-analysis (User Report 2004-02)*. Ottawa: Public Safety and Emergency Preparedness Canada, 2004)

sexuales también está sobreestimada. Así pues el recidivismo en los delincuentes sexuales no es superior al de otros delincuentes no sexuales.

No obstante lo anterior, algunos, pocos delincuentes sexuales acumulan gran cantidad de delitos. En un estudio sobre 29 agresores sexuales evaluados por Garrido, Redondo, Gil Torres, Soler y Beneyto en 1995 observan que en conjunto han sido condenados por 86 delitos sexuales, quince tenían 1 solo delito, nueve entre 2 y 4, cuatro entre 6 y 10 delitos y, uno solo había sido condenado por 47 agresiones sexuales.

Así pues, la heterogeneidad es la característica principal en la reincidencia en los delincuentes sexuales.

Desde el punto de vista de las ciencias de la conducta, en este tema, el quid de la cuestión sería poder establecer cuáles serían, si existiesen, los rasgos o predictores de las futuras conductas delictivas y cuáles, si existiesen, son los de protección o resistencia, que de forma global, serían los contrarios a los anteriores. Por ejemplo, un factor protector sería el arrepentimiento o la motivación para el tratamiento. El discurso lógico nos llevaría a la conclusión de que si conocemos esos rasgos o índices de prognosis criminal podríamos actuar sobre ellos y de este modo eliminar o, cuando menos, minimizar el riesgo de criminalidad futura.

El tipo de valoración del riesgo de reincidencia se ha centrado, o bien, en la evaluación a través del juicio clínico del experto (psiquiatra, psicólogo, criminólogo, etc.) o mediante instrumentos actuariales.

La mayoría de los expertos coinciden en que la predicción es mejor cuando se utilizan instrumentos de medida. MONAHAN⁴ (1981) sugiere que los clínicos se equivocan en dos tercios de sus juicios, tendiendo a la sobreestimación de la conducta violenta. Dentro de los instrumentos específicos más utilizados se encuentran los siguientes: Violence Risk Appraisal Guide (VRAG), Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG), Rapid Risk Assessment for Sex Offence Recidivism (RRASOR), the Sexual Violence Risk-20 (SVR-20) or the Risk for Sexual Violence Protocol (RSVP).

Aunque no hay diferencias significativas, parece que el que mejor predice es el SVR-20 que ha sido traducido y adaptado al español por el Grupo de Estudios Avanzados en Violencia de la Universidad de Barcelona. Junto a estos instrumentos específicos, se utilizan de forma complementaria, otros de evaluación de la conducta violenta como el Psychopathy Checklist Score (PCL-R) de Hare o la escala de desviación psicopática del MMPI-2. Dependiendo del caso concreto se pueden

⁴ MONAHAN, J., *The clinical prediction of violent behavior*. Washington, DC: Government Printing Office, 1981.

añadir instrumentos de medida de aspectos específicos que pueden ser relevantes como por ejemplo, el consumo de alcohol y drogas.

A pesar de la supuesta y parece que demostrada superioridad de los instrumentos actuariales, no podemos obviar el juicio clínico, por lo que parece razonable que el mejor procedimiento sería la combinación de ambos procederes.

Un metanálisis ya clásico desarrollado por HANSON y BUSSIERE, 1998 (tomado de Vicente Garrido⁵) señalan una serie de predictores de reincidencia sexual:

1. Violencia en la realización del delito.
2. Acciones excéntricas, rituales, fantasías desviadas abundantes y uso de pornografía.
3. Comisión de otro y otros delitos sexuales previos.
4. Evidencia de psicopatología (especialmente psicosis o deficiencia orgánica).
5. Negación de la responsabilidad en el delito o bien racionalización del mismo.
6. Negación a ser tratado o participar en programas pero sin motivación.
7. Pobres recursos personales (baja competencia social: aislamiento social, pobreza extrema, falta de habilidades de relación interpersonal)
8. Poca capacidad verbal.
9. Incapacidad para aprender de la experiencia.
10. Incapacidad en el control de la conducta desviada.
11. Baja excitación sexual ante estímulos adecuados.
12. La agresión sexual no es el resultado de la actuación de algún estresor circunstancial, como matrimonio, emancipación de la familia, etc.
13. Evidencia de escalada en la gravedad de los delitos sexuales.
14. Actitudes negativas hacia las mujeres y favorecedoras de la violencia.
15. No vivir con la víctima (especialmente para agresores de menores).
16. Desconocimiento de la víctima (especialmente para agresores de menores).
17. Presencia de varias parafilias.
18. Antecedentes laborales inestables.

A este respecto, todos los expertos coinciden en señalar que existen dos tipos de predictores de riesgo de reincidencia: los denominados estáticos o no modificables y los dinámicos o modificables. Por definición sobre los primeros no se puede actuar. Entre estos, estarían, la

⁵ GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicópatas y otros delincuentes violentos*. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.

edad del sujeto (mayor riesgo cuanto más joven) los antecedentes delictivos tanto sexuales como generales, violencia empleada en los delitos, existencia de varias parafilias, etc. Dentro de los predictores dinámicos, estarían diversas variables psicológicas o ambientales como la existencia de distorsiones cognitivas, ambientes delictivos, escasa motivación para llevar un tratamiento, escaso control de impulsos, etc. Algunos factores serían compartidos por ambos tipos como, por ejemplo, los rasgos psicopáticos.

Siguiendo la lógica expuesta anteriormente deberemos actuar sobre los predictores dinámicos a los que, por otro lado, la mayoría de los autores, conceden más peso en la reincidencia que a los estáticos. Si los corrigiésemos, las probabilidades de reincidencia disminuirían. No significa que desapareciera porque aún persisten los no modificables. Si estos, en casos concretos, tienen más influencia que los dinámicos, la reincidencia se producirá. También ésta aparecerá cuando, abordados los predictores dinámicos, fracasamos. Dentro de las estrategias para atajar los factores dinámicos, la más importante, desde el punto de vista de la ciencia de la conducta es el tratamiento. Sin embargo, es sabido que los tratamientos psiquiátricos, psicológicos e incluso biológicos tampoco garantizan los resultados.

2. Aspectos concretos sobre la pedofilia

En lo que se refiere más específicamente a la pedofilia, hemos de aclarar que los términos agresores sexuales a menores y pedofilia se suelen emplear como sinónimos cuando en realidad no lo son. Así, los agresores sexuales a menores o, quizás mejor, los delincuentes sexuales de menores no tienen por qué ser pedófilos en sentido psiquiátrico. En algunos de estos delincuentes, el delito sexual con un menor es uno más de otros tipos: agresiones sexuales a mayores u otro distinto sin las connotaciones sexuales. Algunos autores se refieren a éstos delincuentes como pedófilos circunstanciales o «regresivos». De este modo, podríamos decir que un pedófilo, sensu estricto, es un delincuente sexual de menores, pero no todo delincuente sexual de menores es un pedófilo. El término pederastia se ha utilizado como sinónimo al de pedofilia en general, y su raíz etimológica es similar. Algunos aluden al término pederastia cuando hay contacto físico de carácter sexual con el menor, reservando el de pedofilia para los deseos, fantasías, etc. sin llegar a la conducta sexual directa. Sin embargo, desde el punto psiquiátrico la pedofilia también abarca a los comportamientos, como veremos en las siguientes líneas. Por último, otros reservan el término pederastia para la pedofilia homosexual.

Desde un punto de vista psiquiátrico la pedofilia es un trastorno mental que es contemplado como tal en las dos principales clasificaciones internacionales: APA (Asociación de Psiquiatría Americana, DSM-IV-TR) y la OMS (Organización Mundial de la Salud, CIE-10). Hoy día, incluso, se están detectando por parte de los investigadores susstratos orgánicos cerebrales que podrían estar implicados en la pedofilia. Así, CANTOR y cols.⁶ (2008) encuentran déficits en el volumen de la sustancia blanca cerebral de los lóbulos temporales y parietales, principalmente, del fascículo fronto-occipital superior y del fascículo arcuato. Otros como SCHIFFER y cols.⁷ (2008) encuentran una anormal actividad de los pedófilos heterosexuales en el córtex prefrontal dorsolateral ante la estimulación sexual visual, lo cual podría explicar la conducta compulsiva sexual. MOULIER y STOLÉRU⁸ (2007) postulan un déficit en las funciones ejecutivas dependientes del lóbulo frontal (córtex dorsolateral). Las funciones ejecutivas engloban entre otras a la memoria de trabajo, fluencia verbal, el control y planificación de la conducta, la inhibición, etc. En todas estas funciones se han encontrado deficiencias en los pedófilos

La pedofilia se clasifica dentro del grupo de las parafilias. Una parafilia es un impulso recurrente, urgente, a excitarse con fantasías o acciones que involucran: 1. Objetos no humanos. 2. Sufrir o inferir humillación o daño a uno mismo o a su pareja sexual. 3. Dirigirse a niños o a personas que no consiente esta conducta. Deben existir, al menos, seis meses de forma permanente o episódica y se sitúa claramente fuera de las prácticas sexuales socialmente aceptadas. La pedofilia cumpliría el requisito tercero (dirigirse a niños). Ejemplo de la primera condición sería el fetichismo y de la segunda el sadismo y masoquismo.

La pedofilia se diagnostica por el DSM-IV-TR⁹ cuando se cumplen los siguientes criterios:

- A. Durante un período de al menos 6 meses, fantasías sexuales recurrentes y altamente excitantes, impulsos sexuales o comportamientos que implican actividad sexual con niños prepúberes o niños algo mayores (generalmente de 13 años o menos).

⁶ CANTOR, J.M., KABANI, N., CHRISTENSEN B.K. y cols., «Cerebral white matter deficiencies in pedophilic men», en *Journal Psychiatric Research* 42 (2008) 167-183.

⁷ Schiffer, B., Paul, T., Gisewski, E. y cols. «Functional brain correlates of heterosexual paedophilia», en *Neuroimage* 41 (2008) 80-91.

⁸ MOULIER, V., STOLÉRU S., «Searching for the cerebral basis of pedophilia», en *Sexologies* 16 (2007) 132-137.

⁹ DSM-IV-TR, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales. Texto revisado*. Barcelona: Masson, 2002.

- B. Las fantasías, los impulsos sexuales o los comportamientos provocan malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de la actividad del individuo.
- C. La persona tiene al menos 16 años y es por lo menos 5 años mayor que el niño o los niños del Criterio A.

(Nota: No debe incluirse a individuos en las últimas etapas de la adolescencia que se relacionan con personas de 12 o 13 años.)

Las parafilias tienen la característica de que los propios ítems—cuando se refieren a conductas— que las definen son en sí mismas conductas delictivas lo que podría plantear en las periciales psiquiátricas cuestiones de atribución causal generadoras de polémica, aunque no es este el foro para discutir las. Lo que sí parece interesante es subrayar algunos aspectos para lo que nos interesa. En primer lugar, son recurrentes, es decir, persistentes. La propia APA (Asociación de Psiquiatría Americana) autora del DSM, advierte que se pueden extender durante muchos años, e incluso, apunta textualmente «la elaboración y la revisión de las fantasías pueden continuar a lo largo de toda la vida del individuo». El psiquiatra vienés Richard von Krafft-Ebing que fue quien introdujo el término «paidofilia erótica» en 1896 en su obra *Psychopathía sexualis*, ya enumeraba las siguientes características:

- El interés sexual se dirige hacia los niños, tanto prepubescentes como al principio de su pubertad.
- Interés sexual primario (es decir dirigido de manera exclusiva o principal) hacia niños.
- Interés sexual que permanece a lo largo del tiempo.

Sin embargo, lejos de ser una entidad homogénea, nuevamente nos encontramos con que existen diversos tipos de pedófilos. Por no hacer clasificaciones exhaustivas seguiremos las de la APA¹⁰:

—Especificar si:

- Con atracción sexual por los varones.
- Con atracción sexual por las mujeres.
- Con atracción sexual por ambos sexos.

—Especificar si:

- Se limita al incesto.

¹⁰ DSM-IV-TR, *Ibidem*.

—Especificar si:

- Tipo exclusivo (atracción sólo por los niños).
- Tipo no exclusivo.

(Las categorías no son absolutamente excluyentes.)

Son más reincidentes, aproximadamente el doble, los pedófilos con preferencia sobre niños del mismo sexo que los que prefieren al sexo contrario. También son más reincidentes los pedófilos que abusan de niñas que no son suyas (por ej. hijastras) que los que lo hacen sobre sus hijas biológicas. El trastorno suele comenzar en la adolescencia. No hay un límite para la edad más baja en las víctimas, aunque es menos frecuente en niños menores de cinco años. En el estudio de GEBHARD *et al.*¹¹, la media de edad era de 8 años con un rango de entre 3 y 11 años. Sin embargo, parece que existen dos tipos de pedófilos según la edad de las víctimas: aquellos que tiene preferencias por niños/as menores de 5-6 años y aquellos que sus preferencias se dirigen hacia niños de edades mayores (adolescentes o preadolescentes). Del estudio de FIRESTONE *et al.*¹² en incestos, se deduce que los del primer grupo tienen más psicopatología psiquiátrica y mayor probabilidad de recidivismo. Otros datos interesantes a destacar son:

- 1.º No son infrecuentes las asociaciones con otras parafilias: exhibicionismo, voyeurismo, froteurismo. Así, Abel y cols. (recogido por MARSHALL¹³ 2007) encuentran que el 61,1% de los pedófilos de víctimas femeninas tenían tres o más parafilias añadidas y el 54,2 % de los pedófilos de víctimas masculinas, lo mismo, si bien, su criterio de parafilia no coincidía con el de la APA. Otros autores encuentran porcentajes más bajos (Eher *et cols.* 2001). Entre el 5,6 al 11% tendrían una o más parafilias. En cualquier caso, como comenzábamos este apartado no es infrecuente la asociación.
- 2.º Se ha encontrado una mayor comorbilidad con trastornos del eje II (Trastornos de la personalidad) principalmente con el tras-

¹¹ GEBHARD, P.H., GAGNON, J.H., POMEROY, W.B. *et al.*, *Sex offenders*. New York: Bantam Books, 1967

¹² FIRESTONE, P., DIXON, K.L., NUNES, K.L. *et al.*, «A comparison of incest offenders base don victima ge. J Am Aca», en *Psychiatry Law* 33 (2005): 223-232.

¹³ MARSHALL, W.L., «Diagnostic issues, multiple paraphilias, and comorbid disorders in sexual offenders: Their incidence and treatment», en *Aggression and Violent Behavior* 12 (2007): 16-35.

torno antisocial y el trastorno obsesivo compulsivo. Sin llegar al diagnóstico de trastorno, también se han estudiado variables de personalidad. Un estudio sobre 200 pedófilos y utilizando el instrumento psicométrico SOAP (Sexual Offenders Assessment Package) y midiendo tres factores: estrés emocional, cogniciones pedófilas y preocupación por los otros, determinó una alta correlación con neuroticismo y baja extraversión y rasgos significativos de tipo obsesivo compulsivo. Ulteriores análisis han corroborado que el afecto negativo y lo obsesivo-compulsivo son factores importantes en la conducta de los pedófilos¹⁴. Bogaerts y cols. (2005), recogido por Marshall (2007) encontraron rasgos significativos de esquizoidia, narcisismo y trastorno de personalidad por dependencia entre pedófilos incestuosos y rasgos significativos antisociales, narcisistas y trastorno de personalidad pasivo-agresivo entre pedófilos con preferencia por víctimas no familiares.

- 3.º Muchos han sido objeto de abusos sexuales previos. En el estudio de LISA J. COHEN *et al.*¹⁵ el 66% de los pedófilos repetían el mismo acto del que habían sido objeto cuando fueron abusados en su infancia.
- 4.º La mayoría presenta distorsiones cognitivas. Es frecuente la negación y la racionalización. Abel y cols 1984, 1986 recogido en SORIA y HERNANDEZ¹⁶ (1994) apuntan las siguientes creencias irracionales y distorsiones cognitivas:
 - Los niños están informados sobre la sexualidad y pueden elegir.
 - Si un niño tiene contactos sexuales con otros niños, entonces también los pueden tener con un adulto.
 - Es correcto tener relaciones sexuales con un niño si este está de acuerdo, si no resiste físicamente es porque desea sexo.
 - Con encuentros sexuales con adultos los niños pueden aprender.
 - La experiencia no tendrá repercusiones para el niño.
 - Un encuentro con un adulto no lo predispone a ser pedófilo cuando sea mayor.

¹⁴ BRADFORD, J.M.W., «On sexual violence», en *Current Opinion in Psychiatry* 19 (2006): 527-532.

¹⁵ LISA, J., COHEN, PH.D., PAMELA, G., MCGEOCH, M.A. *et al.*, «Childhood Sexual History of 20 male pedophiles vs. 24 male healthy control subjects», en *J Nerv Ment Dis* 190 (2002): 757-766.

¹⁶ SORIA, M.A., HERNÁNDEZ, J.A., *El agresor sexual y la víctima*. Barcelona: Boixareu Universitaria Marcombo, 1994.

- 5.º Parece que niveles altos de testosterona se vinculan con violencia sexual.
- 6.º Se ha empleado el método falométrico o la plestimografía para evaluar a los pedófilos y comprobar si existen diferencias entre los diferentes subgrupos. También se utiliza para evaluar la necesidad de tratamiento, valorar la efectividad de éste cuando se aplica o incluso para evaluar el recidivismo. El método consiste, en términos generales, en colocar un anillo de material flexible alrededor del pene que es fijado a éste por un material conductor de la electricidad. La circunferencia del pene se mide por los cambios en la conductancia eléctrica cuando el anillo es dilatado. Normalmente se utilizan estímulos visuales o auditivos y varían según tres dimensiones: edad, género y conducta (coercitiva o no). La técnica, como es de suponer, implica medir la circunferencia del pene desde la flacidez a la erección ante estímulos sexuales desviados. HOWES¹⁷ (2009) confía plenamente en el método plestimográfico para evaluar a diferentes grupos de agresores sexuales: violadores, pedófilos, etc. Por su parte, CLEGG y FREMOUW¹⁸ (2009) en un metanálisis sobre violadores exponen ciertas reticencias sobre su validez alegando problemas metodológicos (no hay procedimientos estandarizados), puede existir un control consciente de la tumescencia peneana, la existencia de subtipos de violadores que pueden tener respuestas plestimográficas iguales a los no violadores para el sexo consentido, etc. No obstante lo anterior, y a pesar de que será precisa más investigación al respecto, es un tema prometedor.
- 7.º Por último, en relación a la violencia que emplean los pedófilos habría que matizar que solo algunos de ellos, los clasificados por Cohen y cols. como agresivos son los responsables de las muertes. Tienen rasgos psicopáticos, antisociales y sádicos en su personalidad.

Un tema que preocupó a WHITAKER y cols¹⁹ (2008) era conocer qué factores existen para que se produzca la agresión sexual a menores, para lo cual estudia mediante un metanálisis llevado a cabo sobre 89

¹⁷ HOWES, R.J., «Measurement of risk of sexual violence through phallometric testing», en *Le Med*, doi:10.1016/j.legalmed.2009.02.073.

¹⁸ CLEGG, C., FREMOUW, W., «Phallometric assessment of rapists: A critical review of the research», en *Aggression and Violent Behavior*. 14 (2009) 115-125.

¹⁹ WHITAKER, D.J., LE, B., HANSON, R.K., BAKER Ch. K. and cols., «Risk factors for the perpetration of child sexual abuse: A reviews and meta-analysis», en *Child Abuse & Neglect* 32 (2008) 529-548.

estudios entre los años 1990 a abril del 2003, seis categorías mayores: factores de riesgo familiar, aspectos conductuales externos, internos, déficits sociales, problemas sexuales y cogniciones, las cuales a su vez son subdivididas en otras, utilizando una clasificación jerárquica y, todo ello lo compara con 4 grupos (agresores sexuales contra niños, agresores sexuales contra adultos, agresores no sexuales y no agresores). Tras analizar y cruzar todas las variables y con todos los grupos en las que se pueden apreciar las diferencias, la conclusión global y muy general, es que hay diferencias claras entre los agresores sexuales a menores y no agresores, pero no tantas diferencias entre agresores sexuales a menores y agresores sexuales a adultos y agresores no sexuales, por lo que existen factores generales que afectan a todas esas categorías. A partir de esa conclusión general habrá que investigar más porqué, después, se produce la diferenciación, cuáles son los factores (específicos) que marcan la diferencia conductual.

Por último, hay que hacer una mención a las féminas agresoras sexuales. Cuando hablamos de delinquentes sexuales inmediatamente se perfila en nuestra mente la idea o imagen de agresor masculino. Sin embargo, aunque evidentemente en menor proporción, también existen agresoras sexuales femeninas. Finkelhor y cols (recogido por GANNON y ROSE²⁰ 2008) encuentran en una macroencuesta sobre 2626 americanos (hombres y mujeres) que el 17% de los hombres que habían sufrido abusos sexuales, lo fueron por mujeres, pero solo el 1% de las mujeres refirieron que la abusadora era mujer. Siguiendo a los autores mencionados, The National Crime Victimization Survey de US Department of Justice encontró en el 2005 que el 2,2% los abusos fueron cometidos por mujeres, pero el 23,4% fueron perpetrados por una mujer en compañía de un hombre. Al igual que lo expresado para los delinquentes sexuales masculinos, en el caso de las agresoras también se da la heterogeneidad. La media de edad de estas agresoras se sitúa entre los 26-36 años, algo más jóvenes que los agresores masculinos (media de 35,8 años, Faller 1995). Comparten con los agresores masculinos algunas características como por ejemplo, el tener entre sus antecedentes mayores índices de haber sido abusadas en su infancia tanto física, psíquica o sexualmente que la población general, compartir distorsiones cognitivas, etc. En otros, en cambio parecen diferenciarse, así por ejemplo hay menos abuso de drogas y alcohol en la comisión de los delitos, parece que también emplean menos violencia física que los agresores

²⁰ GANNON, T.A., ROSE, M.R., «Female child sexual offenders: Towards integrating theory and practice», en *Aggression and Violent behaviour* 13 (2008) 442-461.

masculinos, etc. Por último, también se ha intentado establecer tipologías. Una de las clasificaciones pioneras y, que de algún modo ha persistido, es la Mathews y cols (recogido por Gannon y Rose) que establece tres tipos: 1.º Predispuestas: el abuso se produce con niños/as de su propia familia. Un porcentaje alto de estas abusadoras han sido abusadas en su infancia, por ello también se refieren a ellas como «intergeneracionales». 2.º «Maestra/amante». Establecen relaciones con adolescentes a los que equiparan a personas adultas (distorsión cognitiva). No suelen tener antecedentes de abuso sexual en la infancia. 3.º Las coaccionadas por hombres. Serían aquellas que cometen el delito por influencia o bajo coacción de un hombre (agresor hombre-mujer). Suelen ser muy dependientes del hombre, baja autoestima y poco asertivas.

3. *Tratamientos médicos en agresores sexuales*

Dado que se hace referencia expresa al tratamiento médico como una de las medidas de la pena de libertad vigilada y, este es el motivo básico de mi intervención, haremos un repaso de los tratamientos empleados en los delincuentes sexuales, incluidos los pedófilos y los resultados de los mismos. Algunos de esos tratamientos han sido objeto de fuertes polémicas en nuestro País.

Los tratamientos médicos, en sentido amplio, podemos clasificarlos en: quirúrgicos, farmacológicos y psicológicos. Los primeros, ya en desuso, han consistido a su vez en dos tipos principales: la cirugía a nivel del sistema nervioso central mediante la extirpación unilateral del hipotálamo (se reportan 6 casos)²¹. Se destruía el núcleo ventromedial dando por supuesto que éste ejerce un control de la conducta sexual. MARSHALL and cols.²² (1991) concluyen que hay evidencia de que la hipotalamotomía produce efectos adversos de carácter intelectual y emocional. Dado que el conocimiento sobre la cirugía cerebral era insuficiente, se optó por la castración quirúrgica que datan del siglo XIX y principios del XX mediante la extirpación testicular, dando por supuesto de que al descender la producción de testosterona, disminuirían los pensamientos sexuales, disminución del deseo sexual, la frecuencia

²¹ HUGHES, J.R., OXON, D.M., «Reviews of Medical Reports on Pedophilia», en *Clinical Pediatrics* 46 (2007): 667-682.

²² MARSHALL, W.L., ROBIN J., WARD, JOHNSTON, P., «Treatment outcome with sex offenders», en *Clinical Psychology Reviews*. 11 (1991): 465-485.

del coito, etc. Langluddeke en 1963 (citado por MALETZKY and FIELD²³ en 2003) encontró que el recidivismo de 1036 castrados descendió del 84% al 2,3%. Sin embargo, hoy día prácticamente nadie discute su no aplicabilidad por razones obvias, la principal, el ser un método cruento e irreversible.

Los tratamientos farmacológicos forman parte de la llamada «castración química» (término criticado por sus defensores por las connotaciones negativas que implican; los partidarios de aplicar estas sustancias prefieren hablar de tratamientos médicos). A nivel cercano, es el Presidente francés Nicolas Sarkozy quien lanza la intención de aplicar esta medida a los delinquentes sexuales con menores. Su intención es crear un centro (hospital especializado) en Lyon donde ingresarían los pederastas reincidentes. Por su parte, en nuestro País, el todavía ministro de Justicia Sr. Mariano Fernández Bermejo anuncia que el Gobierno está estudiando la aplicación de medidas como la castración química o el ingreso en centros de rehabilitación para delinquentes sexuales reincidentes que con la iniciativa catalana han generado un importante debate.

California fue el primer estado de los Estados Unidos de Norteamérica que en 1997 obligaba a los pedófilos convictos a una castración química. Posteriormente le han seguido otros estados (Florida, Texas, Massachusetts, etc.). En California²⁴ la castración química es opcional para el primer delito sexual y obligatoria para los que reinciden. Se le ofrece la elección entre una castración definitiva mediante la ablación quirúrgica testicular, o la temporal, mediante inyecciones semanales de Depo-Provera.

Hay muchos estudios que vinculan la relación entre las fantasías sexuales, motivación y conducta sexual con los niveles de testosterona en el plasma. En voluntarios humanos, un descenso de los niveles plasmáticos de testosterona inducida por la administración de un agonista de gonadotropina causa un descenso del deseo sexual y de las fantasías, de forma similar a los que les ocurre a los hombres con hipogonadismo (hipotrofia o atrofia testicular) Bagatell *et al.* 1994, Beumont *et al.* 1972, Bancroft and Wu 1983 (citados por STORÉLU²⁵ 2008). Aunque la pedofilia no se caracterice por un incremento en los niveles de testosterona, la dependencia de la conducta sexual de los niveles de esa hormona en

²³ MALETZKY, B.M., FIELD, G., «The biological treatment of dangerous sexual offenders. A review and preliminary report of the Oregon pilot depo-Provera program». *Aggression and violent behaviour* 8 (2003): 391-412.

²⁴ «Chemical castration for paedophiles approved», en *BMJ* 313 (1996): 707.

²⁵ STORÉLU, S., *Hormones and Social Behaviour. The brain, androgens and Pedophilia*. Berlin Heidelberg: Springer, 2008, pp. 163-175.

el plasma determina que la terapia antihormonal sea una elección racional para este trastorno (Storélu).

Las sustancias más utilizadas son:

- 1) Acetato de medroxiprogesterona (Depo-Provera en su forma depot y Provera en su forma oral). Su administración al cabo de dos meses, producía una disminución de las fantasías sexuales y la ansiedad asociada a ella. Ello se traduciría en una disminución de la libido y del número de ofensas sexuales. Produce una disminución de testosterona. Se han reportado pocos efectos secundarios. Los más comunes son: aumento de peso, fatiga, sensación de frío y calor. Más graves, pero menos frecuentes, son el embolismo pulmonar, la disfunción hepática y el cáncer. MALETZKY and FIELD (2003) proponen la utilización de la que llaman Escala Depo-Provera para determina qué sujetos se incluirían en un programa de administración de este fármaco, aunque reconocen que no es una escala validada. No obstante si nos fijamos, en el fondo no deja de ser una escala que recoge los criterios que ya hemos expuesto anteriormente sobre los factores de riesgo de reincidencia.

Tabla Depo-Provera

1. Múltiples víctimas	1
2. Múltiples parafilias	1
3. Sexualidad desviada	1
4. Arousal sexual desviado (por historia o plestimografía)	2
5. Víctimas de fuera del entorno familiar	1
6. Uso de fuerza en los crímenes sexuales	1
7. Víctimas masculinas	2
8. Edad inferior a los 30 cuando va a ser liberado	1
9. Disfunciones del Sistema Nervioso Central	2
10. Historia de enfermedad mental	1
11. Violaciones sexuales mientras está bajo supervisión comunitaria	1
12. Violación sexual en una Institución	1
13. Historia de fallos en el tratamiento	2

Se incluirían en el programa aquellos sujetos con tres o más factores, o los que puntúan en dos de los que más peso tienen o los que obtienen una puntuación de más de siete puntos.

- 2) Acetato de ciproterona. Se administra oralmente a dosis entre 50 y 200 mg/día. También existe la forma depot, más idónea para estos casos. Es tóxica para el hígado. En 1991 se cita

que el fármaco puede tener éxito pero se necesitan, al menos 5 años de tratamiento. También se reportaron pocos efectos secundarios aunque continuados en el tiempo. En 1993, Richer y Crismon, recogido en HUGHES (2007) concluyen que no hay evidencia concluyente sobre la eficacia de esos tratamientos, sin embargo, el mismo año Gradford y Pawlak encuentran una disminución del recidivismo. El último estudio Gerardin y Thibaut (hasta 2007, artículo de Hughes) reportado data del 2004 y concluye la necesidad del uso del acetato de ciproterona para delinquentes con conductas parafilicas severas.

- 3) Otras dos drogas se han utilizado. Son agonistas de la liberación de una gonadotropina, dado que se supone que podría haber una disfunción del eje hipotálamo-hipofisario-gonadal. El Triptorelin disminuía las fantasías sexuales, pero tenía efectos secundarios a tener en cuenta. La otra sustancia es el acetato de leuprolide, agonista de la liberación de la hormona Luteinizante. Produce paradójicamente al principio una liberación en la hipófisis de la hormona Luteinizante (LH) y de la Folículo estimulante (FSH) para después producir una disminución tras la administración repetida. Al final determina una disminución en la liberación de testosterona. SCHOBER²⁶ encuentra una disminución del impulso sexual en pedófilos tratados con esta sustancia, disminución de la frecuencia de conductas masturbatorias, disminución de fantasías. Como efectos secundarios y, del mismo orden que aquellas otras sustancias que disminuyen los niveles de testosterona se describen: osteoporosis y osteopenia, aumento de peso, disminución del tamaño y volumen testicular, cierta feminización de los caracteres sexuales secundarios, etc. Suele aconsejarse tratamientos de al menos 4 años y su suspensión debe ser gradual.

Todos estos fármacos tienen el inconveniente, además de los efectos secundarios, de la baja adherencia por su disminución de la libido.

Otros fármacos utilizados, aunque con menor efectividad, han sido los inhibidores selectivos de la recaptación de serotonina (ISRS). Estos fármacos se utilizan principalmente como antidepresivos, en los trastornos fóbicos y el trastorno obsesivo-compulsivo. Se conocía que la serotonina, neurotransmisor cerebral, tenía influencia en el deseo y la conducta sexual. Un aumento de la misma a nivel central tiende a dis-

²⁶ SCHOBER, J., *Hormones and Social Behaviour Aspects of behavior in pedophilic sex offenders treated with leuprolide acetate*. Berlin Heidelberg: Springer, 2008, pp. 151-162.

minuir la conducta sexual. Ello ha sido corroborado por la amplia experiencia clínica con pacientes deprimidos tratados con estos fármacos que reportan, en múltiples ocasiones, como efecto secundario la disminución de la libido. Quizás los fármacos más efectivos o los mejor estudiados ha sido la fluoxetina y la sertralina (VARGAS RODRÍGUEZ²⁷ 2007)

Por último, estaríamos ante los tratamientos psicológicos. Los más utilizados han sido los de corte cognitivo-conductual que van dirigidos hacia tres áreas: la conducta sexual desviada, las distorsiones cognitivas y el funcionamiento social adecuado. Lo primero que habría que manifestar, aunque posteriormente volveremos sobre ello, es la motivación para el cambio. Sin un mínimo interés por parte del delincuente sexual para cambiar su conducta es imposible obtener resultados positivos.

Se ha comprobado que gran parte de los logros obtenidos mediante los tratamientos oportunos durante la estancia en prisión, se pierden al ser excarcelados, lo que nos indica que claramente son necesarios los seguimientos postprisión, los llamados programas de prevención de recaídas.

Los objetivos generales de los tratamientos con agresores sexuales, tanto en régimen de internamiento como en la comunidad, además de los farmacológicos, son los siguientes (TEROL LEVY²⁸ 2005):

- Tomar responsabilidad por conductas nocivas y peligrosas.
- Identificar e intervenir en los ciclos de asalto sexual.
- Reducir las distorsiones cognitivas.
- Incrementar la empatía.
- Desarrollar un plan de prevención eficaz.
- Aumentar el conocimiento sexual.
- Aumentar la autoestima y habilidades sociales.
- Tratar la posible victimización.
- Desarrollar relaciones sexuales sanas.
- Tratar la dinámica familiar.
- Tratar la dependencia química, drogas, alcohol.
- Tratamiento aversivo.

Siguiendo a la autora (Terol Levy) en Estados Unidos se distinguen tres tipos de agresores sexuales según la gravedad y frecuencia de los delitos así como de la concurrencia de trastornos mentales o de per-

²⁷ VARGAS RODRÍGUEZ, A.G., «Actualización en el tratamiento farmacológico de las parafilias», en *Investigación en Salud* 9 (2007).

²⁸ TEROL LEVY, O., *Medidas de seguridad en delitos violentos. Programas de intervención en delitos sexuales*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 2005.

sonalidad. Según el tipo de delincuente se establece el camino para el tratamiento.

1. MDSO (Mentally Disordered Sexual Ofender) Agresor sexual con trastorno mental.
Cumplen la condena en hospitales psiquiátricos penitenciarios, siendo el tratamiento obligatorio. Compensada la enfermedad mental, si no presentan riesgo, pueden continuar el tratamiento en la comunidad. Si no hay adherencia al tratamiento, la libertad condicional es revocada. Una variante es aquella en la que los agresores sexuales no presentan trastorno mental en el momento de dictar la sentencia pero aparece el trastorno durante su estancia en prisión. Algunos son declarados MDSO y tratados como los anteriores.
2. SVP (Sexual Violent Predator) Depredador sexual violento.
A partir de los años 90 debido a la reincidencia se empiezan a considerar diversas variables: número de delitos, la reincidencia, la variabilidad y gravedad, así como la concomitancia con trastornos mentales o de personalidad. Los SVP's (han cometido más de una agresión sexual violenta o una muy grave y además tienen un trastorno mental) antes de finalizar la condena son sometidos a una evaluación para el internamiento civil. Los que no son internados son puestos en libertad condicional pero también están supervisados. Bajo el régimen de internamiento el programa de tratamiento dura de 1 a 5 años. Estos tratamientos son cognitivo-conductuales, psico-educacionales y farmacológicos.

El modelo de tratamiento en la fase de internamiento que en California se lleva a cabo en el Hospital de Atascadero es de tipo cognitivo-conductual tanto grupal como individual e impartido por un equipo multidisciplinar. Consta de cuatro fases:

- 1.^a Introducción al tratamiento:
 - Se educa e informa de las implicaciones del tratamiento.
 - Se explica el funcionamiento y las bases del programa.
 - Esta fase dura hasta que el individuo esté preparado para empezar el programa.
- 2.^a Adquisición de habilidades (dura hasta dos años):
 - Se pasa a la terapia individual y grupal.
 - Se abordan temas relacionados con el delito.
 - Plan de prevención e identificación de factores de riesgo y selección de respuestas adaptativas.

3.^a Aplicación de habilidades (dura de 2 a 3 años):

—Se practican técnicas de afrontamiento.

4.^a Transición/prevenición de recaídas:

—Se desarrolla un plan de prevención de recaída eficaz con los desestabilizadores externos a los que se enfrentará.

—Se prepara la reinserción en la comunidad.

—Se exploran planes realistas.

—La duración de la fase depende de la motivación, adherencia y progreso de los agresores.

Un modelo de tratamiento comunitario recogido por Terol Levy es el SOCP (Sexual Offender Community Program) - CONREP (Conditional Release Program). Basado en la contención y orientado a cambiar el locus de control de externo a interno. Utiliza combinación de tratamientos farmacológicos y psicológicos, siempre basado en la seguridad de la comunidad. El seguimiento es a largo plazo y muchos permanecen en esos programas indefinidamente bajo algún tipo de grado de supervisión. El programa consta de 4 fases:

—Fase I. (Crisis de 3-6 meses).

Tras obtener la libertad condicional, el primer mes lo pasa en arresto domiciliario. Se observa su conducta y la motivación para continuar el tratamiento. Tras el primer mes puede salir solo al centro de día. La terapia es individual y grupal. Acaba con una evolución, para pasar a la siguiente.

—Fase II. Intensiva (6-12 meses, a veces años).

Continúa accediendo al centro de día y se baraja la posibilidad de acudir a centro de alta seguridad fuera del correccional. La terapia es intensiva. Se llevan a cabo supervisiones domiciliarias inesperadas para evaluar la adherencia al tratamiento.

—Fase III. Moderada.

Continúa en la casa de acogida pero con menos limitaciones y con supervisión residencial. Siguen las visitas domiciliarias y el control de drogas.

—Fase IV. Mantenimiento.

Sigue el seguimiento y supervisión. La supervisión es la vivienda propia.

Con este tratamiento, los agresores sexuales recidivan cuatro veces menos que los no tratados.

También hay experiencia en España, como por ejemplo el estudio llevado en Barcelona, en la prisión de Brians²⁹. En el programa de tratamiento se evalúa, por un lado, al individuo acerca de los factores que mantienen su agresión y, el segundo eje es la intervención grupal a partir de los conocimientos, habilidades, cambios cognitivos y emocionales que los agresores sexuales deben asimilar y modificar. Se empieza por evaluar y tratar la motivación hacia el tratamiento, elemento principal para la viabilidad del tratamiento posterior. Existen una serie de correlatos clínicos favorables al tratamiento, como son:

- a) Desagrado con sus acciones delictivas y deseo de cambiar.
- b) Reconocimiento de factores relacionados con sus conductas de agresión sexual (fantasías, creencias, ira, alcohol).
- c) Capacidad de entablar relaciones afectivas.
- d) Capacidad verbal.
- e) Capacidad para aprender de la experiencia.
- f) No violencia física en la comisión de los delitos.
- g) Capaz de controlar su conducta en alguna medida.
- h) Cierta ajuste en su pareja, trabajo y otras áreas sociales.
- i) No presenta psicosis ni otras deficiencias neurológicas graves.

Una vez que el agresor reconoce su delito, huyendo de la negación o la racionalización, debe admitir el tratamiento y al equipo terapéutico.

El programa de la prisión de Barcelona tiene una duración promedio de 10-12 meses a razón de 4 sesiones semanales de dos horas. Los objetivos terapéuticos son los siguientes (Garrido y Beneyto 1996):

- 1) Favorecer un análisis más realista por parte de los sujetos participantes en el mismo acerca de sus actividades delictivas.
- 2) Mejorar sus capacidades y habilidades de relación personal.
- 3) Mejorar sus posibilidades de reinserción y de no reincidir.

El programa se estructura en 6 módulos. En cuanto a los requisitos para entrar en el programa fueron que pudiesen obtener la libertad condicional en el plazo de 3 ó 4 años y que hubiese un mínimo de reconocimiento del delito y cierta motivación para participar en el programa. Como máximo (grupos de 10 a 15 individuos) solo se permitía la inclusión de un sujeto con perfil psicopático por grupo. El grupo tratado fue de 49 personas y el control de 74. Se les siguió, una vez liberados, durante un periodo de 3 años y 8 meses.

²⁹ REDONDO ILLESCAS, S., «¿Sirve el tratamiento para la rehabilitar a los delincuentes sexuales?», en *Revista Española de Investigación criminológica* 6 (2006): 4 (disponible en www.criminologia.net).

Los resultados fueron que del grupo tratado reincidieron 2 sujetos en delitos sexuales y 1 en delito no sexual. Del grupo del control, 13 reincidieron en delitos sexuales y 10 en delitos no sexuales. El tratamiento logró reducir la reincidencia sexual en un 14,1%. Hay, no obstante, un 10-15% que se suponen seguirán reincidiendo a pesar del tratamiento, que suelen ser aquellos que tienen importantes factores estáticos de riesgo.

Estudios similares en otros países han reportado conclusiones similares. MARSHALL and cols. (1991) tras hacer un análisis de los diferentes tratamientos y con un estudio de la literatura sobre el tema concluyen que los tratamientos de corte cognitivo-conductual y aquellos combinados que utilizan antiandrógenos con tratamientos psicológicos son efectivos. Apuntan, que no todos los programas son igualmente efectivos y que el grupo de los violadores es el que menos se beneficia de los tratamientos por lo que aconsejan progresar en la investigación. Por otro lado, un metanálisis publicado en 2002³⁰ que incluyó 43 estudios con tratamiento cognitivo-conductuales demostró un menor recidivismo en los grupos tratados en relación con los no tratados.

Los programas a los que hemos hecho referencia incluían delinquentes sexuales en general.

De este modo y como resumen cabe decir que la reincidencia dependerá:

- 1) Del peso específico de los predictores estáticos o inmodificables. Si este supera a los factores dinámicos, es muy probable que la reincidencia se produzca.
- 2) De los resultados de las medidas dirigidas a tratar los factores dinámicos. Si estas son eficaces, la reincidencia disminuirá.

Los profesionales de la conducta de carácter asistencial serán los encargados de aplicar las medidas terapéuticas encaminadas a disminuir el riesgo de recidiva del comportamiento delictivo.

En cuanto a los tratamientos aplicados a las agresoras sexuales, dado que el número de éstas delinquentes es muy inferior al de sus homólogos masculinos, hay menor cantidad de programas específicos y la mayoría tienen su fundamento en los aplicados a los hombres. En general, al no contar con un número mínimo, no se aplican terapias grupales. En cuanto a la focalización del tratamiento, éste, al igual que los utilizados para los hombres se centra en las creencias y pensamien-

³⁰ HANSON, RK., GORDON, A., HARRIS, A.J. *et al.*, «First report of the collaborative Outcome data project on the effectiveness of psychological treatment for sex offenders», *Sex Abuse* 14 (2002): 169-191.

tos distorsionados, en los déficit en habilidades sociales, en el arousal sexual, en el consumo de drogas si existe, en desarrollar empatía hacia las víctimas, en el manejo de la ira, en mejorar la asertividad, la autoestima, etc.

4. Conclusiones

De todo lo anterior y como conclusiones cabría hacer las siguientes:

- 1.^a Hay en el imaginario colectivo, e incluso entre profesionales, una sobreestimación en la peligrosidad criminal de los agresores sexuales, entendida ésta como un aumento en la probabilidad de cometer nuevos delitos. Globalmente la reincidencia de los agresores sexuales se sitúa en torno al 20-30% frente al 50%, por ejemplo, de los delincuentes contra la propiedad.
- 2.^a Cuando hablamos de agresores sexuales estamos metiendo en el mismo saco tipologías muy distintas que determinan que, en modo alguno, se puedan extraer conclusiones generales. Así por ejemplo, no se parecen en nada (excepto en la connotación del delito: carácter sexual) un violador de mujeres adultas y un genuino pedófilo.
- 3.^a Dado que el Anteproyecto hace especial hincapié en el delito sexual con menores, quizás influenciado por los últimos acontecimientos trágicos y lamentables que se han vivido en los últimos tiempos en nuestro País, es necesario precisar que la pedofilia en sentido estricto, además de un delito es también un trastorno psiquiátrico, incluido en el grupo de las parafilias de todas las clasificaciones internaciones de trastornos mentales. A pesar de esos acontecimientos trágicos que han llevado a la muerte de niñas como Mari Luz, el pedófilo, salvo algunas excepciones que habrá que detectar porque éstos sí son peligrosos, no es un delincuente violento. Sin embargo, es un trastorno, por definición crónico, que algunos autores consideran no curable en todas sus dimensiones.
- 4.^a Los profesionales de la salud mental, psicólogos y psiquiatras, en sus diversas versiones, pueden ayudar a disminuir el recidivismo de los agresores sexuales en general, mediante la aplicación de tratamientos específicos tanto farmacológicos como psicoterapéuticos. No obstante, una variable importante para el éxito del tratamiento, implica asumir una responsabilidad, en sentido general, no jurídico, y una implicación en el tratamiento. Ello es

bastante incompatible con la obligación que impone la libertad vigilada.

- 5.^a A pesar de los tratamientos adecuados, una bolsa (en torno al 10%) de agresores sexuales, muy probablemente, recidivarán. ¿Habrá que aplicar la libertad vigilada de por vida o indefinidamente como plantean, por ejemplo, las legislaciones americanas y australianas? ¿Es esto posible en nuestro País? Son interrogantes que no soy la persona idónea para contestar, pero creo necesario hacerlo porque tarde o temprano surgirán.
- 6.^a A los profesionales de las ciencias de la conducta habrá que motivar para seguir investigando sobre los factores que influyen en la peligrosidad, ya que de ello derivará no aplicar, en caso de seguir adelante el Anteproyecto, medidas de libertad vigilada a delinquentes que carezcan de riesgo de recidivar en conductas delictivas.

III. Terroristas

Las Naciones Unidas en la Resolución de la Asamblea General /RES/ 49/60 del 19 de Febrero de 1995 en el 49.º periodo de sesiones, declara:

«Profundamente alarmada por el aumento en muchas regiones del mundo de actos de terrorismo basados en la intolerancia o el extremismo, alarmada por los crecientes y peligrosos vínculos entre los grupos terroristas, los traficantes de drogas y sus bandas paramilitares, que han recurrido a todo tipo de actos de violencia, poniendo así en peligro el orden constitucional de los Estados y violando los derechos humanos fundamentales.

(...) Los Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirman solemnemente que condenan en términos inequívocos todos los actos, métodos y prácticas terroristas por considerarlas criminales e injustificables, dondequiera y quienquiera los cometa, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y los pueblos y amenazan la integridad territorial y la seguridad de los Estados.

Los actos, métodos y prácticas terroristas constituyen una grave violación de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, y pueden representar una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, poner en peligro las relaciones de amistad entre los Estados, obstaculizar la cooperación internacional y llevar a la destrucción de los derechos humanos, las libertades fundamentales y las bases democráticas de la sociedad.»

Comienzo este apartado con esta Resolución en un foro donde se recuerda la figura del que fuera asesinado por ETA, Magistrado y amigo D. José María Lidón Corbí.

Poco podemos aportar los médicos y psicólogos clínicos y forenses al fenómeno del terrorismo, porque, y ahora adelanto la conclusión principal, los terroristas no tienen connotaciones psicopatológicas y, en todo caso, sería objeto de estudio por parte de otras disciplinas, quizás la que más se acerque a la nuestra es la psicología social, pero, en todo caso, a efectos de la medida de obligación a sometimiento al tratamiento médico como parte de la pena accesoria que venimos tratando, sería irrelevante al no tener cabida las medidas terapéuticas al estar fuera de lugar por no tratarse de enfermos mentales. No más allá de los que puedan existir en la población general.

Si advertíamos de la heterogeneidad del grupo de agresores sexuales, no lo es menos el grupo de personas englobadas dentro del concepto de terrorismo y no sólo porque existen distintos tipos de terrorismo, sino porque, incluso, dentro de un tipo cualquiera se dan distintas figuras y cometidos. Así, por ejemplo, están los líderes, los reclutadores, los que proporcionan apoyo logístico, los que dan cobertura o los que aprietan el gatillo o ponen la bomba directamente.

Aunque hay muchas definiciones de terrorismo, una de las que creo se ajustan más al fenómeno es la de WALDMAN³¹ (2004) que lo define como una estrategia violenta que pretende erosionar el orden dominante existente y provocar un cambio radical en la política y la sociedad sembrando el terror y el miedo (despertando, en cambio, simpatía y regodeo en algunas partes de la población (HOFFMAN, 1999; REINARES, 1998; WALDMAN, 1998). CHRIS COOK³² (1997) lo define como: «la tentativa de alcanzar fines políticos gracias a la creación de un clima de temor mediante bombas, asesinatos, secuestros y piratería aérea, con el objeto de socavar la capacidad en la confianza de un Estado para proteger a sus ciudadanos o de lograr publicidad para una causa.»

ALONSO FERNANDEZ³³ (1986) establece las dos condiciones definitivas: por un lado, el ser una violencia criminal organizada y, por el otro, sembrar la alarma, confusión y el terror. «Matar a uno para aterrar a diez mil» sería la esencia del acto terrorista.

³¹ WALDMAN, P., «Capítulo 8. Política», en SANMARTIN, J. (coord.), *El Laberinto de la Violencia: Causas, tipos y efectos*. Barcelona: Ariel, 2004, pp.143 y ss.

³² COOK, CHRIS, *Diccionario de términos históricos*. Barcelona: Altaya, 1997.

³³ ALONSO-FERNÁNDEZ, F., *Psicología del terrorismo*. Barcelona: Salvat, 1986.

REINARES F.³⁴ (1998) se fija en la correlación acción-efectos cuando establece: «Cuando una acción de violencia genera efectos psíquicos desproporcionados respecto a sus consecuencias materiales adquiere peculiaridades propias de lo que se denomina terrorismo». Siguiendo a WALDMAN (1998) y, atendiendo a las motivaciones y objetivos, clasifica al terrorismo en:

1. Terrorismo revolucionario social. Ejemplos serían las Brigadas Rojas en Italia o las FAR en Colombia. Surgen de la izquierda.
2. Terrorismo étnico nacionalista. Ejemplo de este grupo sería ETA. Se caracterizan por rasgos como un idioma propio o una tradición diferente pero, sobre todo, por una conciencia de identidad colectiva.
3. Terrorismo religioso que pretende construir un mundo regulado por leyes divinas.
4. Terrorismo de la extrema derecha. No pretende socavar la autoridad estatal sino fortalecerla pero despreciando las leyes en las que se basa la autoridad y el poder estatal.

Nos vamos a referir preferentemente al terrorismo de ETA, por ser el que tradicionalmente más nos ha afectado y nos afecta aunque no podemos olvidar tampoco el terrorismo islamista integrista del que ya hemos sido trágico objetivo. Abordaremos este terrorismo, clasificado como étnico-nacionalista porque como expresa POST³⁵ (2005) «es importante considerar cada terrorismo en su contexto político, cultural e histórico. Cada terrorismo es un producto de su propio lugar y tiempo.»

Post hace hincapié en que en el proceso para que la persona se haga terrorista es preciso un compromiso total e *in crescendo* con el grupo terrorista. La mayoría de los terroristas contemporáneos entran precozmente en el camino que les conducen al mundo terrorista, si bien después necesitan un reforzamiento continuo mediante la manipulación de los líderes, consolidando la identidad colectiva así como la externalización y justificación de la violencia contra el «enemigo».

ECHEBURUA³⁶ (2004) sitúa la clave del terrorista en el fanatismo, que, a su vez, tiene su fundamento en la ideación sobrevalorada y acrítica. Ese fanatismo viene determinado (según su autor) por cuatro puntos:

³⁴ REINARES, F., *Terrorismo y antiterrorismo*. Buenos Aires: Paidós, 1998.

³⁵ POST, J.M., *Psychology. Addressing the causes of terrorism. The club de Madrid Series on Democracy and Terrorism. Volume 1. The international summit on democracy, terrorism and security*. 8-11 March. Madrid, 2005.

³⁶ ECHEBURUA, E., DE CORRAL, P., «Raíces psicológicas del fanatismo político», en *Análisis y Modificación de Conducta* 30 (2004).

- 1) Rasgos psicológicos de riesgo: inmadurez, dependencia, búsqueda de emociones fuertes, impulsividad, personalidad paranoica...
- 2) Frustraciones diversas de la vida cotidiana que generan baja autoestima. Sentirse protagonista de un grupo terrorista puede resultarle atractivo cuando en la vida civil se siente mediocre.
- 3) La influencia de la familia y la educación escolar que han podido fomentar un nacionalismo exaltado.
- 4) La cuadrilla de amigos que genera un contagio emocional.

Pero además, debe existir un continuo reforzamiento y consolidación de la identidad colectiva que se obtiene mediante la impermeabilización a cualquier influencia exterior mediante un estilo de vida en el que prácticamente solo se comparte con personas del mismo ámbito. Se produce una deshumanización del «enemigo» (cosificación) con la consiguiente falta de empatía, a ello contribuyen los métodos de destrucción a distancia (coche bomba, paquete bomba, etc.) que permiten un mayor distanciamiento emocional al no presenciar el destrozo, el horror, etc.

La existencia de odio (STEMBERG³⁷ 2003) es otra de las características del terrorista que se ha ido retroalimentando a lo largo del tiempo.

SANMARTÍN³⁸ (2005) por su parte cree como determinante, en muchos casos, el crecer en un entorno marcado por valores nacionalistas radicales como sería el caso de ETA. Esos entornos proporcionarían un contexto donde gran parte de las relaciones, amistades, actividades son compartidas por individuos de pensamiento similar, lo que favorece el reclutamiento.

Plantea que para llegar a un estado de radicalización violenta se ha de pasar por dos fases: el prelavado y el lavado de cerebro. El prelavado vendría determinado por los «méritos» previos o el haber hecho «carrera» dentro de una ideología pro-terrorista. En estas condiciones el lavado de cerebro vendría prácticamente hecho.

MOGHADDAM³⁹ (2005) Establece una metáfora que denomina «la escalera» según la cual una persona acaba siendo un terrorista. El modelo se fija más en el terrorismo procedente de países no democráticos, pero, en cierto modo, podría explicar los pasos que algunos dan hasta alcanzar el acto terrorista. La escalera comienza en:

³⁷ STERNBERG, R.J.A., «Duplex Theory of Hate: Development and Application to Terrorism, Massacres, and Genocide», en *Review of General Psychology* 7 (2003), pp. 299-328.

³⁸ SANMARTÍN, J., *El terrorista. Cómo es. Cómo se hace*. Barcelona: Ariel. 2005.

³⁹ MOGHADDAM, Fathali M., «The Staircase to Terrorism: A Psychological Exploration», en *American Psychologies* 60 (2005), pp. 161-169.

A. Piso bajo. «Interpretación psicológica de las condiciones materiales».

Una creencia extendida es que los terroristas proceden de ambientes de pobreza, bajo nivel cultural o económico. Sin embargo, la evidencia demuestra que esas variables no son una característica destacable. Existe una percepción subjetiva de injusticia y sentimientos de frustración y de privación que, sin embargo, no correlacionan con las condiciones materiales. En este sentido, el autor distingue entre derivación egoísta (el individuo se siente privado en relación al grupo de pertenencia) y privación integrupal (el grupo se siente privado respecto de otros grupos). Parece ser mejor predictora la segunda respecto de sentimientos de descontento en minorías que pueden conducir a la acción colectiva.

B. Primer Piso. «Opciones percibidas para luchar contra un tratamiento injusto».

Las personas que han subido a este piso perciben (subjetivamente) un tratamiento injusto. Buscarían «puertas» para mejorar su situación percibida. Los dos factores implicados, según el autor serían: las posibilidades percibidas para la movilidad y la percepción de los procedimientos de la justicia.

C. Segundo Piso. «La agresión desplazada».

Para muchos autores al final algunos actos terroristas implican un desplazamiento de la agresión. Aquellas personas preparadas para llevar a cabo actos violentos contra «los enemigos», pasarán a pisos superiores.

D. Tercer Piso. «Compromiso moral».

Las organizaciones terroristas plantean un mundo paralelo al real. Por su capacidad para destruir y matar a civiles, en su lucha por conseguir un mundo «ideal» carecerían de moralidad. Pero para el terrorista existe un «compromiso moral» y son los «otros» (las autoridades, el poder) los que carecen de ella. Las personas reclutadas son alentadas para adscribirse a esa «moral terrorista», para ello se utilizan estrategias como el aislamiento, el secretismo o el miedo. Son entrenados para llevar una vida paralela.

E. Cuarto Piso. «Consolidación del pensamiento categórico y la legitimación de la organización terrorista».

En este piso la persona ya pertenece a una célula terrorista y se encuentra preparado para llevar a cabo actos terroristas.

F. Quinto Piso. «El acto terrorista y la evitación de los mecanismos inhibitorios».

Los actos terroristas implican en muchas ocasiones la muerte de muchas personas. Los profesionales militares conocen el intenso entre-

namiento que deben soportar para combatir y dar muerte a los enemigos. ¿Cuál es el secreto del terrorista para llevar a cabo sus atentados? Desde el punto de vista psicológico existirían dos principios explicativos: 1.º la categorización social de los «otros» como ajenos a su grupo y, por lo tanto, enemigos. 2.º la distancia emocional. Los mecanismos inhibitorios de la agresión no funcionan, en parte, porque como ya hemos comentado anteriormente, muchos atentados terroristas se cometen a distancia lo cual facilita la deshumanización al no presenciar directamente el atentado.

Otros autores como Sageman (2008) recogido por TRUJILLO⁴⁰ y cols. (2009) no consideran que la radicalización violenta sea consecuencia de una manipulación psicológica. Según esta perspectiva, compartida por los servicios de inteligencia del Reino Unido, los individuos eligen activamente convertirse y permanecer en una actividad extremista. Los autores proponen el estudio de los siguientes factores:

- A) Determinantes: la dispersión de la responsabilidad, el desplazamiento de esta bajo la obediencia y la desindividuación.
- B) Desinhibidores. Son aquellos que explican la modificación de la estructura cognitiva de los terroristas (cómo se les lava el cerebro). La secuencia que proponen es la siguiente: 1.º Deshumanización de la víctima. 2.º Atribución de la culpa al propio agredido. 3.º Justificación de la agresión bajo principios de orden moral superior. 4.º Desensibilización del propio agresor a las consecuencias de su acción violenta.

Además se debe legitimar y justificar la violencia empleada.

Con independencia de si el ingreso de una persona en un grupo terrorista se produce de forma voluntaria y de abajo a arriba como propone Sageman o de arriba abajo mediante el lavado de cerebro como propone Sanmartín, en lo que parece que todos están de acuerdo es que la salida del grupo es difícil y casi nunca voluntaria. ALONSO FERNÁNDEZ⁴¹ (1986) argumenta que a pesar de que el grupo terrorista justifica su negativa a dar de baja a un militante por el peligro que ello conlleva, como por ejemplo, la divulgación de secretos, desde un punto de vista psicológico, otra interpretación sería el trauma narcisista colectivo que sería injustificable salvo caso de locura.

⁴⁰ TRUJILLO, H. M., ALONSO, F., JIMÉNEZ-FERRER, C., RAMÍREZ, J.J., «Evidencias de manipulación psicológica coercitiva en terroristas islamistas», en *Athena Assessment* 4 (2009) (disponible en athenaintelligence.org).

⁴¹ ALONSO FERNÁNDEZ, F., *Ibidem*, p. 286.

MONTERO GÓMEZ⁴² (2003) desde una perspectiva constructivista y cognitiva plantea una hipótesis sobre los esquemas mentales del terrorista, aunque no es una teoría específica sobre el terrorismo ya que el autor admite que de forma teórica podría explicar el funcionamiento cognitivo de otro tipo de personas violentas como el agresor habitual de mujeres o cierto de tipo de agresores sexuales. El autor trata de responder a la pregunta ¿Cómo funciona la mente de un asesino sistemático, de un terrorista...? ¿Cómo es posible llevar a cabo actos tan repugnantes una y otra vez? Los seres humanos somos «constructores» de la realidad. Los estímulos que percibimos tienen distinto significado según quien sea el perceptor. Ese significado viene determinado por los esquemas donde se articulan las creencias, las ideologías, los valores. Todos ellos cuando están estructurados hacen a su vez de filtros y dan significado a la ulterior información, incorporando la que es congruente con el esquema y rechazando la disonante. De esta forma, «la violencia puede ser practicada dentro en el marco de un escenario mental donde tenga perfecto sentido para quien la ejerce; donde la realidad de una víctima —a quien se deshumaniza— se racionalice sin afectar al equilibrio personal del victimizador.»

ALONSO FERNÁNDEZ⁴³ (1986) recoge que la Asociación de Estudios Internacionales en el simposio de 1974 reconoce «la enorme dificultad que supone la tarea de establecer un perfil psicológico del terrorista... Es cierto como aseguran muchos autores, que no hay una personalidad terrorista. Sin embargo encuentra un denominador común: el fanatismo luchador o combativo. El fanático luchador se caracteriza por las ideas sobrevaloradas y por la lucha en la propagación de sus convicciones. El autor distingue entre un fanático primario que sería aquel cuyo fanatismo se va desarrollando desde la infancia (él elige al grupo) y el secundario que sería aquel que se desarrolla por «contagio» o inducción tras el contacto persistente con un núcleo de fanatismo (es elegido por el grupo). El fanático luchador, bien primario o secundario, se estructura mediante el adoctrinamiento ideológico. Este adoctrinamiento se sistematiza en cuatro etapas: 1) marginación social voluntaria. 2) asimilación ideológica. 3) la formación técnica en campos de entrenamiento, y 4) la integración como miembro activo subordinado a las órdenes y disciplina impuesta por el mando, apoyándose a menudo en los lazos interpersonales de afecto y amistad».

⁴² MONTERO GÓMEZ, A., «Una Hipótesis Psicológica sobre los correlatos neurocognitivos de la violencia sistemática del terrorismo», en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 3 (2003): 87-99.

⁴³ ALONSO FERNÁNDEZ, F., *Ibidem*, pp. 297 y ss.

A los efectos que nos interesan, la mayoría de los expertos coinciden en que el terrorismo no se explica desde la psicología individual sino desde la psicología social y organizacional. Hay pues, que desterrar la creencia de que gran parte de sus integrantes son enfermos psíquicos, más bien al contrario, si éstos tratasen de integrarse en el grupo terrorista es muy probable que fuesen descartados por suponer un riesgo para el resto. DE LA CORTE IBÁÑEZ⁴⁴ (2007) al referirse a las mitologías en torno al terrorismo dice al respecto:

«Tras varias décadas de investigación puede afirmarse que los terroristas son igual de proclives a la psicopatía o los delirios paranoícos que los miembros de cualquier otro “gremio”. En consecuencia, los casos psicopatológicos resultan absolutamente excepcionales. No obstante, mucho antes de que los datos empíricos refutaran el mito, la propia lógica sugería que cualquier afirmación general que uniera terrorismo y trastornos psicopatológicos entrañaba una severa contradicción. Porque en verdad es contradictorio pensar que un grupo de enfermos mentales sea capaz de planificar y ejecutar una sucesión premeditada de actos terroristas, prever las respuestas del Estado y de diversas audiencias, introducir variaciones estratégicas congruentes con esas reacciones y con los objetivos propios, convivir en la clandestinidad, captar nuevos militantes y colaboradores, etc.».

Ello no quiere decir que no existan determinados rasgos como ya hemos comentado.

Si partimos de la premisa anterior (pocos enfermos mentales entre sus integrantes) poco campo de maniobra hay para los psiquiatras y los psicólogos clínicos. Serán, principalmente, otras las medidas que desde otros campos habría que contemplar, sin que debamos a priori negar cualquier tipo de intervención de las ciencias de la conducta.

⁴⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., *Mitologías del terrorismo*. Texto extraído del Seminario de Estudios de Seguridad y Defensa USC-CESEDEN, Universidad de Santiago de Compostela, marzo 2007 y de las *Primeras jornadas sobre el papel de las víctimas de terrorismo en la sociedad Española*, Universidad Católica de Valencia, abril de 2007.

La nueva pena de libertad vigilada

Alejandro Isidro Torán Muñoz

Fiscal Provincial de Bizkaia, adscrito al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria

El Anteproyecto de Ley Orgánica de fecha 14 de noviembre de 2008, de modificación del Código Penal de 1995, introduce, entre otras novedades, una nueva pena, que denomina libertad vigilada. Esta pena se recoge en los arts. 49 bis y 57 bis del Código Penal, y se configura, al menos terminologicamente, como pena accesoria. Se prevé para delitos de terrorismo y contra la libertad sexual.

La impone el órgano judicial sentenciador, si bien será el Juez de Vigilancia Penitenciaria quien concretará las obligaciones a cumplir por el penado, que pueden igualmente ser reducidas, o incluso dejadas sin efecto, por el propio Juez de Vigilancia, dependiendo de la evolución favorable del penado.

Con la libertad vigilada se pretende obligar, pues, al penado, a facilitar, de modo constante y permanente, su localización, para la cual considero será necesario someterlo a control electrónico, mediante sistema de pulsera electrónica, no solo para informar dónde está en cada momento el penado sino incluso para detectar otros datos especialmente relevantes en los delitos contra la libertad sexual, en los que, generalmente, se produce, en este tipo de delincuentes, un aumento de la tensión sanguínea, que podría llegar a ser detectada por el control electrónico.

Hemos dicho que nuestro legislador considera, al menos terminologicamente, la libertad vigilada como pena accesoria. En nuestro entorno europeo, países como Italia la consideran pena principal. En España, el problema se plantea en que, si por pena accesoria entendemos aquella cuya duración y efectos se supeditan a la principal, mal puede conceptuarse de «accesoria» una pena que, como la libertad vigilada, empieza a cumplirse precisamente una vez cumplida la pena principal, según prevé el art. 49 bis.

Por lo que respecta a cuál es la finalidad del legislador, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica señala la necesidad

de dar respuestas a la especial gravedad de los delitos de terrorismo y contra la libertad sexual, así como a la especial peligrosidad de sus autores. Sin duda un proceso penal eficaz es aquel que protege, de manera adecuada, a la víctima del delito, especialmente en delitos tan graves como los que estamos comentando, donde las víctimas deben ser protagonistas de la aplicación en el *ius puniendi* del Estado.

Una de las funciones del Estado es evitar y prevenir la comisión de delitos, para lo que desempeña su papel el sistema penal por dos vías: la represiva, con el castigo a las infracciones ya cometidas, y la preventiva, evitando la comisión de futuros delitos.

Por ello, una de las finalidades del proceso penal debe ser la protección de la víctima y esta idea se va afianzando progresivamente en el Derecho penal internacional: así, la Declaración de las Naciones Unidas sobre «principios básicos de justicia para las víctimas» (1985), o la Decisión Marco del Consejo de Europa de 1985.

En Derecho español, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) es aplicable a todas las personas, también a las víctimas del delito, por lo que es obligación de los poderes públicos hacer efectivo ese derecho fundamental.

Entiendo como positivo, pues, el establecimiento de esta nueva pena, que obliga al penado a someterse a control judicial durante plazo concreto y al cumplimiento de determinadas obligaciones.

Entiendo, asimismo, que esta pena, como exigencia del derecho a la tutela judicial de la víctima, era necesaria, y que no choca con otro derecho fundamental, cual es el art. 25 de la Constitución, en cuanto a la reinserción del penado, pues el propio art. 49 bis prevé que el Juez de Vigilancia reduzca, modifique o incluso suprima las obligaciones impuestas al penado, en aras a su favorable reinserción, con lo que ello viene armonizado con la exigencia constitucional del art. 25.

Uno de los puntos no abordados por el legislador, en el Anteproyecto de Ley Orgánica, es quién será el encargado de controlar el efectivo cumplimiento por el penado, de las obligaciones impuestas. Si bien el art. 49 bis habilita al Juez de Vigilancia como el órgano judicial competente para ello y en los delitos de terrorismo, deberá ser el Juzgado Central de Vigilancia, el Anteproyecto no recoge qué profesionales concretos asistirán al Juez de Vigilancia en su tarea de control. Porque, en caso de evolución favorable del penado procedería atenuar o suprimir tal control y, en caso de incumplimiento, agravarlo o deducir testimonio por delito de quebrantamiento.

Parece que, por analogía con el sistema existente en Derecho penitenciario, la ejecución debería corresponder a educadores y trabajadores sociales, como ocurre en el Derecho anglosajón con la figura

del «agente de la libertad vigilada», persona que tiene contacto con el sometido a esta pena, conociendo de primera mano la evolución del mismo para poder después informar al Juez de Vigilancia sobre la adaptación, o no, de dicho penado, al medio y su posibilidad, o no, de reincidencia en el delito.

Otro de los puntos a tratar sería el catálogo de delitos para el que se prevé esta pena. En concreto, el Anteproyecto recoge en su art. 57 bis, dos tipos delictivos diferentes: los sexuales y los de terrorismo. Al margen de que se podrían haber introducido otros delitos especialmente graves, como los de tráfico de drogas, los dos recogidos son de los que mayor alarma social generan; tienen en común su especial peligrosidad y la especial gravedad de sus autores, además de los elevados índices de reincidencia.

En cuanto a las obligaciones que se podrían imponer, el art. 49 bis recoge once diferentes. En concreto;

- 1) la de estar siempre localizable,
- 2) la de presentación periódica en el lugar que se establezca,
- 3) la de comunicar cada cambio de lugar de residencia o de trabajo,
- 4) la de no poder ausentarse, sin autorización del juez, del lugar donde resida,
- 5) la de no aproximarse a la víctima, sus familiares u otras personas concretas,
- 6) la de no comunicarse con esas mismas personas,
- 7) la de no acudir a concretos lugares o establecimientos,
- 8) la de no residir en determinados lugares,
- 9) la de no desarrollar concretas actividades, que pudieran suponer la reiteración en el delito cometido,
- 10) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o análogos, y,
- 11) la de seguir tratamiento médico externo.

Por lo que se refiere a la competencia territorial para la ejecución de esta pena, el Anteproyecto de Ley Orgánica no entra a tratar este punto. Sin perjuicio de que, en posterior fase de tramitación parlamentaria, se haga mención expresa a este particular, considero que, para los delitos de terrorismo, la ejecución de esta pena corresponde al Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, por tener éste carácter exclusivo y excluyente en este tipo de delitos. Por el contrario, para los delincuentes sexuales, entiendo que el Juzgado competente sería el de Vigilancia Penitenciaria del lugar en que fije el penado su residencia una vez empieza a cumplir esta pena accesoria.

En caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas al penado por el juez de Vigilancia, el art. 49 bis prevé la deducción de testimonio por delito de quebrantamiento de condena, y prevé, en su art. 468, una pena de seis meses a un año de prisión por este delito. Ciertamente, para los delincuentes sexuales o terroristas, no parece que la imposición de este castigo les pudiera retraer de incumplir tales obligaciones impuestas por el juez, por lo que la efectividad de esta pena es bastante dudosa.

Por lo que se refiere al Derecho Transitorio, al tratarse de una pena nueva, que necesariamente deberá ser impuesta en Sentencia, según prevé el art. 57 bis, no se darán problemas en este punto, a efectos de saber cuál es la ley más favorable.

Para concluir, si bien esta nueva pena merece, en mi opinión, una valoración positiva, pues trata de evitar el contacto entre delincuente y víctima, se debería regular expresamente la competencia territorial para su ejecución, así como establecer pautas de actuación en caso de incumplimiento por el penado de esta libertad vigilada, pues, de lo contrario, esta pena podría quedar, en la práctica, vacía de contenido si el penado se negase a cumplirla.

La pena accesoria de libertad vigilada

Idoia Uncilla Galán

Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal n.º 7 de Bilbao

I. Exposición de Motivos del Anteproyecto. Justificación del legislador

El Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008, por el que se prevé modificar el Código Penal en varios apartados, crea una nueva pena que se configura como accesoria de la pena privativa de libertad de prisión.

La libertad vigilada se crea como una pena accesoria que consiste en el sometimiento del penado a un control judicial a través del cumplimiento de alguna o algunas obligaciones que quedarían establecidas en el art. 49 bis del Código Penal, a saber:

- a) La de estar siempre localizable.
- b) La presentación periódica en el lugar que se establezca.
- c) La obligación de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.
- e) La obligación de no aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La obligación de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.
- g) La de no acudir a determinados lugares o establecimientos.
- h) La de no residir en determinados lugares.
- i) La obligación de no desempeñar determinadas actividades que puedan aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.
- j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) La obligación de seguir tratamiento médico externo.

La Exposición de Motivos del citado Anteproyecto justifica su creación al considerar que la pena de prisión en determinados delitos, en concretos delitos sexuales y de terrorismo, no satisface de forma eficaz las exigencias de la prevención especial «no respondiendo plenamente a este objetivo».

En los delitos sexuales y de terrorismo las características de los hechos delictivos revelan al mismo tiempo, una especial peligrosidad del delincuente y una gran dificultad de su tratamiento, de forma que se crea esta nueva pena denominada libertad vigilada cuyo principal fin es lograr la plena inserción del sujeto en la sociedad.

Establece la Exposición de Motivos anticipándose a una hipotética crítica sobre la posible inconstitucionalidad de la pena, que su aplicación tras el cumplimiento de la pena de prisión no es susceptible de lesionar derechos fundamentales dado que se trata de una mínima restricción de las libertades del penado y que solo se mantendrá en tanto que la pena de prisión no haya podido satisfacer el fin de la rehabilitación que se propone, pudiendo ser reducida o dejada sin efecto si el fin de la reinserción se ha cumplido con la pena de prisión. Al respecto, cabe señalar que difícilmente se puede considerar como una intervención mínima la obligación de estar permanentemente localizable o la de presentación periódica en el lugar que se establezca, pudiéndose establecer como veremos presentaciones diarias.

Continúa la Exposición de Motivos que en la ejecución de esta pena, tal y como se configura, se da preferencia al carácter correctivo de la intervención, frente al meramente asegurativo, por lo que «la contraposición entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos que conciernen al Estado se resolverán con una adecuada distribución de cargas entre individuo y sociedad».

Por mi parte, considero que en delincuentes sexuales especialmente peligrosos, como violadores en serie, donde el tratamiento penitenciario no ha funcionado, o en terroristas que no han abandonado sus postulados, con esta pena, difícilmente se va a lograr una corrección que no se ha conseguido con una pena más gravosa como es la de prisión, en un ámbito de mayor contención y donde los progresos en el tratamiento se recompensan con mayores cotas de libertad, entendiéndose que la pena tal y como se configura, tiene una finalidad eminentemente asegurativa y no correctora.

II. Regulación legal de la pena accesoria

Como se ha señalado anteriormente, la libertad vigilada se crea como una pena accesoria que consiste en el sometimiento del pena-

do a un control judicial a través del cumplimiento de alguna o algunas obligaciones que quedan establecidas en el art. 49 bis del Código Penal.

Esta nueva pena accesoria se añadiría al catálogo de penas que establece el art. 33 del Código Penal, en el apartado 2, como pena grave, con la letra «j» si su duración es por tiempo superior a cinco años. Y como pena menos grave en el apartado 3 letra «l» si su duración es de uno a cinco años.

Estableciendo el artículo 40.5 que la duración de esta pena puede ir desde uno hasta veinte años.

La pena de libertad vigilada solo podrá ser impuesta en los delitos que expresamente prevé la ley. En concreto, cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II del Código Penal, es decir, delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII, si la pena privativa de libertad impuesta es igual o superior a diez años o por dos a más delitos de terrorismo de la citada sección si se ha apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos, independientemente de la duración de las penas impuestas.

La libertad vigilada deberá imponerse en sentencia y el Juez sentenciador determinará su duración. Ahora bien, quien concretará el contenido de la misma será el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando vaya a ejecutarse, señalándose como momento de inicio del cumplimiento de la pena, el cumplimiento total de la pena de prisión.

Al respecto, cabe señalar que la consideración de esta pena como accesoria no es muy afortunada, por cuanto que como pena accesoria debería estar supeditada a la pena principal y la libertad vigilada comienza a cumplirse precisamente cuando la pena principal ya está extinguida y no está subordinada a la pena principal sino a la comisión de determinados delitos que la ley enumera.

La atribución del control de la ejecución de esta pena a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y no al Juez sentenciador, tampoco parece tener mucha lógica, toda vez que se trata de una pena que nada tiene que ver con el ámbito penitenciario, pues precisamente se cumple una vez extinguida la pena de prisión.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que el penado ha podido cumplir parte de la pena de prisión en situación de libertad condicional porque obtuvo el tercer grado de tratamiento y cumplió las dos terceras partes o las tres cuartas partes de su condena, siendo su pronóstico de reinserción social favorable (requisitos legales para obtener la libertad condicional) y que el Juez de Vigilancia Penitenciaria al decre-

tar la libertad condicional puede imponer al penado la observancia de una o varias reglas de conducta o medidas, previstas en los artículos 83 y 96.3 del Código Penal, reglas de conducta y medidas que son muy similares a las previstas para la libertad vigilada; puede considerarse oportuna esta atribución a fin de evitar posibles contradicciones si la ejecución de la libertad vigilada correspondiera al Juez sentenciador, puesto que pudiera ocurrir que el penado cumpliera el periodo de libertad condicional sin imposición de ninguna regla de conducta por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria y al llegar a la ejecución de la libertad vigilada, el Juez sentenciador restringiera de nuevo su libertad con una serie de obligaciones que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pudo imponer y no lo hizo. Con la atribución al Juez de Vigilancia, que es quien desde prisión ha ido conociendo la evolución del penado de cara a su reinserción social, se evitan estas posibles disfunciones de forma que, cuando llegue el momento de ejecutar la pena de libertad vigilada, tendrá un mejor conocimiento del penado que el Juez sentenciador para concretar el contenido de esta pena, e incluso acordar que quede sin efecto al considerar que es innecesaria por haberse logrado ya el fin de la reinserción social del penado tal y como prevé la Constitución.

Parece ser éste el motivo que ha tenido el legislador para atribuir esta competencia al Juez de Vigilancia. No obstante hay que tener en cuenta dos datos muy importantes:

1.º Resulta muy excepcional que un condenado por terrorismo, cumpla parte de su condena en situación de libertad condicional dados los requisitos que el art. 90 del Código Penal exige para que se entienda que el penado tiene un pronóstico favorable de reinserción social. Y en los delitos sexuales, si bien no es tan inusual, sí es difícil que delincuentes sexuales muy peligrosos alcancen este beneficio, siendo en ellos en los que principalmente ha pensado el legislador al crear esta nueva pena, dado que para el delincuente sexual rehabilitado puede, como veremos, dejarse sin efecto la libertad vigilada.

2.º El Juez de Vigilancia ha podido conocer la evolución del penado en su paso por prisión, siempre y cuando el penado se haya dirigido a él para hacer valer alguno de sus derechos, si considera que han sido vulnerados en prisión o cuando no esté conforme con la clasificación penitenciaria a la que periódicamente está sometido, recurriendo las decisiones de la Junta de Tratamiento al respecto, o por último, si es sancionado y recurre la sanción al Juez de Vigilancia. Sin embargo, hay que recordar que un penado puede resultar totalmente «opaco» al Juez de Vigilancia si no acude a él con reclamación alguna. Si el penado no reclama nada ante el Juez de Vigilancia difícilmente éste, con

la sobrecarga de trabajo que soporta, va a interesarse por su evolución penitenciaria. Si este penado extingue su pena en prisión sin haber accedido a la libertad condicional, es decir, en argot penitenciario, «se ha comido la pena entera» sin ningún beneficio, la situación de conocimiento del Juez de Vigilancia respecto de este penado será muy similar a la que tendría el Juez sentenciador y esta situación descrita es muy habitual en los condenados por delitos de terrorismo, los cuales cumplen íntegramente la condena, no siendo una clase de penados muy proclives a dirigirse al Juzgado de Vigilancia. A lo sumo, recurren las sanciones disciplinarias, presentan quejas por posibles vulneraciones de derechos, pero no recurren su clasificación de grado penitenciario, vía a través de la cual el Juez de Vigilancia tiene un mayor conocimiento de su evolución tratamental de cara a la reinserción social.

Esta opacidad no es tan común en los delitos sexuales aunque puede darse excepcionalmente. En este grupo de delincuentes y según mi experiencia como Juez de Vigilancia Penitenciaria, en un principio, no se acepta el tratamiento penitenciario, básicamente porque no se acepta siquiera el delito cometido. Ahora bien, como las penas impuestas son largas, con el paso del tiempo y sobre todo con el contacto con otros internos, a través de los cuales ven cómo van consiguiendo beneficios y mayores cotas de libertad, primero con permisos y salidas programadas y luego con terceros grados, sí suelen aceptar participar en las terapias. Otra cosa distinta es que las mismas sean igualmente efectivas para todos, o que el grado de manipulación que el penado pueda ejercer sobre el terapeuta sea alto, manifestando la aceptación de unas normas de comportamiento o modificaciones de conducta que luego internamente no acepta. En estos casos si el delincuente sexual no consigue los beneficios que espera de su colaboración con los técnicos penitenciarios suele acudir al Juzgado de Vigilancia reclamando los mismos y por esta vía el Juez de Vigilancia puede conocer su evolución tratamental y su futuro pronóstico de reinserción social.

No obstante lo anteriormente expuesto, una cuestión importante que no se resuelve es la relativa a qué Juzgado de Vigilancia será el competente para la ejecución de la pena, si el Juzgado del que dependía cuando licenció definitivamente la pena de prisión o del lugar donde establezca su residencia el penado a la salida de prisión o del lugar donde cometió el delito, entre otros, siendo esta una cuestión que debería fijarse por ley. El problema podría estar resuelto para los delitos de terrorismo, dado que el Juez de Vigilancia competente con carácter preferente y exclusivo para estos delincuentes es el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, de forma que la ejecución de esta nueva pena en principio debería atribuirse también a dicho órgano judicial.

III. Contenido de la pena

La imposición de la pena de libertad vigilada y la determinación de su duración la debe realizar el Juez sentenciador en sentencia, sin embargo el que determinará finalmente su contenido será el Juez de Vigilancia quien una vez extinguida la pena de prisión, fijará qué obligaciones conllevará la libertad vigilada de cada penado, pudiendo imponer una, varias o todas las obligaciones del catálogo recogido en el artículo 49 bis 2 del Código Penal, pudiendo reducir su duración o incluso dejarla sin efecto si a la vista del pronóstico positivo de reinserción del penado se considera innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas (artículo 49 bis 5). Para la determinación del contenido de esta pena, así como para su reducción o dejarla sin efecto se establece que el Juez de Vigilancia deberá oír al Ministerio Fiscal.

También se prevé en el apartado 4 del artículo 49 bis que el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal concretará las obligaciones del penado pudiendo modificarlas según la evolución del reo y comprobará periódicamente su cumplimiento requiriendo periódicamente los informes que considere oportunos a la Administración Pública competente, dejando al desarrollo reglamentario las demás circunstancias de ejecución de la pena.

En mi opinión, debería haberse previsto legalmente, para la determinación del contenido de la pena, la previa audiencia del penado a fin de recabar la máxima información posible y también a Instituciones Penitenciarias dado que son los que tienen un conocimiento más directo de su pronóstico futuro de reinserción. Respecto de la modificación, reducción o extinción de la pena debería en todo caso oírse al penado.

IV. Catálogo de obligaciones

Las obligaciones que pueden comportar la libertad vigilada se enumeran el apartado 2 del artículo 49 bis, pudiendo el Juez de Vigilancia imponer una, varias o todas ellas a la vez, siendo esto último un tanto absurdo, por cuanto, como veremos, el contenido de algunas obligaciones se solapa con el de otras.

A. La obligación de estar siempre localizable.

Respecto de esta obligación, el apartado 3 del citado artículo prevé que el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y el seguimiento permanente del reo. Decir, como afirma la Exposición de Moti-

vos, que esta obligación conlleva una mínima restricción de las libertades del penado resulta cuando menos excesivo. A mi juicio, esta obligación es de dudosa constitucionalidad.

- B. La obligación de presentación periódica en el lugar que se establezca.

Dependiendo de la periodicidad de la presentación podríamos encontrarnos ante una restricción de las libertades del penado similar a la anterior, por cuanto que pudiera imponerse presentaciones diarias en los servicios sociales penitenciarios, en el SAER.

- C. La obligación de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
D. La prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

Respecto a esta prohibición, considero que la autorización para ausentarse la tendría que dar el Juez de Vigilancia que es quien lleva el control de la pena, no determinando por otro lado el legislador qué Juez o Tribunal del lugar de residencia del penado sería el competente para esta autorización.

Estas cuatro obligaciones tienen como finalidad tener controlado o, por lo menos, saber dónde está el penado y, a mi juicio, su finalidad es claramente asegurativa no resocializadora.

- E. La obligación de no aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. No se entiende por qué se hace referencia a Juez o Tribunal cuando en principio el competente para determinar el contenido de la pena es el Juez de Vigilancia y ningún otro Tribunal.
F. La obligación de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.
G. La de no acudir a determinados lugares o establecimientos.
H. La de no residir en determinados lugares.

Estas cuatro obligaciones tienen por finalidad mantener al penado separado de la víctima o su entorno social y familiar. Nuevamente con clara finalidad asegurativa.

- I. La obligación de no desempeñar determinadas actividades que puedan aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza. Esta obligación supone una inhabilitación profesional que dependiendo de qué tipo de actividades será de muy difícil control. Así, para acceder a determinados trabajos en la Administración Pública, al ser necesario carecer de antecedentes pe-

nales, no existiría problema, lo mismo que para ejercer profesiones en las que el trabajador deba colegiarse, pues bastaría con ponerlo en conocimiento del respectivo colegio profesional. Sin embargo, en profesiones como profesor, educador, monitor de tiempo libre el control puede llegar a ser dificultoso si esta obligación no va acompañada de otras como por ejemplo, la de comunicar inmediatamente el cambio de lugar o puesto de trabajo o la prohibición de ausentarse del lugar donde resida sin previa autorización.

- J. La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- K. La obligación de seguir tratamiento médico externo.

Estas dos obligaciones son las de más claro contenido resocializador pero pueden también ser de muy difícil ejecución si el penado se niega a someterse a dichos tratamientos por lo que a continuación se dirá.

V. Incumplimiento de las obligaciones de la libertad vigilada

En caso de incumplimiento de una o varias de las obligaciones, el Juez de Vigilancia, vistas las circunstancias concurrentes y oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones o bien deducir testimonio por un presunto delito de quebrantamiento de condena (artículo 49 bis 6).

No prevé la regulación legal, al igual que ocurre con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, qué pasa con la pena de libertad vigilada incumplida, puesto que aunque se deduzca testimonio por quebrantamiento, la pena accesoria sigue sin cumplirse y si el penado se niega absolutamente a cumplir las obligaciones, no está previsto legalmente ningún medio coercitivo para hacerle cumplir la misma, lo cual le resta gran parte de su efectividad.

VI. Conclusiones

A mi juicio, con esta nueva pena, se pretende, respecto de los condenados por delitos de terrorismo, mantenerlos apartados de las víctimas y su entorno familiar. Lo cual podía haberse logrado sin necesidad de crear esta nueva pena, imponiendo para esta clase de delitos, penas accesorias de alejamiento o de prohibición de comunicarse con las víctimas, de igual forma que se establece para los delitos de violencia de género. Ahora bien, a favor de la libertad vigilada debe señalarse que

a través de ella se puede modular estas prohibiciones e incluso dejarlas sin efecto, frente al automatismo de las penas accesorias del art. 48 del Código Penal respecto de las cuales no se prevé la posibilidad de ser modificadas en atención a la evolución del penado.

Respecto de los delincuentes sexuales, sobre todo para delincuentes muy peligrosos, las obligaciones enumeradas en los cuatro primeros apartados del art. 49 bis del Código Penal, pueden ser muy útiles para evitar la reiteración delictiva, siempre que vayan acompañadas de la obligación de sometimiento a tratamiento específico para su patología sexual. Los tratamientos actuales para agresores sexuales no curan estas patologías pero sí han logrado reducir y controlar el riesgo de reincidencia, riesgo que se incrementa con la excarcelación, pues en libertad, se ven expuestos a estímulos, frustraciones o situaciones de riesgo que no tenían en prisión. Por eso, es de fundamental importancia que el tratamiento para estos agresores se inicie en prisión y continúe tras el cumplimiento de la pena, ya en situación de libertad, a través de un programa de prevención de recaídas con un sistema de control de lo que hace el penado en libertad (a qué se dedica, con quién se relaciona, qué hace en su tiempo libre...) acompañado de entrevistas periódicas con su terapeuta para evaluar conjuntamente sus respuestas a estímulos que está recibiendo y que pueden desencadenar otra vez comportamientos sexuales delictivos, detectando situaciones de riesgo de recaída a fin de intervenir y reconducir su conducta a tiempo. Ahora bien, tal y como está prevista la regulación de la libertad vigilada en el Anteproyecto, considero que no va a ser eficaz para evitar la reincidencia en este tipo de delitos al no contar con medios para intervenir de forma rápida y contundente ante el incumplimiento de las obligaciones impuestas, pues a personas con comportamientos sexuales desviados, que ha quedado acreditado que no pueden controlar sus impulsos, la amenaza de una posible condena futura por quebrantamiento puede ser irrelevante, no ejerciendo efecto intimidatorio alguno.

Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 23 de noviembre de 1995

José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo

Profesor jubilado de Derecho Penal de la Universidad de Deusto
Abogado

I. Observación preliminar

La primera advertencia que debo formular es que para desarrollar esta ponencia sobre los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Anteproyecto de reforma del Código Penal, actualmente en embrión, sólo he podido manejar el texto remitido por el Ministerio de Justicia al Consejo General del Poder Judicial para informe del mismo.

Habida cuenta de que el Consejo General del Poder Judicial presumiblemente formulará observaciones, que pueden ser aceptadas o no por el Gobierno, y que falta todo el trámite de discusión parlamentaria, la conclusión es bien sencilla: lo que aquí se diga puede parecerse poco o nada al texto que definitivamente se apruebe.

II. El Anteproyecto de reforma en líneas generales

El Anteproyecto reforma nueve artículos de los delitos relativos a la libertad e indemnidad sexual.

La primera nota llamativa es que se produce un endurecimiento general de las penas privativas de libertad, al aumentarse en unos casos la pena mínima y en otros la pena máxima, aunque el endurecimiento no es especialmente significativo; lo que induce a pensar que se trata de una política de imagen de cara a la galería; técnica legislativa frecuente en los últimos años, donde parece legislarse más a impulsos de los medios de comunicación ante fenómenos puntuales que con un criterio legislativo que trate de dotar de un cierto grado

de estabilidad y de permanencia a un Código Penal promulgado en el año 1995 y que, en 13 años de vigencia, ha sufrido una pluralidad de modificaciones puntuales, de tal forma que el llamado «Código Penal de la Democracia» lleva el camino de convertirse en el «Código Penal de la mediocracia».

III. Agresiones sexuales

En el capítulo de las agresiones sexuales se modifican los arts. 178 y 180 del Código Penal.

En el art. 178 (agresiones sexuales no cualificadas, es decir, «agresiones sexuales sin penetración») la única modificación consiste en un incremento del máximo de la pena (Código Penal actual 4 años; Anteproyecto 5 años de prisión).

En el art. 180-3.º se incurre en un grave dislate técnico: remite al art. 183 («abusos sexuales»), cuando el art. 180 castiga las «agresiones sexuales».

IV. Abusos sexuales

En el art. 181, relativo a los abusos sexuales se deja de considerar tales abusos «los cometidos sobre personas menores de 13 años» (art. 181-2.º del Anteproyecto), cuando bien parece que una persona menor de 13 años, simplemente por razón de inmadurez, debiera merecer una especial protección penal, aunque no se halle privada de sentido o padezca un trastorno mental. En pocas palabras, debiera protegerse especialmente la «integridad o indemnidad sexual» del menor de 13 años, en todo caso.

Parece ser que esta indemnidad sexual del menor de 13 años, en cualquier supuesto, pretende defenderse a través del art. 183-1.º del Anteproyecto.

En otro orden de cosas, el art. 183 del Anteproyecto, relativo a conductas que integran meros abusos sexuales, incurre en el grave defecto legislativo de considerar simples abusos sexuales conductas que suponen una auténtica agresión sexual («art. 183.2.º: cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación»). Si el ataque a la libertad sexual va acompañado de violencia o intimidación ya no nos hallaríamos ante un simple abuso sexual del art. 183 sino ante una verdadera «agresión sexual» de los arts. 178 a 180 del Código Penal.

Resumiendo, el Anteproyecto mezcla conductas constitutivas de «abuso sexual» con lo que son «agresiones sexuales».

V. Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores

1. *Inducción, promoción o favorecimiento de la prostitución*

En el art. 187 del Código Penal se introducen tres modificaciones importantes:

- a) En el número 1 de dicho precepto se añade una nueva modalidad delictiva que sanciona «al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz». En suma, supone una criminalización de toda relación sexual en que medie precio o promesa del mismo con una persona menor de edad, o mayor de edad, pero incapaz.

Por otro lado se equiparan dos conductas de diferente tenor: la activa de solicitar y la pasiva de aceptar el ofrecimiento ajeno.

Queda también muy difuso, por impreciso, qué ha de entenderse por «relación sexual». ¿Comprende solamente relaciones sexuales plenas con penetración? ¿Abarca también otro tipo de relaciones sexuales sin mediar penetración?

El Anteproyecto no lo especifica y, sin embargo, unas u otras relaciones sexuales tienen un significado distinto.

- b) En el párrafo 2 del art. 187 se introduce una exasperación de la pena cuando la conducta descrita en el párrafo primero tenga por sujeto pasivo a una persona menor de 13 años. Novedad que parece razonable si pretende defenderse especialmente la integridad sexual de las víctimas de muy corta edad.
- c) Se añade un quinto párrafo al art. 187 del siguiente tenor:

«Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad e indemnidad sexual cometidas sobre los menores o incapaces».

Si lo que pretende decirse es que en tales supuestos no media absorción sino concurso real de delitos, el precepto se comprende, aunque quizás no fuera del todo necesario por aplicación pura y simple de las reglas generales del concurso.

2. *Compulsión al ejercicio de la prostitución*

El art. 188 del Código Penal contempla la modificación de los apartados 2, 3 y 4 del mismo.

- a) En el apartado segundo se establece una agravación de la pena para los supuestos previstos en el apartado primero, cuando el sujeto pasivo sea menor de edad o incapaz.
- b) En el apartado tercero se contempla una superagravación de la pena cuando la víctima sea menor de 13 años. Parece razonable y coherente con la reforma que se pretende del art. 187.
- c) En el apartado cuarto se contempla la imposición de la pena en su mitad superior:
 - i. Cuando medie por parte del sujeto activo un prevalimiento de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, añadiéndose en tales casos la pena de inhabilitación absoluta con una duración de 6 a 12 años.
La modificación pretendida es prácticamente transcripción literal de lo actualmente dispuesto en el art. 188-2.º
 - ii. Cuando el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.
Teniendo en cuenta que ya son punibles las asociaciones ilícitas que tengan por finalidad la comisión de un delito (art. 515-1.º del Código Penal), parece que lo que el art. 188-4.º-b) pretende es extender la agravación a situaciones en las que no puede establecerse la existencia de una asociación permanente, pero sí de una organización incluso de carácter no estable (transitoria).
 - iii. En el apartado c) se establece una exasperación de la pena «cuando el culpable hubiere puesto en peligro, dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima».

La pretendida reforma, en este punto, merece una doble consideración:

- 1.º Se trata de una agravación por razón de peligro, no de resultado; si el peligro se transformase en daño para la salud o vida de la víctima nos hallaríamos ante un concurso de delitos (delito contra la libertad sexual en concurso con delito contra la vida o integridad corporal).
- 2.º Se equipara la causación de un peligro dolosamente o por culpa grave, cuando es regla general del Código Penal asignar penalidades distintas a los supuestos de dolo y de culpa.

3. *Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores*

En esta materia el Anteproyecto modifica los arts. 189 (prostitución y corrupción de menores) y 192 del Código Penal (disposiciones comunes a los arts. anteriores).

4. *Modificaciones al art. 189*

En el párrafo primero se produce un simple incremento de la pena (Código Penal actual 1 a 4 años de prisión; Anteproyecto 1 a 5 años).

En la letra a) del apartado 1 se añaden dos nuevas modalidades típicas: la de *captación* de menores o incapaces con la finalidad descrita en el precepto y el *lucrarse con las conductas típicas*. La reforma parece razonable en la medida en que cubre un doble vacío legal merecedor de sanción.

En la letra b) del apartado 1 toda la pretendida reforma consiste en añadir una nueva modalidad típica, la de *ofrecer* material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces. Parece que el propósito del Legislador radica en adelantar las barreras de la protección penal: ya no se exige la producción, venta, distribución o exhibición de dicho material pornográfico; basta con *ofrecer* el producto aunque no llegue a transmitirse, difundirse o exhibirse el mismo.

La reforma tiene un cierto sentido: Si resulta punible, a tenor del art. 189-2.º del actual Código Penal, la posesión de material pornográfico de referencia para uso propio, lógico es que se sancione también, con mayor pena, el ofrecimiento a terceros de ese deleznable producto.

El primer párrafo del apartado 3 del art. 189 supone una mera agravación de la pena del tipo actual, sin modificación de las conductas (de 4 a 8 años de prisión a 4 a 9 años de privación de libertad).

El apartado 8 del art. 189 supone una transformación mucho más importante y coherente con la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas establecida como novedad en el art. 31-bis del Anteproyecto.

Reza así el apartado 8 del art. 189 del Anteproyecto:

«Cuando los delitos comprendidos en este capítulo se hubiesen cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediese la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el art. 31.bis de este Código, se impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de 2 a 5 años».

En el caso que nos ocupa lo relevante y cuestionable no es lo establecido en el apartado 8 del art. 189 sino la instauración de una pretendida *responsabilidad penal de las personas jurídicas*, materia que, por ella sola, daría lugar a una extensa monografía que escapa a los límites que se han fijado a nuestra intervención en este Mesa Redonda.

VI. Disposiciones comunes

Finaliza el Anteproyecto en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual con la reforma del apartado 2 del art. 192 del Código Penal, ubicado dentro de las «disposiciones comunes a los capítulos anteriores».

Se añade al final del citado precepto la posibilidad de imponer la privación definitiva de la patria potestad. Olvida, sin embargo, la reforma delimitar si tal privación definitiva de la patria potestad ha de circunscribirse al hijo menor víctima del delito o puede extenderse a la totalidad de los hijos menores del culpable, aunque alguno de ellos no haya sido víctima de la conducta delictiva de su progenitor.

Parece aconsejable que en el texto definitivo se subsane esta ambigüedad.

VII. Una asignatura pendiente

No es la primera vez que el Legislador español aborda la reforma de diversos preceptos en materia de delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la aprobación del Código Penal de 1995.

El título en cuestión ha sido modificado por las siguientes disposiciones legislativas: Ley de 30 de abril de 1999, Ley de 29 de septiembre de 2003 y Ley de 25 de noviembre de 2003.

Observación: cuatro reformas del Código Penal en esta materia en 14 años de vigencia del Código Penal de 1995 habla más de improvisación legislativa a golpe de acontecimientos puntuales orquestados por los medios de comunicación que del reposo y meditación que debe imperar cuando se trata de abordar la reforma de uno de los Códigos básicos en cualquier Estado.

Sin embargo, parece haber quedado en el olvido una faceta importante: la reglamentación del ejercicio de la prostitución, tema estudiado por mi querido y llorado amigo y compañero de docencia José María Lidón en su Tesis Doctoral.

Convendrá recordar a este respecto que la *prostitución acuartelada* fue declarada tráfico ilícito por Decreto Ley dictado en tiempos del franquismo y que tanto la Ley de Vagos y Maleantes, como la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, dictadas bajo el mismo régimen, permitían la adopción de medidas de seguridad a quienes ejerciesen la prostitución. La Ley de Vagos y Maleantes y la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social fueron derogadas; no así el Decreto ley Abolicionista.

Y puesto que la prostitución es tan vieja como el mundo y morirá con él quizás sea llegado el momento de abordar la reglamentación del ejercicio de la prostitución. Lo que no se puede impedir al menos será preciso regularlo para evitar daños colaterales.

Así habría que definir, por ejemplo, los lugares en que pueda establecerse el comercio carnal; las condiciones y controles sanitarios con que deban contar dichos centros; las licencias municipales necesarias para la apertura de esos locales y hasta la posibilidad de sindicarse los «trabajadores autónomos del amor», sin tener que acudir al rodeo de tratar de suplir con Ordenanzas Municipales sobre actividades erótico-festivas (ilegales por contravenir una Ley formalmente vigente) la regulación de esta materia.

La prohibición pura y dura carece de sentido en la medida en que no evita el problema. La tolerancia de facto haciendo ojos ciegos y oídos sordos a una lacra social existente tampoco es solución. En estas circunstancias, la opción menos mala parece ser la de la reglamentación.

Brindamos la idea al Gobierno Español. Hasta podría resultar progresista.

Propuesta de reforma frente a la trata de seres humanos

Francisco Javier de León Villalba

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha

I. Introducción¹

La reforma del sistema de incriminación de las conductas relacionadas con el tráfico de personas, mediante la introducción del nuevo Título VII bis y su artículo 177 bis, obedecen a la necesidad de dar respuesta a un proceso de revisión y crítica a la regulación actual, tanto doctrinal como derivado de la actividad jurisprudencial.

El Anteproyecto de reforma del CP de 2008, sin duda, da un paso más en la depuración de los delitos introducidos en el CP para la persecución de las conductas de tráfico de personas. Y, en esta dirección, realiza una aclaración de las conductas relativas a la comúnmente llamada Trata de personas, haciendo especial énfasis en aquellas conductas que se han mostrado más comunes en la praxis diaria y distinguiéndolas, claramente, de las conductas que afectan al fenómeno migratorio sin los permisos administrativos requeridos por nuestro Estado, manteniendo su regulación en el actual 318 bis a pesar de las críticas suscitadas, de forma paralela a regulación administrativa.

Podríamos sintetizar el marco teleológico de la propuesta de regulación en los siguientes puntos:

- conveniencia por voluntad legislativa de adelantar la barrera penal hasta el punto de difuminar los límites del principio de lesividad para incardinar un mayor conjunto de conductas en el marco punitivo de los tipos,

¹ Texto correspondiente a mi participación en la mesa redonda que con el título «Novedades más relevantes de la parte especial», se desarrolló en el marco del Curso «VI Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón: El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008», los días 23 y 24 abril de 2008, en Bilbao. Mi gratitud a la organización por permitirme participar en el citado homenaje.

- la obligación de hacer frente a los compromisos internacionales y,
- una realidad criminológica que ha desbordado las previsiones del legislador y la normativa creada al efecto.

Como marco de referencia de la presente propuesta de reforma, puede afirmarse que, desde la introducción en 1999 del art. 188.2 en el CP, el proceso de delimitación del bien jurídico a proteger por la norma que pretende regular el tráfico de personas, ha ido sufriendo los avatares de una política desorientada en materia de prevención de la inmigración ilegal y no siempre clara en sus contornos preventivos, todo ello desde la perspectiva de un análisis jurídico sancionador.

Este hecho ha tenido, como primera consecuencia, la adopción de medidas que han tratado los problemas relacionados con el traslado o movimiento de personas, inicialmente, a través de las fronteras de nuestro Estado aunque, posteriormente, se han considerado todas aquellas que afectaban al territorio de la UE para, finalmente, incluirse en el tipo todas aquellas conductas susceptibles de ser subsumidas en el principio de justicia universal; en segundo lugar, se ha considerado como un fenómeno homogéneo e integrado en el contexto migratorio, obviando la complejidad de su desarrollo fáctico, la diversidad de bienes jurídicos afectados en su ejecución, así como la imprescindible diversificación de tratamientos punitivos dentro del conjunto de poderes que conforman el *ius puniendi* del Estado, que requiere su persecución y la necesaria interconexión con los sistemas jurídicos vecinos, al tratarse, normalmente, de un crimen de naturaleza transnacional.

El segundo elemento que ha orbitado en la ubicación y concreción del objeto jurídico de protección ha sido la intrínseca relación del ilícito comercio y el ejercicio de la prostitución y la sempiterna diatriba sobre la bondad y funcionalidad de su regulación, prohibición o simplemente la conservación de la inopia a la que se ve sometida, restringiendo únicamente su visibilidad mediante ordenanzas municipales. Y, a través de dicha relación, se ha ubicado el problema en un contexto de aprobación, o más bien de asunción, de una violencia inherente a su desarrollo, así como de heterogénea convergencia de intereses, en ocasiones concluyentes y en otras dispares, de víctimas, delincuentes e instituciones sociales y políticas, pero sobre todo la preeminencia del estatus jurídico de extranjero frente al de víctima de las mujeres extranjeras, inmigrantes y, en su mayoría, ilegales que se convierten en objeto de comercio.

Si a ello unimos la obligada asunción de los parámetros europeos de políticas migratorias derivadas del tercer pilar, y la necesidad de tras-

ladar a nuestro ordenamiento el conjunto de obligaciones arrojadas mediante los tratados y protocolos internacionales firmados y ratificados por España, aun con importantes omisiones como la del Convenio Europeo contra la trata de personas, tendremos todos los elementos que nos permiten explicar la evolución hasta la legislación actual y la contextualización de la propuesta de reforma.

II. Evolución de la regulación: desde la introducción del art. 188.2 del CP a la propuesta de introducción del 177 bis

La transposición a España de las Decisiones Marco 629/2002, 946/2002 y la directiva 2002-90 se produjo expresamente y en modo completo por la Ley Orgánica 11/2003 que reformó el Código Penal en su artículo 318 bis, relativo a la trata de seres humanos. Esta reforma del año 2003 se produce sobre otras anteriores, en realidad, la materia ha sido objeto de cuatro diferentes reformas en 7 años, en una evolución que puede sintetizarse del modo siguiente²:

- a) El Código Penal histórico anterior al de 1995, contenía dos de las figuras delictivas que aquí interesan³: El delito del tráfico de mano de obra y de favorecimiento de la inmigración ilegal, previsto en el art. 499 bis 3.º, y el delito de trata de personas con el fin de explotación de la prostitución, previsto en el art. 452 bis a.

A su vez, en relación al tráfico de mujeres el Código Penal histórico castigaba dentro del título de los delitos «contra la honestidad», la cooperación a la prostitución o la recluta de mujeres para la misma, dentro o fuera del territorio español (art. 452 bis a, con prisión de 4 a 6 años y multa), se consideraba delito, en todo caso, la promoción, el favorecimiento, la recluta para la prostitución de menores de 18 años (art. 452 bis b, con prisión de 2 a 6 años y multa). A lo anterior se añadía la incriminación del proxenetismo (art. 452 bis d, con prisión de 6 meses a 6 años y multa).

² Sobre la evolución histórica de la regulación del tráfico de personas en España hasta la situación actual *vid.* DE LEÓN VILLALBA, *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, págs. 203 y ss. Igualmente, GARCÍA ARÁN, «Introducción», en Mercedes GARCÍA ARÁN (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*. Granada: Ed. Comares, 2006, pp. 1 y ss.

³ El 18 de junio de 1962 España se adhirió a la Convención de 21 de marzo de 1950 para la represión de la trata de personas y la prostitución ajena (BOE n.º 230, de 25 de septiembre de 1962).

- b) El Código Penal de 1995 mantuvo entre los delitos contra los Derechos de los Trabajadores el delito de tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1, 313.1 y 2) y añadió al catálogo de estos delitos el del empleo de súbditos extranjeros sin permiso de trabajo (art. 312.2), conductas todas ellas castigadas con penas de prisión de 6 meses a tres años y multa. Por su parte, el Código de 1995 reduce los delitos relativos a la prostitución a las conductas de favorecimiento y cooperación a la prostitución de menores de 18 años (art. 187.1, prisión de 1 a 4 años y multa). En relación a mayores de 18 años sólo son inculminadas las conductas relativas a la prostitución forzada: mediante coacción, engaño o abuso de una situación de necesidad o de superioridad, con pena de prisión de 2 a 4 años y multa. Cuando la prostitución forzada se realiza sobre menores de 18 años la pena de prisión se elevaba de 4 a 8 años. Resultaba despenalizado el proxenetismo, es decir, la cooperación o favorecimiento de la prostitución no forzada.
- c) En 1999 se produce una reforma en general de los delitos contra la libertad sexual, que entre otros asuntos se hace eco, tanto del art. 29 del Tratado de la Unión, como de la Acción Común de 24 de febrero de 1997 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. La Ley Orgánica 11/1999 introdujo en el art. 188 del Código Penal, relativo al sometimiento a la prostitución de personas mayores de 18 años mediante violencia, fraude o abuso de necesidad, un nuevo precepto que inculminaba el favorecimiento de la entrada, estancia o salida del territorio de personas con el propósito de explotación sexual, que si se trataba de menores de 18 años o incapaces se castigan en todo caso con prisión de 4 a 8 años, pero que si se trata de personas mayores de edad se castigaba solamente si se emplean los medios de la prostitución forzada, lo que propiamente se denomina «trata»: violencia, intimidación, fraude, o abuso de situación de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.
- d) En el año 2000, una nueva Ley general que regula el régimen jurídico de los extranjeros, la L.O. 4/2000, de 11 de enero, incluyó en el Código Penal el art. 318 bis que contenía un delito general de tráfico de personas, que sancionaba tanto los supuestos en los que los fines eran la explotación laboral o la sexual, como la propia conducta de tráfico. La creación de este delito se inspiró expresamente en los acuerdos del Consejo Europeo de Tampere de 1999 así como en los dos protocolos de Naciones Unidas a la

Convención contra la delincuencia organizada transnacional, es decir, el relativo al tráfico ilícito de inmigrantes y el relativo a la trata de personas, especialmente mujeres y niños, ambos de 15 de noviembre del año 2000⁴. También es expresión de la Acción Común de 21 de diciembre de 1998 (AC 98 /733/JAI) en lo relativo a la definición de organización criminal y a la agravación por participación en la misma.

El delito de tráfico de personas del 2000 se caracterizaba por tratar de igual modo el tráfico de personas para la mera inmigración ilegal, para la explotación laboral y para la explotación sexual. Todo tráfico ilegal de personas se castigaba con penas de 6 meses a 3 años de prisión y multa. Si el tráfico se realizaba con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, fraude o abuso de situación de necesidad la pena se eleva a prisión de 2 a 4 años y multa. Si en la comisión de los hechos se ponía en peligro la vida, la salud, la integridad de las personas, o si la víctima de tráfico era menor de edad la pena se eleva en su grado mínimo: prisión de 3 a 4 años y multa. En el caso de pertenencia a una organización criminal la pena en el supuesto básico era de prisión de 3 a 6 años y en los supuestos agravados de 4 a 8 años y multa. La misma Ley de 2000 incorporó al catálogo de asociaciones ilícitas del art. 515 del Código Penal a las que «promuevan el tráfico ilegal de personas», en su apartado sexto.

Como ya he señalado, ese mismo año, España procedió a la firma del UN Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons supplementing the UN Convention of 12 December 2000 against transnational organised crime el 13 de diciembre de 2000. El instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín oficial del Estado (BOE) de 10 de diciembre de 2003, la Ley Orgánica 11/2003, en expresión directa de las Decisiones Marco 2002/629, 2002/946 y de la directiva 2002/90 daría una nueva redacción del delito de tráfico de seres humanos del 318 bis, vigente actualmente. En cambio, y a pesar de la presión social, el gobierno español todavía no ha procedido a la firma de la Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings of May 2005, si bien, los objetivos marcados por la misma constituye el eje sobre el que han girado algunas de las últimas reformas de la legislación española, especialmente en el marco del procedimiento penal.

⁴ La Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional ha sido ratificada por España (BOE de 29 de septiembre de 2003). Por su parte, el protocolo relativo al tráfico de inmigrantes lo fue mediante el BOE de 10 de diciembre de 2003 y el relativo a la trata de personas, especialmente mujeres y niños en el BOE de 11 de diciembre de 2003.

Sin duda, el elemento más llamativo de la legislación española es que el art. 318 bis incrimina, conjuntamente, las conductas de favorecimiento de la inmigración ilegal y el tráfico de personas, sin distinguirlos claramente en cuanto a las penas a imponer. El marco penal es tan alto que capta las dos modalidades de conducta. No existe, pues un marco normativo penal distinto para la inmigración ilegal tal como se prevé en la Decisión 2002/629 y en la Decisión marco 2000/946.

Sobre estas conductas básicas, el 318 bis agrava posteriormente (318 bis 2), en exclusiva, a los supuestos de trata con fines de explotación sexual. La trata con fines de explotación laboral se castiga con las penas del tipo básico, en concurso con los delitos contra los derechos de los trabajadores. Sobre ambas después operan las agravaciones del 318 bis.3 (ánimo de lucro, violencia, intimidación...).

Terminológicamente, el CP tampoco coincide con los términos empleados en las decisiones marco, y así, el 318 bis no habla de tráfico o trata de seres humanos, sino de tráfico ilegal o inmigración clandestina⁵.

A partir de estas fases, la reforma propuesta por el Anteproyecto de 2008 se fundamenta, conforme a su Exposición de Motivos, en lo inadecuado de la regulación unificada que actualmente da el art. 318 bis al fenómeno de la trata de seres humanos y la inmigración ilegal o clandestina, estableciendo una regulación separada que responde a realidades criminológicas distintas y que proyecta los compromisos internacionales e intente resolver los conflictos interpretativos.

Dicha propuesta se puede sintetizar en las siguientes propuestas:

1. la modificación del art. 318 bis, mediante la supresión del apartado segundo, la exclusión de la frase «o siendo la víctima menor de edad o incapaz» en el tercero; la supresión de la última frase del apartado quinto que alude a la posible aplicación de las medidas previstas en el art. 129, y la introducción de un último apartado en el número 4, con la debida reenumeración.
2. La introducción del art. 177 bis, en orden a la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos, en los siguientes términos:

«1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la cap-

⁵ Un análisis crítico del art. 318 bis del CP *vid.* En DE LEÓN VILLALBA, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 244 y ss.

tare, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) Extraer sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

5. En la misma pena del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

7. 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 clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.

En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.»

3. Derogación del 313.1 «promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores».

III. Ubicación sistemática y el bien jurídico protegido

La primera, y trascendente, cuestión a analizar es la creación de un nuevo Título dedicado a su regulación, así como la nueva nomenclatura que describe, al menos objetivamente, un bien jurídico distinto de la regulación actualmente vigente mediante la propuesta de un nuevo Título VII bis, denominado «De la Trata de seres humanos».

Respecto del cambio de ubicación actual⁶, entre los títulos dedicados a la regulación de los delitos contra los Derechos de los trabajadores y los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, el Anteproyecto sitúa el Título VII bis, entre los delitos de Torturas y otros contra la integridad moral y los que protegen la libertad y la indemnidad sexual. Este cambio de ubicación, por sí mismo, tiene ya una profunda significación sobre el objeto jurídico que el legislador pretende proteger y sobre el que se asienta esta nueva regulación, la dignidad de las personas.

El preámbulo del Anteproyecto deja bien clara la intención del legislador, consciente del cúmulo de críticas emitidas tanto desde la doctrina como de la propia jurisprudencia:

«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

⁶ Introducido por la reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

internacionales como para dar fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis denominado "De la Trata de seres humanos". Así, el artículo 177 bis tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada.

De forma contraria, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios».

El salto cualitativo que significa la propuesta del nuevo título y su ubicación, supone la adopción por el legislador de una de las líneas de interpretación propuestas doctrinalmente, y seguida por todos los organismos internacionales, a partir de la consideración de la dignidad personal como el bien jurídico base sobre el que se construye el ilícito de la trata, distinguiéndolo claramente del control del marco productivo en relación con los flujos migratorios, incluido en el tipo de la inmigración ilegal. Y la configuración en torno a tan básico derecho, abriría un nuevo abanico de posibilidades y resolvería alguno de los problemas que se venían planteando en la aplicación del precepto actual, sobre todo, por la concurrencia de concursos de infracciones, al delimitar un bien jurídico determinado e independiente.

El problema es que la nueva regulación se propone como complemento de la actualmente existente, produciendo así una suerte de solapamiento normativo difícilmente explicable, sobre todo si tomamos en consideración el desarrollo criminológico de un alto porcentaje de estas conductas que aglutinan muchos de los elementos de ambos tipos delictivos.

Ocupémonos ahora de la primera cuestión, en torno al objeto de protección para estudiar, posteriormente, una cuestión clave en la creación de una regulación racional y coordinada, la distinción material y formal entre las conductas de tráfico e inmigración ilegal, que subyace a algunos de los males de la actual regulación y que no encuentra una clara solución con la propuesta de regulación.

La trata de personas, tal como se ha concebido y desarrollado en los diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales, como ya hemos apreciado, comprende la violación de diversos derechos y garantías de las personas como su libertad,

el libre desarrollo de su personalidad, la igualdad, el reconocimiento de la personalidad jurídica, entre otros. Derechos, todos ellos reconocidos en la Constitución española de 1978 y en todos los convenios internacionales sobre derechos fundamentales, como principios y valores que forman el Estado social y democrático de derecho, en el que el respeto de la dignidad humana es considerado uno de sus pilares básicos.

De esta forma, si partimos de la consideración del tráfico en sentido amplio y, por tanto, dando cabida a la modalidades aquí comentadas, debemos partir de las consideraciones hechas en torno al delito de tráfico base, a las que habrá que añadir la libertad sexual, la integridad física, la libertad deambulatoria, etc., como bienes jurídicos afectados por esta modalidad de tráfico.

En definitiva, partiendo de la dignidad humana como principio fundamental y primero vulnerado por las conductas de tráfico, la violencia ejercida contra las mujeres/personas traficadas y explotadas constituye una práctica endémica en la industria del sexo, que se aplica de forma sistemática, y la convierte en una experiencia deshumanizada, que normaliza la desvalorización del ser humano, especialmente de las mujeres en todas sus facetas vitales, afectado de manera global a sus derechos fundamentales y, concretamente, a aquellos bienes jurídicos personalísimos que protegen las cualidades básicas como persona. Con la finalidad de burlar en última instancia la libertad sexual de la persona, se la somete a una constante vulneración de su dignidad personal, su integridad física, su libertad deambulatoria y, en último extremo, de su propia vida.

La relación cuantitativa con el problema de la prostitución, da otra dimensión al problema. Y en este sentido, la visión de esta actividad ha supuesto un lastre importante en lo que debiera haber sido la actuación de los gobiernos durante todo el siglo xx. Sin duda esta frase de Lombroso describe perfectamente la situación expuesta: «la prostitución es a las mujeres lo que el delito a los hombres, porque las prostitutas tienen los mismos caracteres físicos y morales que el delincuente»⁷. Esta visión de la prostituta-delincuente, y la desgraciada asociación de la víctima de la trata con el ejercicio del meretricio, ha supuesto en la práctica una cierta dejadez en la actuación de los diferentes gobiernos de los estados implicados en este comercio y, entre ellos el español.

La situación en España no constituye una excepción a este fenómeno que desde el punto de vista punitivo únicamente encontraba un encaje parcial en los tipos dedicados a la prostitución, considerando la

⁷ Vid. LOMBROSO, C. *Medicina Legal*. T.I. Madrid: Ed. La España Moderna, pp. 196 ss.

condición a la que se han visto sometidas las mujeres pero obviando el problema del tráfico en sí mismo, y la afección a derechos fundamentales de las mujeres distintos de la libertad sexual.

Situación que varió de rumbo con la reforma operada en el art. 188 del Código Penal, concretamente, en su apartado segundo, que sancionaba el traslado de personas con fines de explotación sexual, y que fue introducido por la Ley 11/1999, de 30 de abril. A través de esta reforma se daba cumplimiento a la línea marcada, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el Consejo Europeo que adoptó, el día 29 de noviembre de 1996, una Acción Común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños. Mediante ésta los Estados miembros se comprometían a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, a partir de su consideración como infracciones penales, imponiendo penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, así como la ampliación de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.

De forma ineludible, el Estado español hubo de acometer la modificación de las normas contenidas en el Código Penal en torno a las cuestiones señaladas, centrando su atención en los delitos contra la libertad sexual, puesto que claramente no respondían a las necesidades expuestas. En concreto, no se ofrecía una respuesta coherente con la importancia de los bienes jurídicos en juego. En este sentido, junto a la protección de la libertad sexual, los derechos inherentes o derivados de la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, merecía adecuar su tratamiento punitivo.

Esta mención de la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, a la que alude la exposición de motivos de la Ley, en clara relación con el artículo 10.1 de la CE, muestra la clara conciencia del problema de la trata como un problema que va más allá de la libertad sexual del individuo, lo cual constituye la base de la pirámide que, en cambio, se vio cortada de raíz, como veremos a continuación, al ubicarse en la regulación de la prostitución.

Porque en ningún caso puede identificarse explotación sexual con prostitución. Esta constituye una forma más de expresión de aquella que en la actualidad se complementa con la utilización, especialmente de la mujer, en la pornografía, el abuso sexual en el ámbito doméstico, etc., con lo que la regulación introducida nació, a priori restringida en su alcance, a no ser que, en casos concretos, el juez decidiera otorgar

primacía a la interpretación gramatical dando cabida a cualquier conducta que pudiera englobarse en el término, de por sí bastante amplio.

El problema pudo nacer de la voluntad del legislador de asumir los compromisos internacionales que exigen extender la protección contra la trata de mujeres dirigida a todo tipo de explotación sexual, con una mal entendida o quizás pobre visión del problema en nuestro país, así como la falta de una voluntad firme de enfrentar el problema de una forma integral.

El tenor del art. 188.2 no abarcaba sólo en su campo de actuación la libertad sexual, sino que al introducir la explotación sexual, tomaba en consideración la afección que desde el punto de vista de la dignidad humana lleva implícita cualquier conducta de explotación. Ciertamente es que la libertad sexual guarda una estrecha relación con tan básica cualidad humana, pero ésta connota una serie de caracteres que escapan de lo que, por otro lado, constituye únicamente un ánimo tendencial, una finalidad.

El vínculo puede darse a partir de la percepción de lo que supone la dimensión sexual en la vida y de la misión que le corresponde jugar al Derecho penal en relación con la misma: la adopción, como punto de partida de una valoración positiva de la sexualidad, en cuanto que constituye una de las «dimensiones vitales más intensamente relacionadas con los planteamientos de autorrealización personal del individuo», de forma que la efectiva posibilidad de desarrollar las diferentes opciones personales en este ámbito personalísimo constituya el punto básico de referencia, que guarda un estrecho desarrollo con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) como expresión de la dignidad personal, lo que hubiera exigido una extensión de la finalidad de la trata, rompiendo el prototípico corsé de la prostitución.

Tal visión de la libertad sexual nos permitiría entender la opción del legislador por introducir este tipo en este artículo concreto, si bien con miras restringidas, respecto de la realidad en el entorno y del futuro. En esta línea, se calificó entre los especialistas a éste delito como una modalidad de favorecimiento de la prostitución determinada, lo que dejaba fuera otras finalidades como la ya mencionada explotación doméstica (con una amplia parcela de explotación sexual), desgraciadamente cotidiana en otros países, y que si bien no ha llegado a constituir una realidad criminológica palpable en el nuestro, lo puede ser en cualquier momento. Al margen de que impide un tratamiento autónomo de lo que constituye una realidad perfectamente constatable.

La determinación del bien jurídico afectado por las conductas de tráfico requiere, a mi juicio, distinguir la existencia del que he denominado núcleo esencial del fenómeno, de aquellas situaciones que, en relación

con la forma de producción o desarrollo y la presencia de un ánimo concreto, permiten completar el cuadro de bienes jurídicos afectados.

Para unos el fundamento material del injusto del vigente artículo 318 bis reside en la privación o menoscabo del disfrute de tales libertades por parte del extranjero víctima del tráfico ilegal. Para otros, se ha ubicado entre los delitos contra el orden socioeconómico (bien institucionalizado o espiritualizado, supraindividual y de carácter inmaterial), en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio), tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto (ante la imposibilidad de tipificar la lesión o la concreta puesta en peligro) recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia) que tiene una función representativa del bien institucionalizado o interés difuso. Una tercera ha mantenido como línea interpretativa la ordenación y regulación de los flujos migratorios por los cauces y conforme a los criterios legales.

Dicho criterio puede ser igualmente trasladado desde la interpretación sostenida por el Tribunal Supremo respecto del trasfondo que late en los supuestos, del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones fraudulentas: «no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Aquel delito surge en la ley penal, como un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación (...) se les seduce, abusando de su situación de necesidad y exigiéndoles a cambio de una cantidad de dinero para ellos desorbitada, abandonen su país y vayan a otro que ofrece, en principio, mayores posibilidades de bienestar, pero en el que la condición de inmigrantes ilegales les expone con bastante probabilidad a la marginación, el desarraigo y la aceptación forzada de condiciones de trabajo, mucho más desfavorables a las que se tiene derecho en el país de recepción». En definitiva, el bien jurídico que se tutela mediante la prohibición y castigo de esta conducta es el derecho de los trabajadores a que sea respetada su libertad y seguridad «y, en última instancia, su *dignidad como personas*» (STS de 5 de febrero de 1998)⁸.

⁸ En el mismo sentido, la STS de 8 octubre de 2007 destaca que «Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes».

La línea marcada por el conjunto de instrumentos mencionados sobre la esclavitud, la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, que cuenta con claros antecedentes en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, en orden a determinar el tráfico de personas como una práctica perfectamente encuadrable en su objeto de tratamiento, de alguna forma nos ayuda a delimitar, desde un punto de vista normativo, el bien jurídico afectado que subyace en la base de su realización. En esta dirección, debemos recordar que el art. 10.2 de la CE, impone que las normas relativas a derechos fundamentales a las libertades públicas, que la Constitución reconoce, se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.

Concretamente, uno de estas normas, el art. 15 de la CE, proclama, junto con el derecho a la vida y a la integridad física, la integridad moral, proscribiendo cualquier tipo de trato inhumano o degradante, debiendo entender por trato degradante cualquier atentado a la dignidad de la persona y especialmente su utilización como medio. La STC 120/1990, de 27 de julio, afirma que el artículo 15 garantiza el derecho a la integridad física y moral, «mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también en toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular», por lo que la integridad moral puede ser identificada con la inviolabilidad de la libertad, que en el caso de los menores se traduce en términos de indemnidad. Su lesión se produce cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir, cuando la pérdida de la dignidad hace que pierda sus condiciones de ser libre, de forma que no quepa atribuir su conducta como propia. Así, como con la tortura física se opone a la voluntad del sujeto un sufrimiento y un dolor que niegan su capacidad de resistencia, de manera que quien la padece someterá su voluntad a la del torturador, los tratos degradantes que niegan la integridad moral logran idéntico sometimiento a la voluntad de quien los inflige.

Desde estos parámetros, parece claro que la noción de integridad moral se entronca con la de dignidad de la persona, configurada como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social (STC 113/1989 y 214/1991). La dignidad es un valor espiritual y mo-

ral inherente a la persona (STC 53/1985 y 214/1991) que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás; de forma que de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre «constituyendo un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derecho individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (SSTC 120/1990 y 57/1994). En definitiva, el respeto de la dignidad de toda persona impide que sea tratada «como un objeto o instrumento de parte del Estado o los demás, convirtiéndole en mera entidad sustituible».

En esta línea interpretativa, el tráfico de personas, en el marco de la explotación, constituye el ejemplo paradigmático de un trato inhumano y degradante que afecta profundamente a la personalidad, vejatorio, pero sobre todo, que convierte al ser humano en un objeto más de comercio, con una voluntad invalidada y a expensas de la disposición que el traficante quiera hacer del mismo.

Y todo ello, nos lleva a pensar, siguiendo la línea marcada por los diversos organismos internacionales y grupos de trabajo sobre el tema, que la tipificación y persecución de la conducta básica de tráfico se asienta directamente sobre la necesidad de acabar con cualquier tipo de manipulación que afecte de una u otra forma a la entidad humana en sus rasgos constitutivos esenciales, en los términos descritos y que de forma genérica sintetizamos en el concepto apuntado de integridad moral. El ser humano no puede convertirse, en forma alguna, en objeto de comercio.

A partir de estas premisas, la adopción de la integridad moral, como bien jurídico protegido por cualquier norma que regule el tráfico de personas, necesitará en algunos supuestos (violencia) de un complemento añadido que deriva del desarrollo concreto de la acción. No será así en los supuestos de intimidación, engaño o abusos, en los que la propia conducta irá dirigida a menoscabar la integridad moral de la persona en los términos que paso a exponer. Esta es la línea de regulación que propone el Anteproyecto de Reforma del Código Penal que comentaré a continuación.

Y la primera consecuencia que debemos extraer de este planteamiento es que la conducta básica de tráfico afecta de manera exclusiva al sujeto pasivo, descartando cualquier interés colectivo de naturaleza supraindividual.

La segunda, como lógica consecuencia del carácter individual del bien jurídico afectado, es la comisión de tantos delitos de trata de per-

sonas como sujetos pasivos, víctimas, objeto de mercadería. Por el contrario, de las teorías que mantienen la naturaleza colectiva del bien jurídico se deduce la indiferencia del número de personas afectadas por la conducta, ya que se apreciará un único delito, como ocurre en la actualidad en la aplicación del art. 318 bis.

Una tercera consecuencia, sería la consecuente separación tipológica de las conductas de trata o tráfico de personas de aquellas derivadas de la inmigración ilegal, y la consecuente adaptación del art. 23.4.g de la LOPJ que incluyó el «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores», en el ámbito de la jurisdicción penal española». La falta de aclaración provocaría las dudas interpretativas sobre el ámbito de extensión del citado precepto a las conductas de trata reguladas en la propuesta del art. 177 bis.

IV. Tipo básico

Como ya se ha señalado, la propuesta, transforma y delimita más claramente las conductas de tráfico e inmigración ilegal conforme a las líneas de tratamiento internacionales, concretamente, la distinción de los conceptos de trafficking in human beings y smuggling, regulando en éste la trata de personas y dejando el actual artículo 318 bis para la inmigración ilegal, que tendrá que seguir compartiendo protagonismo con el ilícito administrativo regulado en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros.

Resulta necesario recalcar la necesidad de aglutinar los términos trata y tráfico dentro del mismo contexto fenomenológico claramente diferenciados del de inmigración ilegal como realidad distinta, no obstante lo cual, el concepto de tráfico seguiría siendo utilizado como equivalente al de inmigración ilegal, rompiendo la evolución conceptual que los textos internacionales han ido fijando en los últimos años. Sería conveniente utilizar únicamente el concepto inmigración ilegal para el tipo del 318 bis, en tanto que la trata o tráfico de personas se corresponderían con el desvalor descrito en el propuesto art. 177 bis. Y esta es la nomenclatura que utilizaremos en adelante.

1. Concepto de «trata» de personas

Ciertamente, el tráfico constituye una conducta directamente emparentada con la migración ilegal, aunque no siempre, lo que permite distinguir entre los supuestos en los que se afectan bienes colectivos

entroncados en la organización del fenómeno migratorio estatal, en cuyo caso se habla de inmigración ilegal, y los que suponen una amenaza a la integridad del individuo, en cuyo caso se habla de tráfico de personas.

Si bien el tráfico, normalmente y en términos generales, puede considerarse como una forma de migración ilegal, lo cierto es que no siempre involucra un movimiento ilegal de personas, dado que la entrada en un país puede hacerse de forma perfectamente legal, independientemente del objeto del traslado y las condiciones de desarrollo posterior. En el mismo sentido, el tráfico puede satisfacer demandas de empleo tanto de actividades desarrolladas legalmente como ilegalmente, mientras que la migración ilegal tiende a la ocupación de puestos, igualmente, de forma ilegal. En el caso de los menores, el análisis habrá de adaptarse al caso concreto de estudio, aunque normalmente se va a situar en el ámbito de la ilegalidad.

Es, precisamente, el objeto de la contraprestación y las condiciones de su desarrollo, que convierten a una de las partes del propio negocio en víctima de la situación, lo que a la postre parece diferenciar los supuestos de tráfico de lo que constituye meramente un traslado ilícito de personas, normalmente con finalidades laborales.

En un primer momento de desarrollo de las conductas, resulta un punto común-diferenciador básico, que el tráfico de seres humanos implica elementos de coerción, engaño, violencia física o psicológica, o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad. Por tanto, parece que la distinción se centra en la presencia de un acto de voluntad en el emigrante, de forma que si el traspaso de fronteras se realiza de forma voluntaria, estaremos ante una situación de contrabando de personas, que si intervienen elementos de coerción o engaño, no sólo en el ámbito sexual sino en cualquier otro sector, tal y como hemos señalado, tendremos que hablar de tráfico. En este sentido, el apartado tercero del proyectado art. 177 bis resta eficacia alguna al consentimiento obtenido por cualquiera de los medios que delimitan la conducta básica descrita en su apartado primero:

«el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes».

El término «trata», como término globalizador, puede dar cabida a la mayoría de las situaciones aquí descritas que, en un momento u otro,

terminan con una posición de abuso por una de las partes que mantienen la relación. Parece más adecuado distinguir los conceptos señalados en orden a estructurar las políticas estatales y sistematizar las medidas dentro de los diversos órdenes que influyen en los fenómenos: criminal, político, social, internacional, etc. No obstante, sí que existe acuerdo al dividir el proceso de reclutamiento y traslado del contexto de trabajo o servicios para el que van destinadas. El primero puede estar basado en la libre elección de la persona, mientras que el segundo normalmente va a ser fruto de la imposición, fuerza, engaño u otro abuso en sus múltiples manifestaciones, distinguiendo claramente las diversas fases en las que pueden actuar: 1) durante el reclutamiento, 2) en la imposición del trabajo o de sus condiciones de realización y 3) en el desarrollo de las condiciones de vida del sujeto. La necesidad de distinguir estos tres niveles es patente si tenemos en cuenta que alguno de ello puede ser una elección personal, mientras que otro u otros pueden ser el resultado de la aplicación de la fuerza, el engaño o el abuso.

En este sentido, y frente a la fórmula del actual art. 318 bis, la propuesta del 177 bis da cobertura a dichas fases introduciendo la captación, transporte, traslado, acogimiento, recepción y alojamiento de las víctimas.

En esta línea los instrumentos internacionales dedicados a su regulación, especialmente, la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado y sus dos protocolos, definen la trata mediante la constatación de tres elementos:

- Captación, transporte, embarque o recepción de personas
- Existencia de amenaza, uso de la fuerza, engaño, abuso de poder, vulnerabilidad, pago o remuneración a alguien que ejerza un control previo sobre la víctima, y,
- Propósito de explotación sexual, laboral, sometimiento a esclavitud o prácticas similares.

El contrabando de personas o inmigración ilegal es definido por las Naciones Unidas como un «procedimiento para obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico de la entrada ilegal de una persona en un país del que no es nacional ni residente permanentemente».

A partir de estas premisas VALLDECABRES⁹ señala los elementos que nos permiten diferenciar ambas conductas:

⁹ «El inmigrante como víctima: crimen organizado, tráfico de personas, delitos contra los derechos de los trabajadores», en *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 542.

1. La presencia de consentimiento, normalmente presente en la inmigración ilegal y ausente o fraudulento en el caso de la trata de personas.
2. Explotación, requisito esencial para la configuración del concepto de tráfico de personas y ausente en la inmigración ilegal.
3. La transnacionalidad, como requisito imprescindible en la inmigración ilegal y accesorio en el caso de la trata de personas.

A partir de estas premisas, podríamos considerar la inmigración ilegal como un traslado entre países vulnerando la legalidad vigente en materia de traspaso de fronteras y/o residencia, en tanto que tráfico de personas sería toda actividad de promoción o favorecimiento de la recluta o transporte de personas entre países o entre regiones, dirigido a su explotación laboral o sexual o sometimiento a esclavitud o práctica semejante, utilizando violencia, intimidación, engaño o cualquier forma de abuso de la situación familiar, laboral o social de la víctima, con o sin el consentimiento de ésta.

Como resumen podríamos decir que la introducción del art. 177 bis junto al actual 318 bis nos permite mantener los términos de trata de seres humanos, el tráfico ilegal de personas y la inmigración clandestina de personas, debiendo considerar homónimos los dos últimos conceptos frente al primero. Esto, formalmente significaría que las conductas de tráfico se regularían por el actual 318 bis en tanto que las que se consideraran trata de personas, por ser menores de edad o estar dirigidas a la explotación sexual o laboral deberían ser subsumidas bajo el paraguas del art. 177 bis.

La minoría de edad del sujeto pasivo, independientemente de los medios utilizados para su realización convierte al traslado en trata de personas, siempre que concurren los fines de explotación, en otros casos, podremos derivarlos, por ejemplo, al delito del art. 221 con fines de adopción ilegal.

Respecto de la ubicación territorial de la acción delictiva, la propuesta de trata mantiene los términos del actual 318 bis, con una diferencia importante, al considerar los traslados en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España pero dejando fuera los destinados a otros países de la Unión Europea.

La perfección del tipo requiere la presencia de un ánimo tendencial, cuya realización puede dar lugar al concurso del delito que recoja la afección concreta del bien jurídico afectado. En este sentido, se requiere la presencia de unos fines específicos que dotan de unidad a las conductas de trata y le confieren identidad frente a la inmigración ilegal:

- a) La explotación laboral, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.
- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de órganos corporales.

No obstante, el apartado octavo introduce la punibilidad de los actos de mera participación en la preparación mediante la sanción expresa de la provocación, la conspiración y la proposición que serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

Y, por último, la posibilidad de compatibilizar la aplicación de los tipos previstos en el art. 318 bis con todos aquellos de resultado que recojan el desvalor final producido por las conductas de los sujetos y que afecten a bienes jurídicos, normalmente, de naturaleza individual como los delitos de homicidio, lesiones, abusos y agresiones sexuales, etc. Son varios los problemas concursales que se mantienen dada la riqueza de las conductas relacionadas con el tráfico, como puede ser la incongruencia que supone la posibilidad de sancionar con mayor intensidad la perpetración del delito de tráfico con finalidad de explotación sexual, que la pena correspondiente, de aplicar el concurso medial, cuando además del tráfico se somete al ejercicio de la prostitución. Tal situación sólo permitiría una solución adecuada mediante la aplicación del concurso real¹⁰, en base a la consideración de la presencia de bienes personalísimos, siempre y cuando no entre en juego el principio de alternatividad señalado en el primer párrafo del apartado noveno.

2. *La inmigración ilegal como infracción administrativa*

El mantenimiento del art. 318 bis como marco punitivo de las conductas de inmigración, permite mantener las críticas referenciadas en anteriores investigaciones¹¹.

¹⁰ En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado, como criterio fácilmente trasladable, que, en caso de concurrir las conductas previstas en el artículo 188.1 y 318.2 CP debe apreciarse un concurso real de delitos, al afectar dichos tipos a bienes jurídicos distintos. Así se refleja expresamente en el acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2007 (PROV 2007, 130517): «La concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art. 188.1 y del previsto en el art. 318 bis.2 del Código Penal, debe estimarse concurso de delitos.»

¹¹ DE LEÓN VILLALBA, F. J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia: Ed Tirant lo blanch, 2003.

El legislador español utilizó el momento de la trasposición de la Decisión Marco europea a la legislación española para regular las conductas de apoyo a la inmigración ilegal, en sentido estricto, muy diferentes del tráfico de personas aunque directamente conectadas. Incluso podríamos hablar de cierta confusión conceptual en la regulación del art. 318 bis por cuanto si a una conducta de traslado le unimos cualquiera de los medios recogidos por el art. 1.1.a-d FD de 2002, estaríamos hablando de una conducta de tráfico y nunca de inmigración ilegal.

En esta dirección, la inmigración laboral debe centrar su atención en el control del traspaso legal de fronteras, la permanencia o residencia legal en el país receptor comunitario y, por último, la prestación laboral contando con los permisos necesarios. Y este tipo de conductas, la base de la actuación sancionadora administrativa, de forma que cuando concurra la afección a cualquier derecho fundamental por la forma de realizar el viaje, las condiciones de permanencia o residencia en el país o en el desarrollo de la prestación laboral tras el periplo migratorio (tal y como recoge la Decisión Marco), la labor de persecución de tales conductas debe recaer sobre un órgano judicial penal, como conducta de tráfico. Dicho de otra forma, la inmigración ilegal en sentido estricto, tal y como lo definimos más arriba, junto con los supuestos que no puedan ser incluidos en los tipos penales propuestos, deben ser los únicos y excluyentes campos de actuación de la Administración, mientras que el órgano judicial penal debe extender su conocimiento a los supuestos que podríamos englobar bajo el término de «explotación de la inmigración ilegal, por cuanto las condiciones en las que se produce dicha inmigración, bien sea en el momento de la recluta, el traslado o el desarrollo de una actividad, se realiza vulnerando bienes jurídicos fundamentales, al margen, por tanto, de incumplimientos administrativos sobre autorizaciones y permisos.

La LISOS derogó la tipificación de infracciones administrativas que contenían los arts. 55 y 56 de la Ley de Emigración de 21 de julio de 1971. Aquellas disposiciones habían sido objeto de especificación en el Decreto 2616/1963, de 26 de septiembre, que aprobó una Instrucción sobre infracciones y sanciones en materia de emigración.

En efecto, en el Capítulo V dedicado a las «Infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros», la sección 1.^a de las «infracciones en materia de emigración y movimientos migratorios internos», clasifica una serie de conductas en infracciones leves, menos graves y graves (arts. 31 a 35), si bien dicha clasificación no atiende al contenido material del ilícito, sino que siguiendo un hipotético criterio de proporcionalidad, anuda tal clasificación a una diversidad de conductas sin una ordenación estricta aparente.

Dentro de estas infracciones, la regulada en el apartado 2.º del art. 34 tipifica como ilícito administrativo la simulación o engaño en el reclutamiento o en la contratación de los emigrantes, como única previsión directamente aplicable al fenómeno del tráfico, cuyo desarrollo en el caso concreto, no obstante, pudiera dar lugar a varias de las previstas en el articulado.

Por su parte, la Ley que regula los Derechos y las libertades de los extranjeros, reitera en el castigo de conductas ya recogidas en otras normas. Así, el art. 52. c. castiga, como ya hemos comentado, al sujeto extranjero que se encontrase trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal, con lo que reproduce innecesariamente la norma contenida en el art. 35.2 de la LISOS.

Igualmente respecto de aquellas conductas graves, que pueden concurrir con las infracciones penales: desde el principio de protección de los derechos fundamentales de los extranjeros, que recoge el artículo 3.2 de la Ley a través de la adecuación de la interpretación de los derechos fundamentales de este colectivo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia vigentes en nuestro país, sanciona la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación, formando parte de una organización con ánimo de lucro, de la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.b.), con una multa de uno a diez millones de pesetas (art. 55.1.c.), que en el caso de extranjeros puede ser sustituida por la expulsión del territorio español (art. 57).

En segundo lugar, y dentro de las consideradas infracciones muy graves, el art. 54.1.d. prevé la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

3. *Sujetos pasivos*

Conforme a la regulación actual, el concepto de víctimas se restringe a los considerados extranjeros. Debemos recordar que la norma contenida en el art. 318 bis se introdujo en el Código Penal mediante la Ley Orgánica sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que el Título XV bis donde se regula el citado artículo lleva como título «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros». Una interpretación auténtica del texto nos lleva a

excluir de los supuestos regulados aquellos en los que la o las víctimas son de nacionalidad española o de cualquiera de los países integrantes de la Unión Europea, como deja bien claro la sentencia del Tribunal Supremo 635/2007, de 2 de julio. Frente a esta postura el art. 177 bis de la Anteproyecto de Reforma del Código Penal postula un título nuevo, el VII bis dirigido a la regulación de «La trata de seres humanos» con lo que se abre la posibilidad de perseguir estas conductas frente a cualquier ser humano, sea nacional o extranjero.

Otro problema que se ha suscitado respecto del posible abanico de sujetos pasivos, es decir, de víctimas, era la posibilidad de extender la aplicación del delito a los supuestos en los que el sujeto se dedicaba ya a la prostitución. Y en este sentido, suele admitirse como válida tal posibilidad, dadas las condiciones de abuso o engaño a las que se suele someter a estas personas en orden a conseguir el traslado y se encuentran con una situación que para nada tiene que ver con la pactada inicialmente, con jornadas laborales mucho más largas, la aceptación de realización de conductas mediante palizas o maltratos físicos y psíquicos, que no habrían realizado de otra forma, la contraprestación de salarios muy inferiores a los estipulados, incluso en ocasiones inexistentes, etc.

V. Tipos agravados

El apartado cuarto introduce los tipos agravados en los supuestos en los que con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima; o que la víctima sea menor de edad.

Respecto de este último supuesto, la propuesta de sustracción del tipo agravado del carácter de menor de la víctima, del art. 318 bis, convierte cualquier actividad de traslado de un menor, independientemente de sus fines o la carencia de los mismo, en una conducta subsuible en este tipo de trata de seres humanos.

Para ello, en todo caso, como señala la sentencia del TS de 6 de junio de 2007, el menor no debe encontrarse bajo el amparo de su tutor o progenitor y constar la implicación negativa respecto de su indemnidad del mismo, por parte de los presuntos traficantes. Es decir, requiere la vulnerabilidad o indemnidad del menor y, por tanto, en supuestos como el tratado por la sentencia, en el que el menor es trasladado ilegalmente junto con su madre, la conducta quedaría sustraída del ámbito aplicativo del art. 177 bis, debiéndola reconducir al tipo básico de inmigración del 318 bis, del Anteproyecto de Código Penal.

En cuanto a la puesta en peligro, dolosa o por imprudencia grave requerirá, al igual que respecto del actual art. 318 bis 3.º una inferencia, por parte del Tribunal, derivada del análisis de los datos y circunstancias fácticas que figuren en el relato histórico, ya que dicho peligro no es en sí mismo una realidad material directamente perceptible por los sentidos, sino, en su caso, el resultado de un proceso intelectual valorativo de las circunstancias objetivas y físicamente constatables que rodean la situación objeto de análisis (STS de 28 de junio 2007).

Respecto de la adopción de la estructura organizada, como forma de llevar a cabo la perpetración de la inmigración ilegal, pero sobre todo el tráfico de seres humanos, plantea una serie de retos en materia de cooperación judicial cuya armonización se ha realizado, sólo, parcialmente. Dicha cooperación adquiere un mayor papel si consideramos la progresiva conversión de las rígidas estructuras criminales tradicionales en redes criminales con células operativas individualizadas, con alto grado de autonomía en sus actuaciones y estructuras más flexibles, adaptables a las necesidades generadas, heterogéneas en cuanto a la composición de las nacionales de sus miembros. Miembros, en muchos casos, militares de formación y con amplia experiencia en el tráfico de armas, alcohol, tabaco, drogas, falsificación de documentos, que valorando adaptan sus procedimientos al tráfico de personas como negocio, en muchos casos, tan lucrativos como otros tipos de tráfico y menos afflictivos desde el punto de vista de la dificultad de procesamiento y de las penas con las que están castigadas dichas conductas.

El problema principal es que cada vez más, las redes actúan como sistemas interconectados de forma más o menos flexible, sin una jerarquía estricta, con una relación basada en criterios de especialidad, y dirección de las redes desde otros países a través de modernas formas de comunicación o, en todo caso, personas jerárquicamente independientes que ejecutan diferentes roles, en función de la fase de desarrollo del tránsito y, en muchos casos, con estructuras de tipo empresarial.

Si tenemos en consideración, que en un alto porcentaje el origen de las personas traficadas se sitúa en Hispanoamérica, África y países asiáticos, y que las redes de captación y de traslado se ubican en los países de origen, el problema de la detención y traslado, en dichos países, genera un problema de cooperación que lógicamente no se da respecto de aquellos países del este europeo, igualmente, proveedores de personas traficadas y marco de aplicación de la Euroorden.

Precisamente, la búsqueda de lucro, como finalidad principal del tráfico genera la necesidad de intercambiar información y cooperación en la creación de estrategias financieras; cooperación judicial en la captación de beneficios ilícitos y decomiso de los beneficios obtenidos

mediante el ilícito tráfico, de forma que si desaparecen estos se desincentiva la actuación criminal. En esta línea de trabajo debemos situar la Acción Común de 3 de diciembre de 1998 (DO L 333, de 9.12.1998, p. 1), relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito y, parcialmente, la propia Euroorden que no sólo requiere la entrega de objetos que pudieran servir como prueba, en su artículo 20.1.a, sino de todo aquello que posea la persona buscada como resultado del delito. No obstante, no podemos olvidar la estructura empresarial mencionada, respecto del tráfico de personas y, por tanto, la necesidad de ampliar la medida respecto de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas que sirven de marco de actuación para los traficantes, por ejemplo clubes de alterne y bares, dedicados a la explotación sexual, o empresas de fabricación textil, agrícolas o ganaderas, etc., dedicadas a la explotación laboral. Para dicho comiso, la falta de justificación por parte del detenido de los indicios que debieran ser incluidos en la orden de detención, siempre que el valor de los mencionados bienes sea desproporcionado respecto de la renta declarada o respecto de la actividad económica del individuo, servirá de criterio de fundamentación.

En última instancia, el beneficio tanto en el contrabando como en el tráfico es tan grande que se acepta el posible riesgo de la detención y procesamiento. En este sentido la Euroorden cumple un papel fundamental respecto del reforzamiento de la posición de los operadores jurídicos, pero queda la duda sobre la efectividad preventiva respecto de los delincuentes.

El Anteproyecto, en su apartado sexto, sanciona la pertenencia a una organización o asociación de más de dos personas, incluso que tenga carácter transitorio y prevé una elevación mayor de la responsabilidad para aquellos sujetos que posean una posición con capacidad de decisión en el marco de las organizaciones, así los considerados jefes, administradores o encargados de las organizaciones. Este último término, ciertamente difuso.

Por último, el texto proyectado dedica un tipo agravado concreto dirigido a sancionar las actividades de aquellas personas jurídicas que en cuyo seno se hayan realizado las conductas de trata, a partir de la determinación de su responsabilidad en los términos del nuevo art. 31 bis, sancionadoras con las penas de clausura temporal de sus locales por un período de dos a cinco años, el comiso de los bienes productos y beneficios obtenidos del delito y, paradójicamente, una pena de multa que tiene como referencia una previsión que no existe en el texto del proyectado art. 177 bis, por cuanto equipara multa a la de la persona física, que no ha sido prevista.

VI. Agravación de las penas

Mención especial requiere, por último, la nueva agravación de las penas que realiza el Anteproyecto de reforma de 2008.

El cuadro de penas introducido por la reforma que trasladó al art. 318 bis del CP las prescripciones de la Decisión Marco tienen un carácter aflictivo muy importante, que las equipara en duración, tanto en los tipos base como en los agravados, a los delitos más gravemente penados de nuestro Código.

Así las conductas básicas se mueven en un marco de cinco a ocho años de prisión. Tomando en consideración que dicha conducta puede tratarse de promover, favorecer o facilitar incluso indirectamente, es evidente el refuerzo que desde el punto de vista de la prevención general se le ha dado al tipo.

Si las conductas de tráfico o inmigración clandestina tienen como propósito la explotación sexual, laboral o tráfico de órganos, las penas se mueven entre ocho y doce años de prisión. En este sentido, debemos tener en cuenta que la producción efectiva de la explotación, normalmente mediante prostitución o pornografía, va a dar lugar a la aplicación de aquellos delitos que tipifiquen la afección a los bienes jurídicos concretamente afectados, con lo que el resultado punitivo tendrá que ser más elevado, debiendo añadirse la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, si los culpables realizaran los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

De ocho a doce años de prisión corresponderán a los sujetos activos de las conductas previamente descritas si perteneciera a una organización o asociación dedicada a tal actividad, que en el caso de sujetos responsables podría llegar a permitir la aplicación de penas en un marco de entre diez y dieciocho años de prisión.

En definitiva, el mantenimiento de la línea de rigor punitivo que supera, en mucho, la prevenciónista marcada por la Decisión Marco del 2002.

Corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado: novedades del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008

Norberto J. de la Mata Barranco

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco (Bilbao-Bizkaia)

I. Introducción: el concepto de corrupción

El Diccionario de la Lengua editado por la Academia Española define la corrupción como la «acción y efecto de corromper o corromperse», esto es, la acción y efecto, en la tercera acepción del término, de «sobornar a alguien con dádivas o de otra manera»; sobornar, se dirá, es «corromper a alguien con dádivas para conseguir de él una cosa». La definición que presentó el informe italiano realizado con motivo de la Decimonovena Conferencia de Ministros de Justicia europeos celebrada en La Valetta en 1994, invirtiendo el enfoque, aludía a la corrupción como el comportamiento de personas con tareas públicas o privadas, que lesionan sus obligaciones para conseguir ventajas injustificadas de cualquier clase. Ha sido también definida en el punto 2 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción, de 21 de mayo de 1996, como «todo abuso de poder o irregularidad cometida en un proceso de decisión a cambio de un incentivo o ventaja indebidos». En la doctrina son usuales definiciones centradas en la idea de utilización de un poder otorgado por un tercero en interés personal del cesionario, distinto del que persigue el titular del poder cedido.

Lo cierto es que no existe un concepto unívoco o unitario de corrupción, que depende de la intención de cada observador, aunque con carácter general en casi todos los intentos de definición aparecen normalmente tres elementos: el abuso de una posición de poder, la consecución de una ventaja patrimonial a cambio de su utilización y, aunque explícitamente no acostumbra a señalarse, el carácter secreto del pago, poniéndose de relieve la necesidad de que concurren dos partes para que la misma pueda perfeccionarse pero, frente a la acepción lingüística inicialmente transcrita, primando de forma lógica desde un punto

de vista de lesividad material la perspectiva que atiende a la posición de quien ostenta el poder decisorio más que a la de quien trata de compensar económicamente la utilidad pretendida.

Puede sin duda aludirse a la corrupción desde un punto de vista económico, ético, jurídico, lingüístico, moral, psicológico o sociológico. Son muy diferentes las causas que la generan, así como las estrategias para su contención. Pero si en algo existe consenso es en la necesidad de afrontar la misma tanto desde posiciones represivas como preventivas, concibiendo la corrupción desde una perspectiva global que no la ubique de forma exclusiva en el campo penal.

El fenómeno de la corrupción, analizado desde una vertiente jurídico-penal y vinculado cada vez en mayor medida al mundo de la criminalidad organizada, se extiende a numerosos aspectos de la vida pública, particularmente en el ámbito económico, en relación a cuestiones tales como la tutela de la libre competencia, el secreto de empresa o el libre desenvolvimiento de los mercados, y político, sobre todo en aspectos vinculados a procesos electorales. Ello deberá tenerse en cuenta cuando trate de delimitarse el contenido de injusto de la misma, de difícil sustantividad sin referencias al campo en que se desarrolla, en cuanto que la utilización de esa posición de poder a que se hacía referencia habrá de adquirir relevancia únicamente en función de los distintos intereses que pueda menoscabar.

Con todo, sigue siendo su presencia en el funcionamiento de la Administración Pública la que quizás mayor atención haya merecido por parte de la opinión pública y, en lo que aquí nos interesa, también de las diferentes legislaciones penales de nuestro Derecho histórico, del Derecho comparado así como de nuestra normativa actualmente vigente.

Señala Nieto García que la corrupción pública empieza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público —o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales— no se utiliza correctamente al desviarse su ejercicio, defraudando la confianza de sus mandantes, para obtener un enriquecimiento personal. Y Sabán dirá que estamos ante la utilización de potestades públicas en interés privado, cuando éste difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato constitucional. De nuevo en ambas definiciones se atiende no a la utilización de dinero con fines corruptores, sino a la del poder con fines lucrativos, y en ello no debiera dejar de insistirse. Además, también en ellas se destaca la importancia de que el abuso de poder conlleve la realización de una actuación ilícita. De ahí que una cuestión a la que no ha de prestarse mayor atención es la que hace referencia a lo que el propio Nieto García denomina cultura del regalo, que nada debe tener de malo en

sí, entendido como gesto de deferencia y agradecimiento, en reconocimiento a desvelos y cuidados no comprendidos, por ejemplo y como él mismo señala, en los honorarios de un médico.

Ciertamente la corrupción, como práctica extendida —no se sabe en qué medida—, en lo que aquí interesa, puede lesionar valores básicos del Estado social y democrático de Derecho, afectar a la confianza del ciudadano en el sistema o quebrar la conciencia de co-responsabilidad social y ello debe llevar a la discusión sobre el modelo cultural que quiere adoptarse y sobre si en él se quiere o no integrar este fenómeno. Pero, al margen de discusiones de carácter ético, social o incluso jurídico, pretender una sociedad incorrupta recurriendo al Derecho Penal y creando preceptos que pretendan abarcar todas las formas de corrupción ni es posible criminológicamente ni deseable político-criminalmente, desde los principios que lo informan.

Por eso, se han realizado numerosos e interesantes estudios sobre el fenómeno de la corrupción en este ámbito, destacando aspectos vinculados a los efectos dañosos de la corrupción y sus implicaciones económicas, así como aspectos criminológicos, con especial atención a estadísticas y al estudio de la considerable cifra negra de estas prácticas, motivada principalmente por la ausencia de víctima individual, pero sigue siendo la principal dificultad del analista la consecución de un concepto que permita enfocar el problema, al menos en nuestro caso, desde una perspectiva que se integre en la consecución de los fines que le son propios al Derecho penal.

II. La corrupción en el sector público (de ejercicio de la función pública)

Aunque vinculándolos a este fenómeno se puedan tratar de explicar los fraudes ilegales, la malversación, las negociaciones prohibidas, etc., o incluso la creación de determinados delitos de mero enriquecimiento ilícito, con diferentes denominaciones según las diversas normativas, el delito de cohecho continúa siendo una figura central de la corrupción en el marco de los delitos contra la Administración Pública, cuyo ámbito de aplicación es objeto de permanente discusión.

La definición de cohecho conforme al Diccionario de la Lengua Española es la de «acción y efecto de cohechar o sobornar a un funcionario público», en tanto el término cohechar se define, en su primera acepción, como «sobornar, corromper con dádivas al juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pide».

En nuestro Código Penal vigente el Capítulo V del Título XIX dedicado a los delitos contra la Administración Pública aparece rubricado con la expresión «Del cohecho», abarcando los arts. 419 a 427. Figura delictiva de creciente aplicación por los Tribunales de justicia, se señala, no obstante, que siendo el que más se comete de entre los delitos contra la Administración Pública, más del noventa por ciento de los supuestos de cohecho no tiene vida procesal y, en consecuencia, queda en la impunidad. La importancia que concede a la misma el legislador aparece refrendada, sin embargo, por la pena que se prevé, la mayor de las previstas en el Título XIX, de difícil explicación.

Del cohecho se dice que encabeza el grupo de infracciones delictivas comúnmente denominadas de corrupción, enderezadas a la obtención de un beneficio habitualmente económico y articuladas en torno al elemento común de la instrumentalización del cargo con fines ajenos a los públicos. Se ha señalado incluso que es la máxima expresión del concepto de corrupción, hasta identificarse en cierto modo con su esencia, tanto desde un punto de vista objetivo, en cuanto si corrupción es abuso y desviación de poder, la forma más dañina de este fenómeno es la que afecta al ejercicio del poder público, manifestación directa de la soberanía, que socava los cimientos del concepto mismo de democracia, como subjetivo, en cuanto la traición a los principios que deben regir la actuación de quien ha sido encargado por el cuerpo social para desempeñar ciertas funciones o velar por determinados intereses de carácter público se hace especialmente reprochable, con independencia ahora del contenido que se quiera atribuir a esta última expresión.

Obsérvese que de nuevo en ambas apreciaciones —como en la mayoría de las aproximaciones al concepto que se produzcan— se acenúa el comportamiento del funcionario público, frente a la definición idiomática cifrada en la acción de corromper y, por tanto, en la conducta del particular.

En todo caso, en la regulación española, y ello es común a gran número de legislaciones —aunque minoritariamente haya textos que sólo contemplen la conducta, si se quiere, corrupta—, ambos comportamientos, del funcionario y del particular, aparecen expresamente contemplados. Por un lado, en los arts. 419 a 422, 425 y 426. Por otro, en los arts. 423, 424 y 427.

Si bien se ha destacado que la única nota compartida por todos los tipos de cohecho no es otra que la idea de corrupción, al margen de la constatación de otros elementos comunes, que obviamente claro que los hay, o de la fundamental distinción entre cohecho propio e impropio, interesa insistir en la distinción entre lo que se conoce como cohe-

cho pasivo y cohecho activo. Sea por motivos penológicos sea por otras razones, la práctica totalidad de las legislaciones penales diferencian típicamente la conducta del funcionario de la del particular, que lleva a la doctrina —pero también incluso a numerosos textos penales, aunque no al nuestro— a adoptar para describirlas los diferentes conceptos de cohecho pasivo, el referido al funcionario, y activo, el referido al particular.

Esta terminología, claramente descriptiva del modo en que se ha entendido tradicionalmente la función de cada uno de los sujetos en el proceso delictivo se cuestiona, sin embargo, cuando se observa que la iniciativa puede también provenir del funcionario que, en tal sentido, adoptará una actitud activa —lo cual en el ámbito penal español conduce al legislador de 1944 a incorporar a los tipos de cohecho pasivo y activo, respectivamente, las conductas de solicitar y aceptar solicitudes—, que produce en cierta medida una mixtificación de conductas, dirá algún autor; en cuanto al cohecho pasivo se añade una conducta activa y al activo una pasiva. Con independencia de las críticas que hayan podido formularse contra la previsión de la sanción penal para el particular que cede a la solicitud del funcionario, lo cierto es que cada vez en mayor medida se tiende a romper con la terminología tradicional y aludir simplemente a los términos de cohecho cometido por funcionario y cohecho cometido por particular.

Con una u otra terminología, de cualquier modo deben quedar fuera del ámbito de aplicación del cohecho —y aun comprendiendo éste conductas en que la iniciativa no parte del particular, sino del funcionario, abarcadas en nuestro texto punitivo con la expresión «atender las solicitudes de las autoridades o funcionarios»— todos aquellos supuestos en que la relación se plantea en términos de exigencia o imposición que, sin duda, han de remitir a la figura de la concusión y al correspondiente tipo penal en que se entienda pueda encajar la misma, sea en el ámbito de las coacciones, sea en el de la estafa o los fraudes y exacciones ilegales, sin que sea posible aceptar la distinción entre cohecho activo o corrupción propiamente dicha, en relación a las conductas del particular, y cohecho pasivo, colusión o concusión, en relación a las conductas del funcionario.

Por otra parte, aunque los Códigos penales y el interés de la doctrina hasta ahora se ha centrado en lo que es la corrupción, por decirlo así, interna, legalmente se viene prestando especial atención en los últimos tiempos al fenómeno de la corrupción en el ámbito de la delincuencia transnacional —frente al que la normativa española ha tratado de adaptarse a las propuestas internacionales surgidas en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, la Unión

Europea, el Consejo de Europa o la Organización de Naciones Unidas—, vinculado, no obstante, más a aspectos económicos que a quebrantamientos del buen funcionamiento de la Administración. En cuanto forma de corrupción administrativa debieran poder extrapolarse, al menos parcialmente, las explicaciones que sobre el delito de cohecho se realizan sin perjuicio, no obstante, de las necesarias matizaciones que exige esa vertiente económica y, por tanto, de la interpretación de cuál sea realmente el objeto de tutela.

Hay que citar el Convenio de 25 de junio de 1997 relativo a la lucha contra actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, ratificado por España el 30 de noviembre de 1999 y el Convenio de 17 de diciembre de 1997 relativo a la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, ratificado por España el 3 de enero de 2000, como las dos propuestas internacionales más importantes en este ámbito. A ellos puede añadirse el Convenio de Estrasburgo de 27 de enero 1999 relativo a la corrupción, siguiendo las recomendaciones adoptadas en la 19.^a Conferencia de Ministros de Justicia europeos, en el marco del Consejo de Europa y, en otro espacio regional, la fundamental Convención Interamericana contra la Corrupción adoptada en 1996 en Caracas. El art. 3 del primero de ellos señala que «a efectos del presente Convenio constituirá corrupción activa el hecho intencionado de que cualquier persona prometa o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja de cualquier naturaleza a un funcionario, para éste o para un tercero, para que cumpla o se abstenga de cumplir, de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto propio de su función o un acto en el ejercicio de su función». El apartado 1 del art. 1 del segundo indica que «cada Parte tomará las medidas necesarias para tipificar como delito según su derecho el hecho de que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, directamente o mediante intermediarios, a un funcionario público extranjero para ese funcionario o para un tercero, con el fin de que el agente actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales con el fin de conseguir o de conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales».

Como respuesta al compromiso surgido con la ratificación de ambos Convenios se introduce en el Código Penal español el hoy art. 445. En él, que contiene similares elementos típicos que el delito de cohecho activo recogido en el art. 423, se añaden elementos por lo general contenidos en los delitos de cohecho pasivo, como la posibilidad de cometer el acto

a través de intermediarios y la obtención de un beneficio para sí mismo o para un tercero, así como elementos propios derivados de la normativa internacional y reflejados en las expresiones «con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en el ejercicio de funciones públicas», «para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular» y «en la realización de actividades económicas internacionales».

Prescindiendo de otras cuestiones que ahora no se pueden considerar si interesa destacar que aunque el art. 1.2 del Convenio de diciembre de 1997 señala que «cada Parte tomará todas las medidas necesarias para tipificar como delito la complicidad, incluidas la incitación, el auxilio, la instigación o la autorización de un acto de corrupción de un funcionario público extranjero» y que «la tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público extranjero constituirán delitos en la misma medida que la tentativa y la confabulación para corromper a un funcionario público de esa Parte» —lo que denota la especial intensidad con que se pretende la intervención penal, que incluso podría abarcar supuestos de cohecho activo impropio no contemplados por la normativa española integrando éstos con cualquier prestación incluso de naturaleza no económica, así como formas de participación o de ejecución imperfecta en el mismo—, en los Comentarios al Convenio se especifica que si cualquiera de los actos enumerados no es en general punible según el ordenamiento jurídico del Estado Parte no se exigirá su tipificación respecto a la corrupción del funcionario extranjero.

Aun cuando el propio precepto remite a las penas del art. 423 y, al menos en su primera parte, presenta una estructura muy similar a la de éste, la complejidad que plantea su análisis, a mi juicio, enlaza con la concreción de su bien jurídico respecto al cual, y aunque en un primer momento puede parecer referido al correcto ejercicio de la función pública —transnacional—, la perspectiva económica aporta un elemento fundamental —y ya presente en la normativa de otras legislaciones, como la alemana, la francesa o la suiza— que enlaza con la problemática de la corrupción privada. Su análisis quedará al margen de este estudio pues complicaría la exposición que aquí se pretende.

Téngase en cuenta en todo caso, por una parte, que aunque sin duda va a ser la penalización de estas conductas la tendencia en el posible futuro desarrollo de un Derecho penal de la Unión Europea, seguir manteniendo un único concepto —el de cohecho— para definir conductas que pueden afectar a bienes jurídicos muy diversos, además de los equívocos que pueda generar, va a suponer constatar que si bien dicho concepto refleja claramente la clase de conducta que pretende describirse —incitación por precio a una instrumentalización del cargo contraria al correcto desempeño de éste— no ocurre lo mismo con el

desvalor que trata de reflejar, en cuanto el mismo no va a poder concretarse si no se especifica cuál es el desvalor de la conducta que desea obtenerse con la contraprestación económica, en cuanto nada tiene que ver el correcto desarrollo de la libre competencia, por ejemplo, con el proceso de obtención de una resolución administrativa a la que no se tiene derecho, por más que ambos puedan venir condicionados por la interferencia de intereses económicos. Y, por otra, que las propuestas internacionales claramente expansivas y su voluntad de que se consideren punibles incluso conductas de complicidad al cohecho activo implican la sanción de comportamientos ciertamente muy distantes en punto a su lesividad de dicho desvalor.

III. El delito de cohecho: aspectos principales

El delito de cohecho encabeza el grupo de infracciones denominadas de corrupción, en que se produce una instrumentalización del cargo con fines ajenos a los públicos. El bien jurídico tutelado en todo el Capítulo se ha señalado que ha de cifrarse en el respeto a los principios de imparcialidad y objetividad en el desempeño de la actividad pública —en ocasiones, y respecto a algún tipo en concreto se alude también a la quiebra del principio de legalidad— sin que a mi juicio se explique satisfactoriamente, sin embargo, cómo se quiebra la imparcialidad cuando se ejecuta un acto propio del cargo, cuando se recibe una dádiva sin intención alguna de hacer algo a cambio de ella o cuando se recibe para cometer, por ejemplo, un delito de falsificación en documento público. La tesis tradicional dirá que el principio de imparcialidad que se menoscaba ha de entenderse como ausencia de interferencias en la adopción de decisiones públicas, que únicamente deben estar guiadas por los fines que legalmente justifican su desempeño, principio que se entenderá lesionado por las conductas típicas que hacen referencia a la actuación del funcionario y puesto en peligro por las que refieren conductas de un particular.

En mi opinión, lo que late como trasfondo de la sanción de las conductas de cohecho —y de la exarcebación punitiva frente a ellas— es la idea de atajar el aprovechamiento de una situación de poder frente a terceros, de abortar conductas de deslealtad en el ejercicio del cargo o, simplemente, un enriquecimiento ilícito. La cuestión es si ello merece ser objeto de sanción cuando no se traduce en una lesión para intereses colectivos o individuales concretos.

Nos encontramos, y sobre ello ya no hay discusión, ante tipos de participación necesaria, algunos de ellos pluripersonales, aun cuando

en la tipificación del Código se distingan en diversos artículos las conductas de las dos partes que se encuentran en esa participación: unos, destinados a contemplar la conducta del funcionario, que se denominan delitos o modalidades de cohecho pasivo; otros, previstos para sancionar la conducta del particular, que se calificarán como de cohecho activo. Hay que distinguir, además, como es sabido, entre el cohecho propio y el cohecho impropio —sean pasivo o activo— y entre el cohecho antecedente y el cohecho subsiguiente.

Siguiendo el orden legal, en el art. 419 se contempla una primera modalidad de cohecho pasivo propio —pasivo en cuanto hace referencia a la conducta de un funcionario y propio en cuanto que lo que éste se compromete a ejecutar no es lícito— que describe el comportamiento de un funcionario que por un precio —dádiva o presente— se compromete a cometer un delito. El aparente carácter pluriofensivo (pues además de la lesión para el bien protegido por estas figuras en general, sea el que sea, se pone peligro el bien jurídico que se tutela frente al delito que pacta cometer el funcionario público), parece es lo que explica —yo no creo que justificadamente— la especial gravedad de la pena a imponer.

Es cuestionable la distinta penalidad entre esta figura y la que sanciona el art. 420, pues si el núcleo del injusto del delito de cohecho —en cualquier modalidad— se agota en la adopción de un acuerdo o en su intento, con independencia de lo que acontezca en su ejecución —y no se exige en consecuencia que ni el delito al que se hace referencia en el art. 419 ni el acto injusto referido en el art. 420 se lleven a cabo—, la pena debiera ser la misma.

En cuanto delito especial, sólo puede ser cometido por funcionario público, con la salvedad de la extensión de la autoría que —tanto en relación al art. 419 como a los arts. 420 y 421— se formula en el art. 422 a los jurados, peritos y cualesquiera personas que participen del ejercicio de funciones públicas. Previsión expresa quizás innecesaria dada la amplitud que en sí ya tiene el art. 24 del Código Penal.

La conducta típica de esta modalidad de cohecho consiste específicamente en solicitar, recibir o aceptar el ofrecimiento o promesa de dádivas o presentes para la realización, en el ejercicio del cargo, de una acción u omisión constitutiva de delito.

Habla el legislador de solicitar, en cuanto declaración de voluntad, determinada y clara, ya de forma expresa, ya de modo tácito; por recibir hay que entender la efectiva admisión de la dádiva o presente, con previa o simultánea adopción del acuerdo; la aceptación del ofrecimiento o promesa implica que se posterga la efectiva entrega pero que existe ya un acuerdo en relación con ella.

Estas conductas, mixtas alternativas, se vinculan con la obtención de una dádiva o presente, concepto de controvertida interpretación y, según doctrina dominante, restringible —injustificadamente— al ámbito de las prestaciones valorables económicamente. Quedan por supuesto al margen del precepto todo lo que tenga que ver con regalos de cortesía que se efectúan dentro de los usos sociales habituales. De hecho, lo que es necesario es que las dádivas o presentes sean idóneas para poder quebrar el objeto de tutela (según su interpretación tradicional) y que exista, en consecuencia, proporcionalidad en relación con el fin que con ellas o ellos se pretende.

La dádiva podrá tener como beneficiario al propio funcionario o bien a un tercero, siempre que, indirectamente al menos, aquél obtenga algún beneficio.

Y su solicitud, recepción o promesa han de hacerse a cambio de la realización por el funcionario de un acto, en el ejercicio de su cargo, constitutivo de delito. Un acto, por tanto, para el que el funcionario sea genéricamente competente; queda excluida entonces la comisión de delitos comunes que no guardan relación con el ejercicio de funciones públicas, pues en modo alguno se lesionará o pondrá en peligro ese principio de imparcialidad que se fija como objeto de tutela (que no obstante, insisto, tampoco se quiebra con la comisión por parte del funcionario de un delito de falsedad, malversación o contrabando). Un acto que, en todo caso, no se tiene por qué producir para que el delito se consume pues el legislador adelanta las barreras de penalidad equiparando la obtención del acuerdo con su intento.

Aunque estemos ante un delito de participación necesaria en que conductas de inducción o cooperación se elevan a la categoría de conductas de autoría, es posible participar en el delito, por ejemplo, recibiendo la dádiva por persona interpuesta. Pero cuando se trata de la participación del particular que entrega o promete la dádiva —sólo ésta—, la misma es la que se convierte en autoría del correlativo art. 423.

La pena que prevé el precepto, la más grave de cuantas se contemplan en el Título XIX del Código, es de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, al margen del concurso de delitos que quepa establecer con el delito objeto de acuerdo en caso de que se cometa o se intente cometer (cuestión ésta objeto de controversia pues un sector de la doctrina, que comparto, no descarta la existencia en tales casos de un concurso de normas y no de infracciones).

En cuanto al art. 420 —también cohecho pasivo propio—, la única divergencia con el precepto anterior reside en la naturaleza del acto

objeto de acuerdo, que en éste ha de ser no un delito sino un acto injusto. Son varios los autores que entienden que también aquí estamos ante un delito pluriofensivo en cuanto además de conculcarse el principio de imparcialidad se pone en peligro el principio de legalidad, puesto que la decisión que el funcionario puede tomar no va a estar guiada por los intereses que justifican legalmente su adopción, sino por motivos ajenos a los públicos.

En cuanto al acto injusto, por tal ha de entenderse —como en el delito de prevaricación— el acto groseramente ilegal, por razón de contenido o de forma, siempre que se trate de aspectos esenciales del mismo; tanto en relación a actos reglados como discrecionales; y no sólo en cuanto a lo que pueda ser una resolución.

La pena prevista es de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años si el acto se llega a ejecutar, mientras que si esto no ocurre la prisión será de entre uno y dos años y la inhabilitación de entre tres y seis años.

En el art. 421 —tercera y última modalidad de cohecho pasivo propio— la diferencia con el precepto anterior radica en que el acto propio del cargo por el que se gratifica al funcionario es la abstención de un acto que deba practicar, lo que se ha entendido también abarca conductas de diferir o demorar, siempre, claro está que sea él el específicamente competente para realizarlo; en caso de que el acto realmente no se deba ejecutar —y el funcionario haga creer que sí—, el ámbito es el de la estafa y no el del cohecho.

La pena que en el precepto se prevé es de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, con independencia —a diferencia de lo que ocurre en el caso del art. 420, y no se entiende por qué— de la ejecución o no de lo acordado.

Los arts. 425 y 426 contemplan comportamientos del funcionario —de cohecho pasivo impropio— vinculados al ejercicio de actos del cargo que no son injustos, en cuatro modalidades diferentes, sin que en relación a ninguna de ellas sea punible la conducta del particular.

En el art. 425 se penaliza en primer lugar la solicitud o aceptación de dádiva, presente o promesa por realizar un acto propio del cargo. Un sector de la doctrina ha entendido esta expresión como equivalente a la de acto de carácter discrecional que puede perjudicar la situación de un tercero, siempre, claro está, que sea conforme a derecho la decisión adoptada, pues en caso contrario habría que acudir al art. 420. De este modo el art. 426, en su segundo inciso al que enseguida me referiré, quedaría para la realización de actos reglados cuya ejecución no perjudica a nin-

gún otro. Tiene quizás sentido la distinción entendiéndose que en el primer caso puede quebrarse el principio de imparcialidad al tomarse una decisión lícita pero condicionada por la mejor predisposición hacia un particular concreto, lo que no ocurre cuando se realiza un acto que se ha de realizar porque está obligado a ello el funcionario, en que simplemente podrá entenderse que se ha instrumentalizado el cargo para obtener un beneficio económico. De ahí la mayor pena para el primer supuesto. Lo que ocurre es que es la expresión «acto no prohibido» del art. 426 más que la expresión «acto propio del cargo» del art. 425 la que parece indicar ese aspecto discrecional. Y quizás, manteniendo la distinción, habría que intercambiar las expresiones de uno y otro precepto.

En el art. 425 se ubica también como segunda conducta típica el denominado cohecho subsiguiente, sancionándose al funcionario que, tras adoptar una decisión propia del cargo —justa o injusta—, intenta obtener un acuerdo o lo obtiene para que el particular remunere el acto ejecutado. Estamos en realidad ante supuestos de cohecho en que se ha constatado la entrega de la dádiva pero es difícil probar el acuerdo, por lo que deberá limitarse la aplicación del precepto a supuestos especialmente graves. La pena que se prevé es únicamente de multa —del tanto al triplo del valor de la dádiva— y suspensión de empleo o cargo público —de seis meses a tres años— salvo que se recompense un acto constitutivo de delito, en cuyo caso se impondrá una prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses —no se entiende muy bien porqué aquí se sustituye la multa proporcional por una multa calculada por el sistema de días— e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años, además, dice el Código, de la que corresponda por el delito cometido.

En el art. 426 se incriminan dos supuestos, ninguno de los cuales en realidad es un auténtico cohecho —al menos desde la consideración tradicional de esta figura—, al no lesionarse en ninguno de los casos el principio de imparcialidad. La sanción se ha entendido que responde más a criterios éticos y en realidad de lo que se trata es de penalizar la instrumentalización del cargo para obtener algún tipo de beneficio, lo que es común, sin duda, a cualquier modalidad de cohecho.

En el primer inciso del artículo se sanciona la aceptación de dádivas por parte del funcionario, ofrecidas en consideración a su función. Quizás pudiera entenderse que se trata de evitar una futura quiebra del principio de imparcialidad, una progresión criminal en la conducta desleal del funcionario, pero difícilmente estamos ante algo más que la sanción de un comportamiento incorrecto, desleal, abusivo del funcionario. El límite en el merecimiento de intervención penal en estos casos obliga, en todo caso, a una interpretación material y restrictiva

en cuanto a las conductas que puedan subsumirse en él. En este sentido se ha señalado que tres requisitos que debieran exigirse siempre son: 1.º que el funcionario corrupto tenga competencia para influir en el ámbito de actividad de quien entrega la dádiva; 2.º que el particular tenga pendientes cuestiones a resolver por parte del funcionario —aunque de exigir este requisito difícilmente podría entenderse que la dádiva se ofrece sólo en consideración a la función y no por otros fines—; y 3.º que la dádiva tenga capacidad para influir en la voluntad del funcionario. Quizás en realidad estemos simplemente también aquí ante supuestos de cohecho en que consta la entrega de una dádiva pero es difícil probar acuerdo alguno entre funcionario y particular.

Es en el segundo supuesto donde se sanciona la aceptación de dádivas por parte del funcionario, ofrecidas para la consecución de un acto no prohibido, concepto que parte de la doctrina lo interpreta, según se señalaba antes, como acto conforme a derecho de naturaleza reglada, aunque la expresión «no prohibido» indique más la idea de que puede adoptarse aunque también pudiera no adoptarse el acto —adoptándose otro— y en consecuencia remita más a actos discrecionales que a otra cosa.

La pena en cualquiera de los dos supuestos del artículo es únicamente de multa de tres a seis meses.

El art. 423 —donde se contempla el cohecho activo— es el reverso de los arts. 419, 420 y 421, en relación con la conducta que realiza el particular. Precepto lógico, a partir de la consideración del delito de cohecho como de participación necesaria y, en estos casos de cohecho propio, pluripersonal.

La intervención del particular en las conductas de cohecho del funcionario será impune en relación con los comportamientos de cohecho impropio, menos graves, descritos en los arts. 425 y 426; interpretación discutida pero difícil de negar a partir de la ubicación sistemática del precepto y los cambios operados a lo largo del tiempo en la misma.

La razón de la incriminación acostumbra a fundamentarse en el hecho de que el particular también puede afectar el funcionamiento de la Administración. En relación con el objeto de tutela concreto del delito de cohecho, se dirá que poniendo en peligro el principio de imparcialidad (peligro que también podría afirmarse en caso de que se defienda otro bien jurídico en estos delitos).

Sujeto activo del art. 423 lo podrá ser tanto un particular como el funcionario no competente para realizar el acto objeto de las dádivas, que corrompe o trata de corromper al funcionario competente.

Esta acción de corrupción —a pesar de la cuestionable terminología utilizada— no puede sino hacer alusión a la obtención del acuerdo

—o al intento de que éste se produzca— entre particular y funcionario por la realización por parte de éste de las conductas descritas en los arts. 419, 420 y 421.

La pena varía en función del objetivo perseguido, imponiéndose a los particulares las mismas penas que se imponen a los funcionarios por la autoría de estos delitos (pfo. 1.º). Pena que, no obstante, se atenuará obligatoriamente en un grado en caso de que la iniciativa provenga del funcionario (pfo. 2.º).

En cuanto al art. 424, se trata también de un cohecho activo, pero con pena atenuada por el menor desvalor de la conducta descrita. La dádiva se ha de entregar, ofrecer o prometer a un Juez o Magistrado, competente para resolver el procedimiento penal en el que está incurso el cónyuge o pareja, ascendiente, descendiente o hermano (o afín de igual grado) con el fin de que la resolución judicial que se dicte al efecto favorezca al procesado, siempre que ésta no sea conforme a Derecho.

Finalmente, el art. 327 contempla una cláusula de exención de responsabilidad, sólo para el particular y siempre que concurren, cumulativamente, tres circunstancias: 1.ª Que se haya accedido ocasionalmente a la solicitud de entrega de la dádiva; 2.ª Que la iniciativa corruptora no haya procedido del particular; y 3.ª Que denuncie el hecho en el plazo de diez días desde el acuerdo con el funcionario y sin que se haya iniciado todavía el correspondiente procedimiento penal. La exención, obviamente, sólo beneficiará a quienes denuncian el hecho, conjunta o individualizadamente.

IV. La reforma del delito de cohecho en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

El Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en lo que al delito de cohecho concierne contiene el siguiente articulado:

Título XIX Delitos contra la Administración Pública

Capítulo V Del cohecho

«Art. 419.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofreci-

miento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito.

Art. 420.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuere constitutivo de delito.

Art. 421.

Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.

Art. 422.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.

Art. 423.

Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Art. 424.

1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar, será castigado, en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida, sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por éstos.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.

Art. 425.

Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.

Art. 426.

Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

Art. 427.

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios comunitarios o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

A estos efectos se entenderá que es funcionario comunitario:

1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas;

2.º toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas.

3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatu-

to de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable.

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro [...]

Capítulo X

De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales

«Art. 445.

1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando el delito fuere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediese la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código se le impondrán las penas de prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»

La justificación y explicación que se dan de la nueva Regulación en la Exposición de Motivos del Anteproyecto es la siguiente:

«[...] En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio europeo sobre la corrupción del Consejo de Europa y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

En base a lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. A ello se suma la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero de otro país miembro de la UE.

A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Pese a ello, lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al artículo 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos [...].»

Frente a ella, y frente al texto presentado por el Ministerio de Justicia, la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe preceptivo que sobre su contenido tiene que realizar, se centra en dos aspectos:

En primer lugar, critica el Informe con razón que el nuevo art. 420 equipara las conductas omisivas consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto propio del cargo con las conductas activas consistentes en realizar un acto propio del cargo, a las que se asigna menor pena que a las conducta activas del art. 419 consistentes en

realizar un acto contrario al cargo, lo que si bien podría defenderse cuando la omisión no fuera delictiva —y ni aún así, según la lógica del Código—, no se entiende cuando es delictiva —así, por ejemplo, en el caso de una prevaricación, una omisión del deber de denunciar un delito ambiental o una omisión del deber de promover la persecución de un delito—, lo que entiende habría que corregir, manteniendo el sistema valorativo del Anteproyecto, que considera técnicamente correcto, ya que, dice, es coherente con la naturaleza de estos delitos, cuyo desvalor fundamental se asienta en la existencia o inexistencia de varias infracciones de los deberes del funcionario a la hora de actuar o de no hacerlo. En todos los tipos de cohecho, añade el Consejo, existe una infracción del deber —éste el aspecto a mi juicio que impregna todos estos delitos—, por la presencia de la dádiva a la que no se tiene derecho, pero la misma entiende que no es capaz de dotar de diferencia valorativa a unos u otros comportamientos. El criterio básico de sistematización comparte el Consejo con el legislador que ha de ser si el acto a realizar es o no contrario a los deberes del cargo, siendo entonces necesario trasladar al art. 419 las omisiones consistentes en no realizar o retrasar injustificadamente un acto que deba realizar el funcionario.

Ciertamente con ello se corregirían distinciones de penalidad que, en la actualidad, no acaban de entenderse. Pero habría que explicar, y no lo hace ni la Exposición de Motivos ni el Informe del Consejo dónde reside el desvalor de la realización de un acto conforme al deber del cargo; si dicho desvalor no existe, el único desvalor del cohecho impropio residiría en la obtención de la dádiva; pero es que en el caso del cohecho propio si, por ejemplo, el funcionario desde un primer momento sabe que, a pesar de recibir la dádiva, nunca va a realizar acto contrario alguno al deber del cargo (engañando al particular), tampoco se observa otro desvalor que el de la recepción de la dádiva, en cuyo caso ambas clases de cohecho merecerían la misma pena, vinculada a, simplemente, la instrumentalización del cargo.

En segundo lugar, en cuanto a la exención de pena del art. 426, entiende el Informe que continúa arrastrando el defecto político-criminal del breve plazo de diez días que prevé para efectuar la denuncia, así como la inutilidad de exigir que ésta se produzca, además, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, pues es difícil dicha apertura en menos de diez días después de cometerse el hecho denunciado, salvo que la misma se produzca en base a la, a su vez, denuncia de otro interviniente en el cohecho. Considera además que lo coherente sería que la exención dependiera de la colaboración activa del particular, facilitando pruebas para la persecución del delito y de

sus responsables, y no sólo de la mera denuncia de los hechos. Y finalmente señala que, además, debiera reflexionarse sobre la conveniencia de introducir una atenuación de la pena en uno o dos grados en caso de denuncia y aportación de pruebas en relación a actos de colaboración de menor intensidad, aunque relevantes, o bien en caso de denuncia y actos de colaboración más distanciados de la fecha de comisión del cohecho.

En mi opinión, al margen ciertamente de las cuestiones técnicas que apunta el Consejo, el problema de esta cláusula sigue siendo el de la legitimidad político-criminal de las cláusulas premiales y el del contenido que ha de darse a las mismas, desde una perspectiva de exigencia de colaboración con las Autoridades o desde una perspectiva de puro desistimiento post-consumativo cuando todavía, materialmente —no formalmente— no se ha producido lesividad alguna.

V. **Comparativa de la regulación actual del cohecho (corrupción en el sector público) con la proyectada por el Anteproyecto**

1. *Síntesis del Texto actualmente vigente*

El Texto todavía vigente del Código Penal en esta materia —parece que el Anteproyecto o, al menos, este Anteproyecto no se transformará ni siquiera en Proyecto de ley, aunque seguramente el nuevo, que lo habrá, no variará mucho en relación a la redacción de estos artículos— puede esquematizarse del siguiente modo:

- 1.º Cohecho pasivo propio (para cometer un delito): art. 419.
- 2.º Cohecho pasivo propio (para cometer un acto injusto): art. 420.
- 3.º Cohecho pasivo propio (para omitir un acto debido): art. 421.
- 4.º Extensión de la autoría a jurados, peritos, etc.: art. 422.
- 5.º Cohecho activo propio: art. 423.
- 6.º Cohecho activo propio en causa criminal: art. 424.
- 7.º Cohecho pasivo impropio (para ejecutar un acto propio del cargo): art. 425.1 inciso 1.
- 8.º Cohecho pasivo impropio (cohecho subsiguiente): art. 425.1 inciso 2.º y art. 425.2.
- 9.º Cohecho pasivo impropio (por aceptación de regalos): art. 426 inciso 1.º.
- 10.º Cohecho pasivo impropio (para ejecutar actos no prohibidos): art. 426 inciso 2.º.
- 11.º Exención de responsabilidad: art. 427.

2. Regulación que no se modifica con el Anteproyecto de 2008

A. El art. 422 pasa a ser un *nuevo art. 423*, que permanece con el mismo texto, con la única variación de incorporarse como posible autor del delito a los «administradores o interventores designados judicialmente» (que en realidad ya participan, como dice el texto actual, del ejercicio de la función pública, con lo que su mención expresa no parece necesaria) y ampliarse su aplicación a todo tipo de cohecho pasivo (propio o impropio) y no como hasta ahora sólo al propio.

B. El art. 424 pasa a ser un *nuevo art. 425*, que permanece con el mismo texto, con la única variación de aumentarse sustancialmente la pena, que de multa pasa a ser de prisión y, al variarse el art. 423, entenderse también a cohechos activos impropios.

C. El art. 426 inciso 1.º pasa a ser un *nuevo art. 422*, que permanece con el mismo texto, con diferencias de matiz al modificarse la expresión «en consideración a su función» por la nueva «en consideración a su cargo o función» (que era como ya se interpretaba actualmente el precepto) y la única variación, como siempre, de aumentarse sustancialmente la pena, que de multa pasa a ser de prisión y suspensión de empleo y cargo público.

D. El art. 427 pasa a ser un *nuevo art. 426*, que permanece con el mismo texto, modificándose sólo la nueva referencia que se hace al concepto de «retribución» (junto al de dádiva, que se mantiene). Ahora bien, mientras los arts. 419 y 420 utilizarán en el Anteproyecto la expresión «dádiva, favor o retribución», el art. 422 hablará de «dádiva o regalo», el art. 424 de «dádiva o retribución de cualquier clase» y este art. 426 también de «dádiva u otra retribución». No se entiende por qué no se han unificado los términos, decidido el legislador a sustituir la insuficiente expresión actual «dádiva» de los vigentes art. 419, 420 y 421 o las también incompletas «dádiva o presente» o «dádiva o regalo» de los arts. 425 y 426 o la también insatisfactoria «dádiva o presente» del propio actual art. 427, en el afán por captar cualquier tipo de ventaja que pueda obtener el funcionario, no sólo económica.

3. Regulación que se introduce con el Anteproyecto de 2008

No tiene precedente alguno lo que sería el *nuevo art. 427*, relativo a la aplicación de la nueva normativa también cuando los hechos sean imputados o afecten a funcionarios comunitarios o de otros paí-

ses de la Unión Europea, algo obligado por el compromiso internacional asumido con el Convenio europeo sobre la corrupción del Consejo de Europa y el Convenio establecido sobre la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea y las dudas que existían sobre si los sujetos a que se alude en el precepto podían encuadrarse o no en el concepto de funcionario público del vigente art. 24.

4. *Regulación que cambia con el Anteproyecto de 2008*

A. Los arts. 419 y 420 se unifican en un *nuevo art. 419* (nuevo cohecho pasivo propio para cometer un acto injusto), con un incremento notorio de penas, tanto en relación con las del actual art. 419 como, más aún, con las del art. 420 (salvo en lo concerniente a la multa del actual art. 419, que puede disminuir). No se entiende de entrada la elevación de las penas si la misma se justifica únicamente, como señala la Exposición de Motivos, en la necesidad de contar con penas en los casos graves «que puedan dar lugar a la extradición»; si esto es lo que se pretende, lo procedente debiera ser disminuir las exigencias de la extradición permitiendo la misma ante delitos con penas inferiores a las que actualmente la facultan; no invertir el orden lógico de las cosas incrementando las penas por cuestiones puramente procesales. Por otra parte no se acierta a entender la variación en la previsión de la multa, que de un sistema de multa proporcional pasa a uno de días-multa, que con ello podrá —no necesariamente— disminuir en la cantidad a imponer. De todos modos, la exacerbación punitiva parece exagerada en relación con lo que son las penas que se prevén para otras conductas de no menor —o mucho menor— desvalor, como, por ejemplo, la prevaricación. La unificación de conductas es en todo caso acertada, si bien insuficiente; cuando menos, por no incluir las conductas omisivas de carácter delictivo o injusto.

B. Los arts. 421, 425.1 inciso 1.º y 426 inciso 2.º se unifican en un *nuevo art. 420*, previsto para una parte del cohecho pasivo impropio (no toda, porque queda fuera la recepción de dádiva en consideración a la función) y una parte de cohecho pasivo propio (la omisión ilícita), incrementándose muchísimo las penas; de nuevo, salvo en lo concerniente a la multa del actual art. 421, que puede disminuir —sin que tampoco aquí se entienda por qué razón se cambia el sistema de multa proporcional—, y salvo cuando la omisión sea constitutiva de delito, supuesto en el que disminuye la pena a aplicar, ya que en la actualidad hay que aplicar no el art. 421, sino el art. 419. La agrupación de nuevo

es acertada (no en el caso de las conductas omisivas ilícitas que debieran ubicarse en el precepto anterior), pero insuficiente, porque debiera abarcar también —de entenderse necesitadas de punición— las conductas del nuevo art. 422.

C. El art. 425.1 inciso 2.º y el art. 425.2 se transforman en un *nuevo art. 421*, en el que se incrementan muchísimo las penas, unificándose el cohecho subsiguiente en una única figura que, a efectos de penalidad, se equipara al nuevo cohecho antecedente en sus dos modalidades de los arts. 419 y 420.

D. El art. 423 se convierte en un *nuevo art. 424* en el que, en primer lugar, se sanciona tanto el cohecho activo propio como el cohecho activo impropio (no sólo como hasta ahora el propio), sin diferenciar, en segundo lugar, que la iniciativa provenga o no del funcionario (lo que hasta ahora sí se hacía rebajándose la pena en este segundo caso), y contemplándose expresamente, en tercer lugar, la posibilidad de sancionar al particular, además de como autor de este delito de cohecho, como inductor del delito que en su caso pudiera intentar o consumir el funcionario público en función de la dádiva, favor o retribución recibidos, solicitados o prometidos (lo que hasta ahora estaba vedado, no legalmente, pero sí doctrinal y jurisprudencialmente, si no unánimemente si al menos con carácter mayoritario, al margen de la previsión del actual art. 419 que permitía sólo el concurso de infracciones —lo que tampoco comparo— en relación a la sanción del funcionario; no del particular).

E. Y, como ya antes se ha señalado, con mayor o menor fortuna el legislador trata de *ampliar el concepto actual de dádiva* (y presente) en todas las figuras procurando abarcar cualquier clase de retribución, no sólo dineraria y no sólo valorable en dinero.

5. Síntesis del Texto del Anteproyecto

Con estas reformas, el nuevo esquema del delito de cohecho sería el siguiente:

- 1.º *Nuevo Cohecho pasivo propio unificado para conductas activas (ya se trate de ejecutar conductas ilícitas, ya conductas delictivas):* art. 419.
- 2.º *Nuevo Cohecho pasivo impropio unificado para conductas activas (ejecución de actos del cargo), con idéntica penalidad que el cohecho pasivo propio en relación a conductas omisivas, ubicados ambos en el mismo artículo:* art. 420.

- 3.º Cohecho pasivo subsiguiente (en relación con cualquiera de los anteriores): art. 421.
- 4.º Cohecho pasivo impropio por aceptación de regalos: art. 422.
- 5.º Extensión de la autoría a jurados, peritos, etc.: art. 423.
- 6.º Cohecho activo propio y *nuevo cohecho activo impropio*: art. 424.
- 7.º Cohecho activo propio en causa criminal y *nuevo cohecho activo impropio en causa criminal*: art. 425.
- 8.º Exención de responsabilidad: art. 426.
- 9.º *Nueva previsión de la extensión de responsabilidad a funcionarios comunitarios y de países de la Unión Europea*: art. 427.

VI. La corrupción en el sector privado (empresarial)

De la corrupción en el sector privado sólo se ha hablado en la doctrina penal española a raíz de la creación de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 obligatoria para España. La asunción del compromiso de transposición se consideró por algunos autores que obligaba a una modificación del Código español y es ésta la que trata de producirse a través del art. 286 bis del Anteproyecto. De entenderse necesaria la creación de un precepto similar al que se prevé en este texto parece claro que el mismo debe encuadrarse entre los delitos contra el Orden socioeconómico y, más en concreto, entre los que regulan el correcto funcionamiento de un mercado en el que uno de los rasgos que lo definen debe ser el de la competencia leal, como medio de que ofertantes y demandantes se encuentren en dicho mercado de modo libre; esto es, no condicionado por comportamientos que puedan impedir una distribución de productos o servicios que garanticen una formación de precios ajena a actos espúreos y consecuente con las capacidades de cada empresa.

Las cuestiones que interesa resolver, sin embargo, antes de una tipificación precipitada son, en primer lugar, la de si esto es corrupción, al menos en el sentido en que tradicionalmente hemos entendido esta expresión, vinculada a la figura del cohecho. Que quizás sí. Si fuera así, en segundo lugar, la de por qué no existe una traslación plena de la normativa que sobre la corrupción pública ya existe, con independencia de que se exceda el mandato del legislador europeo. En tercer lugar, la de si en nuestro ordenamiento no se encuentran ya figuras que permitan captar el desvalor de los comportamientos del nuevo precepto, en su caso reformadas típicamente. Y, en cuarto lugar, la de cómo se va a resolver el conflicto de normas que seguramente se va a producir con delitos como, por ejemplo, el de administración desleal. Todo ello al margen del mayor o menor acierto del texto del Anteproyecto.

VII. **La introducción del nuevo delito de «corrupción entre particulares» en el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**

El Texto del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en lo que al delito de corrupción entre particulares concierne contiene el siguiente articulado:

Título XIII

Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico

Capítulo XI

De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores

«Sección Cuarta. De la corrupción entre particulares:

Art. 286 bis.

1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezcan a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

[...]

Art. 288.

En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solici-

tara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Si los hechos se hubieren realizado en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código se le impondrá la pena de multa del tanto al triplo del volumen de la operación. Además, podrá imponer la pena de prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un tiempo de cinco a diez años [...]».

La justificación y explicación que se dan de la nueva Regulación en la Exposición de Motivos del Anteproyecto es la siguiente:

«[...] Otro de los aspectos importantes de la reforma ha sido la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La Decisión parte de la consideración de que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. La corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omita algo que puede repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado sino que rompe las reglas de buen funcionamiento del mercado. Ciertamente que la similitud con las modalidades de cohecho es grande, y la importancia del problema también lo es, máxime si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales no sólo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Posiblemente se podría sostener que esas prácticas caen en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal; pero esa calificación resulta en exceso tibia, y así lo ha declarado la Decisión al principio citada, cuyo cumplimiento lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado, tipicidad que excluye de su ámbito a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, las cuales deberán ser sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes [...].

Frente a ella, y frente al texto presentado por el Ministerio de Justicia, la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, en el Informe preceptivo que sobre su contenido tiene que realizar, se centra en cuatro aspectos:

En primer lugar, cuestiona lógicamente que en la Exposición de Motivos se señale en relación con el «ámbito objetivo de aplicación» del nuevo precepto que se excluye del ámbito del art. 286 bis a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, que se dice deberán someterse a la disciplina del cohecho, pues en el texto legal nada se dice de esto, ni en el propio art. 286 bis ni en la regulación del cohecho, y que, por consiguiente, también las empresas privadas que prestan servicios públicos estarán sometidas al régimen de este artículo y no al de los artículos del cohecho, lo que entiende resulta razonable por la falta de condición funcional de quien desempeñe su labor en ellas.

En segundo lugar, señala que tampoco queda claro en la redacción del precepto qué pasará con los casos de conciertos fraudulentos en contrataciones cuando la empresa contratante sea de propiedad pública, aunque revista forma mercantil de Derecho privado, pues podría ser aplicable el 436 sobre contrataciones fraudulentas, pero es éste un delito que tiene menor pena que la del art. 286 bis (esto va a pasar siempre con todas las modalidades de cohecho, también en el sector público, en el que se da la paradoja de que una resolución injusta dictada por razones no lucrativas tiene mucha menor pena —la del delito de prevaricación— que la solicitud de una dádiva, aunque ésta no se perciba, para dictar una resolución, no injusta sino ilegal, que ni siquiera se intenta dictar (la del cohecho del art. 420), con lo que se privilegiaría tanto a funcionarios como a particulares (a quienes como cooperadores necesarios se les impone la misma pena, con posibilidad de disminución en virtud del art. 65.1), lo que en el Informe se alega no tiene sentido, pues el art. 436 debe implicar un *plus* de gravedad con respecto a la misma conducta realizada por los particulares, pues éstos no lesionan bienes jurídicos relativos al funcionamiento de las Administraciones Públicas. Entiende que, de mantenerse la pena del art. 286 bis, sería necesario prever la pena en su mitad superior, y sin posibilidad de reducción a la inferior en grado, para quienes intervienen en el delito de corrupción privada en representación o como directivos o empleados de sociedades de derecho privado pero de propiedad pública.

En tercer lugar, en cuanto a los sujetos activos, se indica en el Informe que las referencias a la expresión «directivos y empleados» han sido tomadas directamente de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003 —esto sucede muy a menudo con transposiciones irreflexivas—, que la Decisión define a los directivos como quienes ejercen el poder de representación de la empresa o quienes tienen autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para

ejercer su control, pero que en nuestro sistema el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que la transposición de la normativa europea requiere o bien la del propio concepto de directivo o bien la inclusión expresa en el tipo del concepto «administradores», que no son en nuestro derecho ni directivos, ni empleados, ni colaboradores. Y, además, que en cuanto al término colaborador, ni a él se refiere la Decisión ni se dan pistas en el texto para concretar este concepto en el Anteproyecto, por lo que es contraria su previsión al principio de determinación de los tipos y es obligada su supresión. Totalmente de acuerdo.

Finalmente, y en cuarto lugar, en cuanto al incumplimiento de obligaciones a que se alude, se indica con razón en el Informe que el núcleo del desvalor de la conducta se hace residir en la infracción de las obligaciones de los directivos, empleados y colaboradores en la contratación de mercancías o servicios, que parece que el tipo se refiere a obligaciones de tales sujetos con la entidad de la que son directivos, empleadores o colaboradores, pero que, a menudo, sucede que quien ofrece la ventaja lo hace en beneficio de la propia empresa y perjuicio de la competencia, de modo que no incumple ninguna obligación para con su propia empresa y ninguna puede incumplirse con respecto a las perjudicadas porque ninguna se tiene hacia ellas. La Decisión Marco recuerda el Consejo que, para evitar interpretaciones economicistas o patrimoniales —aunque nuestro artículo se ubica, no se olvide, entre los delitos contra el orden socioeconómico—, indica que la violación de las obligaciones debe entenderse de conformidad con la legislación nacional de cada Estado, debiendo cubrir el concepto, al menos, «todo comportamiento desleal que constituya violación de una obligación legal o de normas profesionales». Por ello concluye que parece conveniente especificar que deben incumplirse esta clase de obligaciones añadiendo tal vez las que provienen de los propios contratos, tal y como se hace en el art. 279.

VIII. **Regulación proyectada por el Anteproyecto para la corrupción en el sector privado**

El Texto del nuevo art. 286 bis llama de entrada la atención, en relación con la regulación de la corrupción en el sector privado, porque tipifica sólo conductas de corrupción propia, con lo cual parece que aquí se presta menos atención a la idea de deslealtad, a la de la instrumentalización del cargo, a la del abuso de una situación de poder, para centrarse en el hecho del posible perjuicio a la libertad de competencia.

Con ello, obviamente, se simplifica mucho la regulación, al contemplarse dos únicas figuras, una referida al comportamiento de la persona corrupta (corrupción pasiva propia, por seguir utilizando la terminología al uso) y otra referida al comportamiento de quien corrompe (corrupción activa propia), particulares en ambos casos; con independencia de quién sea la persona que tenga la iniciativa.

Las penas previstas son ostensiblemente más leves que las que se prevé para los supuestos de corrupción en el sector público. Más aún, teniendo en cuenta la previsión del número 3 del artículo que permite reducir en un grado la pena de prisión e inhabilitación (no se dice expresamente, pero se sobreentiende que la disminución puede afectar a ambas clases de pena) y rebajar la pena de multa al «prudente arbitrio» del Tribunal. En un alarde de generosidad hacia la discrecionalidad judicial, que implica que la multa que se imponga, atendiendo las «funciones del culpable» (también el beneficio o ventaja obtenidos), podrá ser de un euro, por ejemplo, lo que no creo tenga ningún sentido.

Aquí ya el legislador opta más decididamente por ampliar el concepto tradicional de dádiva utilizando la nueva expresión «beneficio o ventaja de cualquier naturaleza», más omnicompreensiva que los términos que se utilizan en los arts. 419 y siguientes.

No queda claro si el precepto exige o no perjuicio para la propia empresa, en el caso del número 2 del artículo, o si es suficiente simplemente con el perjuicio a terceros, ni si el beneficio o ventaja a que se alude han de ser para uno mismo o para la propia empresa, lo que, claro está, sería ilógico.

Y no parece lógica la previsión, que no se altera, del vigente art. 287, exigiendo para proceder por estos delitos denuncia del agraviado, salvo como dice el número 2 del artículo que se afecten intereses generales, pues éstos debieran afectarse siempre, dada la ubicación del precepto y la propia justificación que del mismo da el legislador en la Exposición de Motivos.

Finalmente, un último problema que se va a plantear —además también de los que ya se ponen de relieve en el Informe del Consejo General del Poder Judicial— es el de qué ocurrirá cuando el favorcimiento a que alude el artículo se haga efectivo, pues lesionada de modo efectiva la capacidad competitiva de la empresa o incluso su patrimonio, otros preceptos penales entrarán sin duda en juego. La solución del concurso de infracciones en tales casos parece excesiva, teniendo en cuenta el Título en que se ubica el precepto.

En definitiva, con el nuevo texto, el esquema del delito de corrupción en el sector privado sería el siguiente:

- 1.º *Nuevo cohecho activo propio* (por llamarlo así): art. 286 bis 1, que salvo que se modifique la cláusula «incumpliendo sus obligaciones», difícilmente podrá aplicarse alguna vez.
- 2.º *Nuevo cohecho pasivo propio* (por llamarlo así): art. 286 bis 2.
- 3.º *Atenuación de responsabilidad*: art. 286 bis 3.
- 4.º Exigencia de denuncia para proceder: art. 287.
- 5.º Previsión de la publicación de la sentencia: art. 288.1.
- 6.º *Previsión de la responsabilidad de la persona jurídica*: art. 288.2 (como novedad de todo el Anteproyecto).

IX. Cuestiones a decidir en el tratamiento de la corrupción

1. *Sobre la corrupción en el ámbito de funcionamiento de la Administración Pública*

Al margen de la discusión sobre si realmente —no sólo simbólicamente, no sólo porque no se entendería socialmente otra postura— se necesita la figura del cohecho —o si basta con la agravación de precio en el delito que pueda cometer un funcionario, por ejemplo, de prevaricación— y de la discusión sobre qué es lo que realmente se quiere proteger en estos preceptos: legalidad, imparcialidad, instrumentalización del cargo, enriquecimiento ilícito, algunas de las cuestiones que sugiere el nuevo texto que se da a los artículos 419 y siguientes del Código, podrían ser las siguientes:

En primer lugar, la de si en todo el Capítulo es necesario aumentar de modo tan notorio las penas de las diferentes infracciones, pero no porque con ello se pueda favorecer la extradición, sino por causas reales de desvalor de acción o resultado, o incluso, si así se estima, de pura necesidad de prevención. No parece que sea así.

En segundo lugar, la del sentido de la modificación del sistema de multa proporcional con el que ahora se cuenta, que no se explica.

En tercer lugar, la de la conveniencia de mantener la excusa absoluta —causa en realidad de levantamiento de pena—, de mantenerla en los términos actuales y de su eficacia real, que analizando la Jurisprudencia se comprueba absolutamente intrascendente.

En cuarto lugar, la de la conveniencia de unificación de los diferentes supuestos de cohecho pasivo propio dejando al margen, con menor pena, los supuestos de omisión delictiva o ilícita del funcionario. El sentido de la unificación —manteniendo la diferencia con las figuras de cohecho impropio— dependerá de cuál se entienda es el bien jurídico protegido en cada modalidad y, en consecuencia, cuál su desva-

lor. En mi opinión, la unificación —de mantenerse el cohecho— debería ser aún mayor.

En quinto lugar, la de la unificación del cohecho pasivo impropio, dejando al margen, con menor pena, los supuestos de aceptación de regalos, que habría de afrontarse como en el caso anterior.

En sexto lugar, la de la razón verdadera de incriminación no ya de todo el cohecho, sino en concreto del cohecho activo impropio, en especial en la modalidad de aceptación de regalos.

En séptimo lugar, la del sentido de la sanción del cohecho subsiguiente, que, además, con el nuevo texto, conllevará sanciones equivalentes a las del cohecho antecedente, previsión cuya única explicación es la de que con ella se solventa legalmente un problema de carácter probatorio.

En octavo lugar, en relación con el cohecho activo, la de la adecuación de prescindir de la distinción penológica según la iniciativa provenga del funcionario o del particular.

En noveno lugar, en relación con la misma figura, la de la legitimidad de la previsión de pena como inductor del posible delito cometido por el funcionario para el particular que entrega o promete la dádiva, sancionándole dos veces por una misma conducta de una única finalidad.

Y, en décimo lugar, la de las extensiones de la responsabilidad a determinadas personas quizás ya abarcadas por el concepto de funcionario de nuestro art. 24.

2. *Sobre la corrupción en el ámbito empresarial*

Aquí la principal cuestión que hay que decidir realmente es la de si es necesaria la previsión, con independencia de los compromisos internacionales que se hayan asumido por España, que a lo que obligan no es a la creación de un precepto penal sino a la sanción del comportamiento a que se refiere la Decisión Marco por la vía de la previsión expresa o de la utilización de los instrumentos de que ya disponga cada ordenamiento nacional. Tomada la decisión de intervenir expresamente, el hecho de que se haga sólo en relación con conductas de cohecho propio plantea dudas más que sobre cuál sea el bien jurídico a tutelar —aunque alguna también a partir de la consideración de los nuevos tipos como de consumación anticipada concurrentes de materializarse algún perjuicio con otros preceptos del Código—, sobre cuál es el que entonces se protege en el ámbito de la corrupción pública. Todo ello al margen de los problemas de redacción técnica que ya se han apuntado.

Bibliografía

- COMISIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA, *Informe de la Comisión al Consejo basado en el artículo 9 de la Decisión marco del Consejo 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003 relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado [SEC (2007) 808]*.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I., «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 257-290.
- DE LA MATA BARRANCO, N., *La respuesta a la corrupción pública*, Ed. Comares, Granada, 2004.
- DE LA MATA BARRANCO, N., «El bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2006, n.º 17, pp. 81-152.
- FARALDO CABANA, P., «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 23, 2001, pp. 59-98.
- FOFFANI, L., «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el Derecho comparado», en *Revista Penal*, n.º 12, 2003, pp. 61-71.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», en *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, 2008, pp. 225-243.
- NIETO MARTÍN, A., «La corrupción en el sector privado (Reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», en *Revista Penal*, n.º 10, 2002, pp. 55-69.
- PALOMO DEL ARCO, A., «La corrupción en el sector privado como ejemplo de incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal de los Estados Miembros», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 1, 2004.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Navarra, 1999.
- VIZUETA FERNÁNDEZ, J., *Delitos contra la Administración Pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Granada, 2003.

Delitos relativos a los consumidores, delitos informáticos, daños informáticos y delitos contra la Hacienda Pública

Carmen Adán del Río

Fiscal Jefe de Bizkaia

I. Delitos relativos a los consumidores

El Anteproyecto, al igual que en su momento el Proyecto de ley de quince de enero de dos mil siete, aborda la reforma del Código Penal, según se expone en la Exposición de motivos, tomando como referente la Directiva 2003/6 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado. Indica dicha Exposición que, se incorpora como figura delictiva la denominada estafa de inversores, al objeto de incriminar a los administradores de sociedades que coticen en el mercado de valores, y falseen sus balances o las informaciones sobre sus recursos, actividades y negocios presentes o futuros, de manera apta para producir engaños y de ese modo consigan captar inversores u obtener créditos o préstamos.

Del mismo modo, se decide penar la difusión de noticias o rumores sobre empresas, donde se ofreciesen datos falsos para alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero, y, la conducta de quienes utilizando información privilegiada realicen transacciones u órdenes de operación que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos, en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de instrumentos financieros, o para asegurar, en concierto con otras personas, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, así como el concierto para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un instrumento financiero.

Con dicha finalidad se introduce un nuevo artículo, el 282 bis, y se modifica el artículo 284 del Código Penal vigente. La Exposición de Motivos del Proyecto de ley de 2007, más amplia que la del Anteproyecto que se analiza, incidía en que, en ambos casos, y en aplicación de la Directiva, se busca reprimir penalmente los abusos del derecho de acceso

al mercado único de servicios financieros, que exige buen funcionamiento y la confianza del público en los valores y productos derivados. De hecho se mantiene, que la manipulación del mercado por abuso o deformación de la información, es el mayor peligro para el desarrollo económico y para la confianza de los ciudadanos en el proyecto europeo.

Analizando por separado ambos artículos es posible destacar los siguientes puntos:

1. *Nuevo artículo 282 bis*

«Los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearan las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, de modo apto para producir engaño y de ese modo consiguieran captar inversores u obtener créditos o préstamos, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.»

La finalidad reconocida de este nuevo delito, es dar una mayor protección a los principios de transparencia y de libre y justa concurrencia; protección, que en esa medida, se dispensa tanto al mercado, como a los consumidores, finalmente afectados por ese engaño. Sin embargo, es relevante el dato de que en el nuevo tipo penal, a diferencia de la estafa común, no se exige perjuicio de esos consumidores inversores o de las entidades que puedan dar los créditos o préstamos.

Si nos preguntamos qué intereses se han tenido en cuenta para incluir esta conducta en el Código Penal, partimos como en otros casos de que el recurso al Código Penal se plantea, bien cuando el bien jurídico a proteger es de enorme importancia, bien cuando la protección de ese bien, no se puede garantizar de forma suficiente por otras jurisdicciones o cuando las instituciones jurídicas existentes para tutelar ese bien o interés, no logran su cometido, pareciendo estos últimos, los motivos reales de criminalización de estas conductas.

Con relación a los elementos del nuevo tipo penal:

a) Ha de tratarse de sociedades con cotización en el mercado de valores. Este presupuesto, enlazando con lo que se exponía en el párrafo anterior, permite aventurar que no será un delito que veamos habitualmente, en la medida que estas sociedades tienen una fuerte carga de requisitos y formalismos que cumplir en su actuación. Son sociedades igualmente provistas en su inmensa mayoría de un adecuado asesoramiento, que en principio debiera evitar la comisión de este tipo de

ilícitos penales, quedándose a lo sumo en el ámbito de la infracción administrativa.

En este ámbito de las sociedades que cotizan en Bolsa, se mantiene una clara intervención estatal, que aunque indirectamente, repercute beneficiosamente en el consumidor. La Ley del Mercado de Valores encomienda a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), no solo la recepción de la información más importante de las entidades que operan en el mercado, sino que igualmente mantiene la supervisión e inspección del mercado, y de las personas físicas y jurídicas relacionadas, con una, en principio, adecuada potestad sancionadora.

De ahí que las críticas puedan venir por la línea de considerar que se ha producido una excesiva administrativización del Derecho Penal, de forma que la existencia del nuevo tipo, supone un reconocimiento implícito de que los mecanismos de control existentes, no son suficientes, por lo cual se ha optado por dar a la Administración encargada de la supervisión un arma a utilizar ya sea en casos concretos o con carácter de prevención general.

La pregunta que plantea este requisito, es por qué si el bien jurídico objeto de protección en este capítulo, es no solo el mercado sino también los consumidores, no se ha avanzado un paso más y se ha llegado a las restantes sociedades que realicen la acción típica, puesto que estas conductas no son fácilmente reconducibles a la estafa común.

b) El nuevo tipo penal exige falsear la información y que ese falseamiento sea apto para engañar, hasta el punto que sea ese elemento lo que determine la inversión o la concesión del crédito o préstamo, con las consiguientes dificultades que ello puede suponer en orden a la prueba.

- 1.º Falsear la información. No se entiende bien por qué el legislador no usa los términos *documentos*, *cuentas* u otros similares, salvo por temor a reconocer que estas conductas podían ser perseguidas con otros tipos penales, como la falsificación genérica, o la falsificación de cuentas del artículo 290 del CP dentro de los delitos societarios. A salvo de las diferencias que mencionaremos después, lo cierto es que esa sustitución del término cuentas o documentos por información, resulta difícilmente comprensible, por cuanto, la legislación mercantil, cuando exige llevar determinados documentos, es precisamente como forma de aportar la adecuada y correcta información sobre una sociedad no solo a los socios sino a terceros. Nuevamente la lógica ha de llevarnos (dado lo expuesto, y que el tipo continúa tratando

de inversiones o créditos y préstamos), a entender que el falseamiento ha de recaer sobre la información que consta en todos aquellos documentos que deben reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad. Y por ello, dada la redacción utilizada, se ha de poder incluir en el tipo penal, la falsedad sobre, por ejemplo, cambios del Consejo de Administración e incluso sobre las auditorias realizadas.

- 2.º Falsear la información, de forma apta para producir engaño. La utilización del término engaño se ha de relacionar necesariamente con todo el bagaje jurisprudencial previamente existente en el delito estafa. Falseamiento apto para el engaño se asemeja a engaño idóneo, y en consecuencia a las exigencias de un mínimo deber de diligencia por parte del inversor, o del que ha de conceder el crédito o préstamo. La información sobre la situación financiera de estas entidades suele encontrarse a disposición de la CNMV o de empresas especializadas en este tipo de información. En este sentido, puede que la empresa esté dando información sobre su situación financiera, aunque omitiendo datos, que solo a posteriori resultan decisivos. Parece lógico considerar que las omisiones de datos sobre filiales, patrimonio..., que impiden a los inversores evaluar correctamente su inversión, pueda considerarse falseamiento apto para el engaño sin mayor problema de interpretación.

El tipo penal, exige que el *falseamiento sea apto para producir engaño*. Continuando con la comparación con el delito societario de falseamiento de cuentas del artículo 290, es posible ver que aquí se prefirió usar el término *falsear de forma idónea para producir perjuicio económico*. A salvo de que el artículo 290 del CP abarca todo tipo de sociedades, y que el nuevo tipo penal está restringido a las que cotizan en Bolsa, cabe preguntarse qué tipo de relación deben mantener de futuro ambos tipos. En el que tratamos del Anteproyecto, no se exige perjuicio y en el vigente, la finalidad del falseamiento ha de ser precisamente causar ese perjuicio. Ambos tipos penales se persiguen penalmente previa denuncia, ambos exigen un falseamiento similar, por mucho que uno utilice el término información y otro el de cuentas u otros documentos similares.

Partiendo de la despenalización genérica de las falsedades ideológicas del Código Penal vigente, es posible traer a este artículo el debate y la solución adoptada, con relación a este delito societario de falseamiento de cuentas del artículo 290 CP. Esto es, puesto que en la ma-

por parte de los supuestos las manipulaciones no serán materiales, sino ideológicas, se ha de entender que en el nuevo tipo penal se da una nueva excepción al principio general de despenalización de las falsedades ideológicas cometidas por particular.

Dos últimas matizaciones caben respecto al nuevo tipo penal:

Primera. Ya que no se exige el perjuicio como elemento del tipo y que el ámbito del artículo son las sociedades que cotizan en Bolsa, cabe preguntarse hasta qué punto no hubiera sido preferible (tanto si la finalidad perseguida con su inclusión en el Código, es la protección indirecta del consumidor como si lo que se busca realmente es la protección de principios esenciales de transparencia del mercado), una redacción similar a la del delito contable del artículo 310 CP, en el sentido de las empresas que obligadas no por normativa tributaria, sino por la bursátil, incumplieran sus obligaciones, o introdujeran datos falsos en la información a facilitar. De este modo, no se dificultaría tanto su aplicación, y existiría la figura penal que parece precisar la Administración como respuesta ante los escándalos de actividades ilegales de sociedades que, cotizando en Bolsa, no fueron descubiertas o detenidas a tiempo, generando la lógica desconfianza del inversor en la transparencia, garantía y fiabilidad del mercado.

Segunda. El informe de la Fiscalía General al Anteproyecto, partiendo de su similitud con la estafa, ha propuesto una modificación de este artículo, en el sentido de que se regule como delito de resultado, incorporando un elemento cuantitativo mínimo del perjuicio sufrido en más de 400 euros, con una modalidad agravada para los supuestos de notoria gravedad del perjuicio. La razón última, es evitar que haya discordancias, con los supuestos de estafa, puesto que al no recogerse cantidad alguna, por un lado puede ser una pena excesiva para los supuestos de escasa entidad, ya que no hay posibilidad de penar por falta y, por otro, puede ser contraproducente que supuestos de este tipo, con un perjuicio de cantidades elevadísimas, se encuentre privilegiado con una pena menor, que la que correspondería a una estafa, si operase la agravación de especial importancia del artículo 250 CP.

2. *Modificación del artículo 284 CP*

«Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, a los que:

—Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieran de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas

muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.

—Difundieran noticias o rumores por sí o a través de un medio de comunicación sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieran datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero, obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

—Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se asegurasen utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso, se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.»

Frente a este nuevo texto, el Código Penal vigente en su artículo 284, señala pena para «Los que difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cuales quiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos», regulando en un solo párrafo, la alteración de precios, mediante fuerza, violencia o engaño, mediante noticias falsas y mediante información privilegiada, siendo la modificación, no solo la distinción en apartados, sino la ampliación de los requisitos necesarios para llegar al delito, con nuevas conductas a tener en cuenta.

a) Con relación al primer apartado, la alteración de los precios mediante violencia, intimidación o engaño, la redacción aunque mejor sistematizada por razón de esa diferenciación, es prácticamente igual, utilizando incluso los mismos términos, por lo que sólo cabe remitirse a una jurisprudencia ya consolidada sobre el significado de aquellos.

b) El segundo, difundir noticias falsas para alterar el precio, tiene alguna matización que mejora la actual, por cuanto añade como delito, la difusión de rumores, por sí o por medios de comunicación, y añade que esas noticias falsas pueden versar sobre personas o empresas. No parece que fuera muy problemática la inclusión de los rumores en el concepto genérico de noticias, pero si es cierto que al objeto de utili-

zar los términos con propiedad, y en atención a la prohibición general de interpretación extensiva de los preceptos penales, se ha mejorado el tipo vigente con esta inclusión.

El término de personas, aunque inicialmente se parte del mercado de valores, donde operan sociedades, es posible entenderlo en el sentido de noticias o rumores relativas a administradores o accionistas importantes, que puedan tener un efecto sobre el instrumento que cotiza. De ahí, que la propia normativa, exija informar sobre los miembros del Consejo de Administración y otros.

Se despejan también dudas, en la medida que, aun manteniendo el concepto de alteración, donde antes también podía haber la preservación ficticia de un precio, ahora se incluye expresamente, de forma que puede ser considerado delito dirigir las noticias o rumores a mantener un precio de cotización, que en circunstancias normales debiera variar.

Incluye la nueva redacción, la necesidad de que se obtenga un beneficio o se cause un perjuicio superior a los 300.000 €, con lo cual, esta modificación que parecía tener su origen en la idea de mejorar la protección del consumidor, seguirá con las limitaciones que existen hasta ahora para supuestos de menor entidad. De hecho cambiar la configuración de lo que era un delito de actividad a la de delito de resultado no puede considerarse como de mejor protección del consumidor, sino como una nueva limitación antes inexistente para acudir a la vía penal.

Lo curioso es que el Anteproyecto recoja en este tipo penal esa limitación cuantitativa que solo existe en el Código Penal vigente para otro supuesto (el delito de información privilegiada de la que se tiene conocimiento por razón del cargo), aunque en este caso, la fijada inicialmente por el Código en 1995, desde 2004, se había elevado a 600.000 €.

Aunque de aplicación y condena ciertamente compleja, lo que no puede descartarse, es que de llegar a tener vigencia, puedan acudir a la vía penal, casos que hasta ahora tenían su salida en la vía mercantil, como es el caso, que recientemente salió a los medios de comunicación, de la acción entablada por Iberdrola contra EDF ante un Juzgado de lo Mercantil, que dio lugar a un expediente de medidas cautelares *inaudita parte*, previas a la demanda a interponer contra EDF. En concreto y con carácter urgente, se solicitaron como medidas, el cese en la difusión de informaciones contradictorias respecto a la toma de control de Iberdrola y el requerimiento de que clarificase si había sido iniciada la compra de acciones de Iberdrola. Dichas medidas, al amparo del artículo 726 y 733 y ss. de la LEC, fueron acordadas por el Juzgado, como medidas de prohibición de realizar prácticas desleales, y como previas a

la acción de cesación y de remoción que en veinte días debía entablar Iberdrola, aunque posteriormente Iberdrola, después de un planteamiento de cuestión de competencia internacional de EDF resuelta a su favor, dejó la cuestión fuera de la jurisdicción mercantil.

c) El nuevo párrafo tercero regula autónomamente el delito de *uso de información privilegiada*. Lo que en el CP vigente se redacta simplemente como utilizar información privilegiada para intentar alterar los precios que deriven de la libre concurrencia, se convierte en el Anteproyecto en una redacción farragosa sobre realizar transacciones, dar órdenes de operaciones susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros o asegurarse, utilizando dicha información, una posición dominante en el mercado de valores. Más que por penalistas, parece redactado por especialistas bursátiles, sin que llegue a entenderse por qué estas nuevas matizaciones a una redacción que como la vigente, podía incluir los supuestos. Se ha propuesto por la Fiscalía General en el informe sobre el Anteproyecto una redacción más clara, aunque curiosamente, este informe, considera que el legislador ha querido al modificar el artículo, ampliar el delito a conductas de manipulación de mercado que antes no lo eran.

A salvo del caso Ibercorp (que concluyó en una conformidad el mismo día del juicio por este delito, aunque la acusación inicial era por delito de información privilegiada por razón del cargo), pocos supuestos hay en nuestra jurisprudencia, y menos parece que pueda haber, ante el número de los presupuestos a probar, pero en todo caso, la nueva redacción no tiene por qué impedir el uso de todo lo escrito sobre lo que ha de entenderse por información privilegiada. Por ello, ese concepto puede seguir llenándose con los precedentes de Directivas de la UE y de nuestra Ley del Mercado de Valores, considerando como tal, la información que no siendo en principio pública, es capaz de influir de forma apreciable en las cotizaciones caso de ser revelada o divulgada, esto es, toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores. El Proyecto de Código Penal de 2007, en su Exposición de Motivos, planteaba sin embargo, que serían necesarias otras reformas en el ámbito del Derecho Administrativo, que afectarían a los elementos normativos del tipo penal, como en el caso de la información que pertenece a la intimidad financiera de una persona, cuyas decisiones pueden ser conocidos por los agentes del mercado. Aunque la actual

Exposición de Motivos no lo menciona, no parece posible descartar que el legislador mantenga esa reforma conjunta.

Si es a subrayar que con carácter general la Ley del Mercado de Valores, considera infracción administrativa el uso de información privilegiada, por lo cual, a pesar de que la nueva redacción ya no usa el concepto genérico y acota más aún lo que debe ser delito, si podemos seguir encontrándonos con supuestos en los que nuestra primera obligación sea analizar si estamos ante una infracción penal o un administrativa. Este problema de los criterios de diferenciación entre ambas, se produce en casos como el presente en los que se describen acciones que también administrativamente son sancionables. Si, para que intervenga el Código Penal, es exigible un mayor desvalor de acción, no podemos acudir a un simple criterio cuantitativo, sino que como sucede en el delito fiscal o de defraudación a la Seguridad Social, se han de dar otros elementos. También es cierto, sin embargo, que parece avanzar en otros delitos, como el de superar una determinada tasa de alcoholemia, al criterio cuantitativo, por lo que no podemos descartar totalmente, diferentes interpretaciones, sobre los hechos que pueden ser delito e infracción administrativa.

El Anteproyecto que fijaba en el apartado anterior la cuantía de 300.000 € como límite, no la fija en este caso. Curiosa divergencia, que tampoco se entiende, por cuanto el delito de información privilegiada por razón del ejercicio profesional vigente en el art. 285, ha fijado el límite de 600.000 € para llegar al delito.

Como consideración final, y partiendo de que, con carácter general ha de mantenerse la finalidad de no desbordar el Código Penal, puesto que en muchas ocasiones no hace falta crear nuevos delitos sino hacer eficaces los que existen, sí creo que podemos echar en falta, un grupo, no de delitos, sino de faltas que nos permitan el efecto de prevención que el procedimiento penal tiene sobre determinadas conductas. En sentido contrario a la corriente que aboga por la despenalización de las faltas, las mismas pueden ser en estos casos, un instrumento de política criminal tan eficaz o más que los delitos, ya que las ventajas de la consideración de determinadas conductas, como falta, se refieren no solo a la rapidez de tramitación, y a la agilidad de enjuiciamiento, sino a la respuesta más eficaz en orden a restablecer el orden jurídico alterado, sin necesidad de generar antecedentes, evitando que el consumidor se retraiga de denunciar determinados abusos, puesto que, no ha de olvidarse, que estos delitos, según señala el artículo 287 CP, tienen como presupuesto para la actuación judicial, la existencia de denuncia del perjudicado, salvo los casos expresamente exceptuados en dicho artículo.

II. Delitos informáticos

La Exposición de Motivos del Anteproyecto, reconoce que para cumplir la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información, se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. El primero sería el relativo a los daños donde quedarían incluidas las consistentes en borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema de información ajeno; y el segundo, en el apartado del descubrimiento y revelación de secretos, donde estarían comprendidos el acceder sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo.

La finalidad perseguida con esta novedad, parece ser la aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros en ataques contra los sistemas informáticos, puesto que son muchos los supuestos en los que no solo la legislación sino la práctica jurisprudencial difiere esencialmente. Y al tiempo se plantea esta modificación como necesaria ante el hecho constatado de que en el ámbito de la seguridad informática operan de forma clara redes de delincuencia organizada transnacional a las que ha de combatirse con instrumentos similares que permitan una más eficaz respuesta.

Al igual que en las anteriores modificaciones de tipos penales relacionados con la informática, en esta ocasión se ha optado por mantener la sistemática del Código, colocando esas nuevas figuras en los correspondientes capítulos y títulos del Código Penal, sin abordar un debate más profundo que en mi opinión habrá de plantearse de futuro.

Debate, que parte del hecho de que durante mucho tiempo, se han reconocido como delitos informáticos solo los que atentaban contra la intimidad o privacidad y los de carácter económico. Sin embargo, hoy, del mismo modo que las comunicaciones, redes y vehículos de motor incorporados a nuestra vida diaria han llevado de forma natural al bien jurídico de la seguridad vial, y a los delitos contra la seguridad vial, podemos empezar a hablar de delitos informáticos con una ubicación sistemática propia. Aún respetando las posiciones más firmes, sobre la no necesidad de nuevos bienes jurídicos, al considerar internet y el ordenador un simple medio más de ataque de los bienes jurídicos tradicionalmente asentados en nuestro Código, creo que es posible defender una ubicación de delitos informáticos propia, donde recoger como bien jurídico, lo que ahora supone para el ciudadano no solo la información sino también el uso del ordenador.

Puesto que este no es el tema, ya que el legislador ha optado por mantener el esquema vigente, se deben analizar como modificaciones más importantes, las siguientes:

1. Nueva redacción del artículo art. 197.3

«El que por cualquier medio, procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo, será castigado con pena de prisión de seis meses a tres años».

El Anteproyecto sitúa este nuevo artículo entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Por tanto, aunque no se exige expresamente el ánimo de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad, lo cierto es que el título y el bien jurídico que en él se recoge, será el referente principal a tener en cuenta para la interpretación del tipo penal.

El concepto de datos o programas informáticos, e incluso el de sistema informático, no se recoge expresamente, a diferencia de otras legislaciones, por lo cual procede acudir a los conceptos de la Decisión Marco, cuando menos como referente inicial. En esa medida, *sistema informático*, puede ser todo dispositivo que realice un tratamiento automatizado de datos, ya sea generando, recibiendo y enviando, procesando o almacenando información. Y *datos informáticos*, serán todos aquellos que representen hechos, manifestaciones o conceptos en un formato susceptible de ser tratado por un sistema informático.

De los elementos del tipo, son especialmente importantes:

- La falta de autorización*. Lógicamente implícita cuando se violan las medidas de seguridad, aunque su expresa mención, puede permitir de futuro cierta manipulación de la prueba recabada en el procedimiento penal. En los casos de inicial autorización y posterior negativa, lo lógico será entender esta posterior negativa como falta de autorización, aunque en todo caso, el elemento realmente esencial es el siguiente.
- El requisito de *vulneración de las medidas de seguridad del sistema informático*. La acción consiste en acceder, pero no se considera delito, si no hay vulneración de medidas de seguridad. Con la estricta literalidad, el hecho de no tener contraseña, dejando el ordenador expuesto por falta de diligencia propia o de quien debe custodiarlo, supone, que la acción de acceso y visualiza-

ción no pueda tener tutela penal, puesto que los apartados anteriores de este artículo, hablan del apoderamiento o de la interceptación.

Estos requisitos pueden ser una exigencia de la necesidad mencionada anteriormente de no desbordar el Derecho Penal, pero, no se entiende muy bien por qué otros bienes jurídicos, como la propiedad, pueden ser más protegidos penalmente obteniéndose tutela penal en el caso del hurto, a pesar de la falta de diligencia, porque el apoderamiento es material. No es posible dejar de lado, el hecho de que este tipo de intromisiones no son conductas como las que tratamos en los descubrimientos de secretos tradicionales, sino que nos colocamos en actividades en las que, desde el edificio de al lado, o a muchos kilómetros de distancia, puede accederse a ese ordenador.

Si tenemos en cuenta que con relación a otros bienes jurídicos de singular importancia, el legislador de 1995 admitió la posibilidad de que los ataques leves fueran constitutivos de falta, cabe plantearse si no hubiera sido deseable admitir supuestos en los cuales la intromisión o acceso de carácter leve, como el acceso sin vulnerar especiales medidas de seguridad, tuviera la consideración de falta.

Cito como ejemplo, en el Código vigente, aunque dentro de las faltas contra el orden público, y por tanto con otros postulados de inicio, la falta del artículo 635, que regula el mantenimiento contra la voluntad de su titular, y fuera de los horarios de apertura, en un despacho profesional, en una oficina, en un establecimiento mercantil y en un local abierto al público. Infracción leve, paralela a la que por su gravedad, se considera delito en el artículo 203 CP. Admitiendo que hay razones de política criminal que consideran necesario castigar la entrada legal pero el mantenimiento ilegal en una oficina o establecimiento abierto al público, cabe preguntarse si con relación a un sistema de información, no es posible la misma solución, más cuando este delito que analizamos se encuentra en un Título que tiene como bien jurídico a proteger, la intimidad, imagen e inviolabilidad de domicilio.

Se parte, pues de que al usuario de un sistema le es exigible un determinado nivel de diligencia y cuidado para evitar las intromisiones, pero también es cierto, que hoy en día, los medios informáticos, las redes y sistemas de información o los datos en ellos contenidos son una parte tan habitual de nuestra vida, que en ocasiones puede faltarnos esa diligencia.

Por ello, esa falta de diligencia no debiera constituirse en título suficiente que habilite para la intromisión, por varias razones:

—Porque estamos en un título del Código que protege intereses relevantes.

- Porque este mismo Código opta, en otras ocasiones que pudieran ser similares, por las faltas como complemento de la protección de esos intereses.
- Porque ello no es incompatible con la Decisión Marco, que incluye como recomendable la punición de cualquier tipo de intromisión ilegal.
- Porque difícilmente puede criticarse ello como exasperación en la protección, en la medida que se mantiene la vigencia del artículo 201, esto es la necesidad de la denuncia del ofendido, y la posibilidad igualmente de, por razón del perdón, extinguir la acción penal o la pena impuesta.

Como última mención, es relevante el dato de que, a diferencia de los daños informáticos, no se prevea una agravación para el supuesto de acceso ilegítimo a sistemas que por sus características, titulares o contenidos merezcan una especial protección, como es el caso de las Administraciones públicas titulares de datos sensibles de interés general.

2. *Artículo 264. Artículo incluido en el capítulo de los daños, dentro de los delitos contra el orden socio-económico*

«1. El que sin autorización y de manera grave, borrarase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciera inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que sin estar autorizado, y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores, y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas, concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.

2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.

4. Cuando los delitos comprendidos en este artículo se hubieran 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 multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 3.»

Código vigente: Art. 264.2: «...el que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos». Inclusión que en su día, acabó con la polémica sobre si esta figura penal solo protegía al soporte físico y no a lo contenido en el mismo.

De la comparación de ambas redacciones, podemos destacar como cuestiones más relevantes, las siguientes:

a) La redacción vigente en este momento, usa tan solo cuatro formas verbales de acción: destruir, alterar, inutilizar y dañar. La del Anteproyecto, acude a ocho: borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir, hacer inaccesible, obstaculizar e interrumpir el funcionamiento.

Es comúnmente aceptada la necesidad de un determinado grado de concreción de la acción como forma de dar seguridad sobre los tipos penales. El Código Penal vigente tiene una fórmula genérica, la de «dañar de cualquier otro modo», que por su amplitud, podía abarcar conductas que la modificación actualmente recoge. Con la modificación, aunque de momento parezca bastante completa y hasta exhaustiva, corremos el riesgo de que al igual que ha ido sucediendo en la estafa, donde las formas de acción han ido variando con el tiempo, de futuro los daños puedan ser tan novedosos o sorprendentes, que esas formas verbales ni siquiera abarquen la pluralidad de ataques. En esa medida, y puesto que se sigue recogiendo el término dañar, quizá hubiera sido preferible mantener simplemente, el complemento, *de cualquier otro modo*, a rellenar jurisprudencialmente con los supuestos concretos.

b) Conceptos de datos y programas informáticos y sistema de información. Cabe reiterar lo expuesto con relación al artículo anterior. La Decisión Marco indica claramente en uno de sus artículos, el significado de estos conceptos, no así nuestro Código Penal. Al pasar a informe del Consejo Fiscal, por la Fiscalía General se ha considerado esta falta de inclusión de los conceptos en el nuevo artículo, una omisión contraria a la necesaria determinación de los tipos penales, y en consecuencia una quiebra de la seguridad jurídica necesaria.

c) Los ataques penados deben serlo de forma grave. También la Decisión Marco, utiliza esta expresión pero a la inversa, señalando la conveniencia de penar lo que no sea de menor gravedad.

El problema está en determinar si la gravedad se encuentra referida a la acción o al resultado. La discusión se centraría, en determinar qué casos incluimos en el tipo penal y qué dejamos fuera de la tutela penal: ¿Las acciones graves con resultado leve o, por el contrario, las acciones leves con resultados graves?

La Exposición de Motivos del Anteproyecto no ofrece mucha ayuda al respecto en la parte concreta dedicada a este artículo. El informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto, se inclina por considerar referido el concepto de gravedad no a la acción sino al resultado. Y de hecho ofrece una posible modificación del tipo penal, para que, de acogerse la propuesta, en la nueva redacción se sustituya la fórmula «de manera grave», por la de «cuando el resultado producido fuera grave», evitando de este modo cualquier duda al respecto.

No parece tan claro sin embargo dicha cuestión si, como se señalaba al principio, este artículo pretende proporcionar ventajas a la lucha común contra la delincuencia organizada. Si atendemos solo al resultado, cabe preguntarse como responder ante acciones graves por ser cometidas por una organización, o con una sistemática, o número de personas afectadas, que con relación al dato o sistema atacado solo causan un resultado leve y de menor entidad en dicho sistema. La única forma de incluir esas acciones como delictivas, sería considerar que siempre que hay una pluralidad de personas afectadas, el resultado puede considerarse grave, lo que tampoco satisface totalmente, por cuanto pueden realmente existir casos de intromisiones ilegales que tienen un número de afectados muy amplio, pero que tanto por la entidad de la acción como del resultado pueden ser consideradas leves. Por ejemplo, incluir un emoticon sin mayor significado, como una cara sonriente, en una multitud de sistemas. En el mismo sentido, esa gravedad opera como límite de difícil concreción. Continuando con los ejemplos, el hecho de ralentizar por escaso tiempo un sistema, puede perfectamente no ser considerado una obstaculización grave ni por la acción ni por el resultado, de forma que con el nuevo texto, pudiera no ser delito, ya que la redacción habla de obstaculizar de manera grave ese funcionamiento.

Tanto si se comparte un criterio como otro, esto es, unir la gravedad a la acción o al resultado, lo cierto es que sería deseable que fuera el propio texto legal y no la interpretación que se deba hacer posteriormente, el que despeje las dudas.

Quizá de futuro haya que dar el paso definitivo, en el sentido de aclarar ese concepto de gravedad, pero relacionado con una configuración previa de un derecho al uso normal sin interferencias de los sistemas de información y de los medios informáticos. Se puede partir no

solo del concepto de seguridad de los sistemas de información, como parte de las infraestructuras de un Estado, sino de un concepto más amplio.

Pero en este momento, tampoco es posible obviar que los daños son un capítulo más de los delitos dentro del título de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Dada esta ubicación, el criterio de interpretación de lo que es o no delito, necesariamente ha de relacionarse con el bien jurídico protegido con carácter general en el mismo. Y en el Código vigente, hay delito de daños y falta de daños, a pesar de lo cual, no existe este paralelismo en los daños informáticos. Parece defendible esta opción, para los daños informáticos, de forma que los supuestos menos graves, puedan tener tutela penal. Admitiendo que puede haber actos de intromisión inocuos que no tienen porque incluirse en ningún supuesto de infracción penal, lo cierto es que posibilitar esta dualidad delito-falta, permite mantener la coherencia con el capítulo en el que nos encontramos.

d) Las agravaciones específicas.

Nada que añadir a la referencia a la *criminalidad organizada*, por cuanto esta es la auténtica razón de ser de las modificaciones e intentos de armonización de las legislaciones de los Estados miembros.

La *especial gravedad* no aparece definida, por lo que, si partimos de inicio que el tipo básico ya exige una delimitación de gravedad para que pueda condenarse por delito, nos vuelve a plantear la cuestión de si la gravedad afecta a la acción o al resultado. Cabe preguntarse si en ese concepto de especial gravedad se incluyen los supuestos de afectación de múltiples perjudicados o en el término más actual de una pluralidad de perjudicados. De hecho, siempre que se hace en el Código Penal una referencia a los intereses generales ya sea como motivo de agravación o como excepción a la necesidad de denuncia de perjudicado, suelen ir juntos los dos términos; intereses generales y pluralidad de perjudicados. El hecho de que en este caso no se recoja, no puede pues achacarse al olvido, en la medida que estos supuestos delictivos en su mayoría afectaran a una pluralidad de perjudicados, por lo que en principio, si el legislador ha preferido usar el concepto de especial gravedad, parece lógico que el mismo debiera llenarse con otros supuestos, ya sea de volumen de perjuicio elevadísimo, o en los que el hecho haya supuesto una paralización de actividades empresariales, o de afectación a intereses profesionales de cierta relevancia.

La referencia como motivo de agravación a los *intereses generales* es continuar utilizando un concepto que, según la opción ideológica que se defienda, conlleva una amplitud o restricción diferente. Aquí no

sucede como en el caso de las formas verbales de uso común que por su generalidad pueden acopiar muchas conductas, y cuyo uso en un Código Penal se justifica por la innumerable variedad de formas comisivas. En este caso, la cuestión es diferente, por ser un concepto muy abstracto y no suficientemente definido. Al respecto solo señalar, que en la opción de defender intereses generales, en el sentido del art. 103 de la Constitución, puesto que es la Administración, quien en primer lugar, y por imperativo de dicha norma, ha de servir con objetividad a los intereses generales, pudiera admitirse que en muchos de los casos que se ataquen sistemas de la Administración pública, puede operar la agravación. Si este concepto se considera equivalente a interés público tutelado por la ley, o se definiera como aquellos que justifican el intervencionismo estatal (el pleno empleo, la política fiscal, la estabilidad monetaria, los recursos internacionales, la protección del medio ambiente...), la agravación sigue siendo, dada la vaguedad del término, un auténtico cajón de sastre.

III. Delitos contra la Hacienda Pública

La modificación en este ámbito, viene marcada por varias novedades:

- 1.^a El plazo de prescripción que se eleva a los diez años, inusual en atención a la pena prevista para este delito (excepción que hubiera podido evitarse con una simple elevación de pena), y que se justifica según la Exposición de Motivos por la necesidad de evitar que queden impunes determinados supuestos graves, habida cuenta la imposibilidad técnica de su detección y comprobación en los plazos hasta ahora previstos.
- 2.^a Según la misma Exposición de Motivos, el objetivo de la reforma en esta materia, es que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración Tributaria, cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado. A tal fin, se prevé que tras la reforma del Código Penal deberá llevarse a cabo la necesaria adecuación del artículo 180, de la Disposición Adicional 10 y demás normas concordantes de la Ley General Tributaria. Si es así, ello supone que en el procedimiento de recaudación que continúa sus pasos, se pueden dar al tiempo elementos del delito.
- 3.^a Se recoge como parte de la responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda pública, no solo la deuda tributaria,

en el sentido actualmente vigente, sino, y esto es sumamente importante, se incluye la deuda tributaria que la Administración no haya podido liquidar por prescripción o por cualquier otra causa legal. De este modo, supuestos de deudas impenables de recaudar por el año de su devengo, o que, como sucede en algunas de las Haciendas Forales, con normativa específica en materia de caducidad, no pueden reclamarse u obtenerse en la vía administrativa por operar dicha caducidad (plazo de seis años), podrían reclamarse en el procedimiento penal como responsabilidad civil derivada del delito. Es más, cabe preguntarse si ante la imprecisión del término legal, aquellas deudas en las cuales la Administración, porque no contaba con los datos que aparecen en un nuevo procedimiento inspector ha podido dictar un acto de liquidación firme, pudieran con este precepto nuevo, reclamarse en el procedimiento penal. Interpretación que pudiera parecer rechazable por extensiva, pero que sin embargo la amplitud del término *por cualquier otra causa legal* no descarta totalmente.

- 4.^a Se indica igualmente que la Administración Tributaria favorecerá la exacción definitiva del importe de la multa que penalmente se haya impuesto en sentencia.

Es sabido que en materia de responsabilidad civil derivada del delito contra la Hacienda Pública existe una excepción a las reglas generales, por cuanto, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, indica en su Disposición Adicional décima, que en los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio. De forma que una vez es firme la sentencia, el juez o tribunal, al que compete la ejecución, debe remitir testimonio a los órganos de la Administración Tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. Al objeto de evitar la quiebra del necesario control sobre la ejecutoria, la Administración tributaria debe informar al juez o tribunal sentenciador de la tramitación y en su caso de los incidentes relativos a la ejecución encomendada.

El hecho de que en el Anteproyecto se acuerde la mención expresa de la exacción de la multa por la Administración Tributaria, supone un paso más, en la línea de la responsabilidad civil, que excede el ámbito general de colaboración de la Administración en auxilio o en la averiguación de solvencia al objeto de concluir un procedimiento.

Hemos de reconocer, sin embargo, que la inclusión, puede obedecer a las situaciones creadas desde la vigencia de la mencionada Disposición Adicional de la LGT, con contradicciones tan flagrantes, como

que la Administración Tributaria en la averiguación de bienes, determinaba la solvencia del condenado, mientras que a la hora de ejecutar la pena de multa, la Administración de Justicia, declaraba insolvente al mismo condenado.

El reto futuro, sin embargo, se encuentra en que el término favorecer la exacción, se mantenga en sus estrictos términos, y no se convierta, por falta de control de la ejecutoria, en una excepción de hecho, al principio general, por el cual los Tribunales juzgan y hacen ejecutar lo juzgado.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal

José Manuel Gómez Benítez
Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Catedrático de Derecho Penal
Abogado

I. El artículo 31 bis 1, 2 y 5

El Anteproyecto de 2008 añade el artículo 31 bis del Código Penal, con la siguiente redacción:

«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.

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.»

El Anteproyecto propone, pues, la regulación en el propio Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Uno de los fundamentos de esta inclusión hay que situarlo en los numerosos instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco, etcétera), que fueron analizados en detalle en el anterior informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006. Aunque estos instrumentos comunitarios no obligan a una respuesta específicamente penal a la intervención de personas jurídicas en los ámbitos delictivos más preocupantes, como son los de corrupción en el sector privado y en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantiles, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etcétera, lo cierto es que no solo han ido endureciendo las recomendaciones sancionadoras, sino que, además, tal y como analizó el mencionado informe del CGPJ, han surtido un efecto penalizador en muchos países europeos hasta hace poco ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas en los derechos de corte anglosajón.

En este contexto, el artículo 31 bis se erige en el precepto nuclear de la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pese a que en la Exposición de Motivos se afirma que «se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de que exista o no responsabilidad penal de la persona física», la regulación propuesta —más allá de la no transmisión de las eximentes desde las personas físicas a las jurídicas— se basa en la comisión de los delitos por determinadas personas físicas.

Partiendo, pues, 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, el Anteproyecto no establece, sin embargo, ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio. En síntesis, pues, el Anteproyecto sigue un (peculiar) sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de otro, es decir, de responsabilidad vicaria.

En efecto, según el artículo 31 bis, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas es acumulativa, es decir, no excluye la responsabilidad criminal individual de las personas físicas que hayan delinquido en su seno. Esto concuerda con las disposiciones de derecho comunitario que entienden la responsabilidad de las personas jurídicas sin perjuicio de las actuaciones penales que procedan contra las personas físicas intervinientes en los hechos. En este sentido, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no está pensada para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas como las empresas.

El Anteproyecto de 2008 opta, pues, por el modelo de la doble imputación, pero, además, por la necesaria comisión del delito de referencia por determinadas personas físicas, tal y como demuestran los números 1 y 2 del artículo 31 bis, que en ningún momento prescinden de la autoría de las personas físicas correspondientes.

Ahora bien, para que la atribución de responsabilidad, o si se prefiere, la imputación del hecho cometido por determinadas personas físicas a la propia persona jurídica no implique una responsabilidad objetiva por el hecho de otro, que es incompatible con el principio jurídico-penal de imputación por los hechos propios, es imprescindible identificar el concreto criterio que permite la imputación objetiva y subjetiva del hecho a la persona jurídica.

Esto es así, en primer lugar, por la propia teoría de la imputación, que en el caso de las personas físicas exige que el hecho sea penalmente ilícito (imputación del hecho como típico y antijurídico) y haya sido realizado por un autor culpable (imputación como culpabilidad). La teoría general de la imputación de hechos es igualmente válida cuando se trata de personas jurídicas. En consecuencia, una persona jurídica delinque cuando se le puede imputar como propio un acto penalmente típico y no justificado, y, además, se puede afirmar que en su realización ha mediado culpabilidad de la propia persona jurídica. Es decir, al igual que sucede con las personas físicas, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un problema normativo de imputación, tanto a nivel de injusto como de culpabilidad, y, en

consecuencia, no puede resolverse mediante el inconstitucional principio de responsabilidad penal objetiva.

En cuanto a la imputación a la culpabilidad, que es la que más atención jurisprudencial y doctrinal ha merecido, pese a que no es posible sin una previa imputación del hecho, así lo entendió la STC 246/1991, de 19 de diciembre, que entendió que el principio de culpabilidad rige también en materia del derecho administrativo sancionador para las personas jurídicas, por imponerlo así el artículo 25.1 de la Constitución, aunque «ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas».

Precisamente, en esa forma distinta de imputar el hecho culpable —que el Tribunal Constitucional fundamentó en la «capacidad [de las personas jurídicas] de infringir las normas a las que están sometidas», y en la «necesidad de protección eficaz [del bien jurídico]», al modo de las modernas teorías normativas de la culpabilidad que vinculan la culpabilidad a la necesidad preventiva de pena— radica la necesidad y, al tiempo, la dificultad, de definir criterios de imputación específicos para las personas jurídicas, que se echan de menos en el Anteproyecto.

En efecto, la imputación del hecho cometido por las personas físicas parte en el Anteproyecto de 2008 de dos supuestos diferentes: que el hecho delictivo haya sido cometido por un —simplificando— directivo o administrador, o bien por un empleado.

Este sistema, que podría denominarse dualista, tiene su origen en las Decisiones Marco de la Unión Europea, porque en ellas se diferencian, en efecto, dos regímenes sancionatorios diferentes: cuando el hecho de referencia es realizado por directivos de la persona jurídica se proponen consecuencias más graves; por el contrario, cuando el hecho es cometido por empleados se propone solamente la imposición de «medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias».

El Anteproyecto de 2008 recoge, pues, el sistema dualista en cuanto a los autores de los hechos delictivos de referencia, pero, sin embargo, no establece consecuencias de diferente gravedad para la persona jurídica. Esto permite una imputación amplia de los hechos a las personas jurídicas, ya que no solo responden por los delitos cometidos por sus directivos y administradores, sino también por sus empleados, pero, a la vez, impone una uniformidad de consecuencias no prevista en los instrumentos jurídicos comunitarios. La trasposición fiel de las Decisiones Marco, la técnica y el fundamento político-criminal del sistema dualista aconsejan diferenciar la gravedad de las penas para las personas jurídicas en cada uno de estos supuestos.

Lo más relevante, sin embargo, en este contexto dualista es que solo en el segundo supuesto —responsabilidad por hechos de los em-

pleados— prevé el Anteproyecto algo que puede entenderse como un criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica, cual es que los empleados hayan «podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control».

Para que este requisito pueda ser entendido como criterio de imputación de su propio hecho y por su propia culpabilidad a la persona jurídica, es imprescindible dotarlo de un contenido estructural, es decir, entenderlo como referencia a una conducta social de defecto de control u organización, y no a la omisión individual del deber de control por parte las personas físicas correspondientes. Sin embargo, en el artículo 31 bis 3 se apunta la reducción del defecto de control a una simple responsabilidad individual, cuando se refiere a las personas que hubiesen hecho posible los delitos «por no haber ejercido el debido control».

Aunque, como puede comprobarse, la ausencia del debido control puede entenderse como simple omisión dolosa o culposa del deber de control que recae sobre determinadas personas físicas, por ser a éstas a quienes corresponde el correlativo deber de cuidado, lo cierto es que no es ésta la interpretación consolidada en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas que permite una imputación a éstas del hecho como propio. Si el defecto de control se entiende como simple omisión individual de un deber de control, la imputación subjetiva no recae, en puridad, sobre la persona jurídica, sino sobre las personas físicas a las que corresponde el control de la actividad en cuyo marco se produjo el acto ilícito, tal y como señaló el informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2006.

En consecuencia, el artículo 31 bis 2 debe mejorarse para evitar interpretaciones incompatibles con la atribución del hecho como propio a la persona jurídica. Para ello, es imprescindible una referencia expresa a que la imputación del hecho a la persona jurídica en estos casos se debe a la ausencia de los mecanismos de control adecuados, o, mejor, a un defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo.

Este criterio identificaría una conducta de la propia persona jurídica, al modo de lo que en el derecho penal de sociedades del derecho anglosajón se considera una «conducta de organización contraria a la ley» (*Unlawful Organizational Behavior*). La imputación del hecho a la persona jurídica se fundamenta, entonces, en una estructura deficiente de funcionamiento, construida, por ejemplo, sobre normas estatutarias o reglamentarias internas que dan soporte a conductas o prácticas ilícitas, o sobre mecanismos contables o de otra naturaleza que permiten camuflar los hechos ilícitos, o bien, en suma, sobre procesos

organizativos internos que permiten minimizar el riesgo de detección de las infracciones o de que sean sancionadas.

Según esto, la conducta de las personas jurídicas está sometida a procedimientos operativos estandarizados (*Standard Operating Procedures*), es decir a procedimientos normalizados de trabajo y de toma de decisiones, y la culpabilidad de la persona jurídica se basa, precisamente, en la existencia de prácticas y procedimientos inadecuados por ser ajenos a los estándares de actuación para prevenir la comisión de delitos.

Naturalmente, la imputación por defecto de organización admite las formas dolosa y culposa o imprudente y, por tanto, es compatible con el artículo 5 del Código Penal («No hay pena sin dolo o imprudencia»). A estos efectos, debe tenerse en cuenta que está consolidada la idea de que la conducta dolosa de la empresa se refiere a que tiene capacidad —conocimiento potencial, tal y como exige nuestro Tribunal Constitucional en el ámbito sancionador administrativo— de conocer las normas, es decir la ilicitud de sus procesos organizativos y de la conducta consecuente de sus administradores, directivos y empleados. Basta al respecto que la sociedad no pueda ignorar que la conducta organizativa que se le imputa permite actuar ilícitamente. Se trata, en consecuencia, de una culpabilidad dolosa o imprudente referida al propio defecto de organización y a la relevancia que tiene tal defecto para la comisión de los hechos delictivos en cuestión.

Como puede comprobarse, los criterios de imputación del hecho a la persona jurídica son algo más complejos que la simple referencia al defecto de control relevante para la comisión del hecho al que se refiere el artículo 31 bis 2. Por eso, tal y como se señaló anteriormente, sería recomendable que éste, más que al defecto de control y a la imputación de este defecto a la conducta de determinadas personas físicas, aludiera expresamente al defecto de organización, que es el criterio de imputación del hecho a las personas jurídicas técnicamente más homologable con el derecho, la doctrina y la jurisprudencia comparados.

Pese a las importantes correcciones recién propuestas, lo más llamativo es que este criterio —el defecto de control—, solo se exige en el Anteproyecto en los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos cometidos por sus empleados (artículo 31 bis 2), pero no cuando los hechos han sido cometidos por los directivos y administradores (artículo 31 bis 1), como si con respecto a éstos no existieran mecanismos legales y estandarizados de control y, por tanto, posibles defectos de organización.

Así pues, con respecto a los directivos y administradores, el Anteproyecto de 2008 sigue claramente un modelo de responsabilidad vica-

ria (*vicarious liability*) pura¹, es decir, de responsabilidad de la persona jurídica por los hechos de sus directivos o administradores. Esta clase de responsabilidad por transmisión se basa en que solo las personas físicas cometen el delito. Las personas jurídicas son responsables porque se les atribuye el *actus reus* y la *mens rea* de quien es su agente, es decir, del superior que tiene capacidad para actuar en su nombre y obligarla. Por eso, los criterios de imputación a la persona jurídica del hecho ajeno consisten, según este sistema, en que el representante haya actuado en el marco y naturaleza de su empleo y que haya actuado para beneficiar a la empresa.

Como puede comprobarse, el artículo 31 bis 1 no solo regula una responsabilidad vicaria de las personas jurídicas que puede suscitar problemas de constitucionalidad por hacerlas responder por hechos de otros, sino que, además, la regula de forma incompleta, pues ni siquiera exige, como es obligado en este sistema, que el representante haya actuado en el ámbito o ejercicio de sus funciones.

Estas ausencias —no exigencia de un defecto social de organización y no restricción de la conducta de las personas físicas al marco y ejercicio de sus funciones— provocan una atribución de responsabilidad a la persona jurídica incluso si ésta no padece ningún defecto de organización relevante para la comisión del hecho delictivo, como puede suceder, por ejemplo, cuando existe una prohibición seria y expresa de actuar de determinada manera. Es decir, la norma propuesta prevé una responsabilidad penal de la persona jurídica por el mero hecho de que el delito ha sido cometido por el directivo o administrador en beneficio de la persona jurídica. Responsabilidad objetiva, pues, de la persona jurídica.

Para dotar de coherencia a los dos supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas es necesario que también el primero —comisión del hecho por los directivos o administradores— incluya un criterio de imputación específico a la persona jurídica por defecto de organización y control con respecto a sus propios directivos y administradores, y, además, que en ambos casos, se exija que las personas físicas que cometen los hechos delictivos lo hagan en el ámbito o con motivo del ejercicio de sus funciones.

La exigencia añadida de que actúen en beneficio de la persona jurídica no es esencial en un sistema de responsabilidad penal de las per-

¹ Responsabilidad vicaria que también se produce en el caso de las actuaciones delictivas de los empleados si la ausencia del debido control se refiere a los superiores, y no al defecto social de organización en cuyo contexto actúan, precisamente, tales superiores y sus empleados.

sonas jurídicas por sus propios hechos, por lo que, en caso de seguirse las recomendaciones de este informe, debería prescindirse de este requisito en los dos primeros números del artículo 31 bis. Suprimiendo este requisito se ganaría en coherencia político-criminal, pues lo decisivo en un sistema de responsabilidad no vicaria es que el defecto de organización sea relevante para cometer el delito, es decir, el punto de vista de las víctimas y no el de quién resulta beneficiado por el delito.

Si, no obstante, se decide mantener este original sistema dualista de responsabilidad vicaria, entonces debería unificarse, al menos, la exigencia en ambos números de que el autor actúe por cuenta y en beneficio de la persona jurídica, en vez de establecer estos requisitos como alternativos en el número 1 y como acumulativos en el número 2.

II. Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas

Aunque el inciso primero del artículo 31 bis 1 prevé que la responsabilidad penal solo 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 que pueden interpretarse como extensivas de su responsabilidad criminal.

En efecto, el texto más frecuentemente utilizado en el Libro II (artículos 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 o con motivo del ejercicio de sus 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 la misma.

III. Las personas jurídicas responsables

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 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 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. arts. 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).

IV. El artículo 129

El Anteproyecto de 2008 propone modificar el artículo 129 del Código Penal, que queda redactado como sigue:

«1. El Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los respectivos titulares o representantes si los hubiere, podrá imponer motivadamente a las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas, como medidas orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7.

2. Será requisito necesario para la imposición de las medidas que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.»

Se introduce el número 7 del artículo 33, cuya redacción es la siguiente:

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas al consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición

bición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) 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, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»

La Exposición de Motivos explica la coexistencia de las mismas medidas y penas aplicables a personas jurídicas en los siguientes términos:

«Esa responsabilidad [la del artículo 31 bis] predicable de las asociaciones, las fundaciones y las sociedades, quedando excluido 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.»

1. *Penas y medidas para asociaciones y sociedades*

Una vez más, el contenido del artículo 129 no corresponde con lo que de él se predica en la Exposición de Motivos. En efecto, la referencia en ésta a «los demás casos» indica claramente que el artículo 129 pretende ser aplicable a todos los demás delitos —sistema de *numerus apertus*—, pero también que es aplicable a otras personas jurídicas no incluidas en el artículo 31 bis, aspecto éste que confirma el propio texto del artículo 129 cuando alude a las «organizaciones y empresas».

Ahora bien, es posible que el artículo 129 responda a la pretensión político-criminal de regular un régimen penal específico para las personas jurídicas no comprendidas en el artículo 31 bis, pero el texto propuesto no permite solo esa interpretación.

Por el contrario, el artículo 129 prevé que a las asociaciones y sociedades también les sean aplicables las medidas en él previstas, y no excluye que, además, puedan ser penadas a través del artículo 31 bis. Las condiciones para la aplicación de las penas y las medidas son diferentes y no hay norma alguna que las declare excluyentes entre sí. En consecuencia, las asociaciones y sociedades serán penadas cuando se cumplan los requisitos del artículo 31 bis y sometidas a las mismas consecuencias, pero denominándolas medidas, cuando se cumplan los del artículo 129.

Parecería lógico que, si se aceptara este sistema dual de penas y medidas, fuera aplicable también a las fundaciones, que están expresamente aludidas en el artículo 31 bis, pero, sin embargo, no lo están en el artículo 129. La consecuencia sistemática debería ser, en consecuencia, que éstas solo pueden ser penadas, pero no sometidas a las medidas del artículo 129, aunque se cumplan los demás requisitos exigidos en éste. Naturalmente, siempre es posible concluir que, pese a no estar expresamente aludidas en el artículo 129, las fundaciones pueden, no obstante, ser sometidas a sus medidas como organizaciones, término éste que sí se encuentra en el artículo 129 y que es tan genérico que, desde luego, es capaz de incluir a las fundaciones. Esta forma espuria de evitar la interpretación sistemática podría y debería corregirse fácilmente: si la pretensión del Anteproyecto es incluir a las fundaciones en el ámbito de aplicación del artículo 129, entonces lo técnicamente procedente es no olvidarse de mencionarlas en él, al igual que se hace en el artículo 31 bis. La alternativa, es decir, dejarlas fuera del artículo 129, pese a que se mantienen en él todas las demás formas organizativas posibles, es arbitraria.

Con independencia de lo anterior, el Anteproyecto de 2008 establece un doble sistema de consecuencias jurídicas para las sociedades y asociaciones, de tal manera que unas —las penas— derivan de la actuación delictiva de sus directivos, administradores y empleados en las condiciones descritas en el artículo 31 bis, y otras, sin embargo, —las medidas— de que los delitos hayan sido cometidos por quienes «dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad [u organización] o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros».

Este doble sistema para las asociaciones y sociedades es desconocido en la doctrina y carece de sentido político-criminal y de punto de comparación en derecho comparado. Si el Anteproyecto da el paso de incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal, debe incluir allí todos los supuestos que hacen mercedores de consecuencias penales a las asociaciones y sociedades, sobre todo

si, como es el caso, las penas y las medidas son idénticas. Lo contrario supone una ampliación arbitraria de la fuente de su responsabilidad mediante un simple fraude de etiquetas: penas en unos casos y las mismas penas, pero denominándolas medidas, en otros.

Además, puesto que el artículo 129 no contiene referencia alguna al *numerus clausus* de delitos, la conclusión debería ser que las sociedades y asociaciones responden penalmente por los concretos delitos cometidos por sus directivos, administradores y empleados expresamente previstos en la ley —artículo 31 bis— y, además, pueden ser objeto de medidas por todos los demás delitos cometidos por quienes dirigen o controlan la sociedad o asociación, u ordenan, instigan o permiten la comisión de los delitos.

La conclusión crítica es, pues, en síntesis, que la previsión de un *numerus clausus* de delitos en el artículo 31 bis es artificial y simbólica, está vacía de contenido, ya que el artículo 129 permite la aplicación de las mismas penas, pero denominándolas medidas, en todos los demás delitos y con unas exigencias más laxas que las del artículo 31 bis en cuanto a las actuaciones de las personas físicas que fundamentan la imposición de las medidas a las personas jurídicas.

Es de hacer notar que, tal y como se ha señalado antes, el artículo 129 no prevé restricción alguna en cuanto a la clase de delito que puede originar la imposición de una medida a la persona jurídica. No obstante, una restricción elemental debe deducirse de la finalidad de las medidas, que, según el artículo 129.1 es la prevención de «la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Parece claro, por tanto, que los delitos cometidos por las personas físicas que pueden fundamentar la imposición de las medidas a las asociaciones y sociedades deben, al menos, tener relación con la actividad de las mismas o con los efectos de tal actividad.

De todo lo anterior se deduce que, tal y como se concluyó antes, las asociaciones y sociedades deberían desaparecer del artículo 129 y estar sometidas exclusivamente al régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis.

No obstante, se comparte la pretensión político-criminal de que puedan serles aplicables a estas personas jurídicas cautelarmente (artículo 129.3) algunas consecuencias similares a las del artículo 33.7. Bastaría para esto prever las medidas cautelares concretas en el propio artículo 31 bis, aunque con distinta duración y régimen de aplicación que las penas correspondientes, pues imponer cautelarmente la misma pena correspondiente al delito sería anticipar el cumplimiento de la condena, con la consiguiente lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia (24.2 CE). Se trataría, en tal caso, de someter

estas medidas cautelares restrictivas de derechos a los mismos requisitos para la imputación (indiciaria) de responsabilidad penal a estas personas jurídicas, en vez de exigir unos presupuestos en cuanto a la conducta de las personas físicas —los del artículo 129— para la imposición de las medidas cautelares, y otros —los del artículo 31 bis— para la de las penas.

No obstante, debe dejarse constancia de que el Código Penal no es el cuerpo jurídico adecuado para la regulación de las medidas cautelares a imponer a las personas jurídicas, sino la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si, tal y como se está proponiendo, se excluyeran expresamente del artículo 129 a las sociedades y asociaciones [y fundaciones], es decir, las personas jurídicas sometidas al régimen de responsabilidad penal del artículo 31 bis, y se previera en este mismo artículo o, mejor, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el régimen de las medidas cautelares aplicables a éstas, quedaría técnica y político-criminalmente delimitado el auténtico fundamento de la coexistencia de los artículos 31 bis y 129 en el Código Penal: El artículo 129 trataría, entonces, de someter a un régimen de medidas, no de penas, a las personas jurídicas no incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 31 bis —las organizaciones y empresas²— y, además, hacerlo sin *numerus clausus* de delitos, aunque éstos deban tener relación con la actividad de tales personas jurídicas.

2. Las organizaciones y empresas

Tal y como explica la Exposición de Motivos, del ámbito de aplicación del artículo 31 bis están excluidos «el Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los partidos políticos y los sindicatos». Consecuentemente, ninguno de estos entes jurídicos tienen cabida, en efecto, en los conceptos de «asociaciones, sociedades y fundaciones» a los que se refiere el artículo 31 bis.

Resulta claro, por tanto, que la inclusión de las «organizaciones» en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 129 no solo hace posible su aplicación a entes irregulares y sin personalidad jurídica, tal y como preveía el Anteproyecto de 2006 con respecto a esta últimas e indicó el informe del CGPJ sobre ese Anteproyecto, sino que también permite que los partidos políticos, los sindicatos e, incluso, los entes territoriales

² Al menos, en aquellos casos en los que una empresa no es, a la vez, una sociedad.

e institucionales estén sometidos al régimen de medidas previsto en dicho artículo, aunque no al de las penas derivadas del artículo 31 bis.

La naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal y el principio constitucional de legalidad de las penas y medidas aconsejarían una restricción expresa del ámbito objetivo de aplicación del artículo 129, en el doble sentido de excluir expresamente a los entes públicos territoriales e institucionales, que deben seguir sometidos exclusivamente a la legislación no penal al respecto, y de establecer un *numerus 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».

Finalmente, y con independencia de que las precisiones anteriores deben enmarcarse en el contexto de lo que se mantiene a continuación sobre la naturaleza de las medidas a las que se refiere el artículo 129, debe dejarse constancia de la conveniencia de que estas organizaciones sean sometidas también a un sistema de medidas cautelares específico, al igual que se ha mantenido con respecto a las asociaciones y sociedades, pero el cuerpo jurídico adecuado al respecto es la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no el Código Penal.

3. *La naturaleza de las medidas a las que se refiere el artículo 129 y la conveniencia de regular un sistema específico de medidas de seguridad para las personas jurídicas*

Sin embargo, las precisiones anteriores no resuelven el principal problema técnico y de constitucionalidad que plantea el artículo 129, cuya solución pasa por la supresión de este artículo y su sustitución, en su caso, por un sistema específico de medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas.

En efecto, el Anteproyecto de 2008 introduce en el artículo 129 un *tertium genus* en el sistema de consecuencias jurídicas del delito, tal y como ya hiciera el Código Penal de 1995 cuando introdujo el artículo 129 en el peculiar y duramente criticado concepto de «consecuencias accesorias», junto al comiso. Desaparecidas del artículo 129 estas consecuencias accesorias, se introduce, sin embargo, en él el concepto de «medida», es decir, una consecuencia a aplicar a las personas jurídicas que pretende no ser pena, ni tampoco medida de seguridad.

No teniendo la naturaleza jurídica de las penas, estas medidas no estarían sometidas a los principios o criterios de imputación objetiva y subjetiva del hecho a las personas jurídicas; y, a su vez, por no ser medidas de seguridad, no entran en colisión con la regulación de éstas en el Título IV del Libro I del Código Penal.

Sin embargo, la pretendida diferencia con las penas es puramente nominal, pues las medidas del artículo 129 son, por remisión expresa desde éste, «las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7». Artículo que regula, precisamente, «las penas aplicables a las personas jurídicas».

La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos impide que una multa, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales, etcétera, puedan dejar de ser penas por el simple hecho de que, además de seguir siéndolo, se las denomine también de otra forma. Lo decisivo, al respecto, no es el nombre, sino el contenido material de la consecuencia jurídica y su régimen de aplicación. La pretensión, por tanto, de eludir toda la teoría de la imputación penal —y, por tanto, los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas regulados en el artículo 31 bis— mediante un simple cambio de nombre, carece de cobertura teórica y constitucional.

Frente a ello no puede oponerse que algunas penas también coinciden nominalmente en el Código Penal vigente con ciertas medidas de seguridad. Es cierto que algunas medidas de seguridad no privativas de libertad del artículo 96 coinciden en nuestro Código Penal con el *nomen iuris* de algunas penas privativas de derechos del artículo 33, como sucede con la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares y de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima, etcétera. No obstante, en estos casos la coincidencia es puramente nominal, pues su duración y aplicación son radicalmente diferentes, conforme a su no menos radical diferencia de naturaleza y fundamento. Por eso, el artículo 96 no se limita a remitirse a determinadas penas del artículo 33, como hace, sin embargo, el artículo 129 con respecto al 33.7, sino que en aquél se enumeran las medidas de seguridad, conforme exige el principio de legalidad, pero, además, en el propio Título IV se regulan sus presupuestos, fundamento, duración y régimen de aplicación, todo ello de forma completamente diferente de las penas con las que algunas medidas de seguridad coinciden nominalmente.

En consecuencia, el Anteproyecto de 2008, más que un artificial e inconstitucional *tertium genus* en materia de consecuencias jurídicas

del delito, debería haber desarrollado un auténtico sistema de medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas, a modo de Capítulo III del Título IV del Libro I del Código Penal. Este sistema de medidas de seguridad, no solo debería regular su contenido, duración y régimen de cumplimiento —conforme exigen los artículos 1.2 y 3 del Código Penal—, que tendrían que ser diferentes de las penas, sino también los presupuestos de peligrosidad de la persona jurídica que justificarían la imposición de las medidas de seguridad a imponer a estos entes o, al menos, a las «organizaciones».

La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia

Carlos Gómez-Jara Díez

Profesor de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid
Abogado

I. Introducción

1. La plasmación de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal español del año 2006¹ y en el Anteproyecto de 2008, abre el debate respecto de qué modelo resulta idóneo para introducir en nuestro Derecho penal. Hace ya algún tiempo se manifestó que, incluso una vez tomada la decisión a favor de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no resultaba tarea fácil determinar qué modelo debía instaurarse². Aprovechando que el Proyecto de Reforma presentado no ha arribado a buen puerto y que se ha retomado a lo largo de esta legislatura mediante el Anteproyecto de 2008, en las líneas que siguen se aprovechará para realizar una serie de reflexiones sobre la tendencia —que paulatinamente gana en importancia— en la doctrina tanto nacional³ como internacional⁴: la vinculación de la idea de la autorregulación con la responsabilidad penal de la empresa. Ello fundamentalmente

¹ Sobre el proyecto de reforma *vid.*, en general, QUINTERO OLIVARES, Responsabilidad, pp. 187 ss.

² *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, Modelo constructivista, p. 93.

³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad, passim*; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad, passim*; incluso un autor como ZUGALDÍA ESPINAR que defiende un modelo de heterorresponsabilidad penal empresarial, asume la propuesta [*vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 270 ss.; *Íd.*, Modelo constructivista, pp. 122 ss.] de que los programas de cumplimiento/modelos de organización, sirvan como índice para imputar la culpabilidad empresarial [*Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad*, pp. 226 ss.].

⁴ *Vid.* HEINE, Responsabilidad colectiva, pp. 163 ss.; LAUFER, Culpabilidad empresarial, pp. 69 ss., ambos con ulteriores referencias.

porque es la noción de autorregulación la que incide directamente en la posible atenuación de este tipo de responsabilidad, en general, y, específicamente, en los dos supuestos que se abordarán con más detenimiento en este trabajo: los *compliance programs* o programas de cumplimiento, y la colaboración con la administración de justicia.

2. Por lo demás, en el ámbito estrictamente académico, resulta notable que una monografía tan relevante y reciente como la de NIETO MARTÍN sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas —que se encuentra llamada a influir decisivamente en el legislador español— se encuentre profundamente influida, tanto en la concepción teórica⁵ como en la plasmación práctica⁶, por la idea de la autorregulación. En el ámbito legislativo, no puede dejar de remarcarse la influencia autorreguladora que se aprecia, siquiera levemente, en la circunstancia atenuante contenida en el apartado 4.º del artículo 31bis) cuya introducción pretende el Anteproyecto de Reforma apuntado⁷. En definitiva, se aprecia que la discusión en torno al alcance de la autorregulación ha desembarcado en España no sólo en ámbitos característicos del Derecho administrativo⁸, sino también en el terreno propio del Derecho penal empresarial⁹.

3. Pues bien, a la luz de dicha tendencia, en lo que sigue se efectuará, en primer lugar, una brevemente referencia a los fundamentos de la autorregulación y de la concepción más moderna en dicho ámbito: la autorregulación regulada —*Infra II*—. A continuación, se referirán tres ámbitos genéricos de la responsabilidad penal empresarial en los que la autorregulación puede desplegar sus efectos, sin que ello agote, ni mucho menos, los innumerables matices al respecto —*Infra III*—.

⁵ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 55 ss., 81 ss., 145 ss., 199 ss.

⁶ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 322 ss.

⁷ Indica expresamente referido precepto:

«Artículo 31bis)

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:

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

⁸ *Vid.*, entre otros, ESTEVE PARDO, *Autorregulación, passim*; DARNACULLETA, *Autorregulación, passim*; DEL GUAYO, *Sistema jurídico*, pp. 149 ss.; *Id.*, *Rev. Der. Adm.* 130 (2006), pp. 227 ss.; *Id.*, *Economía Industrial* 364 (2007), pp. 153 ss.;

⁹ Para una aproximación sintética al concepto de autorresponsabilidad penal empresarial *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Autorresponsabilidad*, pp. 136 ss.

Acto seguido, se expondrán brevemente cuáles son las principales características del modelo que, partiendo de la idea de autorregulación, engarza con una comprensión determinada de la sociedad y de su Derecho penal y permite hacer frente a determinadas críticas —*Infra IV*—. Posteriormente, se realizarán algunas consideraciones para determinadas necesidades a las que van a tener que hacer frente el actual legislador español —*Infra V*—. Finalmente, se efectuarán unas precisiones sobre el actual Anteproyecto español y posibilidades de interpretación de los dos conceptos fundamentales de atenuación de la responsabilidad penal empresarial: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia —*Infra VI*—.

II. Fundamentos de la autorregulación en el Derecho penal empresarial

1. *Introducción: las relaciones entre sociedad, Estado, Derecho y organización empresarial en la sociedad moderna*

1. Por lo que se alcanza a ver, el primer autor que ha planteado el nuevo escenario autorregulador en el que se desarrolla la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido GÜNTHER HEINE.¹⁰ De manera simultánea a cuando se introducía el debate en el Derecho administrativo alemán, este autor señalaba que, en la era del riesgo, los avances técnicos suponían un «conflicto fundamental en la tríada sociedad/Estado/empresa»¹¹. En este sentido, HEINE dejaba constancia de cómo el Estado, en la era de la incertidumbre, había perdido el monopolio de la protección de bienes jurídicos, de la distribución de riesgos y de la planificación estratégica, puesto que, simple y llanamente, carecía de la suficiente información y competencia para poder desarrollarlas¹².

2. Continuaba señalando este autor que dicha situación era fundamentalmente consecuencia, entre otras cuestiones, de la íntima vinculación existente entre *las inversiones, el «know-how» técnico, la conciencia del riesgo y la predisposición a la responsabilidad*. Al darse la circunstancia especialmente significativa de que el Estado había

¹⁰ En la literatura jurídico-penal española *vid.* GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad*, pp. 262 ss.; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 55 ss.

¹¹ HEINE, *Technischer Fortschritt*, p. 66. En la literatura administrativa española, ha sido DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación*, pp. 389 ss. quien se ha hecho eco de estas cuestiones de manera más detallada.

¹² *Vid.* LADEUR, *UPR* 1993, p. 126; HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 70 s.

dejado de realizar las necesarias inversiones para adquirir el conocimiento técnico adecuado, la posición de éste en el contexto general de la sociedad aparecía sumamente debilitada. Precisamente por ello, la producción sistémica de riesgos y su evaluación adecuada en la empresa hacen que sea necesario un *management* de riesgos (*risk management*) —que no *management* arriesgado— empresarial a largo plazo a través de la precaución y la adaptación. Para que dicho *risk management* puede llevarse a cabo diligentemente, se presupone un «know-how» técnico y una correspondiente predisposición por parte de la empresa a minimizar al máximo los riesgos inherentes a su actividad. Y mientras todas estas cuestiones acontezcan en el ámbito de la incertidumbre o del riesgo, el Estado no puede regular adecuadamente todas y cada una de las materiales. En definitiva, las administraciones estatales no disponen, en lo que se refiere a riesgos modernos derivados de la innovación, de suficiente conocimiento sobre la seguridad técnica y ello debido a que dicho conocimiento se produce en primer lugar a través de la experiencia empresarial a lo largo del tiempo¹³.

3. Precisamente la apuntada carencia de información y de competencia hace que el Estado se distancie de la asunción de cualquier tipo de responsabilidad al respecto¹⁴ y que se establezcan nuevas relaciones de responsabilidad recíprocas entre sociedad, Estado y empresa. De esta manera, existen motivos de peso para afirmar que ese déficit de responsabilidad estatal debe ser asumido por las empresas¹⁵. En efecto, son las grandes empresas las que, en *primer lugar*, desarrollan nuevos productos, métodos de producción y tecnologías procedimentales adecuadas; en *segundo lugar*, las que llevan a cabo las correspondientes investigaciones tecnológicas y procedimentales; y en *tercer lugar*, las que disponen de sus propios departamentos jurídicos y de investigaciones de mercados. De todo lo expuesto se deriva que las grandes

¹³ HEINE, *Technischer Fortschritt*, pp. 67 ss., 70 ss.; íd., *Plädoyer*, pp. 92 ss.

¹⁴ HEINE, *Technischer Fortschritt*, p. 66; íd., *Plädoyer*, p. 105. El Estado ya no está en condiciones de llevar a cabo una administración a largo plazo de los riesgos modernos ya que, como se ha indicado, no invierte lo suficiente.

¹⁵ Así, resulta obligado traer a colación la argumentación coincidente de ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, p. 108, quien señala que «la tendencia de las Administraciones a no asumir responsabilidad en sectores a los que no alcanzan sus conocimientos o capacidades y, más genéricamente, su tendencia a desprenderse en lo posible de responsabilidad, están sin duda en la base de un fenómeno relativamente reciente en nuestro ordenamiento: el reconocimiento de sujetos privados que ejercen funciones públicas bajo su propia responsabilidad, adoptando decisiones definitivas que la Administración asume sin reservas».

organizaciones empresariales tienen desarrollada una vasta conciencia del riesgo¹⁶. Por ello, concluye HEINE, la línea a seguir en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial consiste, básicamente, en la «estimulación» de la autorresponsabilidad empresarial¹⁷.

4. Como se puede apreciar, esta última consecuencia constituye un corolario lógico de los planteamientos sostenidos por este autor. Y es que para el mismo, sobre todo en el ámbito de la conducción de nuevos riesgos sociales a través de la innovación técnica, el Legislador se ve necesariamente obligado cada vez más a incrementar la autorresponsabilidad de la empresa y a limitar la actividad estatal de control a una suerte de «control de los controles internos de la corporación»¹⁸. De ahí se deriva una característica fundamental del modelo propuesto por este autor, que no es otra que la afirmación de que el ámbito fundamental en el que debe desarrollarse la responsabilidad penal empresarial es el referido a los *grandes riesgos de la sociedad moderna vinculados a procesos empresariales basados en la técnica*¹⁹. En este sentido, presta una especial atención al Derecho penal ambiental y a la responsabilidad por el producto²⁰.

5. Las reflexiones de HEINE se pueden completar sin excesivas dificultades con los análisis provenientes de la teoría de sistemas. En este ámbito se ha estudiado detenidamente cómo el «policentrismo» de la sociedad moderna conlleva que los clásicos medios de coordinación y conducción, entre ellos el Estado y el Derecho, se vean obligados a transformarse²¹. Por ello, en lo que sigue se analizarán con algo más

¹⁶ HEINE, Plädoyer, pp. 101 y 105.

¹⁷ Vid. HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 253 s., 279 s.; Íd., Plädoyer, p. 105; Íd., *Technischer Fortschritt*, pp. 68 s., 74; Íd., *Modelos*, pp. 58 s.; Íd., *St.L.War.Tr.L.Rev.* 1998, p. 179. También este sentido se encamina acertadamente БОТКЕ, *wistra* 1997, p. 249 «la atribución al colectivo de una competencia sobre los contactos [sociales] le estimula a una autorregulación conforme a la norma».

¹⁸ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 282 con referencias; Íd., Plädoyer, p. 93.

¹⁹ HEINE, *ÖJZ* 1996, p. 218; Íd., *ZStrR* 119 (2001), p. 37.

²⁰ Así, en concreto, tal y como se puede comprobar en sus propuestas legislativas, HEINE circunscribe el Derecho penal empresarial a (1) las muertes o lesiones de un número indeterminado de personas (partes de la población); (2) peligros comunes en la forma tradicional; (3) daños al medioambiente especialmente graves [HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, p. 288; Íd., *Modelos*, pp. 63 ss.].

²¹ Vid. introductorariamente las reflexiones de WILLKE, *Steuerungstheorie*, pp. 1 ss. sobre el problema del gobierno o conducción en la sociedad moderna, que no son sino reflejo de los problemas de gobierno o conducción de sistemas autopoiéticos, cerrados a intervenciones externas directas. Más en profundidad vid. Íd., *Dystopia*, pp. 86 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 10 ss., 76 ss.

de detalle los actores principales implicados en este nuevo «juego» de responsabilidad para poder alcanzar a comprender con mayor detenimiento la incidencia que puede llegar a desplegar la autorregulación en la responsabilidad penal empresarial²².

2. La sociedad policéntrica

1. La diferenciación funcional y correspondiente descentralización de la sociedad se ha ido acentuando a lo largo del siglo xx, hasta el punto de que una de las características fundamentales de la sociedad moderna es precisamente la carencia de un único centro organizador, es decir, su constitución como una sociedad policéntrica²³. Así, en primer lugar, deben destacarse dos características de las sociedades modernas postindustrializadas. Por un lado, la diferenciación funcional de la sociedad moderna²⁴ ha conllevado la constitución de diferentes sistemas sociales funcionales como el Derecho, la economía, la política, etc, aflorando por tanto diversos centros autónomos y, en consecuencia, convirtiéndose la sociedad moderna en una sociedad policéntrica²⁵. Por otro lado, la sociedad moderna es una sociedad caracterizada, entre otras, por dos circunstancias: el riesgo y el conocimiento²⁶.

²² Gran parte de las presentes reflexiones se encuentran presentes en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 262 ss. Vid. igualmente las certeras consideraciones de NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 55 ss. relacionando el problema del policentrismo social con el intento del Estado por controlar a las organizaciones.

²³ Vid. WILLKE, *Ironie, passim* (no en vano su subtítulo es «Fundamentos para una teoría del Estado de la sociedad policéntrica»); Íd., *Atopia*, pp. 107 ss., 123 ss.; Íd., *Dystopia*, pp. 86 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 192 ss.

²⁴ Vid. ahora sólo LUHMANN, *Gesellschaft der Gesellschaft*, pp. 743 ss.

²⁵ Vid. WILLKE, *Ironie*, pp. 57 ss., 126 ss.; Íd., *Atopia*, pp. 107 ss., 123 ss.; Íd., *Dystopia*, pp. 86 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 192 ss. Una de las características de este policentrismo es que ningún sistema puede reclamar para sí la conducción o gobierno directo de la sociedad, ni siquiera la economía [vid. ya LUHMANN, *Wirtschaft der Gesellschaft*, pp. 26 ss., 322 s. 324 ss.; más desarrollado en relación con la economía de mercado vid. BAECCKER, *Marktwirtschaft*, pp. 157 ss., 222 ss.]. Por ello, no resulta acertado el diagnóstico de JAKOBS de considerar a la economía el sistema conducente (*Leitsystem*) [Íd., *Norm*, pp. 112 ss.]. Lo que sí puede colegirse con JAKOBS es que la construcción que el sistema económico realiza de la persona (*homo oeconomicus*) provoca considerables irritaciones en la persona que genera el sistema jurídico (*homo juridicus*) [vid. Íd., *Norm*, pp. 115 ss.], lo cual no es sino otro apoyo más a la tesis que afirma la responsabilidad penal empresarial, ya que las empresas son los actores económicos por excelencia.

²⁶ Estas dos características han sido a su vez, entre otras, las detonantes del paso de una sociedad capitalista a una sociedad «postcapitalista» caracterizada por que «el con-

2. La sociedad postindustrial ha sido definida, como es sabido, como una sociedad de riesgo²⁷. Íntimamente relacionado con ello, aunque no coincidente, se define igualmente a la sociedad moderna como una sociedad del conocimiento (*Wissengesellschaft*)²⁸. La relación entre ambas circunstancias a los efectos que aquí interesan viene dada porque las organizaciones empresariales son consideradas como los mayores productores de riesgos y de conocimiento simultáneamente²⁹. Más aún, a los efectos que aquí interesan, *resulta decisivo que la generación del conocimiento es necesaria para el control del riesgo*.

3. Por tanto, se genera una situación extremadamente delicada para el Estado tradicional. Así, no solamente carece de las herramientas necesarias para poder hacer frente a los retos que le plantea la nueva configuración social, sino que los agentes que sí pueden ofrecer una respuesta, se escapan a su control. Por ello, no es casualidad que, como se pasa a relatar a continuación, el rol que tradicionalmente ha venido desempeñando el Estado, se modifique sustancialmente y pase a otorgar determinados espacios de libertad a las organizaciones empresariales pero a cambio de un mayor ejercicio de la responsabilidad. En esa lógica, la responsabilidad penal constituye el máximo ejercicio de la sanción estatal en determinados casos especialmente relevantes para la configuración social actual.

flicto industrial de clases entre empresarios y trabajadores dependientes ha desaparecido prácticamente y en su lugar han surgido los conflictos "postmodernos" de estilos de vida y situaciones de riesgo; (...) los clásicos factores de producción empresarial como el trabajo, el capital y el suelo habrían perdido relevancia frente al factor de producción "conocimiento", y ello no sólo en un sentido cuantitativo-gradual» [vid. ampliamente KRAEMER, *Kapitalistische Gesellschaft*, pp. 110 ss.].

²⁷ Vid. principalmente, a los efectos que aquí interesan, BECK, *Riesgo*, pp. 25 ss. y *passim*; Íd., *Gegengifte*, pp. 209 ss.; Íd., Teoría, pp. 201 ss.; LUHMANN, *Soziologische Aufklärung V*, pp. 131 ss.; Íd., *Soziologie des Risikos*, *passim*. En la literatura jurídico-penal, la sociedad del riesgo se ha convertido en un topos incipientemente desarrollado [vid. la ya clásica obra de PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 76 ss. y *passim*; SILVA SANCHEZ, *Expansión*, pp. 26 ss., 36 s.]. En este punto no se puede reproducir ni el estado de la cuestión al respecto ni las propuestas *ad futurum* que existen en la dogmática penal. Pero sí debe apuntarse que la incorporación a este debate de las organizaciones empresariales como sistemas autónomos que *generan* y *controlan* el riesgo, podría modificar ciertos planteamientos respecto de la relevancia de decisiones individuales puntuales y concretas.

²⁸ Vid. ahora por todos WILLKE, *Wissengesellschaft*, pp. 379 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 9 ss.; Íd., *Smart Governance*, pp. 74 ss., 100 ss.

²⁹ Vid. por ejemplo, sobre el tratamiento del riesgo en la economía a través de las organizaciones bancarias BAECKER, *Banken*, pp. 108 ss.; WILLKE, *Wissenmanagement*, pp. 238 ss.

3. *El Estado supervisor*

1. En efecto, las consideraciones que acaban de efectuarse respecto de los cambios experimentados por la sociedad policéntrica, tienen importantes consecuencias para la función del Estado —como se ha encargado de poner de manifiesto extensamente HELMUT WILLKE³⁰—. En líneas generales, y siguiendo la exposición de WILLKE, el Estado, víctima de sus propios logros³¹, se ve absolutamente incapaz de llevar a cabo las antaño frecuentes políticas intervencionistas³² y busca nuevas vías de acceso a parcelas sociales cuya complejidad ya le desborda. En este sentido, el Estado se ve incapaz de cumplir con la multitud de tareas asignadas al «Estado de bienestar», dado que los recursos de que dispone para ello son limitados y del todo insuficientes para llevar a cabo dichas prestaciones adecuadamente³³. Ello adquiere un cariz especial cuando se trata del control de riesgos característico de la sociedad moderna.

2. Esta situación se ve aún más exacerbada cuando se comprueba la existencia de sistemas mundiales «laterales»³⁴. La aparición de estos, junto con las carencias apuntadas, conlleva la pérdida del monopolio regulador del Estado a nivel mundial, por lo que el Estado se convierte en un actor más en la escena global. De ahí que el topos de investigación actual sobre las posibilidades reales de regulación o gobierno pasen necesariamente por las propuestas de *Global Governance* entendido no como un gobierno central ejercido por un único organismo, sino por la interacción entre los Estados nacionales y los contextos globales —estando siempre muy presentes las consideraciones respecto de quiénes ganan y quiénes pierden con la globalización—³⁵.

³⁰ Vid. WILLKE, *Ironie*, pp. 216 ss., 239 ss., 262 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 128 ss.; Íd., *Atopia*, pp. 14 ss. Vid. asimismo el breve pero interesante análisis de AHLREP, *Entwurf, passim*.

³¹ Vid. ya WILLKE, *Entzauberung*, p. 49 y *passim*. Sobre la transformación del Estado vid. WILLKE, *Interventionstheorie*, pp. 222 ss.; Íd., *Systemtheorie*, pp. 222 ss.; Íd., *Steuerungstheorie*, pp. 22 ss.; Íd., *Ironie*, pp. 85 ss., 92 ss., 107 ss., 144 ss., 335 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 306 ss., 347 ss. Un temprano resumen en español puede verse en GARCÍA AMADO, *AFD* 1988, pp. 254 ss.; Cfr. la crítica constructiva de HABERMAS, *Faktizität*, pp. 415 ss.

³² Sobre la crisis del Estado intervencionista vid. ya TEUBNER, *Law&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 267 ss. con referencias. Vid. también las aportaciones de WILLKE en la nota anterior.

³³ Sobre el final de la utopía del Estado de bienestar vid. WILLKE, *Atopia*, pp. 14 ss. Vid. asimismo las reflexiones de SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, pp. 30 s.

³⁴ Sobre ello, y el reto para el Estado, vid. WILLKE, *Supervisión*, pp. 121 ss.

³⁵ Vid. la obra fundamental de WILLKE, *Global Governance*, pp. 5 ss., 42 ss., 100 ss.

3. Precisamente de ahí se deriva el nuevo rol adoptado por el Estado, que ya no puede tildarse de intervencionista en el sentido tradicional, sino que se transforma en el Estado supervisor. En este sentido, la tarea que tiene ante sí el Estado es ceder espacios de gestión funcional a diversos sistemas —sobre la base del principio de subsidiariedad horizontal, y no vertical— entre los cuales se encuentra el Derecho o la economía y, a continuación, supervisar la correcta prestación por parte de cada uno de estos. Ello implica, a su vez, que dichos sistemas funcionales modifiquen igualmente su labor tradicional, puesto que sólo de esa manera la gestión de los mismos se adecuará al nuevo escenario social existente.

4. *El Derecho reflexivo*

1. De las anteriores consideraciones, se deriva que al igual que el Estado modificó su rol social, también los sistemas funcionales han visto alterado significativamente su significado tradicional por las nuevas exigencias de la sociedad moderna. A los efectos que aquí interesan, la atención se centra sobre el sistema jurídico, tradicional sistema de intervención del Estado en las esferas particulares. En este sentido, constituiría un grave error no percibir los nuevos retos que la sociedad global policéntrica plantea tanto al Estado como al Derecho, puesto que su capacidad de intervención directa se ve ciertamente mermada en términos tradicionales. Y pedirles más de lo que pueden dar resulta no sólo disfuncional para quienes se encuentran sometidos a los mismos, sino que, a mayor abundamiento, se corre el riesgo de no poder adaptarse a la complejidad existente y de proporcionar respuestas ineficaces ante los retos planteados.

2. Por ello, el Derecho ha venido modificando su racionalidad y así, se ha pasado de una racionalidad formal, a una racionalidad substancial para desembocar principalmente a finales del siglo xx en una racionalidad reflexiva³⁶. Los tradicionales métodos empleados por el Derecho se muestran inadecuados frente a la creciente complejidad de una sociedad funcionalmente diferenciada. Abreviando, quizás, en exceso, se podría indicar que las características fundamentales de la racionalidad reflexiva son (1) el control de la autorregulación: la coordinación de formas de cooperación social determinadas recursivamente; (2) la estructuración y

³⁶ Así TEUBNER, *Law&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 254 ss. [*vid.* también una temprana respuesta a las críticas en *Íd.*, *Law&Soc.Rev.* 18 (1984), pp. 301 ss.].

reestructuración de sistemas para el discurso interno y la coordinación externa; (3) la orientación hacia el procedimiento: estructuras institucionales y procesos de decisión orientados relacionamente.

3. A raíz de lo anterior se ha instaurado un nuevo planteamiento respecto de la configuración que debe mostrar el Derecho en este nuevo escenario. Se trata de las denominadas teorías del Derecho reflexivo y teorías similares³⁷, las cuales han llamado poderosamente la atención de ciertos penalistas³⁸. Aquí se trabaja con una concepción del Derecho no como instrumento de intervención directo en las esferas sociales, sino como contexto regulador en el cual se posibilita la autorregulación de los diferentes actores implicados. Como indican TEUBNER y WILLKE, «la autorreferencia y dinámica autónoma de subsistemas sociales diferenciados (...), tiende a obstruir progresivamente el control político de las formas tradicionales del Derecho. La implementación de programas políticos depende de la habilidad de estos subsistemas de organizarse y regularse a sí mismos. Ello significa que el principal problema que implica una adecuada evaluación de la instrumentalidad política del Derecho es ahora la nueva definición, por un lado, del contexto y del control, y por otro, de la autorregulación descentralizada»³⁹.

5. La organizaciones empresariales

1. En este escenario un tanto extremo irrumpen las organizaciones empresariales modernas como sistemas sociales autopoieticos que no admiten un control o intervención externo directo⁴⁰, complicando aún

³⁷ Vid. TEUBNER, *ARSP* 68 (1982), pp. 13 ss.; Íd., *Law&Soc.Rev.* 17 (1983), pp. 239 ss.; Íd., *Juridification*, pp. 3 ss., 27 ss.; Íd., *Legal Instrumentalism*, pp. 299 ss.; BECHMANN, *Reflexive Law*, pp. 417 ss.; TEUBNER/WILLKE, *ZfRSoz.* 5 (1984), pp. 4 ss.; WILLKE, *Legal Structure*, pp. 280 ss., 290 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 76 ss.

³⁸ Vid. por todos ahora HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 49, 59 ss., 78 ss., 249 s. con referencias; vid. también LÜTOLF, *Strafbarkeit*, p. 35; SCHÜNEMANN, *Personas jurídicas*, p. 572; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen*, pp. 206 ss. Debe aquí notarse especialmente la posición de SCHÜNEMANN, quien considera que la *legitimación* de las sanciones a la empresa viene dada, en gran medida, por el concepto del Derecho reflexivo para la conducción y el control indirecto de los sistemas autopoieticos [vid. claramente Íd., Art. 4, pp. 170, 175; vid. también Íd., *Plädoyer*, p. 138; Íd., *Legal Entities*, p. 232].

³⁹ TEUBNER/WILLKE, *ZfRSoz* 5 (1984), p. 5. Sobre la idea de la dirección del contexto (*Kontextsteuerung*) vid. más en profundidad vid. WILLKE, *Ironie*, pp. 185 ss., 341 ss.; Íd., *Supervision*, pp. 72 ss.; Íd., *Atopia*, pp. 131 ss.; Íd., *Dystopia*, pp. 65 ss.; Íd., *Heterotopia*, pp. 122 ss.

⁴⁰ Sobre las organizaciones como sistemas autopoieticos vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC* 8/2006, pp. 1 ss. con abundantes referencias.

más la situación. Sin embargo, dicha complicación constituye, paradójicamente, el comienzo de la solución del problema. En efecto, Estado y Derecho se ven obligados a permitir ámbitos de autorregulación organizativo-empresarial, de tal manera que, como mucho, pueden aspirar a un control del contexto en el que se va a llevar a cabo dicha autorregulación.

2. En el proceso de diferenciación social tendente a la descentralización organizativa, las empresas se han «convertido» en unidades autónomas de organización de tal manera que la única forma de garantizar el orden social es imponiéndoles la tarea de procurarse la necesaria fidelidad al Derecho⁴¹. Al igual que ocurrió con la responsabilidad penal individual, va a ser precisamente esta evolución del modo descentralizado de organización social⁴² el que pueda propiciar el nacimiento de una auténtica responsabilidad *personal* empresarial⁴³. Se trata del conocido topos de la autorregulación regulada o, expresado de otra manera, de la heterorregulación de la autorregulación⁴⁴. Por tanto, existen parcelas de la esfera social en las cuales el Estado, vistas estas circuns-

⁴¹ En el momento en el que se va constatando —y reconociendo— la capacidad autoorganizativa de las empresas, se va produciendo un paulatino incremento de las responsabilidades asociadas a las mismas, siendo la primigenia de ellas el deber de fidelidad al Derecho por parte de la empresa. En este sentido puede afirmarse que dicha fidelidad al Derecho se concreta en el mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. En efecto, la vigencia de la norma puede verse cuestionada por una cultura empresarial de infidelidad hacia el Derecho.

⁴² Así, SCHÜNEMANN, Art 4, p. 170 advierte correctamente que en la actualidad existe una organización descentralizada en relación con el fenómeno empresarial, pero, sorprendentemente, no deriva como consecuencia el nacimiento de un Derecho penal empresarial [Vid. *Infra* § V. 4.3.2.2.1].

⁴³ En este sentido se pueden interpretar las palabras de que la atribución de competencia al colectivo empresarial «comunica que los contactos sociales cualificadamente relacionados con el colectivo no son un *destino* ciego» [БОТКЕ, *wistra* 1997, p. 249]. Y es que, efectivamente, «el principio de culpabilidad garantiza (...) que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona» [JAKOBS, *Normativización*, p. 50].

⁴⁴ Vid. LADEUR, *Selbstregulierung*, pp. 59 ss. con ulteriores referencias; en España por todos ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, pp. 35 s.: «Los sistemas autorreferenciales se autorregulan en muy buena medida pero (...), no es esa genérica autorregulación la que resulta de interés para el sistema jurídico, sino sólo la que, generándose en otros sistemas (...), es tomada como referencia por el sistema del Derecho. (...) Esta autorregulación es así la principal vía que se le abre al Derecho para adentrarse en unos espacios sociales (...) que tienen a quedar bajo el dominio de los sistemas, cada vez más organizados y cerrados en sí mismos, que en ellos operan» [dicho autor desarrolla extensamente su planteamiento al respecto en *Ibid.*, pp. 160 ss.]. Vid. asimismo la excelente monografía de DARNACULLETA I GARDELLA, *Autorregulación*, pp. 327 ss., 388 ss.

tancias, cede su monopolio regulativo en aras de una autorregulación por parte de las propias organizaciones empresariales que operan en dichos sectores⁴⁵.

3. En este sentido, a través de las posibilidades de cooperación con las organizaciones privadas, las diferentes formas de autorregulación abren al Estado el acceso a los problemas específicos de los ámbitos vitales que corresponda regular⁴⁶. Ahora bien, eso no significa obligatoriamente dejar la regulación de asuntos públicos enteramente en manos privadas. La discusión que tan intensamente se está tratando en diferentes parcelas del Derecho administrativo —el Derecho medioambiental, el Derecho de las telecomunicaciones, el Derecho económico— consiste en *determinar cómo puede llevarse a cabo una regulación estatal de la autorregulación privada*. El siguiente epígrafe se dedicará precisamente a dicho intento de heterorregulación de la autorregulación, centrandolo la atención en la incidencia que tiene en el *ius puniendi* estatal.

III. Ámbitos de autorregulación en el Derecho penal empresarial

1. *Autorregulación (I): cesión a la empresa de la soberanía del castigo a sus empleados*

1. A la vista de las anteriores consideraciones se plantea, en primer lugar⁴⁷, la posibilidad de que se produzca una cesión total del *ius pu-*

⁴⁵ Así, en España, señala ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, p. 28: «La regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la Administración deviene así materialmente imposible por la falta más elemental de conocimiento. Este propósito regulador sobre los sectores industriales en los que se da una cierta complejidad y evolución tecnológica sólo resulta factible con la colaboración reguladora de los propios sectores y sus expertos; con su autorregulación en suma».

⁴⁶ LADEUR, *Selbstregulierung*, p. 59. Así, «la autorregulación producida por sujetos o grupos privados y sobre la que recae un inequívoco interés de los poderes públicos» [ESTEVE PARDO, *Autorregulación*, p. 86]. Los métodos empleados en esta gestión de riesgos son las normas técnicas en materia de seguridad, que son las que *acaban precisando la frontera del riesgo permitido*; la mejor tecnología disponible, que marca en cada caso las exigencias en punto a medidas preventivas o correctoras de posibles riesgos; la detección y valoración de riesgos ambientales, objeto central de las ecoauditorías; el autocontrol en la industria alimentaria que no es sino el análisis de riesgos y control de puntos críticos [vid. más detalladamente Íd., *Autorregulación*, pp. 87 ss., 89 ss., 93 ss., 97 ss.].

⁴⁷ La clasificación que aquí se efectúa no resulta incompatible con otras concepciones de la autorregulación penal, sino que se hace especial hincapié en determinadas características que se entienden relevantes para la discusión. Vid. NIETO MARTÍN, *Respon-*

niendi por parte del Estado a la propia organización empresarial para proceder al castigo de las conductas delictivas que se producen en su seno. Es decir, en virtud de su competencia autorregulatoria y de su mayor capacidad para el descubrimiento y sanción de los delitos que cometan sus «empleados» —entendido dicho término en sentido amplio como incluyente de trabajadores, managers, ejecutivos y miembros del Consejo de Administración— se «delega» en la propia empresa la potestad —tanto material como procesal— de ejercer el *ius puniendi* sobre quienes se encuentran sometidos a su soberanía⁴⁸.

2. La lógica tras esta concepción resulta evidente: se trata de trasladar a la propia empresa todos los costes asociados a la conducta delictiva perpetrada por sus empleados. En efecto, no sólo se cuenta con una mejor posibilidad de acceder al verdadero esclarecimiento de los hechos en virtud del mejor conocimiento de la estructura empresarial que ostenta la empresa, sino que, a mayor abundamiento, se produce un significativo ahorro de los costes de investigación, enjuiciamiento y condena ya que el Estado no tiene que invertir ni tiempo ni esfuerzo en dicha tarea⁴⁹. Se produce, en consecuencia, una descentralización absoluta del poder estatal, actuando la organización empresarial como ente supervisor absoluto —sc. como una suerte de Estado—. Sería, en última instancia, un trasvase de poder similar al que aconteció cuando la sociedad delegó en el Estado la potestad última para sancionar penalmente.

3. Esta lógica, sin embargo, no convence en su totalidad. Con independencia de los problemas teóricos que de ello se derivan —el contrato socio-estatal se vería sustituido por el contrato entre el empleado y la empresa— no parece que la sociedad moderna responda a dichos parámetros. El policentrismo de la sociedad moderna al que se hizo referencia al comienzo no ha conllevado —al menos hasta el momento— la asunción de la totalidad de las funciones estatales por parte de las organizaciones empresariales. Si bien resulta cierto que determinadas organizaciones empresariales ostentan un poder económico y polí-

sabilidad, pp. 231 ss., 266 ss. explicitando los modelos de grandes conocedores de la discusión como AYRES, BRAITHWAITE, FISSE o GRUNER. *Vid.* igualmente su reciente contribución, NIETO MARTÍN, *Responsabilidad social*, *passim*.

⁴⁸ Se trata, en definitiva, de los sistemas disciplinarios que existen en el seno de las empresas, y sobre cuyo particular no se puede aquí profundizar debido, entre otras cuestiones, a lo controvertido del tema en el Derecho administrativo [*vid.*, en general, NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo*, pp. 323 ss.; FERNÁNDEZ, *Poder disciplinario*, *passim*.].

⁴⁹ *Vid.* una lógica subyacente similar en NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 48 ss.

tico muy superior al de numerosos Estados, ello no ha supuesto que su participación en la vida pública suplante a la del Estado hasta el punto de ejercer una de las manifestaciones de soberanía más auténticas que existe: el castigo penal.

4. No obstante, ello no significa que el paulatino trasvase de soberanía que se va produciendo, no pueda tener cierta importancia para el Derecho penal. En este sentido, algunas propuestas contemporáneas respecto de la responsabilidad penal empresarial⁵⁰ y determinadas regulaciones de otros ordenamientos⁵¹ se hacen eco de la lógica expuesta en un doble sentido. *Por un lado*, se manifiesta que si la empresa sanciona a su empleado por el ilícito cometido, entonces el quantum de la pena estatal debe verse reducido —incluso debe extinguirse para los delitos de bagatela—. *Por otro lado*, la cooperación de la empresa

⁵⁰ Vid. en España las reflexiones de NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 110 ss., 248 ss. En los países anglosajones vid. por todos FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations*, pp. 80 ss y *passim*.

⁵¹ La referencia aquí a las *Organizational Sentencing Guidelines* de los EEUU resulta obligada. En este sentido, los dos aspectos se ven reflejados, por un lado, en el contenido e implementación de los *Effective Compliance Programs* y, por otro lado, en la reducción de culpabilidad si colabora en la investigación y denuncia de las conductas delictivas:

§8B2.1 Programa ético y de cumplimiento efectivo

(1) El programa ético y de cumplimiento deberá promoverse y sancionarse de manera coherente a lo largo y ancho de la organización mediante (A) incentivos apropiados para actuar de acuerdo con el programa ético y de cumplimiento; y (B) medidas disciplinarias adecuadas por involucrarse en actividades delictivas y por no haber tomado las medidas adecuadas para prevenir o detectar la conducta delictiva.

(2) Tras la detección de la conducta delictiva, la organización deberá adoptar las medidas oportunas para responder de manera adecuada a la conducta delictiva y para prevenir posteriores conductas delictivas similares, lo cual incluye tener que efectuar las modificaciones que sean necesarias en el programa ético y de cumplimiento.

§8C2.5 Índice de culpabilidad

(g) Autodenuncia, cooperación y aceptación de responsabilidad

Si resultan de aplicación más de una de las siguientes circunstancias, aplique la mayor:

(1) Si la organización (A) con anterioridad a la amenaza inminente de una investigación o revelación gubernamental; y (B) dentro de un espacio de tiempo razonable tras haber tenido conocimiento del delito, denuncia el delito a las autoridades gubernamentales competentes, coopera totalmente en la investigación, y demuestra claramente que reconoce y acepta la responsabilidad derivada de su conducta delictiva, reste **5** puntos; o

(2) Si la organización coopera totalmente en la investigación y demuestra claramente que reconoce y acepta la responsabilidad derivada de su conducta delictiva, reste **2** puntos; o

(3) Si la organización demuestra claramente que reconoce y acepta la responsabilidad derivada de su conducta delictiva reste **1** punto.

en el descubrimiento y sanción de las conductas delictivas de los empleados se transforma en la concesión de un beneficio importante a las empresas de cara a la sanción que se le impone. Al haber cedido cierta soberanía a la organización empresarial —descubrimiento y sanción— por «incapacidad» del Estado, resulta lógico que el resto de soberanía estatal subyacente tenga en cuenta ese «correcto» ejercicio de soberanía estatal cedida.

2. *Autorregulación (II): cesión a una entidad privada de la soberanía del castigo a las empresas*

1. En un nivel un tanto más elevado, se encuentra la siguiente manifestación de la autorregulación. Se trata de la existencia de determinadas entidades privadas de supervisión de una determinada actividad empresarial. Aquí la soberanía sancionatoria estatal se cede no a una organización empresarial en concreto, sino a un organismo regulador, supervisor y sancionador de las organizaciones empresariales que operan en un determinado sector de actividad. Los ejemplos son aquí bien conocidos en el ámbito del Derecho administrativo, no sólo español, sino también —y sobre todo— internacional. *Topoi* como la autorregulación de la publicidad, la televisión, la farmacia, o, en fin, los vinos, han manifestado claramente la lógica que subyace a esta ideología con resultados diversos⁵².

2. De nuevo, la lógica que impulsa estos movimientos resulta coherente. La misma labor que, en determinadas instancias, desempeñan ciertas agencias estatales, ha sido delegada en organismos privados que poseen un mayor poder supervisor y sancionador que el que éstas pueden alcanzar. En este punto, las organizaciones empresariales comienzan a ser destinatarias más directas de las sanciones, puesto que en lugar de cederles el *ius puniendi*, éste se traslada a un determinado organismo que, en lugar de ser estatal —y, por tanto, perteneciente al ámbito de lo público—, resulta fundamentalmente privado. De nuevo, se aprecia la transferencia de los costes de supervisión y sanción de un determinado sector de actividad al ámbito de lo privado, implicando ello, a su vez, un reconocimiento implícito de la incapacidad, tanto económica como cognoscitiva estatal, de poder hacer frente adecuadamente a los retos de la última evolución experimentada por la sociedad moderna.

⁵² *Vid.*, con amplias referencias, DARNACULLETA, *Autorregulación*, pp. 192 ss., 225 ss.

3. Como se refirió asimismo con anterioridad, la llevanza a ultranza de la referida lógica no convence. En términos generales, resulta igualmente dudoso que el grado de diferenciación alcanzado en la sociedad moderna sea de tal magnitud que permita afirmar la asunción de la totalidad de las funciones estatales por parte de los organismos privados de regulación de las empresas de un determinado sector de actividad. Ciertamente que ya en la actualidad existen la asunción de determinadas funciones sancionadoras por parte de estos organismos, pero el castigo penal, y lo que ello significa en el contexto de la sociedad moderna, no parece haber sido transferido —al menos por el momento— a los mismos.

4. Ello, al igual que ocurrió con el apartado anterior, no es óbice para reconocer la relevancia que pueden implicar determinadas sanciones impuestas por los organismos privados de regulación a las empresas. Así como resulta cierto que los indicadores respecto de la regulación más adecuada en un determinado sector de actividad son tenidos sumamente en cuenta —incluso asumidos— por el Estado, no puede resultar extraño que las sanciones que impongan dichos organismos sean igualmente tenidos sumamente en cuenta. Ahora bien, de ahí a conceder el monopolio del *ius puniendi* a dichos organismos parece haber un salto cualitativo que el Estado no está dispuesto a realizar hoy por hoy.

3. *Autorregulación (III): cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de responsabilidad por las consecuencias que de la misma se derivan*

1. Hasta el momento se han observado determinadas tendencias de la autorregulación con incidencia en la conformación del Derecho penal empresarial. Sin embargo, ninguna de ella refleja la esencia de este último. En efecto, el movimiento autorregulatorio tiene otra vertiente que puede desempeñar un papel más relevante en la conformación del Derecho penal empresarial sin menoscabar la soberanía del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. Ello no significa, empero, que no se puedan —o incluso deban— tener en cuenta las anteriores manifestaciones de la autorregulación. Lo que sí significa es que el pilar sobre el que se erige el Derecho penal empresarial no puede ser proporcionado —al menos en la época contemporánea— por las anteriores expresiones de la autorregulación. Si el Estado aspira a detentar la última soberanía supervisora en su ámbito de ejercicio de poder, entonces la

capacidad autorreguladora de las empresas y la incapacidad estatal deben vincularse de otra manera.

2. Como ya se ha explicado con más detalle en otros trabajos, la mencionada capacidad autoorganizativa de determinadas organizaciones empresariales debe vislumbrarse como una determinada libertad a cambio de la cual se le exige responsabilidad a la propia organización empresarial⁵³. Libertad de organización vs. responsabilidad por las consecuencias es el principio que sirve aquí de base y que debe orientar la conformación del Derecho penal empresarial. Ello supone el reconocimiento de que no sólo la conducta de los empleados de la organización empresarial puede cuestionar la vigencia de las normas del ordenamiento jurídico estatal, sino que la propia empresa, también, es capaz de cuestionar dicha vigencia estatal de las normas⁵⁴. Por ello, como se verá más adelante, no se trata sólo de sancionar a la empresa por no haber impedido los delitos cometidos por sus empleados, sino que, asimismo, se la hace responsable por el *output* lesivo que se deriva de su actividad empresarial⁵⁵.

3. En efecto, la lógica que aquí se expone implica el reconocimiento máximo de la heterorregulación de la autorregulación, poniendo el acento en la heterogeneidad de la fórmula empleada. Así, es el propio Estado el que, con todas las limitaciones inherentes a su posicionamiento en la sociedad moderna, mantiene un residuo de competencia y sobre todo un monopolio respecto de la expresividad intrínseca a la pena estatal. Si bien resulta cierto que se está en presencia de importantes fenómenos de constitucionalismo social⁵⁶ y de paradigmas como el del «Derecho global sin Estado» (*Global Law without a State*)⁵⁷ que ciertamente modifican el entendimiento tradicional del monopolio estatal de la violencia, da la impresión de que todavía se mantiene una cierta parcela intrínsecamente estatal y que es esta última manifestación de la autorregulación regulada la que permite fundamentar la verdadera responsabilidad penal empresarial⁵⁸.

⁵³ Vid. ahora sólo GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 274 ss.

⁵⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 270 ss.

⁵⁵ Se trata de dos fundamentos diferenciados de la punición empresarial [vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Artículo 31.2 CP, pp. 289 ss.]

⁵⁶ Vid. con carácter introductorio TEUBNER, *Constitucionalismo social*, pp. 109 ss. con abundantes referencias.

⁵⁷ Vid., por todos, las contribuciones en TEUBNER (ed.), *Global Law, passim*.

⁵⁸ Como indica un acérrimo detractor de la responsabilidad penal empresarial «Si esa es la evolución de la sociedad la punición de personas jurídicas y empresas sería una consecuencia lógica y la dogmática (el subsistema ciencia) no podría hacer nada por detener esa tendencia» [FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 219, nota 34]

4. Ello no significa, empero, como también se ha venido manifestando, que el Estado no reconozca ninguna relevancia a los fenómenos autorreguladores anteriormente apuntados. Todas las anteriores observaciones efectuadas contienen diversos elementos que pueden desplegar cierta influencia a la hora de determinar finalmente la responsabilidad penal empresarial; sin embargo, no parece que puedan llegar a constituir el dato decisivo a la hora de sancionar penalmente a la organización empresarial. Por ello, lo más adecuado, desde este punto de vista, es situar el «si» de la responsabilidad penal empresarial en este tercer fundamento de la autorregulación, y permitir que el primero y el segundo desplieguen efectos en el «cómo».

IV. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un esbozo

1. Introducción

1. Tras la publicación de diversos trabajos en los que se desarrollaban los fundamentos y consecuencias del modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial⁵⁹, se han publicado varias contribuciones en las cuales se inicia un diálogo crítico y constructivo con dicho modelo⁶⁰. Debido a la importancia coyuntural de la cuestión acerca del modelo más idóneo para introducir en la legislación española, en las líneas que siguen se procederá a debatir las críticas planteadas, para lo cual resulta obligada una breve descripción de los lineamientos generales tanto del delito empresarial como de la pena empresarial. Con

⁵⁹ Vid. fundamentalmente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad, passim*; Íd., Modelo constructivista, pp. 93 ss. con ulteriores referencias. De nuevo debe indicarse que gran parte de las reflexiones que se designan a continuación son un reflejo de los trabajos anteriores.

⁶⁰ Vid, por lo que se alcanza a ver, los análisis críticos más elaborados al respecto son FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, pp. 145 ss.; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 134 ss., 145 ss. PASTOR MUÑOZ, *InDret* 2/2006, pp. 13 ss.; SCHÜNEMANN, *Responsabilidad*, pp. 148 ss. Un excelente análisis descriptivo puede encontrarse en GRACIA MARTÍN, *Responsabilidad penal*, pp. 805 ss. Críticas específicas pueden encontrarse, por ejemplo, en BAJO FERNÁNDEZ, *Responsabilidad*, p. 80; GALÁN MUÑOZ, *RDPCr* 18 (2006), pp. 251 s.; ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad*, pp. 151, 158. Quizás una de las cuestiones que mayor aceptación ha tenido en el debate académico español ha sido adoptar la nomenclatura de la distinción propuesta en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 139 ss. entre autorresponsabilidad penal empresarial y heterorresponsabilidad penal empresarial [BAJO FERNÁNDEZ, *Responsabilidad*, pp. 76 ss.; CANCIO MELIÁ, *Responsabilidad*, pp. 6 ss.; GALÁN MUÑOZ, *RDPCr* 18 (2006), pp. 239 ss.; QUINTERO OLIVARES, *Responsabilidad*, pp. 189 s.].

ello no pretende significarse que se trata de una discusión cerrada —ni mucho menos— sino única y exclusivamente la importancia de la misma y la dirección, a juicio del autor, que debería tomarse.

2. Si bien resulta una obviedad, una exposición medianamente detallada de una teoría del delito y de la pena excede con mucho el margen disponible en el presente trabajo. Por ello, se espera que el lector pueda disculpar la apretada síntesis a la que se someterán conceptos jurídico-penales tan fundamentales como los aquí tratados en aras de una comprensión global de la posición adoptada y de los hitos básicos a los que responde. La réplica a diversas críticas que se han vertido tanto en los trabajos académicos antecitados como en intervenciones en seminarios académicos y profesionales tomará como base los lineamientos que se trazan previamente, por lo que se intentará sacrificar la exactitud de la exposición a favor de la claridad.

2. *Una teoría del delito empresarial*

1. El delito empresarial parte de una premisa fundamental: determinadas organizaciones empresariales alcanzan un nivel de complejidad tal que —al igual que ocurre con la psique del ser humano— comienzan a mostrar caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación⁶¹. Precisamente a partir de ahí, se establece el fundamento de la competencia de la persona jurídica sobre su propio ámbito organizativo. Es decir, el hecho de que determinadas personas jurídicas alcancen un determinado grado de autoorganización, comporta que sea legítimo desde el punto de vista del Derecho penal que se responsabilice a la empresa por las consecuencias que se derivan del ejercicio de su libertad autoorganizativa⁶². En pocas palabras, el primer nivel de análisis de la teoría del delito empresarial es la capacidad de autoorganización de la persona jurídica —funcionalmente equivalente a la capacidad de acción de la persona física—⁶³.

⁶¹ Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, *RECPC* 8/2006, pp. 1 ss. con ulteriores referencias a la teoría de la organización y la sociología de la organización.

⁶² Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad*, pp. 278 ss. con referencias a posiciones como las de SCHÜNEMANN, BOTKE o HEINE que, en cierta medida, comparten el argumento fundamental de libertad de organización a cambio de responsabilidad por las consecuencias.

⁶³ Vid. GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad*, pp. 228 ss. con referencias a las posiciones coincidentes de autores como HEINE (empresas con dominio de organización funcionalmente sistémico), LAMPE (empresas como productores sociales de injusto) o BOTKE (empresas como organizadores de contactos sociales).

2. Por lo que se refiere a la *imputación objetiva*, no parece que se preste, a primera vista, excesivos problemas, toda vez que tradicionalmente se ha considerado que las dificultades en el ámbito de la responsabilidad penal empresarial venían dadas por la vertiente subjetiva, no la objetiva. En cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido⁶⁴. Brevemente se puede indicar que un ámbito especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten conformar un «ciudadano empresarial medio» con una serie de deberes que superan, con mucho, las de un individuo concreto, sobre todo a la luz del fenómeno autorregulador anteriormente apuntado y a la imposibilidad del Estado en gestionar determinados riesgos modernos.

3. En cuanto a la vertiente de la imputación subjetiva —tradicionalmente la más problemática— el dolo/imprudencia empresarial se materializa en la existencia de un determinado *conocimiento organizativo del riesgo empresarial*. El topos del conocimiento organizativo (*organizational knowledge*) ha sido y es ampliamente estudiado en el ámbito de la teoría de la organización, y del mismo se pueden adquirir importantes perspectivas respecto de qué significa que una organización empresarial tenía/debía tener, en un momento concreto, un determinado conocimiento organizativo. En correspondencia con la aproximación teórico-sistémica a este topos, se coincidió con WILKE, en que «el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por las partículas de conocimiento individuales que se encuentran en las cabezas de las personas (...), sino por las relaciones y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento. Las vinculaciones mismas constituyen el conocimiento independiente, colectivo o sistémico, de la organización»⁶⁵.

4. Pasando directamente al otro núcleo problemático, la culpabilidad empresarial se relaciona con tres elementos fundamentales: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma,

⁶⁴ Vid. sucintamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Modelo constructivista*, pp. 137 ss.

⁶⁵ Íd., *Steuerungstheorie*, pp. 283 ss., 290 s. Vid. asimismo, Íd., *Managementforschung* 6 (1996), pp. 263 ss.; extensamente Íd., *Wissensmanagement*, pp. 27 ss. 66 ss. Sobre la distinción entre conocimiento organizativo y conocimiento individual vid. WILKE, *Einführung*, pp. 55 ss. 59 ss.

el sinalagma básico del Derecho penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma⁶⁶. Desde esta perspectiva, la circunstancia de que las organizaciones empresarial puedan generar una cultura empresarial de fidelidad o infidelidad al Derecho, que dicha cultura empresarial pueda cuestionar gravemente la vigencia de las normas del ordenamiento jurídico y que se esté reconociendo paulatinamente un mínimo de ciudadanía a la empresa en lo que a la libertad de expresión respecta —*corporate free speech*— conllevan que, en la sociedad moderna, la culpabilidad empresarial y la culpabilidad individual se muestren como funcionalmente equivalentes.

3. Una teoría de la pena empresarial

1. La posibilidad de compatibilizar el concepto de pena con la organización empresarial también ha constituido, sin duda, uno de los mayores escollos a la hora de institucionalizar la responsabilidad penal empresarial⁶⁷. En este sentido, no son pocas las voces que se han alzado sosteniendo que, por un lado, la empresa, en sí, no tiene capacidad de sentir el «dolor» de la pena⁶⁸; por otro lado, también se ha objetado con cierta asiduidad que al imponer una pena a la empresa se está castigando, en realidad, a los accionistas o a los miembros de la empresa⁶⁹. Sin embargo, el hecho de que el concep-

⁶⁶ Para el desarrollo de dichos pilares en el ámbito de la culpabilidad individual *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 258 ss., 273 ss., 285 ss.

⁶⁷ *Vid.* por ejemplo, en tiempos recientes STRATENWERTH, *FS-Schmitt*, p. 302 «falta todo sustrato para una pena»; la crítica más contundente puede encontrarse en v. FREIER, *Verbandsstrafe*, pp. 55 ss., 230 ss.

⁶⁸ Quizás una de las posiciones más conocidas de antiguo a este respecto es la KOHLER, J., *Leitfaden*, p. 163 s.; *Íd.*, *GA* 1917, pp. 503 ss. Este autor entiende que no debe darse un Derecho penal de las personas jurídicas (si un Derecho penal administrativo) puesto que parte de un concepto de pena justa que se encuentra vinculada al sentimiento de dolor y éste sólo puede darse en la persona física (no obstante, afirma que desde una concepción de la pena como disuasión es perfectamente posible la unión de pena y persona jurídica, dando lugar a un Derecho penal administrativo debido a que la disuasión no es un verdadero fin del Derecho penal sino del Derecho penal administrativo).

⁶⁹ *Vid.* ya. v. BAR, *Gesetz und Schuld*, II, 1917, p. 135 nota 5a). Por ello no es de extrañar que en tiempos modernos algunos partidarios de la responsabilidad penal empresarial parecen reconocer esta circunstancia e intentan ofrecer justificaciones de por qué pese a todo resulta legítima la imposición de una sanción a la empresa [*vid.* por todos SCHÜNEMANN, *ADPCP* 2002, pp. 232 ss.]. Sin embargo, esta objeción encuentra una firme oposición desde que HEPP, *Rechtswissenschaft*, pp. 85 ss. señalara que muchas penas afectan indirectamente a personas inocentes con consecuencias perjudiciales. Por

to de pena se haya alejado cada vez más del dolor físico del condenado⁷⁰ y de que se haya constatado que organización empresarial se conforma como una entidad/sistema separado de dichos accionistas/miembros⁷¹ contribuyen, sin duda, a replantearse el verdadero alcance de esta objeción.

2. Conforme a las líneas explicitadas anteriormente el modelo constructivista establece una estrecha relación entre los conceptos de culpabilidad y pena⁷². En este sentido, la culpabilidad, tanto en el Derecho penal empresarial como en el Derecho penal individual, se fundamenta en una determinada concepción de la conocida prevención general positiva —en concreto: en la *retribución comunicativa*—. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumple la *función* de contribuir —en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación— al reestablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como *prestación* el reforzar la fidelidad al Derecho. De esta manera, la intensa y actual discusión que existe en el Derecho penal individual en torno a la relación que se establece entre culpabilidad y pena se extiende igualmente al Derecho penal empresarial, con el consiguiente beneficio —al menos conceptual— que supone poder hacer compatible una discusión del «núcleo duro» del Derecho penal moderno con la responsabilidad penal empresarial.

3. La opción de fundamentar la pena empresarial en una vertiente de la prevención general positiva no es una novedad. Son varios los autores que, de una u otra forma, han acudido a diversas variantes de esta teoría de la pena para fundamentar sus posiciones en esta

lo demás, no puede dejar de señalarse que en el ámbito administrativo sancionador se ha visto la justificación de la responsabilidad de las personas jurídicas en la capacidad que tienen de soportar la sanción [vid. por todos NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, pp. 323 ss.].

⁷⁰ Sobre el papel que desempeña el dolor «penal» en la concepción de la pena vid., por un lado, JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 26, 28, 29, vinculándolo a la *finalidad* de la pena y separándolo del *significado*; más detallado en íd., *LH-Reyes Echandia*, pp. 152 ss; cfr. por todo lado, GÓMEZ-JARA, *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 332 s. atribuyendo al dolor la categoría de constructo normativo; más desarrollado en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *InDret* 2/2008, pp. 15 ss.

⁷¹ En este punto vuelve a resultar decisiva la concepción autopoietica de la organización empresarial, puesto que, entre otras cuestiones, dicha concepción no obedece a la distinción todo/parte sino a la de sistema entorno, estando situados los individuos en el entorno —y no en el sistema—. Vid. sobre ello, con ulteriores referencias GÓMEZ-JARA DÍEZ, *RECPC* 8 /2006), pp. 5 ss.

⁷² Vid. en detalle GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Teoría*, pp. 414 ss.

materia⁷³. Lo que quizás aporta el modelo constructivista en este sentido es una «actualización» de esta opción, apoyándose en los avances experimentados por las ciencias de la comunicación⁷⁴. Por lo que a la *función* respecta, la pena tanto si se impone a un individuo o a una organización empresarial reestablece comunicativamente la vigencia de la norma y, en este sentido, no se produce diferencia alguna entre el campo del Derecho penal individual y el del Derecho penal empresarial⁷⁵. Ello, por lo demás, es una consecuencia obligada de

⁷³ *Vid.*, con diferentes matices, entre otros, ACKERMANN, *Verantwortlichkeit*, p. 296; BOTTKE, *wistra* 1997, p. 250; BUCY, *Minn.L.Rev.* 75 (1991), pp. 1106 ss.; DANNECKER, *GA* 2001, p. 104; HEINE, *Verantwortlichkeit*, pp. 17 s.; v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, p. 126, con nota 4; MÜLLER, *Stellung*, 1985, p. 26; SCHÜNEMANN, *Plädoyer*, p. 141; TIEDEMANN, *NJW* 1988, p. 1172.

⁷⁴ En este sentido, FEJOO SÁNCHEZ, *Sanciones* (nota 32), pp. 82 s. ha opuesto recientemente a determinadas construcciones antiguas en la doctrina española que «es cierto que, como punto de partida general, se puede afirmar la existencia de culpabilidad y, por tanto, la necesidad de imponer una pena cuando lo exige el restablecimiento de la norma. Pero ésta es una argumentación circular que no fundamenta nada si no se añaden posteriores consideraciones que legitimen por qué una determinada persona, un determinado ente o un determinado sistema debe sufrir la imposición de una pena como medio necesario para mantener la confianza general en la vigencia de la norma. (...). La mera referencia a la prevención general positiva no basta para individualizar por qué un determinado subsistema o una determinada persona es la que debe recibir una sanción para que se restablezca el ordenamiento». En este sentido, para que la imposición de una pena a la empresa adquiera el significado comunicativo de restablecimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico, resulta fundamental —en el Derecho penal moderno— que los presupuestos para imponer dicha pena conformen un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio.

⁷⁵ *Vid.* al respecto GÓMEZ-JARA DIEZ, *Teoría*, pp. 414 ss., 420 ss.; sobre su relevancia en el ámbito del Derecho penal empresarial *vid.* *Íd.*, *Culpabilidad*, pp. 295 ss. Desde esta perspectiva, por tanto, no se pueden compartir las afirmaciones de CANCIO MELIÁ, *Responsabilidad*, pp. 11 s., de que la pena a la organización empresarial constituye, *per se*, un debilitamiento de fuerza expresiva de la pena además de un debilitamiento de la prevención general positiva [*vid.* igualmente MIR PUIG, *RECPC* 06 (2004), p. 14; *Íd.*, *LH-Ruiz Antón*, p. 758; *Íd.*, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 682 haciendo referencia a la distinción simbólica y comunicativa que supone la pena y que, en caso de aplicarse a la persona jurídica, se perdería]. Así, por lo que respecta a lo primero, la fuerza expresiva de la pena, por lo menos desde la perspectiva teórico-sistémica aquí adoptada, no se vincula al dolor penal humano entendido en términos psicologicistas, sino que, en lo que al dolor se refiere, como se ha referido anteriormente, éste es entendido como un constructo normativo sobre el cual se comunica *normativamente* [*vid.* con más detalle GÓMEZ-JARA DIEZ, *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 332 ss.]; lo determinante a estos efectos es que el sistema al cual se impone la pena goce, en primer lugar, de una autorreferencialidad suficiente y, en segundo lugar, de la posibilidad de participar en la conformación de la norma. En lo referente a lo segundo, la confirmación de la identidad normativa de la sociedad depende, claro está, de qué características conformen la identidad de una sociedad en una época determinada; dado que en la actualidad existen notables indicios

conformar un concepto de persona jurídico-penal que abarque tanto a individuos como a organizaciones empresariales⁷⁶. En lo que a la *prestación* concierne, lo que más interesa aquí es cómo se muestra el reforzamiento de la fidelidad al Derecho en el ámbito jurídico-penal empresarial. Y es que, al igual que ocurrió con el individuo, el simbolismo jurídico-penal asociado a la pena impuesta con base en la libertad de autoorganización de la persona, estimula la idea de la autorresponsabilidad de la persona⁷⁷. En el caso del Derecho penal empresarial, dicha idea se plasma en la estimulación y el refuerzo de la autorresponsabilidad empresarial⁷⁸, como refuerzo de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho.

4. Lo que acaba de exponerse no choca, en absoluto, con la denunciada necesidad de contar con un catálogo amplio de sanciones para empresas en el marco de un Derecho penal empresarial⁷⁹. Así, *por un lado*, el modelo constructivista indica que no todas esas sanciones deben tener la consideración de penas; así como en el Derecho penal individual existe un sistema de —como mínimo— doble vía, también el Derecho penal empresarial debe distinguir entre tipos de sanciones y establecer un sistema de —como mínimo— doble vía⁸⁰. *Por otro lado*, la concepción constructivista no implica que las penas a las empresas sean idénticas a las penas a los individuos; sólo se pretende señalar que, desde el punto de vista conceptual —es decir, en un plano de reflexión *abstracto*—, son funcionalmente equivalentes. Por ello a la

de que la sociedad moderna es, en gran medida, una sociedad de organizaciones [vid. PERROW, *Theory and Society* 20 (1991), pp. 725 ss.] no parece desacertado considerar que las penas a las organizaciones empresariales confirman igualmente su identidad. Expresado de manera más concisa: las críticas de CANCIO MELIÁ y MIR PUIG resultan válidas, en principio, para los modelos de heterorresponsabilidad empresarial, pero no para los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial.

⁷⁶ Sobre dicho concepto de persona y sus requisitos vid. ampliamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal*, pp. 219 ss.

⁷⁷ Vid. ahora sólo JAKOBS, *Normativización*, p. 108; Íd., *Norm*, pp. 83 ss.

⁷⁸ Vid. las reflexiones de BOTCKE, *wistra* 1997, pp. 250 s.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, pp. 253 s., 279 s.; Íd., *Plädoyer*, p. 105.

⁷⁹ Sobre la necesidad de un catálogo amplio vid. HEINE, *Verantwortlichkeit*, pp. 301 ss.; Íd., *Plädoyer*, pp. 98 s., 109; Íd., *Sanctions*, pp. 237 ss.

⁸⁰ En este sentido, resulta idóneo la imposición de penas basadas en la culpabilidad empresarial y medidas de seguridad fundamentadas en la peligrosidad empresarial [vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 74 s.; en un sentido similar BOTCKE, *wistra* 1997, pp. 249, 252 s.]. Es por ello, que, en el fondo, no tienen por qué resultar irreconciliables las posiciones que abogan por un Derecho penal empresarial de medidas [entre otros SCHÜNEMANN, *Plädoyer*, pp. 133 ss., 168 ss.; Íd., *ADPCP* 2002, p. 29; SCHWINGE, *Sanktionen*, pp. 137 ss.] con aquellas que proponen un verdadero Derecho *penal* empresarial.

hora de *concretar* qué tipo de penas deben imponerse a las empresas, se debe tener en cuenta la realidad empresarial en el sentido de observar qué necesidades en relación con la punición de empresas presenta la sociedad moderna y cuál es el estatus que, hoy por hoy, ostentan las organizaciones empresariales en la misma⁸¹.

5. Finalmente, no puede desconocerse la extraordinaria importancia de la denominada «pena de muerte empresarial» (*corporate death penalty*)⁸². La desaparición de la conocida firma de auditoría y consultoría *Arthur Andersen* como consecuencia del procedimiento penal que se inició en su contra en el año 2002⁸³ ha supuesto una importante llamada de atención ante la importancia de la condena pública de las empresas y del significativo reproche que la pena —y no otro tipo de sanciones de carácter punitivo como, por ejemplo, los «daños punitivos» (*punitive damages*)— comporta en la sociedad moderna debido al devastador impacto de la publicidad negativa en las organizaciones empresariales⁸⁴.

4. El modelo constructivista a debate

A. ¿REALISMO DE LA PERSONA FÍSICA VS. FICCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA?

1. En la discusión jurídico-penal en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparece, en unas más veladamente que en otras, la crítica de que, en última instancia, las únicas personas que exis-

⁸¹ Ello resulta decisivo en relación con la denominada «pena de muerte» para las empresas: por ejemplo, la disolución o la privación de activos. En este sentido resulta sumamente ilustrativa la situación estadounidense, puesto que conforme a las Directrices la pena de muerte empresarial sólo se podrá imponer a aquellas empresas que tengan una finalidad delictiva o que operen principalmente a través de medios delictivos. Así, resulta un tanto curioso que la regulación española sea más «agresiva» que la estadounidense toda vez que en las Consecuencias Accesorias del Código Penal —Art. 129 b)— permiten la disolución de la sociedad, cuestión vedada en el ordenamiento estadounidense a aquellas organizaciones empresariales que no hayan sido constituidas por motivos delictivos o que no operen fundamentalmente sobre la base de medios delictivos. Probablemente la causa de ello sea la mayor relevancia de la libertad empresarial en los EE.UU. que conlleva un estatus mayor de las organizaciones empresariales de aquel país.

⁸² Vid. al respecto HAMDANI/KLEMENT, *Corporate Death Penalty*, pp. 1 ss.; KREINER, *Ariz. L.Rev.* 47 (2005), pp. 933 ss.

⁸³ Sobre el caso *Andersen vid.*, con ulteriores referencias, GÓMEZ-JARA DIEZ, *Responsabilidad*, pp. 54 ss.

⁸⁴ Sobre ello *vid.* ahora sólo el clásico estudio de FISSE/BRAITHWAITE, *Impact of Publicity, passim*.

ten en el mundo real son las personas físicas y no las personas jurídicas. Con independencia de que, dichas críticas dependen extraordinariamente del planteamiento teórico de partida que se adopte —siendo relevante traer a colación aquí que, para numerosas posiciones teóricas⁸⁵, a los «ojos» del Derecho sólo existen personas jurídicas—, lo cierto es que parece que dichas críticas tienden a simplificar excesivamente la problemática que circunda la propia existencia de las personas físicas.

2. Así, resulta un tanto complicado afirmar que, por ejemplo, los procesos de autorreferencialidad en el ser humano son evidentes, mientras que en la organización empresarial son «ficticios». Lo que sí resulta cierto es que dichos procesos han sido más estudiados hasta el momento en los primeros que en las segundas, generándose así por la ciencia —sobre todo por la ciencias neuropsicológicas⁸⁶— una estructura comunicativa que irrita notablemente el Derecho penal (individual)⁸⁷. Es por ello que la paulatina generación de dicha estructura en el ámbito de las ciencias sociales —y en especial, de la teoría de la organización— respecto de las organizaciones empresariales despliega —o al menos: debe desplegar— importantes consecuencias en el Derecho penal (empresarial). En definitiva la teoría de la comunicación⁸⁸, la teoría de la organización y la sociología de la organización⁸⁹, parecen haber dado importantes muestras en las últimas décadas de que existen indicios suficientes de que la comunicación goza la misma autorreferencialidad que la conciencia —premisa fundamental de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos—⁹⁰.

3. Ello se constata de manera especialmente significativa en el ámbito de la imputación subjetiva. En este punto se sostiene que ha-

⁸⁵ Probablemente se deba a TEUBNER la construcción más depurada al respecto [vid. entre otras muchas aportaciones TEUBNER/HUTTER, *Homo juridicus*, p. 574; TEUBNER, *DOXA* 25 (2002), p. 538 y el excelente y clarificador trabajo TEUBNER, *Am.J.Comp.L.* 36 (1988), pp. 130 ss.].

⁸⁶ Vid. ahora sólo ROTH, *Selbstorganisation*, pp. 149 ss.; Íd., *Gehirn*, pp. 167 ss.; Íd., *Fühlen*, *passim*.

⁸⁷ Vid. por todos el excelente trabajo de MOLINA FERNÁNDEZ, *AFDUAM* 4 (4000), pp. 57 ss. con ulteriores referencias.

⁸⁸ Fundamental MERTEN, *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozessanalyse*, 1977, pp. 43 ss. y *passim*.

⁸⁹ Vid., entre otros, AUSOR, *Evolution of the Firm*, pp. 179 ss, 181; DRAZIN/SANDERLANDS, *Organization Science* 3 (1992), pp. 230 ss.; las contribuciones contenidas en ULRICH/PROBST, *Selforganization*, *passim* y PROBST/SIEGWART, *Integriertes Management*, *passim*.

⁹⁰ BAECKER, *Wozu Systeme*, pp. 111 ss.; LUHMANN, *Soziale Systeme*, pp. 191 ss.; Íd., *Wissenschaft*, pp. 21 ss.; Íd., *Soziologische Aufklärung. Bd. VI.*, pp. 113 ss.; NASSEHI, *Comunicación*, pp. 21 ss.

blar del dolo como conocimiento de la persona física es algo evidente, mientras que cuando se formula la misma frase respecto de la persona jurídica, se trata de una ficción⁹¹. Sin embargo, en puridad, para proceder a realizar la imputación subjetiva a una determinada persona —sea física o jurídica— lo relevante es la existencia de determinados indicios que permitan atribuir significativamente un determinado conocimiento en un determinado momento. De ahí no se deriva que en un caso se esté tratando con una atribución «realista» de conocimiento y en otro «ficticia»/«normativa»⁹², sino que en ambos casos se está en presencia de la imputación de un determinado conocimiento —ya sea individual, ya sea organizativo— sobre la base de determinados indicios.

B. ¿MONISMO DE LA TEORÍA DE SISTEMAS VS. PLURALISMO DE OTRAS TEORÍAS?

1. En varias de las explicaciones ofrecidas hasta el momento se ha hecho referencia a que se adopta la perspectiva que brinda la teoría de sistemas. Ello parece haber sido interpretado por ciertos autores como una obligatoriedad de adoptar los puntos de partida constructivistas para poder fundamentar los resultados alcanzados. De esta manera, la corrección de estos últimos, dependería exclusivamente, de la connivencia con unos presupuestos epistemológicos determinados. Por tanto, desterrada la teoría de sistemas como inadecuada para el Derecho penal, se elimina *ipso facto* la base sobre la que se asienta el modelo constructivista⁹³.

⁹¹ En este sentido apunta FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, pp. 145 s. que «hasta ahora no se ha ofertado un análisis detallado alguno que respalde la idea de que existen sistemas con una autorreferencialidad que se aproxime siquiera a la complejidad de la psique humana», por lo que concluye que una fundamentación dogmática en dicho presupuesto es «no sólo demasiado escueta y formal, sino también endeble». Evidentemente, difícilmente puede un dogmático penal llevar a cabo por sí mismo un análisis de la autorreferencialidad de la comunicación y de la organización empresarial, sino que debe remitirse, irremediabilmente, a los estudios, sumamente exhaustivos, que existen en las ciencias de la comunicación y de la organización empresarial. El modelo constructivista parte de la certeza de dichos análisis, y quien no lo entienda así, debe buscar apoyos en dichas ciencias o en otras para rebatirlos.

⁹² Cfr. no obstante NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 159 ss. interpretando que al construir de la manera en que antes se ha referido —Supra IV. 2—, se «abandona» el camino del normativismo. En realidad, tanto para personas físicas como para las jurídicas se propone un concepto normativo de dolo que, en ambas ocasiones, se atribuye sobre la base de determinados indicios —en el caso de las organizaciones empresariales, gracias a las aportaciones de la teoría de la organización—.

⁹³ Vid. ya FEJOO SÁNCHEZ, *Sanciones*, p. 127 nota 36: «conduce a una idea de autismo, enquistamiento y encapsulamiento del ordenamiento jurídico como sistema»; Íd., *Derecho penal*, p. 149; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, p. 81: «es preferible apostar por

2. Con independencia de que la propia teoría de sistemas se nutre, como no puede ser de otra manera, de las aportaciones de muchas otras teorías —y, por tanto, irremediabilmente, integra los conocimientos de las mismas—, lo cierto es que la ventaja que representa la adopción de dicha teoría es, fundamentalmente, no contar sólo con una descripción adecuada de un fenómeno concreto —sc. la autorregulación— sino integrar dicha concepción en una explicación completa del fenómeno social. Ciertamente, son muchos los análisis teóricos que brindan aportaciones fundamentales respecto de circunstancias puntuales, pero parece poder afirmarse que si los mismos se integran en una explicación coherente de la multiplicidad de facetas que presenta la sociedad moderna, se obtiene un resultado neto mayor.

3. Finalmente, por abordar una de las típicas críticas que se efectúa a la teoría de sistemas, el «encapsulamiento» o «aislamiento» sólo puede predicarse desde un relativo «desconocimiento» de los presupuestos de dicha teoría. Y es que, como se ha reiterado en la literatura teórico-sistémica, *la clausura es la condición de la apertura y no implica, bajo ningún concepto el aislamiento*⁹⁴. El problema consiste en determinar a qué está abierto el sistema; no si está abierto o no, puesto que la respuesta a esta última cuestión es claramente afirmativa. En el ámbito propio de la teoría de sistemas se indica que el sistema está abierto a la energía, pero no a la información; o expresado de otra manera, que el sistema recibe irritaciones del exterior que no condicionan de manera determinante la información que genera el propio sistema.

C. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL VS. RESPONSABILIDAD COLECTIVA

1. En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se han presentado numerosas discusiones en torno a si se trata de una responsabilidad colectiva —responden los miembros del colectivo— o de una responsabilidad empresarial —responde la propia empresa—. La primera se vincula estrechamente con la responsabilidad del grupo, la tribu, el clan o la familia —*sit venia verbo «Sippehaftung»*—

sistemas abiertos, no encapsulados o autorreferenciales». La inidoneidad de la crítica se torna aún más evidente cuando se advierte que gran parte de los fundamentos del modelo constructivista se derivan de autores como HELMUT WILLKE o GUNTHER TEUBNER, que pueden tildarse de todo menos «sistémicos ortodoxos»; más bien son conocidos —como se puede observar con la lectura de cualquiera de sus trabajos— por la combinación de las aportaciones de la teoría de sistemas con otras disciplinas.

⁹⁴ Vid. ampliamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, Teoría, pp. 390 ss. con ulteriores referencias.

y resulta, desde la perspectiva del modelo constructivista, incompatible con los principios básicos del Derecho penal moderno —cuestión diferente es su compatibilidad con otros Derechos penales pretéritos—⁹⁵.

2. Es por ello que la depurada argumentación de NIETO MARTÍN conlleva un importante *handicap*. Y es que la finalidad última de la responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en reforzar la responsabilidad penal de las personas físicas. Mediante el castigo al colectivo de personas que conforman la organización empresarial se pretende, en última instancia, aumentar la responsabilidad penal de las personas físicas que, a su modo de ver, la integran⁹⁶. La autorregulación que late en el fondo no es sino la autorregulación de las personas que integran la persona física, lo cual se presenta como especialmente problemática cuando, a la hora de imponer la pena y de ejecutarla, existen personas físicas diferentes a las que estaban cuando acontecieron los hechos delictivos⁹⁷.

⁹⁵ De ahí que no pueda compartirse la opinión de PASTOR MUÑOZ, *InDret* 2/2006, p. 2 de que el modelo constructivista abogue por afirmar que «en Derecho penal es admisible la *responsabilidad colectiva*» (cursiva en original). El modelo constructivista parte de una distinción fundamental entre responsabilidad empresarial y responsabilidad colectiva [vid. sólo FRENCH, *Corporate Responsibility*, *passim*], y sólo considera compatible con los parámetros del Derecho penal la primera. Sobre las diferentes formas de culpabilidad colectiva vid. ROTHENPIELER, *Kollektivschuld*, pp. 120 ss. y *passim*.

⁹⁶ Vid. de manera taxativa NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, p. 48: «La responsabilidad de la empresa no persigue sustituir la responsabilidad individual, sino incrementarla». Precisamente en un sentido contrario parece dirigirse la construcción de FEJOO SÁNCHEZ puesto que para este autor una organización global correcta de la empresa impide «penetrar» en la misma para atribuir responsabilidad [FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, pp. 181 ss.]. De ahí que FEJOO SÁNCHEZ analice cuándo se considera que una empresa, como realidad emergente, está bien organizada o cuándo cuenta con una organización defectuosa [FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, pp. 125 ss., 131 ss.] que, según su concepción, no implica la responsabilidad penal de la misma sino la posibilidad de indagar quiénes son los responsables individuales de tal organización defectuosa, pudiendo imponer a la empresa, únicamente, determinadas sanciones que en ningún caso pueden considerarse penas.

⁹⁷ Y, en realidad, no sólo eso, sino que existe, por lo que se alcanza a ver, un importante déficit de legitimación —que, en última instancia, afecta a todas las formas de culpabilidad colectiva—. ¿Es legítimo sancionar *penalmente* a una persona jurídica para conseguir mayores efectos disuasorios sobre las personas jurídicas? Con independencia de que, de esta manera, se está concibiendo a la empresa como un medio para un fin en un ámbito, como es el Derecho penal, en el que estos razonamientos están vedados, los pretendidos efectos psicológicos sobre los individuos son más que cuestionables —si ya resultan cuestionados mediante la sanción penal directa a los individuos, más aún mediante la sanción indirecta a través de la persona jurídica— y, sobre todo, están expuestos a importantes abusos. El modelo constructivista parte de la concepción opuesta: el reconocimiento de la organización empresarial como un ciudadano de la sociedad

3. Sin embargo, el *quid* de la cuestión desde la perspectiva del modelo constructivista no radica ni en aumentar ni en disminuir la responsabilidad de la personas físicas. Consiste en constatar la existencia de unos nuevos sujetos —sc. organizaciones empresariales— en el escenario social moderno que llevan a cabo comportamientos socialmente lesivos merecedores y necesitados de sanción penal⁹⁸. Y ello con independencia de que otros sujetos —sc. personas físicas— participen o no en los mismos. Cuestión diferente es cómo se relacionan los injustos de ambos, pero ello no debe conllevar una «transferencia» de responsabilidad en uno u otro sentido⁹⁹.

D. CULPABILIDAD EMPRESARIAL «DE VERDAD» VS. CULPABILIDAD EMPRESARIAL «A MEDIAS»

1. Otra de las cuestiones más debatidas en los últimos tiempos, y en torno a la cual no parece atisbarse una solución satisfactoria, es si al hablarse de culpabilidad empresarial, en realidad, se está tratando «algo» diferente a la culpabilidad individual. Es decir, al encontrarse estrechamente vinculada la idea de la culpabilidad con determinadas características del ser humano, se considera que nunca podrá existir una verdadera culpabilidad en la persona jurídica, sino que, a lo sumo, ha-

moderna que, junto a los importantes beneficios de los que goza como tal, se imponen importantes obligaciones —hasta llegar a las máximas cotas: las penales— por su propio comportamiento empresarial —y no por los efectos que se pudieran desplegar sobre los individuos—.

⁹⁸ Por ello no se puede mostrar de acuerdo con la propuesta de PASTOR, *InDret* 2/2006, p. 13 de que, aun constatándose el paso de una sociedad de individuos a una sociedad de organizaciones, «para hacer frente al fenómeno de los riesgos no permitidos producidos por las organizaciones (y, en concreto, por la empresa), debe recurrirse a respuestas distintas a la pena (medida de seguridad, Derecho administrativo sancionador)». Y ello porque, más allá de la posibilidad de que el Legislador pueda hacer inútil toda la discusión al introducir las penas para empresas sin mayores consideraciones, en lo que al «debe» se refiere, se está describiendo la situación actual —penas para personas físicas y medidas de seguridad (consecuencias accesorias) y Derecho administrativo sancionador— que son consideradas por gran parte de quienes participan en este debate tanto ineficaces como injustas.

⁹⁹ Lo mismo cabe señalar respecto de las críticas de «doble valoración» del mismo hecho —conocimiento de la persona física— y de la «transferencia» de los elementos del delito desde las personas físicas de la empresa a esta última «para construir los elementos de la responsabilidad penal empresarial» [PASTOR, *InDret* 2/2006, p. 16]. Este tipo de consideraciones, en general, desconoce la separación entre conocimiento individual y conocimiento organizativo —que *no* es la suma de conocimientos individuales, como se tuvo oportunidad de exponer con anterioridad—. Acertadamente *vid.* en la misma línea, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, p. 239.

blar de culpabilidad empresarial refleja poco más que un eufemismo¹⁰⁰. Asimismo, y en esta línea de argumentación, se hace referencia a que, en realidad, no se puede realizar un reproche ético-social similar al que se hace a los seres humanos¹⁰¹.

2. Ante este tipo de planteamientos no deja de extrañar la aparente univocidad, respecto del propio concepto de culpabilidad, en la que se apoyan. En este sentido, resulta difícil excluir *a priori* la posibilidad de una culpabilidad empresarial apelando a una suerte de consenso respecto de la culpabilidad individual ya que, como bien es sabido, éste, ni se ha producido, ni tiene visos de producirse en el futuro cercano. La posibilidad de afirmar la existencia de una culpabilidad empresarial tiene, necesariamente, que ir vinculada a un concepto determinado de culpabilidad¹⁰², y no se puede descartar, sin más, de la mano de apriorismos basados en consensos inexistentes¹⁰³.

¹⁰⁰ Ello es advertido tanto por detractores de la culpabilidad empresarial como FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, pp. 150 ss. como por importantes valedores [NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 145, quien fundamenta en última instancia determinados rasgos de su propuesta en el hecho de que no se trata de una culpabilidad equivalente a la de la persona física y, por tanto, se pueden admitir ciertos rasgos intolerables en el Derecho penal individual como es la configuración del Derecho penal empresarial como un Derecho penal de autor (*vid. Ibíd.*, pp. 151 ss.)].

¹⁰¹ *Vid.* NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, p. 21: «cuando en el texto empleo el término de culpabilidad de empresa, debe entenderse que no me refiero a un juicio de reproche similar al que se proyecta sobre las personas físicas» (p. 21). Sin embargo, precisamente a partir del importante significado que los expertos en esta materia asignan al reproche (*shaming*) empresarial, difícilmente puede estarse de acuerdo con la afirmación de que no existe un reproche a la empresa [*vid.*, entre otros muchos, BANARD, *S. Cal. L. Rev.* 72 (1999), pp. 959 ss.; CURCIO, *DePaul L. Rev.* 45 (1996) pp. 341 ss., especialmente, pp. 368 ss.; SKEEL, *U. Penn. L. Rev.* 149 (2001), pp. 1811 ss.]

¹⁰² En este sentido es correcta la afirmación de FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 147 al adoptar su concepto de culpabilidad como punto de partida, pero es incorrecta al no analizar con mayor detenimiento lo que para dicho concepto —al igual que para el concepto constructivista de culpabilidad— es una circunstancia fundamental: la participación en los asuntos públicos. Y es que, como ya ha tenido ocasión de explicitarse en otro lugar y se referirá brevemente con posterioridad, hoy en día resulta difícilmente cuestionable que ciertas organizaciones empresariales no participen en los asuntos públicos.

¹⁰³ Del mismo modo, tampoco parece que resulten útiles aquellas críticas [*vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad*, p. 158] que se refieren a determinadas aportaciones de diversas teorías de la culpabilidad que puedan servir de apoyo puntual en la construcción de un concepto de culpabilidad ... en el caso del concepto constructivista, determinadas aportaciones de la teoría de la culpabilidad de JAKOBS—, pero que no sólo cuentan con otros apoyos —en el concepto constructivista, los brindados entre otros por KINDHÄUSER o KLAUS GÜNTHER [*vid.* las referencias en GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad*, pp. 286 ss.]—, sino que brindan una aproximación global diferenciada [*vid.*, correctamente, NIETO MAR-

3. También en este ámbito de la culpabilidad empresarial resulta un tanto extraño que se someta este concepto a exigencias a las que no se somete el concepto de culpabilidad individual. No son infrecuentes las argumentaciones que apelan a la «indemostrabilidad» de la culpabilidad empresarial frente a la aparente «demostrabilidad» de la culpabilidad individual¹⁰⁴. Con independencia de lo señalado anteriormente respecto de la necesidad de referir la discusión a conceptos concretos de culpabilidad, realmente no se alcanza a ver cómo se puede sostener la «evidencia» de la culpabilidad individual frente a la «artificialidad» de la culpabilidad empresarial —a menos que todo el razonamiento penal se base en una *analogía entis* de tal manera que no se pueda atribuir responsabilidad penal a quien físicamente no se parezca a un ser humano—.

4. En definitiva, lo importante es dejar de lado prejuicios antropocéntricos y observar cuáles son las condiciones mínimas para que un sistema jurídico-penal atribuya responsabilidad sobre la base de la culpabilidad. Y si dichas condiciones son predicables de la organización empresarial, entonces no existen motivos teóricos ni prácticos para evitar utilizar, con todas sus consecuencias, el concepto de culpabilidad empresarial. Más aún, no se pueden compartir aquellas concepciones que pretenden emplear dicho concepto, pero, posteriormente, ni derivar todas las consecuencias que le son inherentes —Derecho penal del hecho, culpabilidad vs. peligrosidad, penas vs. medidas de seguridad, etc.—, ni admitir su equivalencia con el concepto de culpabilidad individual¹⁰⁵.

TÍN, *Responsabilidad*, pp. 142 ss.]. En general, sobre la diferenciación respecto la teoría normativo-funcionalista y la búsqueda de un fundamento propio *vid.* las consideraciones vertidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 208 ss.

¹⁰⁴ *Vid.* las referencias en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 139 ss.

¹⁰⁵ Fundamentalmente la, por otro lado sugerente, propuesta de NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 145 ss. O bien se reconoce que la organización empresarial tiene capacidad de culpabilidad —aunque sea equivalente funcionalmente— y, por tanto, se le reconocen *todas* las garantías que dicho concepto clave para el Derecho penal comporta, o bien se declara abiertamente, como hacen una gran variedad de autores, que no tiene capacidad de culpabilidad, y se la trata, en mayor o menor medida, como un objeto y no se le conceden las protecciones que dispensan los principios informadores del Derecho penal. *Tertium non datur*. Tanto en este ámbito (culpabilidad) como en el de la pena los nombres importan y mucho. Otra cuestión es que el nominalismo se ha tornado, como indica NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 15 ss., en un debate estéril. Pero ello en el sentido de que una palabra del Legislador y la discusión se ve ciertamente zanjada. Posiblemente haya sido ése uno de los mayores logros del Proyecto de Reforma del Código Penal de 2006, puesto que en mismo se declaraba abiertamente que a la persona jurídica se le imponían las penas del artículo 33 CP.

E. CIUDADANÍA EMPRESARIAL VS. CIUDADANÍA INDIVIDUAL

1. No muy lejos de lo que acaba de señalarse se encuentra una de las cuestiones más debatidas del concepto constructivista de culpabilidad empresarial: la referida a la ciudadanía empresarial. En este sentido, se han vertido críticas especialmente respecto de la asignación de derechos fundamentales a las personas jurídicas¹⁰⁶ y que estos, en última instancia, no son suficientes ya que el Derecho penal trata con conceptos máximos de ciudadanía y no el mínimo de ciudadanía al que hace referencia el concepto constructivista¹⁰⁷, además de que este último se basa en lecturas de otros ordenamientos jurídicos que no se pueden incorporar al, por ejemplo, español¹⁰⁸.

2. Pues bien, frente a las mismas debe apuntarse, en primer lugar, que difícilmente puede afirmarse que, en términos generales, la culpabilidad esté vinculada con un estatus de ciudadanía máxima¹⁰⁹. En este sentido, el recurso que ciertos autores efectúan al derecho de voto resulta especialmente problemático¹¹⁰, puesto que ello implicaría excluir del Derecho penal a todos los extranjeros, residentes o no, que no fueran titulares de dicho derecho. Lo fundamental, al menos desde la perspectiva aquí defendida, es la vertiente expresiva del derecho de voto, en el sentido de que sólo aquella persona que ha tenido la oportunidad de participar en la conformación de las normas, puede ser sancionada penalmente de manera legítima por las mismas —sc. el conocido paradigma de la autolegislación—¹¹¹.

¹⁰⁶ En general, sobre los derechos fundamentales de las personas jurídicas *vid.* ROSADO IGLESIAS, *Titularidad*, pp. 168 ss., 171 ss. distinguiendo entre los derechos fundamentales que sí se pueden extender a las personas jurídicas y los que no. En lo que a los derechos fundamentales del proceso penal *vid.*, en España, ECHARRI CASI, *Sanciones*, pp. 131 ss.; en EE.UU. HENNING, *Tenn. L. Rev.* 63 (1996), pp. 793 ss.; en Alemania, DROPE, *Strafprozessuale Probleme*, *passim*.

¹⁰⁷ *Vid.* NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 104 ss., quien sin embargo reconoce que «atribución de derechos de ciudadanía y atribución de responsabilidad es un binomio que va naturalmente unido»; PASTOR MUÑOZ, *InDret* 2/2006, p. 15 afirmando finalmente que es muy dudoso afirmar una equivalencia entre la ciudadanía individual y la ciudadanía empresarial.

¹⁰⁸ *Vid.* con diversos matices, FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 147 nota 268.

¹⁰⁹ *Cfr.*, no obstante, FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 147 nota 268 afirmando que «en Derecho penal hablamos de “ciudadanía máxima” que es la única que puede fundamentar la imposición de una pena».

¹¹⁰ FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 147 nota 268; PASTOR MUÑOZ, *InDret* 2/2006, p. 15.

¹¹¹ *Vid.* de manera extensa GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 286 ss. con ulteriores referencias.

3. Como consecuencia de este planteamiento, el derecho fundamental clave a la hora de establecer la culpabilidad empresarial es el derecho a la libertad de expresión. A este respecto deben significarse aquello que los propios constitucionalistas señalan respecto de los derechos fundamentales de las personas jurídicas en España; y es, sencilla y llanamente, que no se cuenta con una doctrina jurisprudencial y académica consolidada al respecto¹¹². Por tanto, no parece inadecuado intentar realizar aportaciones al debate español de la mano de la discusión que está teniendo lugar en un país como Estados Unidos en torno al concepto de la libertad de expresión empresarial (*corporate free speech*)¹¹³.

4. En el debate estadounidense, lo relevante a estos efectos no es tanto el reconocimiento en sí, sino el *contenido y significado de dicha libertad*. En este sentido resultan especialmente relevantes las consideraciones de LAWRENCE FRIEDMAN¹¹⁴, quien trae a colación la sentencia de la Corte Suprema estadounidense *First National Bank of Boston vs. Bellotti*¹¹⁵. Así, en relación con la libertad de expresión reconocida a las corporaciones, dicha Corte declaró expresamente que se trataba de «la expresión o discurso que resulta indispensable para la toma de decisiones en la democracia, y ello no es menos cierto por el hecho de que la expresión provenga de una corporación en lugar de un individuo»¹¹⁶. De esta manera se viene entendiendo que, si bien una corporación como tal no puede votar, sí que se le reconoce el derecho a participar en lo que realmente cuenta en democracia: el debate entre los ciuda-

¹¹² Vid. GÓMEZ MONTORO, *Rev. Esp. Der. Const.* 22 (2002), pp. 49 ss.; Íd., *Titularidad*, pp. 387 ss. De hecho, existen pocos trabajos académicos al respecto [vid. recientemente la monografía de ROSADO IGLESIAS, *Titularidad*, pp. 97 ss. y 165 ss. donde llega a afirmar que existe una «escasez de trabajos específicos en la materia»; resumidamente en ROSADO IGLESIAS, *Personas jurídicas*, pp. 1465 ss.].

¹¹³ Vid., sobre el estado de la cuestión DEVELOPMENTS, *Harv.L.Rev.* 117 (2004), pp. 2272 ss.; sobre los fundamentos de este movimiento, de manera introductoria, KERR, *Comm.L.&Pol'y* 10 (2005), pp. 63 ss.; más en detalle sus monografías KERR, *Rights of Corporate Speech*, *passim* e Íd., *Corporate Free-Speech Movement*, pp. 175 ss. y *passim* (no es de extrañar que este autor, probablemente uno de los mayores razonadores de la diatriba del momento en este campo, introduzca en su planteamiento razonamientos jurídicos, históricos, económicos y filosóficos como él mismo reconoce nada más comenzar su fantástica monografía (p. 1). Sobre el caso probablemente más importante de los últimos 10 años —el caso *Nike*— vid. BAKER, *Case W. Res. L. Rev.* 54 (2004), pp. 1161 ss.; en el ámbito penal resulta fundamental la aportación de FRIEDMAN, *Harv.J.L.&Pub.Pol.* 23 (2000), pp. 833 ss.

¹¹⁴ FRIEDMAN, *Harv.J.L.&Pub.Pol.* 23 (2000), pp. 833 ss.

¹¹⁵ 435 U.S. 765 (1978).

¹¹⁶ 435 U.S. 765 (1978) 777.

danos. En definitiva, a las corporaciones, al igual que a los individuos, se les reconoce un *derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales*. Dicho proceso no viene marcado por el derecho de voto sino principalmente por la libertad de expresar juicios en el discurso público sobre las normas sociales, contribuyendo así a la conformación de las mismas.

5. Ello, en principio, no tiene por qué resultar incompatible con el ordenamiento jurídico español. Así, el Tribunal Constitucional tiene declarado, con carácter general, «el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, [lo que] *exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legalmente desarrollados*. En definitiva, *el término "ciudadanos" (...) ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas*»¹¹⁷. Más aún: ha reconocido que las personas jurídicas tienen derecho al honor¹¹⁸ —por lo que, de nuevo, decae el argumento de la imposibilidad de reproche—, explicitando que para el caso de las personas jurídicas es «correcto, desde el punto de vista constitucional, empleadas los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penales que les dispense el legislador (¡!)»¹¹⁹.

F. DERECHO PENAL EMPRESARIAL DE AUTOR VS. DERECHO PENAL EMPRESARIAL DEL HECHO

1. Otra crítica que resulta habitual es la referida a la necesidad de considerar que la culpabilidad empresarial es siempre, como mucho, una culpabilidad por la conducción de vida y nunca una culpabilidad por el hecho. De ahí que el Derecho penal empresarial sea *per definitionem* un Derecho penal de autor y no un Derecho penal del hecho¹²⁰.

¹¹⁷ STC 241/1992, de 21 de diciembre (FJ 4.º). Es por ello que no puede estarse de acuerdo con el reproche de BAJO FERNÁNDEZ, *Responsabilidad*, p. 80 cuando hace referencia a que emplear el término «ciudadano» en relación con una persona jurídica resulta «exótico».

¹¹⁸ *Vid.* a este respecto la conocida STC 139/1995: «el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas».

¹¹⁹ STC 107/1988, de 8 de junio. Más aún, se produce la paradójica situación de que las injurias y las calumnias contra personas jurídicas son sancionadas penalmente, pero, en cambio, éstas no pueden cometer delitos —de hecho, si ello fuera así, ¿cómo resulta posible calumniar a la persona jurídica?— [en general sobre la relación entre el estatus de víctima y el de autor por parte de la empresa *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *PACE L.Rev.* 2008].

¹²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, pp. 152 ss.

Por ello, incluso los partidarios de los modelos autorreguladores en el Derecho penal empresarial reconocen que se trata de un Derecho penal de autor que, sin embargo, debido a las menores exigencias que se presentan frente a las personas jurídicas, resulta constitucionalmente legítimo¹²¹.

2. El fundamento último del argumento reside en cómo conceptualizar el delito de la persona física en relación con la persona jurídica. Así, se señala que dicho delito se termina concibiendo como una condición objetiva de punibilidad y que la misma arroja como resultado que a la persona jurídica, en puridad, se la esté sancionando no por lo que ella ha hecho, sino por lo que la persona física ha hecho por ella¹²². Se admite entonces que la responsabilidad de la persona jurídica deriva fundamentalmente de cómo se ha organizado a lo largo del tiempo y que ello constituye en cierta un Derecho penal de autor y no del hecho.

3. Sin embargo, este tipo de argumentaciones no resultan convincentes. El principal motivo de ello es que, de nuevo, se pretende observar en la persona física unas «cualidades» del hecho que resultan excesivamente naturalistas. En este sentido, se toma como referencia la «inmediatez» de determinados delitos cometidos por personas físicas —sc. un clásico homicidio entre personas físicas— y, evidentemente, se apela a la imposibilidad de que exista una «mano» de la persona jurídica que «sostenga» el cuchillo que quita la vida a una persona física. Sin embargo, ello constituye una visión extremadamente sesgada de la realidad jurídico-penal y, de hecho, ello conllevaría la exclusión de un sinnúmero de supuestos del Derecho penal individual.

4. Y es que un entendimiento normativo del concepto de hecho penal arroja un resultado bien diferente, y no por ello se está en presencia de una culpabilidad por el carácter o por la conducción de vida. El hecho —para respetar la culpabilidad por el hecho— consiste en la configuración de un ámbito de organización propio —siempre, claro está, respetando los *límites* de la tentativa y la consumación—, y de ahí que la libertad desde este planteamiento teórico no se entienda como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento

¹²¹ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 150 ss.

¹²² FEJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, p. 152; SCHÜNEMANN, *Responsabilidad*, pp. 148 s. «la culpabilidad por organización remite, en todo caso, a actos incorrectos de organización de sujetos individuales y conduce, en esa medida, a un regreso infinito»; BAJO FERNÁNDEZ, *Responsabilidad*, p. 80: «la conducta punible de la persona física se presenta como condición objetiva de punibilidad para la persona jurídica».

concreto, sino libertad de (auto)organización, libertad de autoadministrarse¹²³. En definitiva, el hecho, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, se define como la *configuración de un ámbito organizativo determinado*¹²⁴ y dicha configuración se produce, en el caso de la organización empresarial, gracias a su capacidad de autoorganización que fundamenta precisamente su competencia organizativa.

G. UN DERECHO PENAL EMPRESARIAL DE DOBLE VÍA VS. UN DERECHO PENAL INDIVIDUAL DE TRES VÍAS

1. En tiempos recientes, y fundamentalmente a raíz de la obra de NIETO MARTÍN¹²⁵, se ha planteado la inadecuación del Derecho penal empresarial de doble vía que propone el modelo constructivista y se ha propuesto, en su lugar, un Derecho penal individual de tres vías en el cual junto a las clásicas vías de la pena y la medida de seguridad individual aparece la sanción de carácter penal a la empresa cuya misión es reforzar la responsabilidad penal individual¹²⁶ y cuya orientación es fundamentalmente a futuro, sin necesidad de distinguir si el fundamento de imposición de la sanción se basa en la culpabilidad antecedente o en la peligrosidad futura puesto que, en última instancia, como se ha advertido, la culpabilidad empresarial no se corresponde con los fundamentos de la culpabilidad individual.

2. Desde el punto de vista teórico —el práctico le analizaremos más adelante— dicha propuesta no parece ser coherente. Y ello porque, si bien sí que resulta válido, y así debe reconocerse, desde la pers-

¹²³ De lo expuesto se deriva un sentido muy concreto de cómo debe entenderse el concepto de «libertad». Así, la libertad, tanto para el individuo como para la empresa, es una libertad de autoadministrarse [vid. JAKOBS, *Estudios*, p. 392; Íd., en: *Teoría*, pp. 189 ss.; Íd., *ZStW* 117 (2005), pp. 247 ss., 259 ss., 261, lo cual entronca igualmente con la libertad en el sentido de autonomía comunicativa de KINDHÄUSER, *Fidelidad*, pp. 203 ss.; GÜNTHER, *Card.L.Rev.* 17 (1996), pp. 1035 ss., 1037 ss.; desde el punto de vista del Derecho penal empresarial GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad*, p. 279 ss.].

¹²⁴ Vid. más extensamente GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad penal*, pp. 185, 193, 279 s.; en sentido similar, la concepción de BOTTKE, *Assoziationsprävention*, p. 310 nota 1002 parece entender por hecho —tanto individual como empresarial— la *organización de un contacto social*.

¹²⁵ Vid. NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 81 ss.

¹²⁶ Vid. NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, p. 24: «La sanción a la persona jurídica es un método de motivación a los componentes de un colectivo»; «la sanción a personas jurídicas representa una tercera vía dentro del derecho penal conjuntamente a las penas y las medidas de seguridad».

pectiva del propio NIETO MARTÍN, lo cierto es que resulta difícilmente compatible con los parámetros del Derecho penal moderno. En efecto, si se pretende que el Derecho penal siga manteniendo su fuerza expresiva —razón fundamental para abogar por la responsabilidad penal, y no meramente sancionadora, de la persona jurídica¹²⁷— resulta harto complicado sostener que se está tratando de culpabilidad empresarial para la prevención de futuros delitos.

V. El debate legislativo sobre la responsabilidad penal empresarial: a la búsqueda de la eficacia y la justicia

1. Introducción

1. Tradicionalmente, en España la idea de la responsabilidad, en general, de las personas jurídicas se ha vinculado a la actuación de las personas físicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no podía ser una excepción y, por ello, no puede extrañar que la regulación existente al respecto tanto en el artículo 129 CP¹²⁸ como en

¹²⁷ El citado autor se muestra en contra del razonamiento de la fuerza expresiva del Derecho penal: «si colocamos la discusión en el terreno empírico, no creo que la sociedad perciba como fenómenos distintos una “pena” y una “sanción de carácter penal”, sobre todo si se tiene en cuenta que el tipo de sanción (...), con independencia de la etiqueta, será el mismo» [NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, p. 26]. Sin embargo, el terreno empírico, al menos en opinión de quien escribe estas líneas, sí que ofrece ejemplos conocidos de la fuerza expresiva de la «pena» y la responsabilidad «penal» de la empresa en contra, por ejemplo, de otras sanciones que pudieran tildarse de «sanciones de carácter penal»: los daños punitivos (*punitive damages*) que en su propia denominación comportan ese carácter de infligir un daño y de castigo. La diferencia que se constata en el ordenamiento estadounidense, que cuenta con ambos tipos de sanciones, es abrumadora: la desaparición de la empresa *Arthur Andersen* a raíz de su condena penal por la destrucción de documentos es un claro ejemplo. El público percibió de manera meridiana la implicación del reproche penal de la pena que se le había impuesto —aunque ésta no fuera, ni mucho menos, exorbitante—. De hecho, el temor a la fuerza expresiva de la pena es lo que lleva a numerosas empresas, como se relatará en el Epílogo, a cerrar acuerdos absolutamente draconianos con las Fiscalías a cambio de no verse sometido al riesgo de una sanción penal —actitud que no se constata en ningún otro ámbito jurídico, aunque existan sanciones de carácter penal—. Expresado de otra manera: el coste reputacional que la «pena» y la «responsabilidad penal» suponen para la empresa es mayor que cualquier tipo de «sanción de carácter penal».

¹²⁸ Vid. entre otros, GUARDIOLA LAGO, *Art. 129, passim*; DE LA FUENTE HONRUBIA, *Consecuencias accesorias, passim*; FEIJOO SÁNCHEZ, *Sanciones, passim*; MIRÓ LLENARES, *Art. 129 CP*, pp. 119 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Consecuencias accesorias*, pp. 1 ss.

el 31.2 CP¹²⁹ se basen en modelos de heterorresponsabilidad, o, expresado de otra manera, de responsabilidad por el hecho ajeno. Quizás lo que resulte más sorprendente es que la doctrina tradicional en España haya propuesto hasta tiempos sumamente recientes modelos de heterorresponsabilidad basados en la actuación de determinadas personas físicas y en la transferencia de culpabilidad de la persona física a la persona jurídica¹³⁰.

2. Los desarrollos conceptuales y legislativos de los últimos años en el ámbito internacional, sin embargo, aconsejan proceder de manera diferente. La necesidad de tomar en cuenta el fenómeno de la autorregulación en el ámbito de las propuestas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta acuciante, puesto que, en caso contrario, no sólo se está desperdiciando una oportunidad extraordinaria de intentar compaginar al máximo responsabilidad individual con responsabilidad empresarial, sino que político-criminalmente se llevan a cabo propuestas que adolecen de importantes déficits. Por ello, en lo que sigue se efectuarán una serie de reflexiones respecto de las diversas necesidades que existen para introducir la autorregulación en las referidas propuestas legislativas, abogando, concretamente, por la perspectiva constructivista.

2. *La necesidad de un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial*

1. Históricamente, al plantearse la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos han tomado como base la heterorresponsabilidad. Con otras palabras, se han establecido modelos en los cuales determinadas delitos cometidos por determinados miembros de una persona jurídica eran imputadas a ésta sin mayores disquisiciones. Ello no es de extrañar a la luz de la dificultad que suponía construir una teoría jurídica del delito para personas jurídicas y a la necesidad acuciante de dar una respuesta contundente frente a ciertos acontecimientos que conmocionaban la realidad social del momento. Argumentos referidos a la posibilidad de que, por ejemplo, en otras ramas del ordenamiento las personas jurídicas concluían contratos válidos y que cuando dichos

¹²⁹ Vid., con ulteriores referencias, GÓMEZ-JARA DIEZ, Art. 31.2, pp. 239 ss.; SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA, *InDret* 2/2006, pp. FEJOO SÁNCHEZ. 1 ss.

¹³⁰ Vid. las referencias y su crítica en GÓMEZ-JARA DIEZ, Art. 31.2, pp. 289 ss.

contratos fueran fraudulentos el delito debía imputarse a éstas, resultaban ciertamente atractivos al sentido común¹³¹.

2. No obstante, estos primeros modelos de responsabilidad penal empresarial eran tempranamente corregidos por la jurisprudencia, la doctrina y, finalmente, la legislación¹³². En efecto, ni resultaba conforme a Justicia que cualquier actuación de un empleado de una empresa —aún en el marco de sus competencias y con la intención de beneficiarla— cuando ésta hubiere llevado a cabo una actuación de cumplir con el Derecho, ni resultaba político-criminalmente adecuado hacer depender de la persona física la punición de la persona jurídica por los evidentes problemas de imputación a personas físicas que se pueden presentar en estructuras empresariales complejas.

3. Por ello, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial hacen frente a ambos déficits de los planteamientos tradicionales siendo más justos —sólo se hace responsable a la empresa de aquello que realmente le es reprochable— y político-criminalmente más adecuados —toda vez que no hacen depender la punición de la empresa de la punición de la persona jurídica—. No en vano, las propuestas legislativas contemporáneas, marcadamente las de los países anglosajones, incorporan importantes cuotas de autorresponsabilidad a la hora de delimitar los hechos y las circunstancias por las cuales debe considerarse penalmente responsable a las organizaciones empresariales¹³³. Hacer caso omiso de dichos avances en los últimos tiempos e instaurar modelos de heterorresponsabilidad penal empresarial —como los que se han venido efectuando hasta el momento en España— difícilmente puede verse como otra cosa que no sea un importante retraso, puesto que no pasará mucho tiempo hasta que la Jurisprudencia —la doctrina ya está tomando buena nota de ello¹³⁴—

¹³¹ Se está haciendo referencia al clásico argumento de v. LISZT, *Lehrbuch*, § 28 I 2 nota 3 de que si una persona jurídica puede concluir contratos, puede entonces concluir contratos fraudulentos. Cfr. la réplica de RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, p. 227 ha señalado que «en verdad no es que la persona jurídica “concluya” por sí misma contratos, sino que queda vinculada por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos» [muestra su acuerdo GRACIA MARTÍN, *Personas jurídicas*, p. 42].

¹³² *Vid.* las referencias al caso francés en Europa y al estadounidense en el mundo anglosajón en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 67 ss.

¹³³ *Vid.* las referencias en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad*, pp. 115 ss.; *Íd.*, Artículo 31.2, pp. 302 ss.

¹³⁴ *Vid.* en este sentido, además de las reflexiones en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Artículo 31.2, pp. 234 ss. las atinadas observaciones de ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, pp. 287 ss.; *Íd.*, *Responsabilidad*, pp. 87 ss.; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 109 ss.

se vea obligada a introducir cuotas de autorresponsabilidad en la resolución de los casos que se le presenten.

3. *La necesidad de establecer un doble fundamento de responsabilidad penal empresarial*

1. La introducción del fenómeno de la autorregulación en el seno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas significa un avance sumamente importante, pero no comporta que las propuestas que se deriven del mismo sean idénticas. *Ad exemplum* se puede hacer referencia a la circunstancia de que autores, en principio, tan distantes en la nomenclatura de la responsabilidad a introducir, por ejemplo, como NIETO MARTÍN¹³⁵ y FEIJOO SÁNCHEZ¹³⁶ basen, ambos, gran parte de sus razonamientos en la autorregulación. Ello se aplica, incluso, a quienes, como NIETO MARTÍN y GÓMEZ-JARA DÍEZ, abogan por una responsabilidad *penal* de las personas jurídicas.

2. Ello se traduce, por ejemplo, en la propuesta de NIETO MARTÍN de no distinguir entre culpabilidad empresarial y peligrosidad empresarial¹³⁷. Pues bien, la necesidad de este doble fundamento —culpabilidad para la penas a organizaciones empresariales y peligrosidad para las medidas de seguridad a los mismos sujetos organizativos—, trae consecuencia, de nuevo, de consideraciones de eficacia y justicia. En efecto, resulta sumamente beneficioso distinguir entre aproximaciones retrospectivas y prospectivas —con independencia de que en cada una de ellas se encuentre ínsito algún elemento de la contraria— puesto que se posibilita una valoración más adecuada tanto del tipo de sanción como del quantum de la misma a imponer. Por ejemplo, si el resultado lesivo acontecido es consecuencia de una deficitaria organización empresarial en un momento dado del pasado en el que concurría una cultura empresarial de infidelidad al Derecho, pero que ya no acontece, no parece tener sentido la imposición de determinados programas de cumplimiento a futuro —puesto que ya cuenta con los mismos—, pero tampoco dejarla sin sanción alguna por lo que pasó en el pasado.

3. Ciertamente, que resultados similares pueden alcanzarse de la mano de no distinguir entre tipos de sanción y establecer un catálogo amplio de sanciones; pero el fundamento en la culpabilidad empresa-

¹³⁵ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 48 ss., 77 ss., 178 ss., 223 ss.

¹³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal*, pp. 55 ss., 167 ss.

¹³⁷ *Vid.* NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 170 nota 344, 300 s.

rial o la peligrosidad empresarial ayudan a determinar qué tipo de reacción estatal resulta más adecuada frente a la organización empresarial. Volviendo al ejemplo anterior, no sería justo imponer determinados programas de cumplimiento cuando la empresa ya cuenta con unos adecuados, pero no sería eficaz dejar sin sanción el acontecimiento socialmente lesivo del pasado. Evaluar si la empresa es peligrosa de cara al futuro o si la empresa manifestó en un momento determinado una culpabilidad evidente resulta —al igual que con el individuo— más adecuado. O expresado de otra forma: ¿por qué distinguir entre ambas en el Derecho penal individual y no en el Derecho penal empresarial?

4. *La necesidad de distinguir entre autoría y participación empresarial*

1. La estrecha vinculación que tradicionalmente ha existido entre el delito cometido por la persona física y el nacimiento de la responsabilidad para la persona jurídica ha dificultado extraordinariamente distinguir entre lo que pertenece a un sujeto de imputación y a otro. En su máxima expresión, considerar que el delito de la persona física constituye una «condición objetiva de punibilidad» de la persona jurídica —como se apuntó con anterioridad¹³⁸— parece llevar aparejada la imposibilidad de distinguir entre autoría y participación empresarial.

2. No obstante, ello plantea serios problemas de eficacia y justicia. En efecto, de esta manera se torna necesario constatar la comisión de un delito concreto por parte de una persona física que, en determinadas circunstancias, resulta imposible, lo cual implica una dependencia, en última instancia, de la responsabilidad empresarial respecto de la responsabilidad individual. Y dicha consecuencia no quiere ser asumida, bajo ningún pretexto, por prácticamente todos los partidarios de la responsabilidad penal empresarial. De hecho, las legislaciones más modernas en la materia establecen claramente la independencia de un tipo de responsabilidad frente al otro —incluyendo el proyecto de reforma del Código Penal español de 2006—.

3. Es por ello que resulta sumamente útil distinguir entre autoría y participación empresarial. No parece ser lo mismo que una determinada organización empresarial haya llevado a cabo una aportación mínima —a través de una configuración laxa de su estructura organizativa— a partir de la cual la persona física ha ejecutado una actuación

¹³⁸ Vid. supra nota 89.

delictiva fundamental de cara a la realización de resultado, que una conformación determinante por parte de la organización empresarial en la cual la persona física realiza una aportación sumamente reducida —sc. la apertura de una compuerta de liberación de residuos tóxicos— al resultado final.

5. *La necesidad de distinguir entre dolo e imprudencia empresarial*

1. En similar línea a lo ya expuesto, la atribución del dolo o la imprudencia de la persona física a la persona jurídica, como recurso «fácil» para establecer la imputación subjetiva de la persona jurídica, ha conllevado serias dificultades para distinguir ulteriormente entre la imputación subjetiva de la propia empresa y la concerniente a la persona física. Si a ello se le une la dificultad de explicar en qué consiste el dolo o imprudencia de la propia persona jurídica, entonces no resulta extraño que este tipo de distinciones hayan pasado, hasta tiempos muy recientes¹³⁹, totalmente desapercibidas tanto para la dogmática como para el legislador.

2. Sin embargo, el nacimiento del topos del «conocimiento organizativo», como conocimiento de la organización empresarial desvinculado del «conocimiento individual», por un lado, y la paulatina normativización que se ha llevado a cabo en la dogmática moderna de la imputación subjetiva en Derecho penal, han abierto nuevas posibilidades de observación. La definición del dolo empresarial como conocimiento organizativo de la realización de un determinado resultado lesivo y la imprudencia como el deber poseer dicho conocimiento, permiten comenzar a distinguir entre lo propio de organizaciones y lo propio de los individuos.

3. Así, por ejemplo, el hecho de que una organización empresarial posea un determinado conocimiento organizativo respecto de las con-

¹³⁹ Vid. ya ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases*, pp. 238 ss.; íd., *Responsabilidad*, pp. 110 ss.; NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 155 ss. quien, tras examinar las diversas propuestas contemporáneas considera que «no es ni necesario ni conveniente hablar de dolo o imprudencia empresarial» y concluye que «el pretendido tipo subjetivo no es, por tanto, sino la intensidad de la relación entre defecto de organización y el comportamiento del autor» (p. 160), por lo que, en última instancia, su modelo se ve sometido a la importante crítica de que la responsabilidad penal empresarial no es sino el cúmulo de varias responsabilidades penales individuales a lo largo del tiempo [SCHÜNEMANN]. No obstante, ello resulta consecuente con su concepción de que la responsabilidad penal empresarial no es más —ni menos (!)— que el reforzamiento de la responsabilidad penal individual.

secuencias de introducir determinadas composiciones químicas en los compuestos alimentarios que distribuye y la carencia de dicho conocimiento —pero el deber de poseerlo debido a lo que se considera una empresa prudente en el sector alimentario— implican una clara diferenciación. De ahí que, en caso de poder atribuírsele dicho conocimiento, la sanción que merezca la distribución de los alimentos sea mayor que si no lo poseyera pero debiera haberlo poseído¹⁴⁰.

6. *La necesidad de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial*

1. No se descubre nada nuevo si se afirma que las organizaciones empresariales son, *ab initio*, «temerosas» del establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, el importante contenido simbólico-comunicativo del Derecho penal comporta el temor a que comience a verse afectada notablemente algo que las empresas valoran en grado sumo —máxime en la sociedad globalizada contemporánea—: la reputación empresarial. Si a ello se le suma la inexistencia, hasta ahora, de un sistema de garantías claras y precisas para la imposición de penas a las empresas, ciertamente resulta comprensible la intranquilidad que la cuestión despierta en el sector empresarial.

2. No obstante, es precisamente aquí donde resulta fundamental advertir que se trata de una verdadera responsabilidad y que, por tanto, la imposición de las penas se ve sometida a la necesidad de constatar la existencia de una culpabilidad empresarial, de tal manera que si ésta no es objeto de prueba en el proceso penal —con las garantías que a tal efecto deben establecerse—, la organización empresarial no debe ser hecha responsable. Y ello a pesar de que un empleado/directivo/miembro del consejo de administración haya cometido un delito. La instauración de un sistema de autorresponsabilidad penal empresarial comporta que no pueda siquiera atisbarse los vestigios de una responsabilidad objetiva —como sí ocurre, pese a ciertos intentos doctrinales y jurisprudenciales, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador—.

¹⁴⁰ Deben dejarse aquí de lado las consideraciones sobre la indiferencia o la ignorancia deliberada como dolo, sin que ello implique carencia alguna puesto que resultan extrapolables las construcciones que ya obran en el Derecho penal individual [vid. sobre el primero, JAKOBS, Dolo, pp. 145 ss.; sobre el segundo, RAGUÉS I VALLES, *Ignorancia*, pp. 214 ss.].

3. Pues bien, si realmente se pretende sostener que las organizaciones empresariales tienen una capacidad de culpabilidad debe afirmarse exactamente en la misma medida que deben existir causas de exclusión de dicha culpabilidad. En este sentido, resulta imprescindible un mínimo de coherencia y de justicia; al menos si se quiere establecer un sistema de responsabilidad *penal* empresarial. Conforme al planteamiento aquí sostenido la culpabilidad empresarial consiste en un déficit de fidelidad al Derecho el cual se manifiesta en una cultura empresarial de no cumplimiento con el Derecho. Desde esta posición, uno de los modelos especialmente idóneo de introducción de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial es el estadounidense, el cual se basa en los denominados programas de cumplimiento corporativo —*Corporate Compliance Programs*— cuyos detalles, por motivos de espacio no se pueden desarrollar aquí¹⁴¹. Baste por el momento con recordar que el sistema más detallado que existe hasta la fecha a este respecto —el sistema estadounidense— se considera que dichos programas constituyen un reflejo de la cultura empresarial de la persona jurídica y, por tanto, sirven para determinar el índice de culpabilidad específicamente empresarial.

VI. El Anteproyecto de Reforma del Código Penal español

1. Introducción

1. De conformidad con la regulación del artículo 31bis) apartado 1.º, dos son los fundamentos básicos que desencadenan la responsabilidad penal empresarial: *primero*, la comisión de un delito por parte de los directivos de la empresa; *segundo*, la comisión de un delito por parte de los empleados de la empresa sometidos al control de los directivos. Por lo tanto, pese a que en la Exposición de Motivos se hace referencia a que la persona jurídica es considerada responsable por «actos propios», lo cierto es que el tenor literal del precepto tiende a establecer un régimen de responsabilidad por el hecho ajeno o de heterorresponsabilidad penal empresarial alejándose de un verdadero modelo de au-

¹⁴¹ Vid. sobre ello con más detalle, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 254 ss.; Íd., *Responsabilidad*, pp. 76 ss. Resumidamente pueden consultarse las indicaciones de GRUNER, *Compendium*, pp. 641 ss.; Íd., *Designing*, pp. 153 ss. En general, sobre la responsabilidad de los Consejos de Administración, por no implementar un *Effective Compliance Program* a partir de la sentencia en el caso *Caremark* vid. ORLAND, *Criminal Liability*, § 14.01 ss.

torresponsabilidad penal empresarial¹⁴² que sólo castiga a la empresa por aquellas actuaciones que objetiva, subjetiva y personalmente puedan imputársele¹⁴³.

2. La cuestión, en principio, pudiera parecer vanal, pero lo cierto es que, ateniéndose estrictamente al texto legal, a la empresa no se la hace responsable por lo que ella misma «ha hecho» —su organización empresarial— sino por lo que otras personas han hecho en su nombre y representación. Este planteamiento, obvia decirlo, sería inadmisibile entre personas físicas: que una persona física cometa un delito en nombre de otra, no fundamenta que dicho delito se impute a la representada —cuestión distinta sería la responsabilidad civil—. Se precisa que la representada haya participado —por acción o por omisión— de alguna manera en el quehacer delictivo del representante. Sin embargo, como acaba de señalarse, nada de eso viene establecido jurídicopositivamente en el texto legal que se pretende remitir al Parlamento para su aprobación. Habrá que esperar al desarrollo de la jurisprudencia para poder constatar si los órganos jurisdiccionales van a exigir que la persona jurídica haya intervenido de alguna manera —con sus políticas empresariales, estructuras empresariales, etc.— en el hecho delictivo cometido por la persona física.

3. Se mantiene, eso sí, un grave defecto en la formulación de los presupuestos del que ya adolece el vigente artículo 31.2 CP. Se trata de que el delito cometido por los directivos de la empresa tiene que haber sido llevado a cabo «por cuenta **o** en provecho de» la persona jurídica. Esta nomenclatura no sólo contradice la mayor parte de las legislaciones existentes sobre esta materia —en las que se establece cumulativamente «por cuenta **y** en provecho de»—, sino que además constituye un elemento profundamente injusto: la redacción del proyecto de ley permite que un delito cometido por cuenta de la persona jurídica, **pero en perjuicio de la misma**, genere, además, su responsabilidad penal. Se está en presencia de un déficit claro que debería ser corregido en la tramitación parlamentaria, siendo ello lógico toda vez que el párrafo segundo, al establecer la responsabilidad penal de la empresa por los delitos cometidos por sus empleados, sí utiliza correctamente «por cuenta **y** en provecho de» la persona jurídica.

¹⁴² Sobre la distinción entre ambos modelos *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad*, pp. 139 ss; *Íd.*, Presentación, pp. 21 ss.

¹⁴³ Sobre los factores empresariales determinantes de la imputación objetiva, subjetiva y personal en el Derecho penal empresarial *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Modelo constructivista*, pp. 111 ss.

4. En otro orden de cuestiones, no se hace referencia alguna a la imputación subjetiva; esto es, al dolo o a la imprudencia de la persona jurídica. En este sentido, da la impresión de que, *a priori*, se está en presencia de una responsabilidad penal objetiva, que probablemente se intentará salvar indicando que la persona física sí actuó dolosa o imprudentemente. Sin embargo, de nuevo, el argumento contradiría los principios básicos del Derecho penal aplicado a las personas físicas y que, si se pretende mantener el derecho de igualdad, deben regir igualmente para las personas jurídicas: si una persona física no es penalmente responsable de lo que otra haya cometido dolosa o imprudentemente en su nombre y representación, tampoco puede serlo una persona jurídica.

5. En este punto resulta interesante constatar cómo en la reforma se sigue manteniendo la redacción del artículo 5 del Código Penal, el cual, sin distinguir entre personas físicas y personas jurídicas, establece que: *No hay pena sin dolo o imprudencia*. Y puesto que el artículo 33.7 CP indica, como veremos a continuación, que a las personas jurídicas se les imponen verdaderas penas —declarándose además su carácter de *graves*—, sólo puede colegirse que para imponer una de las penas de este último artículo debe constatarse el dolo o la imprudencia de la persona jurídica. Si no se efectúa dicha imputación subjetiva, no podrá imponerse la pena empresarial¹⁴⁴.

6. Finalmente debe advertirse que, en principio, el texto legislativo peca del error del que adolecen todos los modelos de heterorresponsabilidad: al depender tanto de la persona física para poder transferir sus cualidades a la persona jurídica, cuando no puede localizarse dicha persona física que comete «materialmente» el delito, se tiene que declarar la irresponsabilidad de la empresa, lo cual ha llevado a acuñar la denominación, como se advirtió con anterioridad, de la «irresponsabilidad organizada». Sabedor de este grave déficit político-criminal, el proyecto de ley intenta paliarlo haciendo autónoma la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la responsabilidad de la física, declarando, además, que las circunstancias que pudieran afectar a la responsabilidad de esta última, no desplieguen efectos sobre la de la primera.

¹⁴⁴ De ahí que cobrarían especial relevancia en el futuro aquellas propuestas doctrinales que se han esforzado en formular una teoría del lado subjetivo del delito específico para personas jurídicas, sin incurrir en el error de la «transferencia» del dolo o la imprudencia de la persona física a la persona jurídica [vid. sobre dichas propuestas GÓMEZ-JARA DÍEZ, Modelo constructivista, pp. 139 ss.].

2. *Autonomía de la responsabilidad penal empresarial respecto de la responsabilidad penal individual*

1. Como acaba de indicarse, la Reforma intenta hacer frente a la «irresponsabilidad organizada» mediante una fórmula que intenta desvincular la responsabilidad penal de la persona jurídica de la responsabilidad penal de la persona física y viceversa. En este sentido, se pretenden superar aquellas situaciones en las cuales se constata la comisión de un delito pero que, por diversas circunstancias, o bien no se puede localizar a la persona física que efectivamente lo cometió, o bien, localizándola, concurren en ella una serie de circunstancias exonerantes de responsabilidad y, por tanto, no se la puede condenar. Piénsese, por ejemplo, en casos en los que se presenta una declaración fiscal fraudulenta, o se formaliza un contrato fraudulento, o, incluso, se abren unas compuertas que contienen residuos contaminantes, y no resulta posible localizar al individuo en concreto que realizó las acciones ejecutivas concretas. Asimismo, puede que se le localice, pero que por falta de información, se desconozca en concreto el alcance de los hechos cometidos y, en concreto, se exima de responsabilidad o, al menos, se vea sustancialmente disminuida.

2. En términos generales, estas cláusulas, pese a la intención clara que reflejan, pueden no resultar del todo idóneas para evitar estos déficits político-criminales que se generan en los modelos de heterorresponsabilidad. ***Y es que, en puridad, constituye una importante contradicción adoptar, por un lado, un modelo de responsabilidad penal empresarial por el hecho ajeno, y, por otro, intentar desvincular la responsabilidad penal empresarial del hecho ajeno.*** En este sentido, no resulta difícil aventurar las importantes dudas que se plantearan en todos aquellos casos en los que no se puede localizar a la persona física ejecutora o que, localizándola, esté exenta de responsabilidad, y aún así, se pretenda establecer la responsabilidad penal empresarial. ¿Cómo constatar que la persona física actuó por cuenta de la persona jurídica si ni siquiera se puede localizar quién fue?

3. La autonomía recíproca entre ambas responsabilidades también se ve seriamente cuestionada cuando en el apartado 2.º se intenta modular la cuantía de la pena de multa en función de si las dos son condenadas, lo cual constituye una suerte de híbrido entre el principio de proporcionalidad y el principio de *non bis in idem*. En cualquier caso, debe recordarse que este tipo de minoraciones en otros sistemas —marcadamente el estadounidense— sólo son posibles en el marco de pequeñas sociedades —*closely held corporations*—, y respecto de la imposición de la pena de multa a los socios —no a los administrado-

res—, ya que se entiende que en estos casos existe una cierta identidad entre los socios y la sociedad.

3. *¿Causas de atenuación o exclusión de la culpabilidad empresarial? Compliance Programs y colaboración con la justicia*

1. Uno de los elementos de autorresponsabilidad penal empresarial que contiene el artículo 31 bis) es, sin duda, el apartado cuarto en el cual se establecen una serie de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal empresarial. En líneas generales se corresponden básicamente con las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal individual contenidas en el artículo 21 del Código Penal. Sin embargo, existen dos circunstancias que sobresalen sobre las demás y, debido a su importancia, deben ser comentada con mayor extensión:

- d) *Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.*
- b) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran decisivas para declarar su responsabilidad.*

A. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: EL LADO POSITIVO DE LA AUTORREGULACIÓN

1. Por lo que hace a la primera, el referido apartado consagra lo que en los Estados Unidos se ha dado en denominar los «*Effective Compliance Programs*» y que constituyen el eje fundamental del índice de culpabilidad (*Culpability Score*) empresarial. Lo importante aquí es la vinculación entre la cultura empresarial y culpabilidad empresarial siendo los compliance programs un reflejo de la cultura empresarial. De ahí que, en buena lógica, el Anteproyecto establezca una atenuación cuando existan unos programas de cumplimiento eficaces para prevenir y descubrir los delitos. Esta posición requiere una explicación algo más detallada.

2. Los programas de cumplimiento son el resultado de la evolución de los conocidos códigos de conducta corporativos¹⁴⁵. Así, puede afir-

¹⁴⁵ *Vid.* el análisis llevado a cabo por LAUFER, *Vand.L.Rev.* 52 (1999), pp. 1397 ss. En general, puede afirmarse que los programas de cumplimiento efectivo son los sucesores de los códigos de conducta —desarrollados éstos mucho antes que aquéllos— incluyendo elementos de *efectiva implantación*.

marse que la génesis de los programas de cumplimiento se encuentra ligada al poder cada vez mayor que iban adquiriendo las grandes corporaciones en la primera mitad del siglo xx. En este sentido, se ha afirmado que son la síntesis de dos tendencias fuertemente arraigadas en la historia económica americana: (1) una desconfianza hacia el poder de las corporaciones¹⁴⁶; (2) la concepción de que la *autorregulación* en la industria es preferible y más efectiva que la regulación gubernamental¹⁴⁷. De igual manera, se señala que representan el resultado natural de las presiones jurídicas y sociales en relación con la supervisión y control adecuados de los agentes de la corporación, advirtiéndose, sin embargo, que la configuración actual de la responsabilidad penal corporativa en el estadio de *enjuiciamiento* no reconoce —de manera equivocada— este cambio social subyacente¹⁴⁸.

3. Lo fundamental de esta perspectiva teórica es que se considera que el programa de cumplimiento es un vehículo claro y decisivo *para que la empresa exprese su intención de mantenerse dentro de los márgenes del Derecho*¹⁴⁹. Por ello, se ha señalado acertadamente que, en cierta forma, los programas de cumplimiento son el *reflejo de la intención de la corporación*¹⁵⁰. Por lo tanto, tal y como señala la Comisión Sentenciadora, *la organización debe demostrar que no es indiferente al Derecho* y esto se logra mediante la adopción efectiva de un programa de cumplimiento con el Derecho¹⁵¹. Resulta determinante notar que, en función de

¹⁴⁶ Para una renovada y dura crítica llevada a cabo en los últimos *vid.* Fox, *Beh.Sc.&L.* 58 (1996), pp. 339 ss.; *cf.*, no obstante, una réplica igualmente dura en GEIS, *Beh.Sc.&L.* 16 (1998), pp. 265 ss. Sobre el surgimiento del poder corporativo y su estructuración *vid.* PERROW, *Organizing America*, pp. 24 ss. y *passim*.

¹⁴⁷ PITT/GROSKAUFMANIS, *GeorgetownL.J.* 78 (1990), pp. 1574 ss. Así, se puede constatar claramente con FERREL/LE CLAIR/FERREL, *J.Bus.Eth.* 17 (1998), p. 359 que «los objetivos fundamentales de las directrices (...) son el autocontrol y la autorregulación».

¹⁴⁸ WALSH/PYRICH, *Rut.L.J.* 47 (1995), pp. 690 s.

¹⁴⁹ PITT/GROSKAUFMANIS, *GeorgetownL.J.* 78 (1990), p. 1634; WALSH/PYRICH, *Rut.L.J.* 47 (1995), p. 680.

¹⁵⁰ WALSH/PYRICH, *Rut.L.J.* 47 (1995), p. 680 señalan, por un lado, que son un «vehículo claro y decisivo para expresar la intención del *management* corporativo de mantenerse dentro de los límites del Derecho» [*vid.* también PITT/GROSKAUFMANIS, *GeorgetownL.J.* 78 (1990), p. 1634]. Por otro lado, WALSH/PYRICH, *Rut.L.J.* 47 (1995), pp. 677 ss. señalan que estos programas incentivarán la autorregulación corporativa y la buena ciudadanía empresarial, siendo rentables a largo plazo. *Vid.* igualmente GOLDSMITH/KING, *Vand.L.Rev.* 50 (1997), p. 3.

¹⁵¹ U.S.S.G. § 8A1.2 Comentario. Esta afirmación contiene los dos elementos que le otorgan contornos a la culpabilidad corporativa: (1) la no indiferencia al derecho, sino la fidelidad al mismo; (2) la implementación de un programa antes de la infracción, por lo que se retribuye la falta de implementación en el momento de la infracción [*vid.* WEBB/POLO, *Wash.U.L.Q.* 71 (1993), pp. 376 ss.].

este modelo, la organización empresarial ve reducida su culpabilidad si ha tenido en vigor, *en el momento de la infracción*, un programa de cumplimiento efectivo¹⁵². Una corporación que tenga en vigor un programa de cumplimiento efectivo tiene una firme intención de *respetar el Derecho y cumplir con el mismo*. La consecuencia más plausible de este modelo es que la actuación de un empleado de una corporación no es representativa de la intención de la corporación *cuando ésta tiene en vigor un programa de cumplimiento anterior a la comisión de la infracción*¹⁵³.

4. Una vez apuntada la finalidad de los programas de cumplimiento efectivo¹⁵⁴, conviene indicar cuál es el contenido básico de dichos programas. Tal y como viene recogido en las Directrices, estos son los elementos fundamentales que conforman un programa de cumplimiento efectivo:

- (1) existencia de un código de conducta escrito;
- (2) supervisión de los esfuerzos de cumplimiento por parte del personal altamente cualificado;
- (3) no delegación de poderes discrecionales de las autoridades administrativas en personal con posible tendencia delictiva;
- (4) comunicación efectiva de los estándares y procedimientos contenidos en los códigos de conducta;
- (5) reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría;
- (6) reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios;
- (7) adopción de medidas adecuadas tras la detección de la infracción¹⁵⁵.

¹⁵² Vid. GRUNER, *Corporate Crime*, p. 605, quien señala que uno de los problemas de los estándares de los programas de cumplimiento efectivo de las Directrices es que se rigen por criterios de todo o nada. Un programa es efectivo —produciendo una reducción considerable de la sanción— o no lo es. Ahora bien, en la administración de los programas sí existen diferentes grados. Obsérvese que se refiere al momento de la infracción, por lo que su implementación posterior será como consecuencia de la condena, o como muestra de buena fe por parte del acusado para mitigar la condena.

¹⁵³ LACOVARA/NICOLI, *St. John's L.Rev.* 64 (1990), p. 738.

¹⁵⁴ También debe tenerse en cuenta que ciertos autores han puesto de relieve los beneficios que se derivan de dichos programas para la sociedad. Así, GOLDSMITH/KING, *Vand.L.Rev.* 50 (1997), pp. 17 ss. señalan entre dichos beneficios, *primero*, que los programas de cumplimiento pueden servir al interés público mediante la identificación de los problemas potenciales existentes dentro de una empresa mucho antes de que los mismos adquieran unas proporciones críticas para la actividad empresarial y la comunidad. En *segundo* lugar, consideran que los programas de cumplimiento efectivo generan menores costes en bienes y servicios para los consumidores.

¹⁵⁵ La literatura relativa al alcance y contenido de cada uno de estos requisitos es inabarcable; *vid.* en general las contribuciones en KAPLAN/MURPHY/SWENSON, *Compliance Programs, passim*; RAKOFF, *Compliance and Mitigation, passim*. En relación con diferen-

5. No obstante, para finalizar este epígrafe debe hacerse referencia a la dificultad que se ha venido experimentado para definir correctamente qué es un programa de cumplimiento *efectivo*. Así, se ha hecho especial hincapié en que los tribunales distingan entre los verdaderos esfuerzos por prevenir y detectar las infracciones, de los planes sin ningún resultado efectivo¹⁵⁶; es decir, deben distinguir aquellos programas que se dan de manera *efectiva* de aquéllos que constituyen un mero «maquillaje»¹⁵⁷. Ahora bien, en general, se puede afirmar que el desarrollo de los programas de cumplimiento durante la década de los noventa ha sido realmente espectacular¹⁵⁸. En efecto, la circunstancia de que el número de corporaciones procesadas (no condenadas) se haya incrementado sustancialmente desde la promulgación de las Directrices en 1991¹⁵⁹, ha motivado que las empresas se hayan apresurado a implementar programas de cumplimiento.

6. En definitiva, la autorregulación en este campo se ha convertido en una opción eficiente que cumple una función socialmente necesaria. El eje fundamental consisten en considerar a las organizaciones como fiduciarios públicos que tienen el deber de asegurarse de que las actividades que se desarrollan en su interior son conforme a Derecho¹⁶⁰. Por tanto, el estándar de responsabilidad para las corporaciones se traduce en la *calidad de los esfuerzos organizativos sistemáticos de promocionar el cumplimiento con el Derecho*¹⁶¹. Dos autores estadounidenses sumamente relevantes consideran que los programas

tes actividades empresariales vid: sobre la competencia CALKINS, *L.&Cont.Pro.* 60 (1997), pp. 127 ss.; sobre cuestiones ambientales U.S.E.P.A., Self-Policing, *passim*; referido al campo de la alimentación y los medicamentos FREYER, *Food&DrugL.J.* 51 (1996), pp. 225 ss.; en el ámbito médico sanitario SWENSON, *Ethikos&Corp.Cond.Q.* 12 (1998), pp. 1 ss.

¹⁵⁶ Esta circunstancia se ha vuelto especialmente problemática a lo largo de la década de los noventa, dado que en numerosos casos resulta tremendamente difícil distinguir los programas efectivos de los que no lo son. Vid. extensamente LAUFER, *Vand.L.Rev.* 52 (1999), pp. 1343 ss., tratando el desplazamiento del riesgo en la corporación y la ineffectividad de numerosos programas de cumplimiento. Por su parte, GOLDSMITH/KING, *Vand.L.Rev.* 50 (1997), pp. 21 s., ponen de relieve que la praxis habitual existente en los diversos dominios empresariales resulta indispensable para configurar adecuadamente un programa de cumplimiento efectivo.

¹⁵⁷ Vid. LAUFER, *Vand.L.Rev.* 52 (1999), pp. 1407 ss. con referencias.

¹⁵⁸ Vid. LAUFER/ROBERTSON, *J.Bus.Eth.* 16 (1997), p. 1030.

¹⁵⁹ Esto ha motivado que ciertos autores hayan visto una devastadora expansión de la responsabilidad penal corporativa. Vid. las expresiones utilizadas por ARLEN, *J.Leg.Stud.* 23 (1994), p. 833; HUFF, *Col.L.Rev.* 96 (1996), p. 1252; LACOVARA/NICOLI, *St. John's L.Rev.* 64 (1990), p. 732; WEBB/POLO/HURST, *Bus.Lawyer* 49 (1994), pp. 617 s.

¹⁶⁰ GRUNER/BROWN, *J.Corp.L.* 21 (1996), p. 734.

¹⁶¹ GRUNER/BROWN, *J.Corp.L.* 21 (1996), p. 734.

de cumplimiento con el Derecho que se han examinado anteriormente¹⁶², deben considerarse como programas de control de la calidad de la prestación, dirigidos hacia el aseguramiento de acciones dentro del ámbito de la legalidad por parte de sus empleados cuando desempeñen el rol de agentes corporativos. Ello permite que se puedan utilizar para la creación y evaluación del sistema de cumplimiento con el Derecho, los principios de control de calidad desarrollados en otros ámbitos corporativos¹⁶³. Así, y ello resulta fundamental, un sistema de calidad orientado hacia la *maximización del cumplimiento con el Derecho es un compromiso de estructuras organizativas, asignación de responsabilidades, procedimientos, procesos y recursos que la corporación destina a la obtención del cumplimiento con el Derecho*¹⁶⁴.

7. El gran problema que se plantea en relación con el Anteproyecto, es que éste establece la *atenuación (y no la exención)* de la responsabilidad penal empresarial cuando se instauran los programas de cumplimiento antes del juicio oral. Ello, inicialmente, pudiera resultar no sólo injusto sino ineficaz puesto que no se premia a la empresa que establece el programa de cumplimiento antes de la comisión del hecho delictivo, sino aquélla que, una vez cometido el delito, para atenuar su responsabilidad, lo instaura. Por ello, y por la lógica que acaba de explicitarse, conviene efectuar la siguiente interpretación de la normativa propuesta:

- a) Cuando una empresa tenga en vigor un programa de cumplimiento que refleje una cultura empresarial de fidelidad al derecho en el momento de la comisión del hecho delictivo, se debe

¹⁶² Vid. Supra § V. 4.2.2.

¹⁶³ GRUNER/BROWN, *J.Corp.L.* 21 (1996), p. 749. Así, pueden utilizarse dos tipos de diseño para construir y evaluar los sistemas de calidad. El primero es el sistema de inspección (*Inspection System*). Aquí la calidad —es decir, la *juricidad (lawfulness)*— de ciertas actividades puede ser evaluada retrospectivamente a través de inspecciones, auditorías y otro tipo de supervisión. En el segundo, denominado sistema de control (*Control System*), los programas de cumplimiento con el Derecho pueden basarse en ciertos procesos de control en los que actividades corporativas específicas son planeadas, ejecutadas, supervisadas y corregidas para evitar conductas ilegales y detectar las acciones ilegales lo antes posible. Una de las cuestiones más importantes, señalan estos autores, es que dependiendo del tipo de actividad al que se dedique la empresa, conviene un tipo de sistema u otro. Así, donde existen productos comerciales no complejos, las regulaciones federales consideran suficiente el sistema de inspección. Sin embargo, donde existan contratos sobre productos complejos que están destinados a ciertas aplicaciones decisivas, debe operarse con el sistema de control [GRUNER/BROWN, *J.Corp.L.* 21 (1996), pp. 752 s.].

¹⁶⁴ GRUNER/BROWN, *J.Corp.L.* 21 (1996), p. 752.

exonerar a la citada empresa de cualquier tipo de responsabilidad penal —considerando, entonces, que la actuación de su empleado, directivo o consejero ha sido a título individual y no a título empresarial—.

- b) Cuando una empresa no tenga en vigor un programa de cumplimiento que refleje una cultura empresarial de fidelidad al derecho en el momento de la comisión del hecho delictivo, se debe atenuar su responsabilidad penal si lo instaura antes del juicio oral.

B. LA COLABORACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: EL LADO OSCURO DE LA AUTORREGULACIÓN

1. Por lo que se refiere a la colaboración con la administración de justicia, debe procederse con suma cautela a la hora de evaluar qué se puede considerar colaboración y cómo deben respetarse los derechos fundamentales de las personas físicas. En este sentido resulta fundamental considerar que cualquier tipo de prueba que se aporte por la empresa que pueda reflejar asimismo la responsabilidad penal de las personas físicas, sea considerada nula. Si bien esta cuestión se adentra en el terreno del derecho procesal penal, no por ello debe obviarse puesto que, en caso contrario, se estará favoreciendo la vulneración indiscriminada de los derechos procesales de las personas físicas en pro de la atenuación de la responsabilidad penal empresarial. De nuevo, se requiere una explicación más detallada del porqué de estas afirmaciones.

2. Hasta aquí se ha hecho referencia a una serie de ventajas que comporta la autorregulación para la discusión en torno a la responsabilidad penal empresarial. Sin embargo, debe advertirse igualmente frente a uno de los mayores riesgos que comporta la autorregulación, esta vez, para la responsabilidad penal individual. Y es que el acento que el movimiento autorregulador está situando en la cooperación y el cumplimiento por parte de la organización empresarial puede conllevar la existencia de presiones sumamente cualificadas para que la empresa, en su ansia de colaboración y cooperación con la administración de justicia, renuncie, no sólo a ciertos derechos de defensa fundamentales, sino que determinadas renunciaciones impliquen una merma de las posibilidades de defensa de los individuos.

3. Las cuestiones que se plantean en este entorno no se encuentran, ni mucho menos, alejadas de la realidad legislativa, dogmática y jurisprudencial. En este sentido, basta con examinar, *por un lado*, el

contenido del artículo 4 del artículo 31bis) del Anteproyecto, por *otro*, algunas propuestas como las planteadas por NIETO MARTÍN, y, *finalmente*, el importante debate estadounidense en torno a los acuerdos de persecución diferida o no persecución (*deferred/non prosecution agreements*) de organizaciones empresariales¹⁶⁵. Ciertamente, no se pueden establecer conclusiones definitivas de las experiencias de otros ordenamientos jurídicos, pero al igual que ocurre en muchos otros aspectos de la responsabilidad penal empresarial, no parece desacertado tener en cuenta la evolución que ha experimentado la discusión estadounidense y los problemas que se han planteado para, al menos, intentar no cometer los mismos errores¹⁶⁶.

4. En cuanto a la *primera cuestión*, el apartado 4.º del artículo 31bis) del Anteproyecto indica que se considera una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas «b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para declarar su responsabilidad». El problema consiste en dilucidar cuándo se entiende que la empresa ha colaborado en la investigación del hecho y hasta dónde puede llegar dicha colaboración, en el sentido de afectar a los derechos de defensa no sólo propios, sino también ajenos —sc. los de determinadas personas físicas—¹⁶⁷.

5. En lo que a la *segunda* se refiere, baste examinar las reflexiones y propuestas de NIETO MARTÍN para advertir el desembarco de estas consideraciones en el plano dogmático español. Así, según este autor,

¹⁶⁵ Vid. entre otros, ORLAND, *Transformation*, pp. 199 ss.; ZIERDT, *Ky.L.J.* 96 (2007), pp. 1 ss.; COFFEE, *Nat'l.L.J.* July 25, 2005, pp. 13 ss.; GREENBLUM, *Colum.L.Rev.* 105 (12005), pp. 1863 ss.; WARIN/JAFFE, *Andrews Litigation Reporter* 19 (2005), pp. 263 ss.; WARIN/BOUTROS, *Va.L.Rev.* 93(2007), pp. 107 ss.; ya WARIN/SCHWARTZ, *J.Corp.L.* 23 (1997), pp. 121 ss.; CHRISTIE/HANNA, *Am.Crim.L.Rev.* 43 (2006), pp. 1043 ss.; STAMBOULIDIS/GARG, *Deferred Prosecution*, pp. 13 ss.; GRUNER, *Deferred Prosecutions*, pp. 117 ss.; GARRET, *Va.L.Rev.* 93(2007), pp. 853 ss.; BOHRER/TRENCHER, *Am.Crim.L.Rev.* 44 (2007), pp. 1481 ss.; BHARARA, *Am.Crim.L.Rev.* 44 (2007), pp. 53 ss.; FINDER/McCONNELL, *St.Louis L.J.* 51 (2006), pp. 1 ss.; especialmente interesante las reflexiones de quien se ha convertido en el centro de atención a partir del caso KPMG —explicado brevemente más adelante—, McNULTY, *Corporate Fraud Prosecutions*, pp. 799 ss. Una exposición inicial puede encontrarse en el tratado de ORLAND, *Criminal Liability*, § 6.06.

¹⁶⁶ Posiblemente, la descripción más reciente entre autorregulación y este tipo de acuerdos puede consultarse en SPIVACK/RAMAN, *Am.Crim.L.Rev.* 45 (2008), pp. 159 ss.

¹⁶⁷ De manera explícita indica ORLAND, *Brook. J. Corp.Fin.&Com.L.* 1 (2006), p. 48 que con la proliferación de los acuerdos de no persecución penal o persecución penal diferida, los abogados defensores de las empresas han sido muy proclives a sacrificar a los Altos Directivos de la empresa con tal de evitar que no se imputaran cargos a la propia empresa.

«un proceso penal a tres bandas, acusación pública - empresa - persona individual, puede explotar los intereses contrapuestos que pueden existir entre representante y representado»¹⁶⁸. De esta manera, se convierte «a las empresas en colaboradoras del sistema policial estatal»¹⁶⁹. El problema, como pasamos a relatar a continuación, es que en esta transformación de la empresa en policía, los derechos de las personas físicas —y, de hecho, los de la propia empresa— pueden verse extremadamente afectados.

6. En efecto, entrando de lleno en el *tercer aspecto*, bien puede afirmarse que el desarrollo más importante experimentado por la responsabilidad penal empresarial en el último lustro en EE.UU. ha sido la irrupción de los *deferred/non prosecution agreements*. Este tipo de acuerdos estaba en principio previsto para las personas físicas¹⁷⁰, pero a partir de unos determinados casos de considerable repercusión social¹⁷¹, empezaron a ser aplicados de manera constante por la Fiscalía estadounidense en los años noventa hasta haberse convertido en un instrumento habitual de la política criminal estadounidense del siglo XXI¹⁷².

7. Los acuerdos a los que aquí se hace referencia¹⁷³ son, en principio, unilaterales: la fiscalía los redacta y la Fiscalía decide cuándo se

¹⁶⁸ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, p. 49.

¹⁶⁹ NIETO MARTÍN, *Responsabilidad*, pp. 50 s.

¹⁷⁰ De conformidad con el *Speedy Trial Act* de 1974, 18 U.S.C. § 3161(h)(2): los plazos establecidos por la ley —y que, a diferencia del caso español, sí se cumplen— se suspenderán «en aquellos periodos en los que la acusación es pospuesta o diferida por el Abogado de Estado, previa conformidad escrita con el acusado y con el consentimiento de tribunal, con el objetivo de permitir al acusado demostrar su buena conducta». Este tipo de acuerdos fueron utilizados esporádicamente para los delincuentes callejeros no reincidentes; pero nunca habían sido utilizados para delincuentes de cuello blanco.

¹⁷¹ Se trata de casos en los que estaban implicados *Salomon Brothers* y *Prudential Securities* [sobre ambos casos *vid.* ORLAND, *Transformation*, pp. 212 ss.].

¹⁷² En este sentido el número de DPA/NPA ha crecido exponencialmente: de 1991 a 2002 sólo existieron 11 DPAs y 7 NPAs; con la creación de la *Corporate Fraud Task Force*, entre 2003 y 2007 ha habido 55 DPAs y 30 NPAs (un total de 85) lo que equivale a 17 por año; pues bien, en el 2007 hubo 38, lo que es un incremento de casi el 100% [*vid.* el WASHINGTON LEGAL FOUNDATION; *Special Report: Federal Erosion of Business Civil Liberties*, § 6-1].

¹⁷³ Como ya se expuso en otro lugar, a partir del año 1999/2000 las Fiscalías en Estados Unidos cuentan con unas directrices que deben orientar su función de acusación. En el año 2003, dichas directrices fueron revisadas por el Fiscal Federal/Abogado del Estado estadounidense, dando lugar a lo que se denominó el Memorando THOMSON. Desde la perspectiva de este memorando, el punto central para que la Fiscalía decidiera imputar penalmente a una empresa era grado de colaboración y cooperación que la empresa había mostrado con la Fiscalía. Así, las opciones básicas de los Fiscales son las siguientes:

incumplen. Las empresas sólo prestan su consentimiento. No se trata de un acuerdo de conformidad, mucho menos de una condena. En general, la empresa reconoce que se ha producido un ilícito y accede a cooperar con el fiscal en la investigación en curso, pagar impresionantes multas, reestructurar su operativa empresarial y cumplir con otra serie de condiciones, que a menudo incluyen un nada barato «supervisor empresarial» elegido o fuertemente recomendado por el fiscal¹⁷⁴. A cambio, cuando finaliza un periodo de tiempo que oscila de 1-3 años, el fiscal accede a retirar los cargos contra la empresa si creen (unilateralmente) que la empresa no ha infringido los términos del acuerdo. No obstante, los efectos de cualquiera de los dos «acuerdos» son tan devastadores que se están proponiendo alternativas para no tener que llegar a este tipo de situaciones¹⁷⁵.

8. Los *Non Prosecution Agreements* [=NPA] no requieren que la empresa admita ningún tipo de culpabilidad porque, en última instancia, el fiscal no presenta cargos. Resultan bastante informales y suelen venir en la forma de una Carta de la Abogacía del Estado firmada por ambas partes. Por el contrario, los *Deferred Prosecution Agreements* [=DPA], requieren un procedimiento más complejo. Los fiscales presentan los cargos pero difieren su persecución mientras la empresa coopere. Las condiciones de estos acuerdos suelen ser mucho más detalladas y gravosas para la empresa que las de los NPA.

9. Respecto de qué motivos llevan a las empresas a aceptar este tipo de acuerdos, pueden citarse varios. En *primer lugar*, una investigación de carácter penal pueden tener consecuencias extraordinariamente

-
- a) Iniciar la persecución penal alcanzando el Escrito de Acusación o alcanzando el acuerdo de conformidad con la empresa.
 - b) Decidir no perseguir penalmente a la empresa por motivos de interés público.
 - c) Alcanzar un acuerdo de persecución penal diferida con la empresa.
 - d) Alcanzar un acuerdo de no persecución penal con la empresa.

¹⁷⁴ Resultó muy conocido el hecho de que el ex-Fiscal General del Estado, JOHN ASHCROFT, fue contratado por 72 Millones de dólares para monitorizar un conocido caso de DFA. Asimismo, en el caso reciente de *Bristol Meyers*, incluso se ha llegado a incluir en el acuerdo que dentro del Consejo de Administración de la empresa habrá un Consejero nombrado por el Gobierno [vid. en detalle sobre este acuerdo GRUNER, *Deferred Prosecutions*, pp. 151 ss.]

¹⁷⁵ Vid. fundamentalmente, STAMBOULIDIS/GARG, *Deferred Prosecution*, pp. 13 ss., especialmente pp. 21 ss. proponiendo investigaciones internas, ajustes en los programas de cumplimiento y una formación del personal adecuada. Por su parte, GREENBLUM, *Col.L.Rev.* 105 (2005), pp. 1863, especialmente pp. 1895 ss. proponiendo que exista algún tipo de supervisión judicial en la confección de estos acuerdos para salvaguardar los derechos de posibles partes perjudicadas por el mismo (accionistas, empleados, etc.).

te adversas para la empresa, incluso si finalmente no es condenada. Por ejemplo el gobierno federal suspende los contratos y las subvenciones a empresas que están bajo investigación. En *segundo lugar*, las empresas cotizadas sufren un drástico descenso en el nivel de cotización de sus acciones, y se suelen presentar numerosas *class actions* por parte de los inversores. Finalmente, existe el riesgo de una condena que pudiera revestir los caracteres de una pena de muerte empresarial —a la que se ha hecho referencia anteriormente—, con los perjuicios correspondientes.

10. Los principales problemas que se están advirtiendo en la práctica son los siguientes: En *primer lugar*, se suele exigir a las empresas que renuncien expresamente a la confidencialidad abogado/cliente. En *segundo lugar*, es el fiscal el que determina unilateralmente si la empresa ha cumplido o no, sin que ésta tenga oportunidad judicial o extrajudicial alguna de cuestionar dicha determinación. En *tercer lugar*, y ello ha dado lugar a una polémica importante, se venía exigiendo a las empresas que, incluso en contra de sus contratos previamente firmados, no abonaran los gastos de defensa de sus empleados. Esta cuestión en particular ha sido objeto, como decimos, de polémica a raíz de un conocido caso con el que terminaremos esta intervención.

11. En Agosto de 2005, el Ministerio de Justicia alcanzó un DPA con una conocida firma de auditoría en EEUU en relación con la falta de comunicación al IRS de una serie de *tax shelter plans*. El DPA exigía que esta auditora, entre otras cuestiones, cerrara el departamento tributario, pagara multas e indemnizaciones por importe de 456 Millones de dólares y cooperara totalmente con la investigación. Pues bien, además de todo ello, exigió a la auditora que no adelantara los gastos de defensa de sus socios y empleados, lo cual se vio obligada a realizar bajo la coacción de la Fiscalía. No obstante, dicha circunstancia se puso en conocimiento del juez encargado de la investigación del caso, el conocido LEWIS KAPLAN, y éste sobreyó los cargos contra 13 de los 16 imputados puesto que su derecho de defensa y a un proceso debido había sido vulnerado por la Fiscalía. Por ello no es de extrañar que en los tiempos actuales, se hayan tomado las primeras medidas de retroceso de la política imperante bajo el Memorando Thomson¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Por ello no son de extrañar las palabras de McMULTY, Corporate Fraud Prosecutions, pp. 800 ss., estableciendo importantes revisiones de las directrices que imperaban bajo el mandato de su predecesor (THOMSON), reconociendo que la aplicación de las mismas conllevó que se «desincentivara la búsqueda de asesoramiento jurídico y la comunicación plena y honesta entre abogado y cliente».

12. En definitiva, a la luz de las propuestas doctrinales y la experiencia iuscomparatista, resulta fundamental proceder con suma cautela, como se anticipó, a la hora de determinar qué debe entenderse por colaboración con la administración de justicia y establecer con claridad que cualquier material probatorio que pudiera resultar incriminatorio de las personas físicas no puede ser utilizado en contra de éstas, sino única y exclusivamente para fundamentar la responsabilidad penal de la propia empresa. Otras interpretaciones favorecerán que las empresas se vean sumamente tentadas a ofrecer la responsabilidad de sus empleados a cambio de cualquier tipo de atenuación de su propia responsabilidad.

Bibliografía

- ACKERMANN, Bruni; *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*. Frankfurt am Main: Lang, 1984.
- AHLREP, Steven; *Der Entwurf des Supervisionstaates nach Niklas Luhmann und Helmut Willke*, 2007.
- AUSOR; «Entrepreneurial Imagination, Information, and the Evolution of the Firm», en: ENGLAND (ed.), *Evolutionary Concepts in Contemporary Economics*, 1994, pp. 179 ss.
- BAECKER, Dirk; *Information und Risiko in der Marktwirtschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.
- , *Womit handeln Banken? Eine Untersuchung zur Risikoverarbeitung in der Wirtschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- , *Wozu Systeme?*, 2002, pp. 111 ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; «La vedada responsabilidad penal por el hecho de otro»; en: *Derecho y justicia penal en el Siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Prof. Antonio González Cuellar*, 2006, pp. 69 ss.
- BAKER, Edwin; «Paternalism, Politics, and Citizen Freedom: The Commercial Speech Quandry in Nike», en: *Case W. Res. L. Rev.* 54 (2004), pp. 1161 ss.
- BAR, Ludwig von; *Gesetz und Schuld im Strafrecht II. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Schuld nach dem Strafgesetz*. Guttentag: Keip, 1907.
- BARNARD, Jayne; «Reintegrative Shaming in Corporate Sentencing», en: *S. Cal. L. Rev.* 72 (1999), pp. 959 ss.
- BECHMANN, Gotthard; «Reflexive Law: A New Theory-Paradigm for Legal Science?», en: TEUBNER, Gunther/FEBBRAJO, Alberto; *State, Law & Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a New Perspective*. Milano: Guiffre, 1992, pp. 417 ss.
- BECK, Ulrich; *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1988.
- , «Teoría de la sociedad del riesgo» (traducción de Celso Sánchez Capdequí), en: BERRIAIN, Josetxo (Comp.), *Las consecuencias perversas de la*

- modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996, pp. 201 ss.
- , *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad* (traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y M.^a Rosa Borrás). Barcelona, Buenos Aires: Paidós, 1998.
- BELING, Ernst; *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.
- BOHRER, Barry/TRENCHER, Barbara; «Prosecution deferred: Exploring the Unintended Consequences and Future of Corporate Cooperation», *Am.Crim.L.Rev.* 44 (2007), pp. 1481 ss.
- BOTKE, Wilfried; *Assoziationsprävention. Zur heutigen Diskussion der Strafzwecke*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- , «Standortvorteil Wirtschaftskriminalrecht: Müssen Unternehmen „strafmündig“ werden? Bemerkungen zum Stand des Wirtschaftskriminalrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en: *wistra* 1997, pp. 241 ss.
- BUCY, Pamela; «Corporate Ethos: a standard for imposing corporate criminal liability», en: *Minn.L.Rev.* 75 (1991), pp. 1095 ss.
- BHARARA, Preet; «Corporations Cry Uncle and Their Employees Cry Foul: Rethinking Prosecutorial Pressure on Corporate Defendants», en: *Am.Crim.L.Rev.* 44 (2007), pp. 53 ss.
- CHRISTIE, Christopher/HANNA, Robert; «A Push Down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement between the U.S. Attorney for the District of New Jersey nad Bristol Myers Squibb Co», en: *Am.Crim.L.Rev.* 43 (2006), pp. 1043 ss.
- CANCIO MELIÁ, «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa», en: MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.)/GÓMEZ MARTÍN (Coord.), *Nuevas tendencias en política criminal*, 2006, pp. 6 ss.
- CURCIO, Andrea; «Painful Publicity – An Alternative Punitive Damage Santion», en: *DePaul L. Rev.* 45 (1996), pp. 341 ss.
- DANNECKER; «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», en: *GA* 2001, p. 111 [=«Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (traducción de Ana Cristina Rodríguez Yagüe), en: *RP* 7 (2001), pp. 40 ss.]
- DARNACULLETA I GARDELLA, María Mercè; *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- DE LA FUENTE HONRRUBIA, Fernando; *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- DEL GUAYO, Iñigo; «Apertura y clausura del sistema jurídico», en: ALENZA GARCÍA/RAZQUÍN LIZÁRRAGA (Coords.), *Organización y procedimiento administrativo. Libro Homenaje al profesor Francisco González Navarro*, 2007, pp. 149 ss.
- , «La regulación económica como alternativa», en: *Rev. Der. Adm.* 130 (2006), pp. 227 ss.

- , «Mercado e Instituciones. La relación agentes/reguladores», en: *Economía Industrial* 364 (2007), pp. 153 ss.
- DEVELOPMENTS IN THE LAW, «Free Speech Protections for Corporations Competing in the Market of Commerce and Ideas», en: *Harv.L.Rev.* 117 (2004), pp. 2272 ss.
- DRAZIN/SANDERLANDS, «Autogenesis: A Perspective on the Process of Organizing», en: *Organization Science* 3 (1992), pp. 230 ss.
- DROPE, Katherine; *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 2002.
- ECHARRI CASI, Fermín Javier; *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, 2003.
- ESTEVE PARDO, José; *Autorregulación. Génesis y efectos*, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ; *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, 2003.
- , *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007.
- FERNÁNDEZ, M.F.; *El poder disciplinario de la empresa*, 1991.
- FINDER, Lawrence/McCONNELL, Ryan D.; «Devolution of Authority: The Department of Justice's Corporate Charging Policies», en: *St.Louis L.J.* 51 (2006), pp. 1 ss.
- FINGER, August; *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Band I*. Berlin: Heymann, 1904.
- FISSE, Brent/BRAITHWAITE, John; *Corporations, Crime and Accountability*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
- , *The Impact of Publicity on Corporate Offenders*. Albany: State University of New York Press, 1983.
- FRIEIER, Friedrich von; *Kritik der Verbandsstrafe*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.
- FRENCH, Peter A.; *Collective and Corporate Responsibility*, 1984.
- FRIEDMAN, Lawrence; «In Defense of Corporate Criminal Liability», en: *H.J.L.&Pub. Pol.* 23 (2000), pp. 850 ss.
- GALÁN MUÑOZ; «Societas delinquere nex punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP», en: *RDPCr* 18 (2006), pp. 229 ss.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio; «Sociología sistémica y política legislativa», en: *AFD* 1988, pp. 254 ss. [contribución también incluida en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.); *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005].
- GARRET, Brandon L.; «Structural Reform Prosecution», en: *Va.L.Rev.* 93(2007), pp. 853 ss.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid: Marcial Pons, 2005 [de próxima aparición en: *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot].
- , «Teoría de sistemas y Derecho penal: fundamentos del concepto constructivista de culpabilidad», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005, pp. 385 ss.
- , «Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung», en: *Rechtstheorie* 36 (2005), pp. 315 s.

- , «La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor como constructo comunicativo?», en: *InDret* 2/2008, pp. 15 ss.
 - , «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RECPC* 8 /2006, pp. 1 ss.
 - , «El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 93 ss. [también publicado en GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado, 2008, pp. 141-194].
 - , «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal: Cuestiones de lege lata y de lege ferenda», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 239 ss. [GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado, 2008, pp. 257-312].
 - , «Autorresponsabilidad penal empresarial», en: BOIX REIG (Dir.)/LORIA GARCÍA (Coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, pp. 136 ss.
 - , «Corporations as Victims of Mismanagement: Beyond the Shareholder v. Manager Debate», en: *PACE L.Rev.*28 (2008), pp. 795 ss.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José; «La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», en: *La democracia constitucional: Estudios en Homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, 2002, pp. 387 ss.
- , «La titularidad de derechos fundamentales» *Rev. Esp. Der. Const.* 22 (2002), pp. 49 ss.
- GRACIA MARTÍN, Luis; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: BOIX REIG (Dir.)/LORIA GARCÍA (Coord.), *Diccionario de Derecho penal económico*, 2008, pp. 805 ss.
- , «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en: MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (eds.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: J.M. Bosch, 1996, pp. 35 ss.
- GREENBLUM, Benjamin; «What Happens to a Prosecution Deferred? Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements», en: *Colum.L.Rev.* 105 (2005), pp. 1863 ss.
- GRUNER, Richard; «Three Painful Lessons: Corporate Experience With Deferred Prosecution Agreements», en: *PLI, Corporate Law and Practice Handbook Series*, 2008, pp. 117 ss.
- , *Compendium*, pp. 641 ss.
 - , *Designing*, pp. 153 ss.
- GÜNTHER; «Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis», en: *Card.L.Rev.* 17 (1996), pp. 1035 ss., 1037 ss.
- GUARDIOLA LAGO, María Jesús; *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2004.

- HABERMAS, Jürgen; *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- HAMDANI/KLEMENT; *Deterrence and the Corporate Death Penalty*, 2006.
- HEINE, Günter; «La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea», en: GÓMEZ-JARA DIEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 163 ss.
- , «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale – Entwicklung – nationale Konsequenzen», en: *ÖJZ* 51 (1996), pp. 211 ss. [traducción en: HURTADO POZO/DEL ROSAL BLASCO (Coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, pp. 49 ss.].
- , «Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften», en: *ZStrR* 119 (2001), pp. 22 ss.
- , «Technischer Fortschritt im Spannungsverhältnis von Unternehmen, Gesellschaft und Staat – Neue Herausforderungen für das Recht», en: SCHULTE, Martin (ed.), *Technische Innovation und Recht. Antrieb oder Hemmnis?* Heidelberg: C.F. Müller, 1997, pp. 57 ss. Íd., *St.L.War. Tr.L.Rev.* 1998, p. 179.
- , «Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», en: GÓMEZ-JARA DIEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 25 ss.
- , *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden: Nomos, 1995.
- , «Plädoyer für ein Verbandsstrafrecht als "zweite Spur"» en: ALWART, Heiner (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*. München, Mering: Rainer Hampp, 1998, pp. 90 ss.
- , «Sanctions in the Field of Corporate Criminal Liability», en: ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*, 1999, pp. 237 ss.
- HEPP, Carl Ferdinand Theodor; *Versuche über einzelne Teile der Rechtswissenschaft*, 1827, pp. 85 ss.
- HENNING, Peter; «The Connundrum of Corporate Criminal Liability: Seeking a Consistent Approach to the Constitutional Rigths of Corporations in Criminal Prosecutions», en: *Tenn.L.Rev.* 63 (1996), pp. 793 ss.
- V. HIPPEL; *Deutsches Strafrecht. Zweiter Band: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren*, 1930.
- JAKOBS, Günther; *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*. 2.^a ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- , *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004.
- , «La pena como reparación del daño» (trad. Cancio Meliá), en: *LH-Reyes Echandía*, 2005, pp. 152 ss.
- , *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez). Madrid: Civitas, 2003.

- , *Estudios de Derecho penal*, 1997.
- , «La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma» (traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Carlos Gómez-Jara Díez), en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, 2005, pp. 177 ss.
- , «Individuum und Person», en: *ZStW* 117 (2005), pp. 247 ss.
- , «Indiferencia como dolo indirecto», en: Zugaldía Espinar/López Barja de Quiroga (Coords.), *Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, 2004, pp. 345 ss.
- KERR, Robert; «Subordinating the Economic to the Political: The Evolution of the Corporate Free Speech Doctrine», en: *Comm.L.&Pol'y* 10 (2005), pp. 63 ss.
- , *Rights of Corporate Speech: Mobil Oil and the Legal Development of the Voice of Big Business*, 2005.
- , *The Corporate Free-speech Movement: Cognitive Feudalism and the Endangered Marketplace of Ideas* 2008.
- KINDHÄUSER; «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad» (traducción de Percy García Cavero), en: LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (Coords.), *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 203 ss.
- KOHLER, J.; *Leitfaden des deutschen Strafrechts*, 1912.
- , «Die Straffähigkeit der juristischen Person», en: *GA* 1917, pp. 503 ss.
- KRAEMER, Klaus; «Kapitalistische Gesellschaft», en: KNEER, Georg/NASSEHI, Armin/SCHROER, Markus (eds.), *Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie*. München: Fink, 2001, pp. 111 ss.
- KREINER, Mary; «The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty», en: *Ariz. L.Rev.* 47 (2005), pp. 933 ss.
- LADEUR, Kart Heinz; «Risikobewertung und Risikomanagement im Anlagensichersheitsrecht», en: *UPR* 1993, pp. 121 ss.
- , «Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer „Logik der Netzwerke«. Rechtliche Steuerung und die beschleunigte Selbsttransformation der postmodernen Gesellschaft», en: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*. Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), pp. 59 ss.
- LAUFER, William S.; «La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, 2006, pp. 69 ss.
- LISZT, Frank von; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 16.^a ed. y 17.^a ed. Leipzig: Guttentag, 1908.
- LUHMANN, Niklas; *Die Gesellschaft der Gesellschaft. Bd. I y II*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- , *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeiner Theorie*, 1984.
- , *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, 1988.
- , *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990.
- , *Soziologische Aufklärung. Bd. V: Konstruktivistische Perspektiven*, 1990.
- , *Soziologie des Risikos*. Berlin, New York: De Gruyter, 1991.
- , *Soziologische Aufklärung. Bd. VI: Die Soziologie und der Mensch*, 1995.

- LÜTOLF, Sandra Hilda; *Strafbarkeit der juristischen Person*. Zürich: Schulthess Polygraph, 1997.
- MCNULTY, Paul; «Prepared Remarks of Deputy Attorney General Paul Mc Nulty Regarding the Department's Guidelines in Corporate Fraud Prosecutions», en: PLI, *Corporate Governance 2007: Counseling your Client for the 2007 Proxy Season*, 2007, pp. 799 ss.
- MIR PUIG, Santiago; «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *RECPC 06* (2004) [en línea]. [citado el 21 de julio de 2004]. Disponible en World Wide Web: «<http://criminet.ugr.es/recpc>».
- , «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/GURDIEL SIERRA, Manuel/CORTÉS BECHIARELLI, Emilio (eds.); *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*. Valencia: tirant lo blanc, 2004, pp. 741 ss.
- , «Límites del normativismo en Derecho penal», en: *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 666 ss.
- MIRÓ LLINARES, Fernando; «Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal», en: *Responsabilidad de las personas jurídicas. Especial referencia a los consejos de administración: actuar en nombre de otro*, 2006, pp. 190 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando; «Presupuestos de la responsabilidad jurídica. (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM 4* (2000), pp. 57 ss.
- MÜLLER, Ekkehard; *Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht*. Köln: Deubner, 1985.
- NASSEHI; «La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia. Sobre los fundamentos de la teoría social de Niklas Luhmann» (traducción de Juan Ignacio Piña Rochefort), en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 21 ss.
- NIETO GARCÍA, Alejandro; *Derecho administrativo sancionador*, 4.^a ed., pp. 323 ss.
- NIETO MARTÍN, Adán; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo*, 2008.
- , «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir)/BACIGALUPO/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Gobierno Corporativo y Derecho penal. Mesas Redondas de Derecho y Economía*, 2008.
- ORLAND, Leonard; *Corporate Criminal Liability: Regulation and Compliance*, 2004.
- , «The Transformation of Corporate Criminal Law», en: PLI, *The New Justice Department Guidelines for Corporate Prosecutions: What the McNulty Memo Means to You*, 2007, pp. 199 ss.
- PERROW, Charles; «A Society of Organizations», en: *Theory and Society* 20 (1991), pp. 725 ss.
- PRITTWITZ, Cornelius; *Strafrecht und Risiko*, 1993.
- PROBST/SIEGWART, *Integriertes Management: Bausteine der systemorientierten Managements*. Festschrift zum 65 Geburtstag von Prof. Dr. h.c. Hans Ulrich, 1985.

- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas», en: GARCÍA GARCÍA (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*. Estudios de Derecho Judicial 115-2007, 2007, pp. 157 ss.
- RAGUÉS Y VALLES, Ramón; *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, 2008.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho penal. Parte General*. Madrid: Civitas, 1978.
- ROSADO IGLESIAS, Gema; *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, 2004.
- , «Sobre la capacidad de las personas jurídicas para ser titulares de derechos fundamentales», en: CARRASCO DURÁN/PÉREZ ROYO/URÍAS MARTÍNEZ/TEROL BECERRA (Coords.), *Derecho constitucional para el Siglo XXI*. Vol. 1, 2006, pp. 1465 ss.
- ROTH, Gerhard; «Gehirn und Selbstorganisation», en: KROHN, Wolfgang/KÜPPERS, Günter (eds.), *Selbstorganisation. Aspekte einer wissenschaftlichen Revolution*. Braunschweig: Vieweg, 1990, pp. 167 ss.
- , «Selbstorganisation – Selbsterhaltung – Selbstreferentialität: Prinzipien der Organisation der Lebewesen und ihre Folgen für die Beziehung zwischen Organismus und Umwelt», en: DRESS, Andreas/HENDRICH, H./KÜPPERS, Günter (eds.), *Selbstorganisation*. München: Piper, 1986, pp. 149 ss.
- , *Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2001.
- ROTHENPIELER, Friedrich Wilhelm; *Der Gedanke einer Kollektivschuld in juristischer Sicht*. Duncker & Humblot, 1982.
- SCHÜNEMANN, Bernd; «La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea», en: BAJO FERNÁNDEZ (Dir.)/BACIGALUPO/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coords.), *Constitución europea y Derecho penal económico*, 2005, pp. 141 ss.
- , «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea» (traducción a cargo de Enrique Peñaranda Ramos), en: AA.VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 565 ss.
- , «Art. 4.: Maßnahmen gegen Unternehmen», en: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III Unternehmenskriminalität*. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 1996, pp. 168 ss.
- , «Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratel», en: SCHÜNEMANN, Bernd (ed.), *Deutsche Wiedervereinigung: Die Rechtseinheit/Arbeitskreis Strafrecht. Bd. III. Unternehmenskriminalität*. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns, 1996, pp. 129 ss.
- , «Criticising the notion of a Genuine Criminal Law Against Legal Entities», en: ESER, Albin/HEINE, Günther/HUBER, Barbara (eds.), *Criminal Responsibility of Collective and Legal Entities*. Freiburg: Ius Crim, 1999, pp. 225 ss.
- , «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», en: *ADPCP* 2002, pp. 9 ss.

- SCHWINGE, Christina; *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*. Pfaffenweiler: Centaurus, 1996.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, 2001.
- , «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal», en: AA.VV., *Derecho penal económico*, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», en: *Indret 2/2006* (accesible en Internet: www.indret.com), pp. 1 ss.
- SPIVACK, Peter/RAMAN, Sujit; «Regulating the «New Regulators»: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements», en: *Am.Crim.L.Rev.* 45 (2008), pp. 159 ss.
- SKEEL, David A.; «Shaming in Corporate Law», en: *U.Penn.L.Rev.* 149 (2001), pp. 1811 ss.
- STAMBOULIDIS, George/GARG, Anjula; «Alternatives to Indictment: Remedial Measures in an Age of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements», en: PLI, *Internal Investigations: Legal, Ethical & Strategic Issues*, 2006, pp. 13 ss.
- STRATENWERTH, Günther; «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en: GEPPERT, Klaus et al. (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr, 1992, pp. 295 ss.
- TEUBNER, Gunther; «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», en: *ARSP* 1982, pp. 13 ss.
- , «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», en: *L.&Soc. Rev.* 17 (1983), pp. 239 ss.
- , «Autoopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg», en: *L.&Soc. Rev.* 18 (1984), pp. 301 ss.
- , «Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions», en: TEUBNER, Gunther (ed.), *Juridification of Social Spheres*. Berlin, New York, 1984, pp. 3 ss.
- , «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», en: TEUBNER, Gunther (ed.); *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, New York: De Gruyter, 1986, pp. 299 ss.
- , «Enterprise Corporatism. New Industrial Policy and the «Essence» of the Legal Person», en: *Am.J.Comp.L.* 36 (1988), pp. 130 ss.
- , «El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructiva del Derecho», en: *DOXA* 25 (2002), pp. 533 ss.
- , «Globalización y Constitucionalismo social: Alternativas a la teoría constitucional centrada en el Estado», en: GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, 2005, pp. 109 ss.
- TEUBNER (ed.), *Global Law Without a State*, 1997.
- TEUBNER, Gunther/HUTTER, Michael; «Homo Oeconomicus and Homo Juridicus – Communicative Fictions?», en: BAUMS, Theodor/HOPT, Klaus J./HORN, Nor-

- bert (eds.); *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*. London: Kluwer, 2000, pp. 569 ss.
- TEUBNER, Gunther/WILLKE, Helmut; «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», en: *ZfRSoz* 5 (1984), pp. 4 ss.
- TIEDEMANN, Klaus; «Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», en: *NJW* 1988, pp. 1169 ss.
- ULRICH, Hans/PROBST; *Selforganization and Management of Social Systems: Insights, Doughts, and Questions*, 1984.
- WARIN, Joseph/JAFFE, Peter; «The Deferred-Prosecution Jigsaw Puzzle: A Modest Proposal for Reform», en: *Andrews Litigation Reporter* 19 (2005), pp. 263 ss.
- WARIN, F. Jospheh/BOUTROS, Andrew S.; «Deferred Prosecution Agreements: A view From the Trenches and a Proposal for Reform», en: *Va.L.Rev.* 93 (2007), pp. 107 ss.
- WARIN F. Jospheh/SCHWARTZ, Jason C.; «Deferred Prosecution: The Need for Specialized Guidelines for Corporate Defendants», en: *J.Corp.L.* 23 (1997), pp. 121 ss.
- WASHINGTON LEGAL FOUNDATION; SPECIAL REPORT: FEDERAL EROSION OF BUSINESS CIVIL LIBERTIES, 2008.
- WILLKE, Helmut; «Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program», en: TEUBNER, Gunther (ed.); *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin, New York: De Gruyter, 1986, pp. 280 ss.
- , *Systemtheorie I: Grundlagen*. 6.^a ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2000.
- , *Systemtheorie II: Interventionstheorie*. 3.^a ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 1999.
- , *Systemtheorie III: Steuerungstheorie*. 2.^a ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 1998.
- , *Ironie des Staates. Grundlinien einer Staatstheorie polyzentrischer Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- , «Dimensionen des Wissensmanagement – Zum Zusammenhang von gesellschaftlicher und organisationaler Wissenbasierung», en: *Managementforschung* 6 (1996), pp. 263 ss.
- , *Supervision des Staates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- , «Wissengesellschaft», en: KNEER, Georg/NASSEHI, Armin/SCHROER, Markus (eds.), *Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie*. München: Fink, 2001, pp. 379 ss.
- , *Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.
- , *Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
- , *Heterotopia. Studien zur Krisis der Ordnung moderner Gesellschaften*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.
- , *Systemisches Wissensmanagement*. 2.^a ed. Stuttgart: Lucius & Lucius, 2001.
- , *Smart Governance. Governing the Global Knowledge Society*, 2006.
- , *Global Governance*, 2006, pp. 5 ss., 42 ss., 100 ss.
- ZIERDT, Candace; «Corporate Deferred Prosecutions Through the Looking Glass of Contracting Policing», en: *Ky.L.J.* 96 (2008), pp. 1 ss.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel; *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, 2008.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas*. 2.^a ed. Navarra: Aranzadi/Thomson, 2003.

—, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: principales problemas de imputación», en: GARCÍA GARCÍA (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*. Estudios de Derecho Judicial 115-2007, 2007, pp. 65 ss.

Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado

José Antonio Choclán Montalvo

Abogado. Magistrado excedente
Doctor en Derecho

I. Consideraciones preliminares. La capacidad de culpabilidad de la persona jurídica

1. El Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008 introduce importantes novedades en la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica, hasta ahora regulada sustancialmente como responsabilidad patrimonial por los hechos cometidos en la empresa, o por sus directivos o dependientes. En general la reforma se presenta bastante desafortunada, peligrosa por su indeterminación, y probablemente lesiva de algún principio constitucional. Y, en general, supone simplemente acumular a la responsabilidad individual de la persona física la responsabilidad penal de la persona jurídica como ente colectivo, transformando la hasta ahora responsabilidad civil o las consecuencias accesorias en responsabilidad propiamente penal.

2. La capacidad de culpabilidad de la persona jurídica es una ficción. En la actualidad sigue discutiéndose si las personas jurídicas pueden ser sujetos activos del delito, cuestión que se plantea al hilo de la polémica que sobre la naturaleza de la persona jurídica siguen manteniendo quienes la conciben como pura ficción sin existencia real (SAVIGNY) y quienes defienden su existencia real como ente supraindividual con voluntad común propia (GIERKE).

En cualquier caso, no puede discutirse que la persona jurídica es destinataria de normas. Por tanto, puede infringirlas y, en consecuencia, puede serle reprochado jurídicamente su incumplimiento. A una empresa se le pueden imponer sanciones, en una amplia gama de hipótesis del Derecho administrativo y, por qué no, penas, siempre que,

por su naturaleza, pueda ser efectivamente cumplida por una persona jurídica.

La persona jurídica puede ser, en suma, destinataria de normas penales. Pero la persona jurídica, pueda matizarse o no esta conclusión con teorías más modernas, es esencialmente una ficción. Si recordamos el pensamiento de SAVIGNI dice:

- persona es todo ente capaz de derechos y obligaciones;
- derechos sólo pueden tenerlos entes dotados de voluntad;
- la subjetividad jurídica de las personas colectivas es resultado de una ficción, *ya que tales entes carecen de albedrío.*

Si la culpabilidad jurídico-penal se fundamenta en el libre albedrío, y, por tanto, en la capacidad de reproche por no haberse comportado el sujeto conforme a la norma, podremos concluir que la atribución de culpabilidad a la persona jurídica constituye también una ficción: la ley considera a la persona jurídica como un sujeto con voluntad, aunque no la tenga realmente; y es la ley la que le reconoce capacidad jurídica y de obrar, aunque realmente no actúe. Como afirma JESCHECK «a las agrupaciones les falta la capacidad natural de acción, pues incluso aunque se quiera comprender el concepto de acción sólo en el sentido de la causación de modificaciones del mundo exterior, sólo podría ser constatada como causa la conducta humana individual». Esta *acción natural dominada por la voluntad es la que resulta relevante a efectos jurídico penales*, sin perjuicio de que las personas jurídicas puedan ser consideradas sujetos con capacidad de acción en otros sectores del ordenamiento jurídico.

Y en cuanto a la *incapacidad de culpabilidad*, negada la capacidad de acción de las personas jurídicas es evidente su falta de culpabilidad, pues entendido el reproche jurídico penal de culpabilidad como posibilidad individual de actuar de otra manera, presupone una capacidad empírica que no puede ser creada únicamente mediante una imputación normativa.

Por último, como expresara RODRÍGUEZ MOURULLO a propósito de la capacidad contractual de la persona jurídica, no es que la persona jurídica «concluya» por sí misma contratos, sino que *queda vinculada* por los contratos que celebran en su nombre las personas individuales que actúan como órganos suyos. La punibilidad de la persona jurídica quedaría, pues, excluida desde el momento en que la imputación jurídico penal requiere la *realización personal del hecho punible*. Salvo que por decisión del legislador, como acontece con la reforma proyectada, lo realizado por la persona física vincule no sólo a quien ha realizado personalmente el hecho, sino también a la propia persona jurídica, que

queda vinculada a las consecuencias jurídicas de la infracción de la norma penal por el directivo o empleado.

Por ello, los intentos de encontrar en la persona jurídica un ente con capacidad de culpabilidad, como si se tratase de una persona física, están abocados al fracaso y la cuestión debe reformularse en el sentido de que la persona jurídica es capaz de culpabilidad, y por tanto de pena, *si así lo dispone la ley por asimilación funcional a la persona física*. El Código Civil —art. 37— reconoce a las personas jurídicas capacidad jurídica y de obrar y el art. 38 dice de ellas que pueden adquirir derechos y contraer obligaciones.

Por lo tanto, si la persona jurídica es destinataria de la norma, puede ser sujeto de reproche, porque la ley extiende la ficción hasta considerar que la persona jurídica actúa, es capaz de reproche porque tiene voluntad propia y, por último, se considera como hecho propio el hecho ajeno de sus órganos, de la persona humana, distinguiéndose entre una *capacidad natural* y una *capacidad normativa*, cuyo contenido se concreta en la capacidad de gobernar la libertad que le reconoce la ley para adecuar su organización al derecho, y para evitar la generación de riesgos no permitidos. Junto a la capacidad natural de la persona física, la persona jurídica tiene capacidad normativa en el sentido de capacidad de autoorganización, siendo posible reprocharle, como hecho propio, la falta del control del riesgo a que estaba obligada la persona jurídica.

En este punto resulta relevante la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991, de 19 de diciembre, que sienta la necesidad de adaptación conceptual de la culpa a los caracteres especiales de la persona jurídica:

«... Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa en absoluto que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa sino simplemente que ese principio se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. *Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos*».

Así las cosas, la persona jurídica puede infringir deberes propios, el deber de evitar la lesión del bien jurídico que derive de un riesgo no permitido creado por la empresa, y, desde este punto de vista, no estamos ante la responsabilidad por hecho ajeno de sus órganos o depen-

dientes, sino ante la responsabilidad por defectos de autorganización (llamada culpabilidad corporativa).

3. La persona jurídica, desde una perspectiva organicista (GIERKE) no se contrapone a los miembros como un tercero, sino que está en ligazón orgánica con ellos. Sin embargo empieza a reconocerse una voluntad propia de la persona jurídica que no es la suma de las voluntades individuales que la integran.

Y junto a una voluntad propia surge una capacidad de obrar propia y capacidad volitiva general, y por tanto puede cometer actos ilícitos, por mucho que actúe a través de sus órganos (como lo hace la persona física a través de los suyos). Pero en la evolución de la explicación de la persona jurídica *la capacidad de acción se convierte en capacidad de autoorganización y la imputabilidad en competencia organizativa*.

El reconocimiento de una libertad de organización implica el posible reproche por no haberse organizado de modo compatible con la norma; la empresa *debe organizarse de tal manera que de ella no dimanen riesgos no permitidos*. Por el contrario, la empresa que se ha organizado de forma fiel al derecho (*Buen ciudadano corporativo*) no incurre en responsabilidad por la actuación de sus órganos o dependientes.

En el plano objetivo probablemente pueda fundarse esa responsabilidad. Mayores problemas presenta la compatibilidad del proyectado art. 31 bis con el art. 5 CP cuando afirma categóricamente que «no hay pena sin dolo o imprudencia».

La cuestión es si esa responsabilidad por defecto de organización, la culpabilidad corporativa, *es verdaderamente independiente de la responsabilidad del órgano*; y en ese caso, como se articulan las relaciones entre la responsabilidad de la persona jurídica y la del órgano. Probablemente la persona jurídica responde por la *actuación en el estadio previo* a la ejecución del delito por la persona física. Y en muchas ocasiones la persona jurídica habrá sido el instrumento del delito (como el cuchillo del asesino) y, en ese caso, la imposición de la pena a la persona jurídica habrá convertido la pena accesoria de comiso o las medidas de seguridad del art. 129 CP en penas.

II. El Anteproyecto de Reforma de CP 2008. Criterios de atribución de responsabilidad

1. El artículo 31.1 se mantiene en su redacción actual. Se regula en él la actuación en nombre de otro; este otro (la persona jurídica) no actúa, no realiza la acción típica del delito especial.

El Anteproyecto introduce el art. 31 bis, destinado a los casos en los que se produce una doble acción típica, la de la corporación y la de su órgano o dependiente; en este caso no actúa en nombre de la persona jurídica, solo por cuenta de ella o en su beneficio. ¿Es que acaso no cabe aplicar esta doctrina a los delitos especiales? ¿Es aplicable el art. 31 bis conjuntamente con el art. 31? En realidad, si se reconoce de verdad la responsabilidad penal de la persona jurídica no habría ya razón para transferir al directivo la cualidad especial requerida por el tipo penal, pues esta transferencia se basaba precisamente en la incapacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica. El directivo seguirá siendo *extraneus* a los efectos de la delimitación entre autor y partícipe. Este problema no lo soluciona el Anteproyecto. No basta con suprimir el número 2 del art. 31 del Código vigente.

2. Con la reforma que se nos avecina, nos vemos en la necesidad de tratar de definir los criterios de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica, cuando en realidad no hemos resuelto aún los criterios de distribución de la responsabilidad penal de entre las personas físicas que desempeñan actividad en el seno de la empresa.

La distribución de responsabilidades en el caso de comportamientos punibles en el seno de una persona jurídica requiere determinar los criterios en función de los cuales se considera al sujeto competente para evitar la lesión del bien jurídico de que se trate. En general puede decirse que la distribución se realiza con arreglo a *criterios materiales*, consistentes en el *dominio fáctico* de la situación que permite el cumplimiento del deber, el control de la evitación del resultado típico, la asunción de dominio, también en forma correspondiente a las fuentes materiales del deber en los *delitos de omisión*. *Hay asunción fáctica cuando se encuentra en el ámbito de dominio del sujeto la decisión relativa a la evitación de la lesión del bien jurídico.*

Es necesario, por tanto, determinar la persona física que tuviera posibilidad de dominio de la situación en la que se ha producido el resultado de lesión, esto es, los sujetos *competentes*, de acuerdo con su esfera de atribuciones, para la evitación de la realización del tipo. *Por lo tanto, no es este un criterio de determinación de la autoría en los delitos especiales, sino en general de todos los delitos de dominio.*

Por mucho que se afirme una capacidad de culpabilidad propia de la persona jurídica, lo cierto es que es necesario que pueda imputarse un delito al directivo o empleado de la empresa, a la persona humana, y que se haya actuado *por cuenta o en beneficio de ella*. Es decir, la responsabilidad propia de la persona jurídica nace de la responsabilidad de la persona individual. El Anteproyecto distingue en-

tre el *directivo*, sea representante o no, y el *empleado*. Y dependiendo de la responsabilidad de uno u otro se construye de distinto modo la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por lo tanto, el 31 bis se refiere a los casos en los que, o bien actúa el directivo, o bien lo hace el empleado de forma autónoma, con competencia normativa para la evitación del daño:

A. RESPONSABILIDAD POR EL DEFECTUOSO EJERCICIO DEL PODER DE DIRECCIÓN POR EL REPRESENTANTE O LA AUTORIDAD

A tenor del art. 31 bis.1 proyectado, la persona jurídica responde por el hecho del directivo en el caso de que se trate de delitos cometidos por cuenta o en su provecho. Es preciso, pues, que la actuación del directivo lo sea por cuenta (en el ejercicio de las funciones propias del cargo) o con la intención de beneficiar a la empresa.

El Anteproyecto no ofrece criterio alguno para fundamentar la culpabilidad de la empresa en el caso de la responsabilidad de sus directivos, de quien tiene el poder de tomar las decisiones. Responde la persona jurídica incluso ante un comportamiento desleal del administrador que obrando por cuenta de la persona jurídica realiza alguno de los tipos penales que permiten la responsabilidad de la empresa. Estando prohibida la responsabilidad objetiva por contrariar el principio de culpabilidad, es claro que no podrá aceptarse que en realidad estemos ante un supuesto de responsabilidad objetiva.

B. RESPONSABILIDAD POR EL DEFECTO DE CONTROL DE LOS EMPLEADOS

a) Cuándo es responsable el empleado sin concurrencia de la responsabilidad del directivo ofrece no pocos problemas. La autoría se determina modernamente con arreglo a criterios normativos, no meramente causales. Y es esencial una racional delimitación de responsabilidades con arreglo a criterios de *competencia normativa*.

Por ejemplo: ¿qué ocurre en una fábrica que se dedica exclusivamente a falsificar marcas? ¿responde la totalidad de la plantilla? Piénsese que en esos casos puede ocurrir que toda la plantilla incluso conozca que contribuye con su comportamiento a la falsificación, pues cada operario conoce que el producto final es un producto falsificado.

La doctrina y la jurisprudencia han tratado de racionalizar el escenario y delimitar adecuadamente la responsabilidad en el seno de la empresa. La doctrina ha establecido que lo esencial para distribuir responsabilidades no es la mera causalidad o la evitabilidad, sino si la no evitación del daño forma parte de sus competencias.

Se habla así en la moderna teoría de la imputación objetiva, aplicada al ámbito de la criminalidad en la empresa, de una *prohibición de regreso en sentido vertical*. La responsabilidad penal no va desde el último que actúa hacia los que actuaron anteriormente (de delante para atrás) sino en el sentido de arriba abajo. De acuerdo con ello, son irresponsables todos aquellos empleados de la empresa que *aún contribuyendo causalmente el daño y pudiendo evitarlo*, sin embargo recibían instrucciones de sus superiores, no formando parte de sus competencias su evitación.

La doctrina ha tratado de encontrar el fundamento dogmático de la exclusión de la responsabilidad de los empleados que contribuyen causalmente al hecho criminal en el seno de la empresa recibiendo instrucciones de sus superiores sin capacidad de decisión autónoma, esto es, cuando sus superiores controlan la ejecución del hecho. Y ello a pesar de que esté en manos de los empleados la evitación del daño. La exención de responsabilidad se ha fundamentado a partir de consideraciones de error de tipo, error de prohibición o de inexigibilidad de otra conducta. Más modernamente, por ejemplo, el profesor SILVA SÁNCHEZ utiliza el *criterio de competencia*, de modo que no son responsables los empleados cuando el hecho se encuentra al margen de su esfera de competencia y decisión, limitándose a desempeñar sus trabajos en *términos perfectamente neutros*. La neutralidad del aporte, aunque causal, unido a la incompetencia para evitar el daño, son criterios que permiten fundamentar razonablemente la falta de imputación objetiva del resultado lesivo al simple empleado.

Por lo tanto, la doctrina más autorizada tiene establecido que *las conductas ordinarias o estándar enmarcadas en una relación laboral no pueden ser penalmente relevantes, ni siquiera en aquellos casos de decisiva contribución causal*. En este sentido, se habla de una prohibición de regreso en sentido vertical, esto es, *cuando los órganos directivos de la empresa conservan la capacidad de decisión e imparten instrucciones, conservan el dominio, no es posible imputar responsabilidad hacia abajo*.

Y en el mismo sentido, el profesor JAKOBS excluye la responsabilidad cuando no existe deber jurídico de evitar, y únicamente existe ese deber cuando la evitación del resultado forma parte de la esfera de su competencia. *Si quien tiene el dominio del hecho global en la esfera de organización de la empresa es el superior, no responde el simple empleado que ejecuta, siguiendo sus instrucciones, una parte del hecho*.

La Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, núm. 33/2001, de 16 de julio (ponencia del Ilmo. Sr. Gómez Bermúdez —caso PSV—), dijo en este sentido:

«en derecho penal *no cabe la culpa colectiva* sino que se predica la responsabilidad personal (concepción individualista), estando a cargo de las acusaciones acreditar la concreta realización del tipo de delito por cada uno de los acusados. Y que en el derecho penal moderno autor es quien realiza el hecho típico y no todo aquel que contribuye con una condición causal a la verificación del mismo. Incluso negó que la existencia de una relación de apoderamiento conduce a afirmar la existencia de responsabilidad criminal».

b) El proyectado artículo 31 bis, apartado 1, párrafo 2.º establece la responsabilidad de la persona jurídica cuando los empleados han podido realizar los hechos «*por no haberse ejercido sobre ellos el oportuno control*». Se trata de imputar a la persona jurídica las consecuencias de los actos de los empleados por una omisión precedente de la persona jurídica, un defecto de control, lo que puede ser explicado conforme a la doctrina de la injerencia del art. 11 del Código Penal.

La responsabilidad de la empresa se fundamenta aquí en el incumplimiento de un *deber de garante*. La dogmática de la omisión ya puso de manifiesto que únicamente puede ser responsabilizada una persona (ahora la jurídica) por no haber evitado un resultado cuando la ley le impone un deber jurídico de evitación. Por tanto, la mera evitabilidad de un resultado no es suficiente para imputar el resultado de lesión. Y cuando quien actuó fue un empleado, por las razones expuestas, también el empleado debe tener competencia normativa para la evitación del resultado típico, lo que supondrá que se le haya transferido el dominio por virtud de la *delegación*.

Pues en otro caso el empleado, conforme a lo expuesto, no tendría el dominio fáctico del hecho (sea cometido un delito doloso o un delito imprudente) y no puede ser responsabilizado, aunque causalmente haya contribuido al daño, habiendo conservado entonces el directivo el poder de dirección, en cuyo caso, como hemos expuesto, el criterio de atribución de responsabilidad será el del apartado 1 del art. 31 bis, párrafo primero.

Y en ese caso habrá que distinguir el defecto de control del delegante primario (que es de su propia incumbencia) y el defecto de control de la persona jurídica (el llamado deber de control estructural). En realidad, como la actuación del subordinado-delegado requiere como estadio intermedio, antes de alcanzar la responsabilidad de la persona jurídica, que el delegante haya incumplido su deber de garante inicial; volvemos de nuevo a una responsabilidad objetiva como la del apartado primero del número 1 del 31 bis, pues en este caso habrá la comisión de un delito por el Jefe o directivo, por omisión. La hipótesis de infracción del deber de garante por la persona jurídica sin que a su vez

concurra la infracción del deber de garante del directivo significa que éste ha cumplido adecuadamente sus funciones de control, de modo que la empresa habrá facilitado una estructura en la que el cumplimiento del deber es posible, por lo que no puede ser responsabilizada por el hecho ajeno del empleado.

En realidad, puede considerarse que la persona jurídica es garante primario y por ello a ella le compete el deber de control de la actuación de sus dependientes y su responsabilidad se presentará a menudo como responsabilidad por omisión.

Con la reforma penal, la responsabilidad, hasta ahora civil por la actuación de sus dependientes, se transmuta de responsabilidad civil subsidiaria a responsabilidad penal con responsabilidad civil directa.

c) Ahora bien, la exclusión de la responsabilidad de la empresa puede tener lugar si la empresa ha cumplido efectivamente el programa establecido, si se ha seguido el Código de conducta corporativo, los programas estandarizados. Fundamentalmente se trata de que se hayan establecido los adecuados programas de control y se hayan dado directrices para su adecuado cumplimiento. Pero es necesario para fundamentar la responsabilidad que *estos programas sean jurídicamente obligatorios para la empresa* (por ejemplo, medidas preceptivas de seguridad e higiene en el trabajo). Pues, conforme a lo establecido en el art. 11 CP, la omisión únicamente representa un riesgo no permitido cuando se hayan infringido deberes legales específicos de actuación, de modo que será necesario que, en el sector de que se trate, existan parámetros reglamentados de conducta. En realidad el art. 31 bis puede ser explicado desde los cánones de la comisión por omisión, pudiéndose imputar el resultado lesivo para el bien jurídico a la propia persona jurídica que, con una omisión procedente, impidió el adecuado control del riesgo.

Esta cuestión presenta gran importancia en supuestos de delitos contra los trabajadores, medio ambiente, blanqueo de capitales, etc, en suma, el cumplimiento de las adecuadas medidas de seguridad establecidas con la finalidad de evitar comportamientos delictivos de los subordinados.

El art. 31 bis 4 d) considera circunstancia atenuante haber establecido antes del juicio oral medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse. De este precepto se infiere que si aquellas medidas de prevención se dispusieron *antes* de la realización del tipo por la persona física, la persona jurídica está exonerada de responsabilidad penal. De este modo, la falta de disposición de medidas eficaces, por su ausencia, o por su ineficacia general, se convierte

en el criterio de atribución de responsabilidad de la persona jurídica por la actuación de directivos y empleados.

III. La concurrencia de la culpabilidad corporativa y la culpabilidad individual: Responsabilidad simultánea, no alternativa

Dice el art. 31 bis 2 que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas (...) ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas». No se trata pues de la actuación en nombre de otro, de modo que la imputación a una persona jurídica no significa que correlativamente deba desimputarse al órgano, ni viceversa; no se produce traslación alguna de la posición de autor.

La concurrencia de circunstancias *eximentes* o de *atenuación* o *agravación* modificarán la responsabilidad sólo de aquellas personas, físicas o jurídicas, en que concurran (art. 31 bis 3 ACP). Esto parece una obviedad si la responsabilidad penal se fundamenta verdaderamente en la culpabilidad jurídico penal. Pero en función de cual sea la naturaleza jurídica —objetiva o personal— de las circunstancias modificativas, la comunicabilidad o no comunicabilidad será cuestión que deba plantearse en la práctica, aunque este precepto establece la incomunicabilidad de todas. Pero *¿en quién concurren realmente las circunstancias modificativas si quien actúa en realidad es la persona física?* Por ejemplo, si el administrador arrepentido confiesa el hecho ante la autoridad judicial *¿aprovecha a la persona jurídica en cuyo provecho o por cuya cuenta se actuó?* Y *¿cómo puede confesar el hecho la persona jurídica sin hacerlo su administrador, fuera de los casos de sustitución del administrador?* El precepto planteará —a buen seguro— algún problema en su aplicación práctica.

Y qué decir de las *circunstancias eximentes*: *¿si el administrador obró amparado en una causa de justificación, puede razonablemente considerarse ilícita la actuación de la persona jurídica?*

El Anteproyecto se refiere a la concurrencia de eximentes, no a la de causas de extinción de la responsabilidad penal, como el fallecimiento de la persona física o la prescripción. Luego, podemos preguntarnos *¿qué ocurre en el caso de extinción de la responsabilidad individual? ¿puede juzgarse sólo a la persona jurídica sin la persona física?* En la práctica sucede con frecuencia que los acusados pueden fallecer antes de ser enjuiciados, con extinción de su responsabilidad criminal. Este supuesto, no previsto en la ley, determinará que no pueda juzgarse a la persona jurídica, lo que evidencia que en realidad no presenta una culpabilidad propia, sino vinculada o asociada a la culpabilidad de la

persona física. Tampoco podrá ser juzgada su responsabilidad civil subsidiaria; y la apreciación de la participación lucrativa puede encerrar un fraude de ley, si con este título se pretende buscar una responsabilidad civil subsidiaria a la subsidiaria.

IV. La facultad moderadora de la pena para adecuar la suma total de las penas a la gravedad de la culpabilidad

Se refiere a ello el art. 31 bis 2 ACP. Este precepto no tiene sentido, no cabe la responsabilidad penal conjunta o colectiva; cada hecho autónomo debe llevar aparejada una pena de multa, que es pena adecuada a la culpabilidad, en función de su contenido de injusto propio; por ello, no será posible que la magnitud global exceda de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad. Tampoco resultará adecuada a la culpabilidad la pena de multa que en su conjunto lo sea, si cada pena individual no se ajusta a la gravedad de cada hecho individual, pues el del órgano puede presentar mayor contenido de injusto que el de la persona jurídica, o viceversa.

V. Responsabilidad civil solidaria, subsidiaria y participación a título lucrativo

La responsabilidad penal de la persona jurídica conlleva la responsabilidad civil, de forma solidaria con las personas físicas condenadas por los mismos hechos (art. 116.4). La responsabilidad civil subsidiaria se ha transformado en penal y civil directa cuando se trate de los delitos a que se refiere el art. 31 bis. La participación a título lucrativo podrá exigirse de la persona jurídica cuando no pueda responsabilizarse ni a directivos ni a empleados por el delito que beneficia a la persona jurídica, conforme a las reglas generales.

Para concluir. Analizada en esencia la regulación proyectada, se aventuran a primera vista disfunciones graves en su aplicación práctica. Probablemente sea preferible una cláusula general de responsabilidad en la parte general del Código que establezca de forma sencilla un criterio normativo de atribución de responsabilidad, basado en un defecto de organización por incumplimiento de los patrones de conducta estandarizados, que sean exigibles en cada sector a la persona jurídica. Para ello bastará un *precepto análogo al artículo 11 del Código Penal* (es dudoso que incluso no sea suficiente este mismo precepto) que fundamente deberes de acción de la persona jurídica y la posi-

bilidad de imputación del resultado lesivo a la omisión precedente por el hecho omisivo propio, que ha favorecido las acciones delictivas de directivos o empleados, como consecuencia de no haber evitado que el riesgo de lesión se haya traducido en el resultado lesivo. La culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta, pues, en no haberse organizado del modo que exige la norma, respondiendo por la omisión en el estadio previo a la ejecución del delito por la persona física, cuyas consecuencias pueden serle imputadas objetivamente. Para la regulación de esta responsabilidad no es necesario un farragoso precepto con graves incoherencias internas como el que nos ofrece el Anteproyecto de Reforma del Código Penal.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones

Laura Zúñiga Rodríguez

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

«... las violaciones de la ley por parte de las corporaciones son deliberadas y delito organizado. Esto no significa que aquéllas nunca violen la ley sin darse cuenta de una manera desorganizada. Significa que una parte importante de sus violaciones es deliberada y organizada».

SUTHERLAND, *El delito de cuello blanco*.

I. Introducción: El consenso acerca de las sanciones en el ámbito penal de las personas jurídicas

Un análisis en perspectiva histórica del tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas nos muestra un camino cada vez más ascendente de consensos acerca de su admisión. Aunque pueden existir diversos modelos, instituciones jurídicas, ideologías que lo sustentan, lo cierto es que tanto en los instrumentos internacionales, como en el Derecho Comparado se observa la tendencia de responsabilizar a las personas jurídicas por los ilícitos penales que produzca la actuación organizada de sus actividades. Es verdad que hay todavía muchos interrogantes que deben ir respondiéndose, pero no puede dejar de reconocerse que hay un tema en el que parece existir unanimidad: la necesidad de contemplar sanciones en el ámbito penal a las personas jurídicas.

Es decir, parece haberse superado la etapa del *si* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el *cómo* hacerlo. Y en estos avances, el catálogo de consecuencias accesorias del art. 129 CP, introducido en 1995 en nuestra regulación penal marca un hito importante, en la medida que introduce en la legislación un gran elenco de medidas que la doctrina y la legislación internacional ya habían contemplado como sanciones penales para las personas jurídicas. Por supuesto, el desconcierto de establecer consecuencias jurídicas sin aclarar el presupuesto de hecho (si se trata de hecho típico, antijurídi-

co y culpable, basta con que sea sólo antijurídico, el hecho de una persona física o de la propia persona jurídica) ha sumido a la doctrina en un amplio debate sobre los presupuestos de aplicación. Pero algo sí se muestra como plenamente admisible: cuando un delito sea producto de la actividad organizada de una persona jurídica, alguna consecuencia jurídica debe contemplarse en el ordenamiento penal, si no queremos caer en la impunidad o en un desmedro de los fines de prevención general de algunos tipos penales.

En esta ponencia, por tanto, metodológicamente vamos a proceder al análisis al revés de lo que suele ser el estudio tradicional. En lugar de partir del presupuesto de hecho, de la discusión de la capacidad penal de las personas jurídicas para cometer delitos, lo que vamos a hacer es partir de la constatación de la existencia de sanciones aplicables a las mismas para desde allí plantearnos el debate sobre los presupuestos.

Además, en todo este tiempo de discusión de prácticamente una década, el análisis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha partido desde la demanda políticocriminal de la criminalidad de empresa, siendo más bien que el tratamiento de la criminalidad organizada a nivel internacional ha sido la principal fuente de influencia para la admisión de esta responsabilidad. Tan es así, que en las propuestas internacionales en la lucha contra la criminalidad organizada, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se presenta como un instrumento clave, conjuntamente con el comiso, para estrangular los fondos financieros de las organizaciones criminales, en la medida que interrumpen el ciclo económico de las ganancias ilícitas. Se consideran incluso como herramientas operativas para aplicar de manera cautelar sanciones de tipo patrimonial, como el comiso de las ganancias¹ o la disolución de las asociaciones ilícitas y de las personas jurídicas que le han servido de cobertura, en tanto medidas de política criminal que se

¹ Nótese que el comiso en estos delitos, siguiendo normativas internacionales como el Convenio de Viena de Tráfico de Drogas, las Normas del GAFI, o la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, es contemplado con una restricción de garantías, como son la inversión de la carga de la prueba sobre la ilicitud del bien, por lo cual, una vez abierto un proceso penal se puede proceder al comiso de los bienes del imputado y corresponderá a éste probar su no procedencia ilícita. Incluso las normas internacionales recomiendan el comiso ampliado, que tiene como referencia no los beneficios netos, sino los beneficios brutos. Caso de Bélgica, Alemania, Estados Unidos y últimamente España. En estos casos el delincuente tiene que pagar más de lo que ha ganado, lo cual es, para los especialistas, una muestra clara del carácter punitivo de la sanción. Cfr. WEIGEND, «Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado», *RIDP*, Vol. 68, 1997, p. 564.

consideran esenciales para combatir la acumulación de las ganancias ilícitamente obtenidas².

Por último, en esta ponencia me detendré sobre las diversas sanciones penales que se contemplan de *lege lata* y las propuestas de *lege ferenda*, tanto de los proyectos de reforma (Proyecto de 15 de enero de 2007 y Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008), como del Derecho Comparado, con el fin de juzgar la idoneidad de las mismas para la finalidad correspondiente.

Los casi quince años de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP son tiempo suficiente como para hacer un balance sobre su aplicación, teniendo en consideración los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes y detectando las dificultades que la norma plantea. De manera que la idoneidad de cualquier reforma no sólo tenga en cuenta las propuestas doctrinales, sino también el funcionamiento real de la norma. La razón teórica no puede estar en contradicción con la razón práctica³. Es más, un análisis jurisprudencial de la aplicación de nuestras consecuencias accesorias, puede dar luces sobre sus deficiencias y conveniencias, y sobre los principales problemas de aplicación que ha de tener en cuenta la norma.

II. Criminalidad de empresa y criminalidad organizada: el problema de las personas jurídicas

Las demandas políticocriminales de responsabilidad penal de las personas jurídicas han provenido principalmente desde el estudio de la criminalidad de empresa. Los diversos trabajos existentes inciden en la empresa como sujeto destinatario de las normas penales de los delitos socioeconómicos, olvidando que hay un ámbito de aplicación de esta responsabilidad muy amplio que es el de la criminalidad organizada.

² La naturaleza depredadora de la criminalidad organizada, cuyo objetivo último es la consecución de beneficios económicos, hace que las sanciones patrimoniales o pecuniarias que priven a los delincuentes de los beneficios ilícitamente obtenidos, constituyan un arma eficaz en la lucha contra este fenómeno criminal. Cfr. WEIGEND, «Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado», ob. cit., p. 550. Se trata de cortar el circuito de la criminalidad organizada, impidiendo la reinversión de lo ganado ilícitamente, lo que a su vez impide desarrollar la capacidad corruptora de la acumulación de dichas ganancias.

³ Crítico con un razonamiento jurídico kantiano fundamentado dentro de la lógica de la razón teórica, vid. ZACCARIA, Giuseppe: *Razón jurídica e interpretación*, Trabajos compilados por Ana Messuti, Madrid, Civitas, 2004, p. 65.

Ya SUTHERLAND, en 1949 se dio cuenta de este símil entre la *Corporate Crime* y la *Organized Crime*, al definir el delito de «cuello blanco» como delito organizado, estableciendo el siguiente parangón entre el delito de «cuello blanco» y el robo profesional: Primero, la delincuencia de las corporaciones al igual que la de los ladrones profesionales es persistente; una gran proporción de los delincuentes son reincidentes. Segundo, la conducta ilegal es mucho más extensa de lo que indican las acusaciones y denuncias. Tercero, el hombre de negocios que viola las leyes para regular los negocios generalmente no pierde su status entre sus asociados. Y, cuarto, los hombres de negocios generalmente sienten y expresan desprecio hacia la ley, el gobierno y el personal del gobierno⁴.

El desarrollo del sistema empresarial especialmente con la desregulación propia de la globalización ha dado un paso más para el desarrollo de esta connivencia entre criminalidad organizada y criminalidad de empresa. Ciertamente, la empresa ha sido la institución que en los últimos tiempos ha servido para que la criminalidad organizada dé un salto cualitativo y se dedique a actividades «no tradicionales» como son la utilización de la misma para el lavado de dinero, o para proveerse de fondos ilícitos con el objeto de seguir el ciclo económico de las ganancias mal habidas.

Se trata de una transformación de la empresa al socaire de los cambios en el modelo de producción, denominado post-fordista, en el que las empresas subcontratan partes de su propia producción incluso a empresas extranjeras o trabajadores autónomos. La desregulación económica, política y laboral ha sido el producto jurídico de este proceso social de transformaciones de la nueva empresa en un mercado altamente competitivo a la baja en los derechos y al alza en los beneficios. Des-regulación que realmente ha sido una re-regulación, esto es, una adaptación del Estado y del Derecho a los designios de un «mercado natural» consagrado como valor universal e inmutable⁵.

⁴ SUTHERLAND, Edwin, *El delito de cuello blanco*, Madrid, La Piqueta, 1999, pp. 261-264.

⁵ Cfr. MERCADO, Pedro, «El proceso de globalización: el Estado y el Derecho», en PORTILLA (Coord.), *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Madrid, Akal / Universidad Internacional de Andalucía, 2005, p. 145, «el libre mercado, entendido como *laissez faire* o como libertad de contratación, no es nunca un no intervencionismo y, desde luego, no es un estado natural y espontáneo de la economía, anterior a toda voluntad normativa. El mercado no participa de ninguna autosuficiencia o espontaneidad; como construcción social que es, supone el acompañamiento de la política». Idea que se encuentra amparada por el análisis de cómo se gestó esta libertad de mercado: por el influjo de dos líderes de los años 80 liberales, Margaret Thatcher y Ronald Reagan, quienes impusieron el Consenso de Washington en los organismos in-

Las propuestas más modernas inciden especialmente en este aspecto para re discutir la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La empresa como agente económico y social, que ocupa un lugar fundamental en la sociedad postindustrial, ha de tener derechos, pero también deberes, entre los cuales se incluye la responsabilidad penal (y la protección jurídica vinculada a ésta)⁶. O, como apunta VOGEL: «El precio que debe pagarse por el liderazgo es, claro está, la responsabilidad (*responsability*)... un Pragmatismo cada vez más extendido puede referirse a que las sanciones penales deben ser aplicadas como mecanismo eficaz para conseguir que las normas sean también respetadas en la economía y también frente a los agentes económicos, los empresarios y las empresas»⁷. Hay, pues, una necesidad de encauzar jurídicamente la ética del mercado⁸, por medio de la demanda social de responsabilidad de la empresa, dentro de la cual, la responsabilidad penal no puede ser sustraída.

En este contexto de aperturas, de capitalismo sin responsabilidades, de Estados mínimos que no son capaces de cubrir las necesidades de sus ciudadanos, la violencia desorganizada y las mafias campan a sus anchas. Como sostiene DAHRENDORF: «Cuando se descubrió que la eliminación de las barreras también podía ponerse al servicio de fines perversos y hasta destructivos, ya era demasiado tarde»⁹. Los flujos de capitales han desvelado una economía criminal que discurre soterradamente, incluso emparentada con la economía legal¹⁰. Los dictados de

ternacionales, FMI y Banco Mundial: neoliberalismo para los países emergentes, apertura de los mercados, privatizaciones; mientras que en los países desarrollados se practica el proteccionismo agrícola.

⁶ Cfr. VERVAELE, John: «La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Historia y desarrollo reciente», en del mismo, *El Derecho Penal Europeo. Del Derecho Penal económico y financiero a un Derecho Penal federal*, Lima, ARA Editores, 2006, p. 35.

⁷ Cfr. VOGEL, Joachim: «Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO (Dir.), *La Política Criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004, p. 130.

⁸ *Vid.* ampliamente desde esta óptica el estudio de DE MAGLIE, Cristina: *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milán, Giuffrè, 2002, *passim*, donde la autora resalta que todas las últimas reformas en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas, responden a la finalidad de racionalizar el mercado y la empresa.

⁹ DAHRENDORF, Ralf, *En busca de un nuevo orden. Una política de la libertad para el siglo XXI*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 37.

¹⁰ Precisamente la UE discute la posibilidad de contabilizar la economía ilegal en su afán de calcular la economía sumergida. *Vid.* *El País*, 20 de abril de 2009, «Narcotraficantes y chulos, pasen por caja». Las dificultades de tales cálculos son obvias, pero también las consecuencias jurídico-políticas de tal decisión. Parece incongruente luchar contra los paraísos legales y fiscales con contabilizar la economía criminal en la economía

la razón económica sobre la razón moral y política han sabido imponer, como una realidad cruel, el mundo del crimen organizado. Dos son las amenazas a la seguridad mundial, y por tanto, a las actuales democracias que son reconocidas por Naciones Unidas: el terrorismo y la criminalidad organizada¹¹. El crimen global es la «cara amarga» de la globalización en la que perdedores, descontentos, nihilistas, aprovechados, inmorales, consumistas de frutos prohibidos, se unen para lucrar ilícitamente o son objetos de mercancías en el tráfico mundial.

En este proceso de internacionalización de la empresa, ésta se ha convertido en un instrumento clave de la criminalidad organizada (criminalidad *como* empresa); vinculada a la criminalidad *de* empresa (criminalidad económica) y a la corrupción política, sin olvidar al terrorismo. En todos estos casos, la utilización de empresas, sociedades, asociaciones, en fin, personas jurídicas, es la fenomenología más usada para la realización de actividades ilícitas que lesionan bienes jurídicos reconocidos como fundamentales para la sociedad.

No es de extrañar, por tanto, que las normas internacionales de tratamiento de la criminalidad organizada se hayan preocupado por regular la cuestión de la responsabilidad (administrativa y/o penal de las personas jurídicas).

Así la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000, en su art. 10 establece que «Cada Estado adoptará las medidas necesarias, de conformidad con sus propios principios, a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado». La última parte del precepto establece: «Cada Estado velará para que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionada y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas». En esta regulación, al tener como destinatarios muchos países con muy distinta tradición jurídica, se ha optado por dejar la selección de la naturaleza de las sanciones a cada Estado.

En el ámbito de la UE la *Decisión Marco relativa a la lucha contra la criminalidad organizada de 2008/841 JAI*, del Consejo del 24 de octubre de 2008, también incide en la responsabilidad de las personas jurídicas, dedicando dos artículos al tema, uno sobre la responsabilidad y otro sobre las sanciones. El art. 5 establece que «Todos los Estados

legal de los estados. Es indudable un efecto «llamada» y de connivencia con el crimen organizado si contabilizamos sus ganancias como parte de la riqueza nacional.

¹¹ Cfr. NACIONES UNIDAS, *Informe sobre Desarrollo Humano 2005*, Publicaciones de la ONU, p. 13.

miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2», esto es, del delito de participación en organización criminal. Es decir, se considera que las personas jurídicas pueden ser autoras del delito de participación en organización criminal. Obsérvese que la redacción de este artículo va más allá de lo que suele establecer la UE, que suele dejar abierta la naturaleza de la sanción aplicable. Por su parte el art. 6 establece a título ejemplificativo las sanciones que pueden contemplarse para las personas jurídicas, así como conmina a «Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que toda persona jurídica a la que se haya declarado responsable con arreglo al artículo 5, apartado 2, sea sancionada con sanciones o medidas que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias». Aunque se deja a los estados miembros la decisión sobre la naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad y la sanción¹², lo cierto es que dicha elección está condicionada por una serie de circunstancias, como enseguida se verá.

Por supuesto, una serie de Decisiones Marco que regulan delitos de ámbito socioeconómico en la UE se refieren expresamente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, toda vez que es en éste ámbito donde la armonización ha realizado unos avances sustanciales. En especial, delitos contra el medio ambiente, insider trading, falsificación del euro, fraude de subvenciones, etc¹³. Es cierto que los documentos no obligan a una determinación de sanciones de naturaleza penal, pero todos ellos sí inciden en que tales sanciones deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Ello, como enseguida argumentaré, debe interpretarse como sanciones de naturaleza punitiva o de carácter penal en sentido amplio.

¹² Así, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina: «Comentario a propósito de la Decisión Marco relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (2008/841/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2008)», en *Revista General de Derecho Europeo*, N.º 18, 2009, p. 32, para quien la expresa mención a la multa penal o administrativa deja en la disyuntiva a los países miembros.

¹³ Por citar algunas disposiciones de la UE: Decisión Marco 2008/841/JAI relativa a la lucha contra la criminalidad organizada, del Consejo de 28 de octubre; Decisión Marco 2003/80/JAI sobre protección del medio ambiente por medio del Derecho Penal, del Consejo de 27 de enero; la Decisión Marco 2004/68 relativa a la lucha contra la explotación sexual y la pornografía infantil, de Consejo de 23 de diciembre de 2003; la Decisión Marco 2005/667/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, del Consejo de 12 de julio; la Decisión Marco 2005/222/ JAI relativa a los ataques contra los sistemas informáticos, del Consejo de 16 de marzo; la Decisión Marco 757/JAI relativa a las disposiciones mínimas de los elementos de los delitos y las penas del tráfico de drogas, del Consejo de 25 de octubre.

Es importante destacar que las consecuencias accesorias del art. 129 CP seguramente más pensadas para combatir la criminalidad de empresa (las previsiones de la Parte Especial que en los números clausus contemplados así lo demuestran), en realidad han sido jurisprudencialmente más aplicadas para delitos de la criminalidad organizada y el terrorismo.

III. Sanción y presupuesto de imputación: ¿discusión sobre la naturaleza de las sanciones que se imponen a las personas jurídicas en el ámbito penal?

No es el objeto de este trabajo adentrarnos sobre el tema de la naturaleza jurídica de las sanciones contempladas en el art. 129 CP que están diseñadas para imponer a las personas jurídicas en el ámbito penal. Es un debate largo y poco fértil si no incide directamente sobre lo fundamental, que son los criterios de aplicación de las mismas, donde tanto la doctrina como la jurisprudencia se han mostrado dubitativas.

En el Derecho, la consecuencia jurídica es subsiguiente y condicionada a un presupuesto de hecho y no al revés. La pena tiene como presupuesto un delito y la concepción sobre el delito está bastante acabada, en tanto se exige como fundamento la culpabilidad del autor¹⁴. Es indudable que no hay consenso sobre el presupuesto de hecho aplicable a las sanciones que en nuestro derecho se aplican a las personas jurídicas, toda vez que la construcción del delito requiere como fundamento la culpabilidad de una persona física. Dentro de este razonamiento apriorístico no es posible dar una respuesta satisfactoria a la naturaleza de las sanciones que se imponen a las personas jurídicas en el ámbito penal y, sobre todo, es difícil esclarecer los criterios de atribución de la sanción.

Lo que sí podemos afirmar es que tanto en el Derecho Administrativo sancionador como en el Derecho Penal se contemplan unas consecuencias jurídicas para las personas jurídicas cuando en sus actividades organizadas vulneran bienes jurídicos protegidos por el código penal. Y, si esto es así, además debe tenerse en cuenta que la mayoría de especialistas está de acuerdo en que, en estos casos, es difícil realizar una distinción sustancial entre ilícito penal e ilícito administrativo, sino más bien de orden cuantitativo.

¹⁴ Aunque también ha de reconocerse que en la actualidad los contornos del injusto penal también se desdibujan. *Vid.* por todos DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale, La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milán, Giuffrè Editore, 2004, *passim*, especialmente pp. 47-48.

Para ilustrar esto vamos a poner un ejemplo. En materia de prevención de accidentes laborales existe un delito de peligro en el Código Penal, el art. 316, y en la Ley de Infracciones y Sanciones al Orden Social, una infracción administrativa, del art. 13. 10. con redacciones prácticamente idénticas: el empresario que incumple la normativa de prevención de riesgos laborales y pone en peligro grave la vida o la salud de los trabajadores, comete dichas infracciones. La paradoja está en que si calificamos el hecho como delito no responde la persona jurídica, en cambio, si calificamos como infracción administrativa sí¹⁵. Además, en estos casos se observa que hay supuestos en donde el accidente y las consiguientes muerte o lesiones del trabajador son producto de un incumplimiento personal del encargado de prevención de riesgos laborales, pero en otros casos se puede afirmar que se trata de un incumplimiento de la propia empresa, como cuando se trata de reparar o controlar el mantenimiento de las máquinas.

Por eso el dilema sanciones penales o sanciones administrativas para las personas jurídicas es falaz. No es posible distinguir una naturaleza jurídica distinta ni en los presupuestos ni en las consecuencias jurídicas. Ambas son reacciones públicas, instrumentos sancionatorios, expresión del *ius puniendi* del Estado en sentido lato¹⁶, que se expresan en un conjunto de injustos de diversas tonalidades donde los casos más graves, que afectan a bienes jurídicos importantes están en el Derecho Penal. Es verdad, que entre ambos extremos sí pueden verse grandes diferencias entre infracciones de mera desobediencia (administrativas) y otras que lesionan gravemente bienes jurídicos importantes (penales), pero ello no impide observar que existe un umbral poco nítido entre ambas reacciones en otros supuestos como en el ejemplo que propongo.

Ahora bien, como ya antes se ha apuntado, lo sustancial resulta la aplicación de garantías sustanciales y penales, así como los criterios

¹⁵ Todo ello prueba que existen contradicciones en el ordenamiento jurídico que deben ser subsanadas, sobre todo si se quiere dar un mensaje claro y unívoco para la prevención de las infracciones socioeconómicas, que pueden desarrollar importantes daños sociales. Para aquellos que planteamos la necesidad de una responsabilidad penal propia para las personas jurídicas éste es un argumento sustancial. *Vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, ob. cit., pp. 98 y ss. También *vid.* ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 125.

¹⁶ El TC lo ha expresado claramente en diversas sentencias. Así en STC núm. 18/1987, ha sostenido que estamos ante un «*ius puniendi*» general que se expresa indistintamente en un Derecho Administrativo sancionador o en el Derecho Penal. Por tal motivo, los principios del Derecho Penal deben ser aplicados «con ciertos matices» en el Derecho Administrativo sancionador.

de atribución de las consecuencias jurídicas. Y es aquí donde pueden observarse los criterios homogenizadores entre ambos tipos de infracciones y sanciones. Prácticamente todos los autores administrativistas y penalistas postulan la necesidad de acoger las garantías penales para el ámbito administrativo sancionador por resultar el ámbito penal más desarrollado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha seguido esta línea de interpretación considerando «la materia penal» como una construcción jurisprudencial propia de dicho tribunal, con el objeto de establecer un mínimo común denominador a los efectos de la protección de los ciudadanos de acuerdo al art. 6.1 CEDH, frente a su derecho a un proceso equitativo¹⁷. Como ha de ser cuando se trata de la comparación de diversas normativas jurídicas y distintas tradiciones culturales, el TEDH ha optado por una protección amplia considerando una idea expansiva de la materia penal. Ésta «recubre el ámbito represivo del Estado que alcanza cierto nivel de gravedad, aún cuando no esté integrado en el derecho penal estricto»¹⁸. Por tanto, no sólo se entiende el ámbito penal propio, sino también el ámbito disciplinario militar, las sanciones administrativas graves y el ámbito disciplinario penitenciario.

La erosión de fronteras nítidas entre ambos tipos de infracciones y sanciones puede observarse de *lege lata* con la creación de formas híbridas o intermedias de responsabilidad, seguramente para salvar la discusión de si corresponden a una u otra rama del ordenamiento jurídico¹⁹. Es lo que sucede con la ley italiana de responsabilidad de las personas jurídicas (Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001, N.º 231) que formalmente es administrativa y materialmente penal. De ahí que DONINI sostenga que ya no es posible afirmar «que el delito es siempre y necesariamente un “hecho humano, antijurídico y culpable, sancionado con una una pena”. Delito, por el contrario, es el hecho típico, antijurídico y culpable, de una persona física o jurídica, sancionado con la pena»²⁰.

¹⁷ Vid. FALXA, Joana, *La materia penal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Trabajo de Grado de Salamanca, inédito, 2008, *passim*, especialmente pp. 109 y ss.

¹⁸ Ob. ult. cit., p. 7.

¹⁹ Cfr. FOFFANI, Luigi, «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas», en BOIX/BERNARDI (Coords.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, Lustel, 2005, p. 307. Para este autor este mismo fraude de etiquetas se presentaría en la legislación española con la incorporación en el CP de las consecuencias accesorias del art. 129, cuestión que comparto.

²⁰ En este sentido DONINI, Massimo, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milán, Giuffrè, p. 48.

El desarrollo social, siempre más rápido que las normas penales, en el que las personas jurídicas poseen un lugar privilegiado en el tráfico económico, jurídico y social, ha dado lugar a toda esta discusión por las categorías y el lenguaje que los etiqueta, olvidando que en momentos de transformaciones sociales, cuando los conceptos no son capaces de aprehender las nuevas realidades que se nos presentan, lo recomendable es ir a lo sustancial. Lo sustancial en este debate, como insisto, son las garantías sustantivas y procesales y los criterios de aplicación de las sanciones que han de aplicarse a las personas jurídicas por los ilícitos que lesionen bienes jurídicos importantes.

La huida hacia el Derecho Administrativo no es una solución porque en los casos más graves sólo la sanción penal puede cumplir con los fines preventivo-generales de protección social²¹. Incluso algunas de las sanciones contra las personas jurídicas son tan graves, como la disolución, que una interpretación que no le otorgue el rango de pena sería incongruente con el principio de proporcionalidad, si se conviene que la sanción penal es el recurso más grave y último del ordenamiento.

Lo lógico es que convivan varias formas de responsabilidad para atajar un fenómeno criminal, penal, administrativa y civil, pues como ya anunciara Tiedemann hace varios años, el futuro del Derecho Penal económico depende de la interrelación entre estas diversas formas de responsabilidad. Cada una de esas responsabilidades persigue objetivos y finalidades diferentes. La responsabilidad administrativa trata de proteger el interés general de la colectividad (art. 103.1 CE) de garantizar la tutela y protección de los bienes jurídicos, mediante el control del cumplimiento de la normativa correspondiente. Es un ordenamiento eminentemente preventivo, de control de riesgos. La responsabilidad penal, en cambio, tiene una finalidad más general, de amenaza con el instrumento más contundente que posee el Estado, porque la conducta posee un reproche social trascendente. La responsabilidad civil tiene como finalidad reparar el daño causado a la víctima por el delito. De estas tres formas de responsabilidad, puede clasificarse las dos primeras como públicas, mientras que la responsabilidad civil tendría carácter privado.

Ahora bien, no puede olvidarse que el momento actual del Derecho Penal de cambios y transformaciones precisamente se caracteriza

²¹ Especialmente crítico con la huida hacia el Derecho Administrativo sancionador se muestra VERVAELE, John, «*Societas/Universitas delinquere ed puniri potest. ¿La experiencia holandesa como modelo para España?*», en GARCÍA GARCÍA (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Comparado y Derecho Comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, N.º 115, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 62 y 63.

porque los contornos de los conceptos e instituciones clásicas se diluyen. Este proceso que llamamos normativización, flexibilización o hibridación de los conceptos, no son más que soluciones para nuevas realidades que no encajan en las categorías tradicionales. Y es en este campo donde más se aprecia este proceso²². Como recuerda FOFFANI, «se van experimentando formas de “hibridismo”: allí donde se ha acogido la opción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Derecho Penal ha tenido que renunciar (o cuanto menos adaptar) algunas de sus categorías tradicionales, mientras que donde se ha mantenido una responsabilidad administrativa, la tendencia ha sido la de receptionar y adaptar modelos y formas de responsabilidad del Derecho Penal»²³.

Las interpretaciones más genéricas, de considerar las sanciones impuestas a las personas jurídicas por la comisión de un delito de organización como sanciones de *naturaleza punitiva*, esto es, sanciones afflictivas con efectos disuasorios y preventivos, parecen ser más acordes con el momento actual del debate en el Derecho Penal y con la prescripción general de la UE de que las sanciones que ha de imponerse a las personas jurídicas deben ser «eficaces, proporcionadas y disuasorias»²⁴.

²² Expresivas en este sentido resultan las palabras de WEIGEND respecto al tratamiento del crimen organizado por el Derecho Penal, que, como se ha visto, plantea el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: «La lucha contra el conceptualmente escurridizo fenómeno del crimen organizado puede provocar en el sistema de justicia penal transformaciones desconocidas en la historia del derecho penal. De la misma manera que el crimen cometido como negocio por grupos y organizaciones antisociales y amorfos de distingue de manera radical del paradigma tradicional del crimen como aberración aislada en la vida del individuo, el sistema penal del futuro puede acabar siendo un mundo aparte respecto del que hoy conocemos... Puede que en un mundo que debe hacer frente a una poderosa economía criminal subterránea que amenaza infiltrar no sólo la economía legal, sino también los centros del poder político, el derecho penal se convierta en algo disfuncional y haya que sustituirlo por un sistema nuevo basado en un conjunto de principios...». WEIGEND, «Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado», ob. cit., p. 547.

²³ FOFFANI, «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas» ob. cit., p. 307.

²⁴ En similar sentido parece la postura de GARCÍA ARÁN, Mercedes, «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el código penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007», en GARCÍA GARCÍA (Dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho Comparado y Derecho Comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, N.º 115, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 253, para quien «...las consecuencias accesorias son *sanciones* (privaciones de derechos consecuencia de un hecho ilícito), *penales* (porque el ilícito es un ilícito penal y se orientan a la prevención de delitos), que pueden recaer sobre *personas jurídicas*, pero que no participan de los fundamentos legales, ni de las penas ni de las medidas de seguridad, refiriéndolos al sujeto sobre el que recaer».

Ahora bien, aún sosteniendo que se trata de sanciones de carácter punitivo de todos modos nos enfrentamos a una cuestión no resuelta: el presupuesto o fundamento de dichas sanciones. Determinar los criterios de imputación subjetiva del hecho típico a las personas jurídicas es el problema más importante a resolver. De hecho, en el ámbito administrativo sancionador no ha habido inconveniente en responsabilizar a las propias personas jurídicas, por los hechos cometidos por sus representantes o sus directivos, aunque incluso en este ámbito, la tendencia se orienta a requerir también criterios subjetivos para sancionarla²⁵. El carácter personal de la pena también da lugar a que dentro de los cánones clásicos haya una unidad entre sujeto a quien se dirige la norma y sujeto de imputación penal²⁶, cosa que no sucede para las sanciones punitivas que se imponen a la persona jurídica. Es necesario, pues, un nivel mayor de reflexión.

La complejidad que ilumina las actuaciones en el marco de una persona jurídica hace necesario un análisis específico, diferente, para la determinación de los criterios de imputación de sanciones punitivas a las personas jurídicas, puesto que siempre su actuación está mediada por el comportamiento de personas físicas.

Hay dos grandes modelos que dan respuesta a esta cuestión:

- a) Responsabilidad de la persona jurídica por el delito cometido por la persona física (responsabilidad indirecta, por reflejo, vicaria o heteroresponsabilidad).
- b) Responsabilidad de la persona física por su propio ilícito penal (responsabilidad directa o autoresponsabilidad)

²⁵ STC núm. 256/1991. En esta sentencia el TC ha señalado que el principio de culpabilidad le es aplicable al injusto administrativo «con matices» porque no es admisible un régimen de responsabilidad objetiva. La sentencia prosigue: «Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distante a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz».

²⁶ Regla que admite sus excepciones, incluso en el Derecho Penal de las personas físicas, como la autoría mediata.

El primer modelo de responsabilidad vicaria o por reflejo es el que contempla el Código Penal francés (*responsabilité par reflet ou par ricochet*). La mayoría de resoluciones judiciales francesas y la doctrina de la Corte de Casación francesa se inclinan por la responsabilidad indirecta, por tanto, han dispuesto que la persona jurídica sólo puede incurrir en responsabilidad si se ha identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa. Según esta postura la responsabilidad del ente jurídico no es más que una responsabilidad por reflejo. No obstante, hay casos en que se presentan dificultades para determinar la persona física responsable, en cuyo caso la práctica judicial francesa no ha duda en admitir que «basta con que la infracción pueda ser imputada a una persona física, aunque no esté identificada, para que la persona jurídica sea condenada»²⁷. Como sostiene FOFFANI, este modelo no es exportable porque no soluciona la dificultad fundamental de individualizar responsabilidades cuando se trata de un comportamiento de organización, en el que intervienen varias personas con diferentes actuaciones, incluso algunas no significativas en sí mismas, pero que todas juntas y reiteradamente pueden desencadenar la lesión de un bien jurídico. En España una gran mayoría de autores se decanta por la necesidad de, al menos, la realización de un hecho típico y antijurídico por parte de sujetos individuales²⁸. Es decir, la declaración de una culpabilidad restringida —al menos— sería necesaria para imponer las consecuencias accesorias. Así, incluso entre quienes estamos a favor de diseñar criterios de imputación para sancionar penalmente a las personas jurídicas, el tema del hecho de conexión o hecho de referencia resulta discrepante. Así, en España, Zugaldía, uno de los principales defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas considera: «para que una persona jurídica pueda responder criminalmente es necesario que la acción realizada por la persona física (hecho de referencia) pueda ser considerada jurídicamente como propia de la persona jurídica»²⁹.

El segundo modelo es el de la construcción de una responsabilidad directa y propia de la persona jurídica. En estos casos, no es necesario que se requiera previamente la afirmación de la responsabilidad

²⁷ Cfr. PRADEL, Jean, «La responsabilidad penal de la persona jurídica», en HURTADO POZO/DEL ROSAL BLASCO/SIMOS VALLEJO (Coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo blanch, 2001, p. 152.

²⁸ Cfr. También TAMARIT, 2002, p. 1166 y GUARDIOLA LAGO, María Jesús, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 127.

²⁹ Cfr. ZUGALDÍA, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, ob. cit., pp. 215 y 216.

de una persona física para imponerle una sanción penal a la persona jurídica³⁰. Los trabajos doctrinales sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se basan en la autorresponsabilidad empresarial fundamentada en el reforzamiento de la *corporate governance*, como el de HEINE³¹ en Alemania y GÓMEZ JARA³² en España, se inclinan por un modelo autónomo de responsabilidad pues sólo este modelo puede ser idóneo para vigorizar el mensaje de la norma de promover una cultura jurídica de respeto al control de los riesgos que se desarrollan al interior de la empresa. Creo que ésta es la línea de investigación que se debe seguir en el futuro, puesto que la única manera de generar autorresponsabilidad en las empresas es declarándolas sujeto de imputación penal a todos los efectos. Si la persona jurídica genera riesgos con su actividad es ella quien debe responder por la materialización de los riesgos cuando se lesionan bienes jurídicos. Como sostiene HEINE: «En el fondo se trata de activar para el futuro las fuerzas de la propia empresa para controlar los riesgos y de establecer, como forma de responsabilidad colectiva bajo determinados presupuestos, la administración defectuosa del potencial de la empresa para generar riesgos»³³. En líneas similares recientemente también NIETO MARTÍN: «...la finalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es coaccionar a la autorregulación»³⁴.

Las personas jurídicas no pueden concebirse como un mero instrumento en manos de las personas físicas³⁵. Aunque ha de conve-

³⁰ Como lo hemos sostenido desde el año 2000. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Aranzadi, 2000. Hay 2.ª edición de 2003, ob. cit., pp. 126 y ss.

³¹ HEINE, Günter: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden, Nomos, 1995/1995, pp. 271 y ss. También hay trabajos en español. Cfr. más recientemente HEINE, Günter, «Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», en GÓMEZ JARA, Carlos, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Navarra, Aranzadi, 2006, *passim*.

³² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2005, pp. 296 y ss.

³³ HEINE, Günter, «Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa», ob. cit., p. 175.

³⁴ NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Lustel, 2008, p. 81.

³⁵ En este sentido con claridad, GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP*, ob. cit., p. 115. Recientemente, sigue la línea de concebir la persona jurídica como objeto peligroso en manos de la persona física RAMÓN RIBAS, Eduardo, *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*, Granada, Comares, 2009, p. 209: «... aunque son, en general, actores del ordenamiento jurídico, las personas morales y empresas son excluidas del círculo de sujetos con

nirse en que existen supuestos en que sí lo son, cuando estamos ante «empresas fantasmas» sin actividad real, sino tapadera de actividades ilícitas, que son los propios de la criminalidad organizada, en cuyo caso, se suele aplicar las disposiciones correspondientes a las asociaciones ilícitas (art. 520 CP). En los casos de criminalidad de empresa, es decir, cuando se trata de una lesión al bien jurídico producto de una falta de cuidado de la organización, el fundamento de la imposición de sanciones es la prevención de los riesgos para los bienes jurídicos que la propia empresa genera con su actuación, que es en su propio provecho. Lo cierto es que las personas jurídicas, como toda organización, con el paso del tiempo y con la complejidad de su organización desarrollan un proceso de autoconservación más allá de los sujetos que la componen, como pueden ser políticas o culturas de empresas criminógenas.

El fundamento de la imposición de las sanciones a personas jurídicas no puede ser otro que evitar la reiteración en la comisión de delitos (fundamento contemplado en el actual art. 129 CP), obligando a la empresa a desarrollar un modelo de autorresponsabilidad y control de los riesgos que ella misma genera. La unidad entre sujeto de imputación y sujeto de sanción tendrá efectos también en la determinación y ejecución de la sanción, como enseguida se verá.

Los proyectos de Código Penal, tanto el de 2007, como el de 2008 no parecen ir por el camino de la responsabilidad directa, sino más bien, de la responsabilidad vicaria. Aunque se reitera la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica de la responsabilidad de la persona individual, finalmente establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica se establece ya sea por la actuación de su representante o de quien tiene el poder de control de la organización. La «fuerza del factor humano» para la configuración de los hechos que imputan responsabilidad a la persona jurídica, como sostiene la exposición de motivos del Proyecto de 2007, va a resultar un factor decisivo para la determinación de la aplicabilidad de las sanciones a personas jurídicas en el ámbito penal. Si se requiere como hecho de conexión para la responsabilidad penal de la persona jurídica una responsabilidad penal previa de un sujeto individual, volvemos al punto de partida: la dificultad de individualizar responsabilidades, el no hacer frente al ánimo criminal de grupo y, en definitiva, fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica en la responsabilidad de la persona física.

capacidad penal y tratadas, cuando se actúa contra ellas desde el Derecho Penal, como cosas u objetos susceptibles de instrumentalización por parte de personas físicas». Postura muy cercana a las de GRACIA MARTÍN, LUZÓN PEÑA y MIR PUIG.

IV. Las sanciones penales a las personas jurídicas de *lege lata*: la jurisprudencia de las consecuencias accesorias del art. 129 CP

La andadura jurisprudencial de las consecuencias accesorias del art. 129 resulta bastante interesante para conocer la aplicabilidad de las sanciones contempladas por el legislador, como termómetro de las necesidades políticocriminales de la previsión legal.

En general, debe destacarse el déficit de aplicabilidad de dichas consecuencias accesorias por parte de la judicatura, pues, como ha señalado SILVA SÁNCHEZ, salvo para delitos de terrorismo y de criminalidad organizada, la escasa aplicación de las consecuencias accesorias denotan el carácter «absolutamente deficiente» de la regulación española³⁶. Ya sea porque no están expresados con claridad los presupuestos de aplicación, porque no existe un procedimiento claramente definido para su presentación en juicio, o porque en la cultura de los jueces no está imponer sanciones de carácter penal a las personas jurídicas, lo cierto es que la jurisprudencia se ha mostrado reticente a imponer dichas consecuencias accesorias.

—*La prohibición de realizar actividades o negocios*, se aplicó tres veces:

- En delito contra la propiedad intelectual: reproducción ilegal de discos compactos (SAP Salamanca, sentencia núm. 23/2001 de 12 de marzo ARP 2001/418).
- y reproducción ilegal de obras artísticas (SAP Salamanca, sentencia núm. 56/2001 de 5 de julio JUR 2001/ 250682),
- En delito de tráfico de drogas (STS, núm. 684/2008 de 27 de octubre, RJ 2009/323).

—*Suspensión de las actividades*, se aplicó fundamentalmente contra partidos políticos:

- A Acción Nacionalista Vasca por la conexión con la ilegalizada Batasuna (JCI núm. 5, auto de 8 de febrero, JUR 2008/285014),
- Al partido Herri Batasuna (JCI num. 5, auto de 26 de agosto, ARP 2002/479). Esta misma medida se confirmó por AN, Sala de lo Penal, Sección 1.ª, auto de 7 de octubre, ARP 2002/623.
- Con la prohibición de celebración del Congreso Político convocado por la ilegalizada Batasuna, se estableció la prórroga

³⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», en *InDret*, abril de 2006, p. 11.

de la medida cautela (JCI núm. 5, auto de 17 de enero, ARP 2005/772).

- Se ha contemplado como medida cautelar por un delito contra el medio ambiente (AP Castellón, auto núm. 390/2004 de 28 de diciembre ARP 2004/754).
- Contra un delito contra los derechos de los trabajadores (AP de Lleida, auto núm. 428/2007 de 14 de septiembre, JUR 2007/330262).

—*Clausura de los locales de la empresa*, ha sido una medida más aplicada:

- Clausura de los locales vinculados a Herri Batasuna (ARP 2002/479, ya citada y los demás autos vinculados).
- En delito de tráfico de drogas (TS, sentencia núm. 319/2008 de 4 de junio, RJ 2008/3245).
- Por delito relativo a la prostitución (TS, sentencia núm 187/2003 de 14 de febrero, RJ 2003/2498).
- Clausura provisional de periódico, emisora de radio y empresas del grupo, al estar dentro del frente informativo de la organización terrorista ETA (AN, Sala de lo Penal, Sección 4.ª, auto de 26 de julio, ARP 1999/2608).
- Clausura de empresas y de sus locales: «Herrico tabernas» por ser detenido allí un responsable provincial de EKIN, donde realizada reuniones y distribuía «zutabes», esto es, bonos para la financiación del entramado terrorista (JCI núm. 5, auto de 4 de mayo, JUR 2006/13980).
- En delito contra el medio ambiente, por gravedad del vertido y riesgo de contaminación (AP Barcelona, auto núm. 412/2206 de 1 de julio, JUR 2006/ 156197).
- En delito contra la propiedad industrial, AP de Cádiz, auto núm. 38/2005 de 18 de febrero, JUR 2005/158688).

Nótese que la *disolución de la sociedad*, empresa o fundación no se ha aplicado ninguna vez. Tampoco la *interdicción de la sociedad* para salvaguardar los intereses de los trabajadores. Ello puede explicarse porque se trata de las sanciones más graves aplicables a las personas jurídicas en nuestro ordenamiento. Además, la aplicación más extendida —siempre pobre— de las consecuencias accesorias del art. 129 CP ha sido para el terrorismo y la disolución del partido Herri Batasuna y todo su entramado. En esta aplicación se muestra las dificultades que poseen las sanciones a personas jurídicas: afectan a terceros y debe dilucidarse hasta qué punto puede afectar a terceros de buena fe; en casos

de asociaciones criminales con cierta capacidad de autoconservación se pueden volver a organizar una y otra vez (recuérdese la creación de nuevos partidos con listas de Herri Batasuna), en caso de disolución de partidos, puede afectar otros derechos fundamentales políticos, como el derecho de reunión, de representación, etc.

Las dificultades de procedimiento para la aplicación de las consecuencias accesorias se observan en diversos casos. La ausencia de regulación sobre el *status* de la persona jurídica y sus derechos y obligaciones dentro del proceso penal conlleva una importante inseguridad jurídica y, en no pocos casos, una ausencia del principio de tutela judicial efectiva. Dos dificultades son especialmente relevantes: Primero, la persona jurídica carece de legitimación para actuar como imputado en un proceso penal, lo cual limita seriamente su derecho de defensa. Segundo: la imposición de la consecuencia accesoria está vinculada a la imposición de una pena a la persona física, por tanto, el *status* de imputado sólo lo puede ejercer la persona física y, sin ella, la situación procesal de la persona jurídica es realmente anómala³⁷. La falta de claridad en el ámbito procesal explica que la AP de Barcelona, en auto de 25 de octubre, JUR 2002/39737, declare la improcedencia de la aplicación de consecuencias accesorias por parte del Juez Instructor en el período de la instrucción. Ahora bien, sostener que el Juez Instructor no puede aplicar consecuencias accesorias a personas jurídicas no es del todo cierto, toda vez que el propio 129 CP admite su aplicación como medida cautelar, aunque ésta aplicabilidad de las mismas requiere matizaciones.

Las consecuencias accesorias, como *medidas cautelares* previstas en el art. 129 CP y conforme han sido aplicadas, tampoco encuadran en la concepción clásica de lo que son tales medidas. Desde un punto de vista teórico las medidas cautelares reales están dirigidas a: Primero, garantizar las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho punible (fianza, embargo, ocupación de bienes) (art. 615 y ss. LECrim: aseguramiento de las responsabilidades civiles de terceros). Segundo, a conservar las cosas relacionadas con el delito, para facilitar el esclarecimiento de los hechos y asegurar las fuentes de prueba (art. 13 LECrim)³⁸. Sin embargo, conforme la redacción del art. 129 CP y su aplicación por parte de la jurisprudencia, se tratarían de medidas de seguridad de ca-

³⁷ Sobre todos estos aspectos *vid.* DÍAZ PITA, María Paula, «Perspectiva procesal del principio *societas delinquere non potest*», en MUÑOZ CONDE, Francisco (Dir.), *Problemas actuales de Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 1221 y ss.

³⁸ Cfr. ECHARRI CASI, Fermín, *Sanciones aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 119 y 120.

rácter preventivo para evitar la continuidad de la actividad delictiva de la empresa, cuando se pone en riesgo bienes jurídicos importantes. Así lo han entendido el auto que suspende las actividades del partido político Herri Batasuna como medida cautelar impuesta por el JIC núm. 5 en 2002 (ARP 2002/479) y la medida cautelar de suspensión de obras de construcción para salvaguardar especies protegidas, en el auto de la AP de Castellón de 2004 (ARP 2004/754). Nótese que en estos casos, de imposición de las consecuencias accesorias como medidas cautelares, no se ha requerido la determinación de un hecho típico imputable a un sujeto individual, sino la actuación organizada de la empresa u organización que pone en riesgo bienes jurídicos fundamentales, como suficientes para fundamentar tales medidas.

V. Las sanciones penales a las personas jurídicas de *lege ferenda*

Los proyectos de Código Penal, con buen criterio, amplían el catálogo de sanciones aplicables a las personas jurídicas, acogiendo las modernas propuestas del Derecho Comparado. Se incorporarían así, al elenco del art. 129 CP dos instrumentos considerados fundamentales por la doctrina para conseguir los fines preventivos aplicables a las personas jurídicas: la multa y las privaciones de derechos (subvenciones, contratos públicos, etc.). No obstante dichas propuestas novedosas, podría aún haberse incorporado otras consecuencias aplicables a personas jurídicas en sede penal conocidas en otras legislaciones como: la publicidad de las sanciones, la reparación del daño o los trabajos en beneficio de la comunidad.

La multa, considerada en el Derecho Comparado como una de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas más idónea para hacer frente a la criminalidad de empresa, ya había sido abordada por el legislador español en el 2003 cuando en la reforma del art. 31 CP introdujo el inciso 2.º, estableciendo la responsabilidad solidaria de la persona jurídica del pago de multa que le correspondía al sujeto que actuó en nombre de ella. La reforma no hacía otra cosa que reconocer las dificultades que supone la disociación entre sujeto de imputación y sujeto de sanción, especialmente en lo que se refiere a la capacidad económica para afrontar el pago real de la multa. No obstante, los problemas doctrinales eran evidentes en la medida que nadie puede responder por la pena de otro. El Anteproyecto de 2008, con buen criterio, regula una multa por cuotas o proporcional, como la consecuencia número 1 de las penas para personas jurídicas. No obstante, el sistema de determinación de la multa para personas jurídicas como «por cuotas o proporcional» no deja

demasiado claro el sistema de determinación de esta sanción económica que puede poner en entredicho incluso la viabilidad de la empresa, en la medida que afecta su patrimonio social. Un estudio por las diversas propuestas del Derecho Comparado podría dar más luces para superar esta dificultad, conciliando las necesidades preventivas de afligir a la empresa por su actividad delictiva, con la evitación de un daño irreparable que le impida hacer frente a sus compromisos sociales³⁹.

En el ámbito de las sanciones aplicables a las personas jurídicas no sólo es importante *qué* sanciones se aplican sino *cómo* se aplican y ejecutan. En este sentido tanto el Código Penal vigente, como los proyectos son demasiado parcos. La aplicación de una sanción a una persona jurídica no es asimilable a la aplicación de las penas a las personas físicas, pues puede ser un proceso largo, complejo y que requiere de personas especializadas. Ha de tenerse en cuenta que afecta y compromete derechos y obligaciones de terceros, como trabajadores, socios, acreedores, y puede afectar al patrimonio de la persona jurídica, a su actividad social y a sus ganancias presentes o futuras.

Para la determinación de qué y cómo se aplican y ejecutan las sanciones penales a personas jurídicas debe tenerse en cuenta los criterios de proporcionalidad que rigen toda imposición de sanciones: Primero, *adecuación de la medida* para el fin propuesto que no es otro que evitar la continuidad de la actividad delictiva. Segundo, *necesidad de la medida*, esto es, no debe existir otra medida menos lesiva a derechos teniendo en cuenta que la sanción a personas jurídicas compromete derechos de terceros. Tercero, *proporcionalidad estricta de la medida*: una vez elegida la medida ésta debe aplicarse en proporción al hecho cometido y a la capacidad para afectar en el futuro nuevos bienes jurídicos, sino corrige sus defectos de organización.

La variedad de las sanciones y el rodaje de la aplicación de las personas jurídicas pueden ser elementos a tener en cuenta para una mayor eficacia en la aplicación de sanciones a las personas jurídicas, porque el juez podrá evaluar con mayores posibilidades a su alcance cuáles es la sanción más apropiada para la persona jurídica determinada. Existe mucha variedad en las formas de las personas jurídicas y mucha variedad en la posible actuación criminógena. Un catálogo amplio de sanciones y la capacidad del juez de ajustarlas de acuerdo a los principios de proporcionalidad y de prevención de delitos, puede significar un mayor rendimiento de las sanciones penales a las personas jurídicas.

³⁹ Sobre las propuestas del Derecho Comparado respecto a la multa como sanción aplicable a las personas jurídicas *vid.* NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, ob. cit., pp. 279-286.

La *reparación del daño* como sanción, no sólo en su aspecto de sanción de la responsabilidad civil ex delicto, es una consecuencia jurídica con amplia capacidad de rendimiento en el ámbito de las personas jurídicas, porque puede adaptarse muy bien a los fines de prevención que ha de cumplir una sanción: prevención general en tanto las demás empresas conocen que tendrán que realizar tal reparación del daño en caso de la producción de un delito y prevención especial, porque la misma empresa evitará continuar con actividades que impliquen riesgos a bienes jurídicos. Ha sido recomendada especialmente para los delitos contra el medio ambiente.

En la realidad la reparación del daño como sanción y la reparación civil correspondiente al delito se difuminan en sus contornos. De hecho, buena parte de las demandas de sanciones a personas jurídicas provienen de la necesidad de reparar a las víctimas de los delitos perpetrados en el ámbito de la empresa. En este sentido, de *lege ferenda* debe contarse con ambas vías: la reparación del daño como sanción penal y la reparación civil para reparar a las víctimas. Cada una cumple un fin diverso, por lo que no son excluyentes, sino más bien incluso pueden ser complementarias para cubrir el amplio espectro de finalidades que se despliegan cuando una persona jurídica vulnera bienes jurídicos⁴⁰.

El comiso de los instrumentos y de las ganancias del delito se considera una institución estratégica para luchar contra la criminalidad organizada a nivel transnacional. Todas las normas internacionales de la materia hacen hincapié en la necesidad de estrangular el ciclo económico de la inversión mal habida. En este sentido, el comiso de las ganancias y/o instrumentos del delito que corresponden a personas jurídicas adquieren un tinte acentuado, toda vez, que la fórmula persona jurídica se aviene bien con la ocultación de las ganancias ilícitas.

En los proyectos se echa en falta una regulación del comiso para las personas jurídicas y una mayor prolijidad en la regulación de la responsabilidad civil de la persona jurídica. Determinar cuál es la medida de determinación de sanciones de carácter pecuniario como la multa, el comiso y la responsabilidad civil serían urgentes para despejar dudas sobre los alcances que deben tener estas medidas. En esta medida, llama la atención que el Anteproyecto de 2008 no se haya ocupado de

⁴⁰ En la actualidad se produce una importante interferencia del ámbito penal en el ámbito civil, toda vez que se requiere la determinación de un delito y, por tanto, de la individualización de responsabilidades de personas físicas para proceder a la demanda de reparación civil, algo que, sin duda, produce un desmedro de la finalidad de esta última institución. Cfr. sobre estos aspectos y más sobre la responsabilidad civil en estos casos: RAMÓN RIBAS, *La persona jurídica en el Derecho Penal*, ob. cit., pp. 15-81.

regular el comiso de las ganancias ilícitas de las personas jurídicas, aunque sí se ha ocupado de extenderla a las de las organizaciones criminales. Sigue manteniéndose, entonces, del comiso de los bienes, instrumentos y ganancias del delito de la persona jurídico como tercero de buena fe, mas no el comiso directo de los mismos.

El Anteproyecto de 2008 propone con buena lógica establecer agravantes y atenuantes para modular la aplicación de las sanciones a las personas jurídicas. Con ellas, el juez puede medir el índice de peligrosidad de la actividad delictiva proyectando un juicio de futuro (evitar la continuidad de la actividad delictiva o no), para ajustar su decisión al principio de proporcionalidad. No obstante, hay medidas que difícilmente se pueden modular con estos criterios como la disolución de la sociedad y la intervención de la misma. Funcionarían *a priori*, para decidir el qué de la sanción, pero difícilmente medirían el cómo se aplica porque éstas tienen su propia lógica de ejecución.

Llama la atención que el Anteproyecto establezca que todas las medidas aplicables a las personas jurídicas son graves. Hubiera sido más pertinente distinguir entre ellas según su gravedad para dar luces en su aplicación.

La necesidad de un procedimiento, con todas las garantías procesales similares a las del imputado en el proceso penal es algo clamado por toda la doctrina, pues sólo así se podrá garantizar una aplicación más eficaz y justa de las consecuencias accesorias. Este procedimiento está por construir, pues no hay nada escrito sobre el diseño de un sistema de garantías procesales para llevar a cabo la imposición de las sanciones penales a personas jurídicas, ni su ejecución. Muy importante es determinar un grupo de personas especializadas, interventor, curador, especialista en Derecho Mercantil y Administración de empresas para aplicar las sanciones de intervención de la empresa y la disolución de la misma. Este proceso puede ser muy largo y complicado, afectando intereses y derechos muy importantes, como los de los trabajadores, que sólo pueden garantizarse si se procede con profesionalidad. Algo que no puede ni debe pedirse al juez penal.

VI. Conclusiones: los consensos acerca de las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas

No puede desconocerse que en el momento actual del debate, hay un pleno consenso acerca de imponer consecuencias jurídicas en sede penal a las personas jurídicas, que en su actividad social vulneran bienes jurídicos importantes. Más allá de la discusión concreta del funda-

mento o naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, la discusión más relevante es la de los criterios de aplicación y las garantías sustantivas y procesales aplicables.

Las diversas interpretaciones sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias necesariamente encuentran un lugar común: los criterios de imputación de las mismas. Por la entidad de los bienes jurídicos que lesionan, por los fundamentos penales de su aplicación de carácter preventivo, consideramos que se tratan de sanciones punitivas o sanciones penales en sentido lato. Sólo esta interpretación permite una adecuada aplicación de las mismas y ayuda a establecer criterios claros de aplicación al juez. También, consideramos que una responsabilidad propia y directa de la persona jurídica es necesaria para cumplir con la prevención de las actividades criminógenas en las empresas. El control de los riesgos que desencadenan las diversas fases del ciclo económico sólo puede realizarse con el sometimiento de la empresa a la ley, mediante criterios de autorregulación y la amenaza de la pena.

Un elenco diverso de sanciones aplicables a las personas jurídicas permite una adecuada aplicación por parte de la jurisprudencia, en tanto que han de adecuarse al universo de posibilidades de las formas de personas jurídicas y de su actividad delictiva, buscando la respuesta penal más idónea para lograr el fin de evitar la continuidad de una actividad que genera de riesgos para bienes jurídicos importantes.

La determinación de personas especializadas en Derecho Mercantil y Administración de empresas será necesaria para la aplicación y ejecución de algunas sanciones como la disolución de la actividad de la empresa y la interdicción de la misma. La complejidad de dichos procedimientos aconseja el nombramiento de profesionales.

El futuro de las sanciones a personas jurídicas todavía está en proceso de construcción. Constituye toda una nueva visión y nuevas categorías que, sólo pueden irse descubriendo con una mente abierta, sin los prejuicios de conceptos tradicionales. El proceso de normativización de las categorías en el Derecho Penal, que no es más que la adaptación de las categorías tradicionales a las nuevas realidades sociales, tiene un buen exponente en el terreno de las sanciones aplicables a las personas jurídicas.

Anexo:
**Anteproyecto de Ley Orgánica por la que
se modifica la Ley Orgánica 10/1995,
de 23 de noviembre, del Código Penal**
(Ministerio de Justicia, 14 de noviembre de 2008)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como es sabido, la realidad social determina que el ordenamiento esté sometido a un proceso constante de revisión. Las estructuras jurídicas en el ámbito penal, sin embargo, se adaptan con dificultad a la mutabilidad de la dinámica social, a causa de que las garantías fundamentales de la seguridad jurídica y la confianza legítima informan con especial relevancia el ordenamiento jurídico criminal, siendo, en consecuencia, la estabilidad una de las piedras angulares del sistema. Esta última circunstancia puede tener, sin embargo, importantes efectos perniciosos si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad.

Varios son, en este caso, los sucesos que motivan la necesidad de emprender una nueva reforma al Código Penal de 1995. En el ámbito de los delitos sexuales, el acaecimiento en los últimos tiempos de casos de especial gravedad ha provocado en la sociedad la reapertura del debate en torno a las respuestas jurídicas previstas para los delincuentes sexuales, en particular en aquellos supuestos en los que las víctimas son menores de edad. A esta circunstancia se suman tanto la necesidad de trasponer la 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, como la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, por la cual se insta al Gobierno a realizar determinadas modificaciones legales en materia de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales contenidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal.

Por otro lado, el ámbito de los delitos sexuales no es el único en el que 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, de la creación de un nuevo tipo denominado corrupción entre particulares y de la ampliación de la institución del decomiso.

Estas circunstancias justifican por sí mismas la necesidad de realizar una reforma del Código Penal. No obstante, existen otras cuestiones que requerían, por diferentes motivos, una revisión legislativa. Procedemos a exponer las diferentes medidas de la presente reforma y las razones que aconsejaban su adopción.

Si bien es cierto que la pena privativa de libertad cuenta entre sus fines el de satisfacer las exigencias de la prevención especial, no lo es menos que en numerosas ocasiones no logra responder plenamente a este objetivo. Esta situación destaca por su gravedad en los casos de delinquentes sexuales y terroristas donde las características de los hechos revelan al mismo tiempo una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento. Esta circunstancia hace necesaria la creación de una nueva pena accesoria, denominada «libertad vigilada» cuya conformación estará adecuada a un fin principal, a saber: el de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad.

Esta pena deberá ser impuesta por el juez o Tribunal en la Sentencia sólo en los casos expresamente previstos por la Ley. En dicha Sentencia constará necesariamente la imposición de la pena y su duración, mientras que el alcance y contenido será determinado por el Juez de Vigilancia, quien decidirá las obligaciones a cumplir por el condenado de entre una lista prevista *ad hoc* por la Ley.

En lo que respecta al cumplimiento de la pena de libertad vigilada, el mismo será sucesivo a la pena de prisión. De esta forma, frente a delitos graves resultará aplicable, además de la pena privativa de libertad, una pena accesoria de libertad vigilada entre diez y 20 años, y frente a delitos menos graves, una pena de libertad vigilada entre 1 y diez años. En ambos casos esta pena deberá aplicarse en su mitad superior cuando concurren las circunstancias de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad de los mismos. Los criterios de determinación se completan indicando que en el resto de los supuestos la pena se impondrá en la extensión que el Juez estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.

No obstante, es necesario destacar que en el supuesto de que exista un pronóstico positivo de reinserción, se prevé la posibilidad de reducir la duración de la pena o bien que la misma quede sin efecto.

En la medida en que el fin prioritario que persigue la aplicación de la pena accesoria de libertad vigilada es la prevención especial, la aplicación de la misma durante un plazo prolongado no es susceptible de lesionar derechos fundamentales, puesto que se trata de una mínima restricción de las libertades que se mantendrá en tanto la pena aún no haya podido satisfacer el fin de rehabilitación que se propone. Además, y tal como se ha manifestado, una vez cumplido el fin de reinserción, el plazo establecido inicialmente en la sentencia no representará obstáculo alguno para la reducción temporal de la medida.

De esta forma, se dará en la ejecución de esta pena preferencia al carácter correctivo de la intervención frente al meramente asegurativo, con lo que la contraposición entre los deberes de protección de la seguridad colectiva y de los derechos de los individuos que conciernen al Estado se resolverá con una adecuada distribución de cargas entre individuo y sociedad.

Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial. En estos casos es necesario proteger, además del derecho a no soportar de otro una coacción física o psíquica dirigida a la ejecución de actos de naturaleza sexual, una libertad futura, procurando salvaguardar la normal evolución y desarrollo de la personalidad para que el menor cuando sea adulto pueda ser capaz de decidir en libertad su comportamiento sexual.

La mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos y las mayores dificultades que encuentran los niños para transmitir a los adultos sus problemas y sufrimientos, además de los daños que para la formación y evolución psíquica del menor genera esta clase de delito, son factores que se traducen en la demanda de un tratamiento específico e individualizado de actuación.

Estas circunstancias han determinado 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. Esta división de los tipos 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. Por ello 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».

En lo que respecta al cumplimiento de los compromisos internacionales, el primer inconveniente al que nos enfrentamos para trasponer la 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, al Derecho español, viene determinado por la definición del término «niño» que utiliza la Decisión Marco y que no coincide con la edad del consentimiento sexual del Código Penal sino con la mayoría de edad. Debido a ello, y para que los menores con edades comprendidas entre los 13 y los 18 años reciban la protección que la Decisión Marco estima oportuna, se ha optado por aumentar las penas de los delitos de agresiones sexuales de los artículos 178 y 180.

En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la «captación» de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se «lucra» con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1. a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz.

Para completar el elenco de normas destinadas a otorgar mayor protección a los menores, se considera adecuado crear la pena de privación de la patria potestad e incluirla en el catálogo de penas privativas de derechos previstas en el artículo 39. Con esta decisión se otorga al Juez o Tribunal penal la facultad de aplicar lo dispuesto en el artículo 170 del Código Civil. Esta provisión legal encuentra su fundamento en las siguientes circunstancias:

—En interés del menor y por razones de economía procesal, se estima oportuno que un Tribunal o Juez penal tenga la posibilidad de imponer la privación de la patria potestad si en el curso de un procedimiento se revela un incumplimiento de deberes paterno-filiales y un daño consecuente para el menor.

—El artículo 170 del Código civil contiene una atribución legal que determina una verdadera extensión de la jurisdicción de los Tribunales penales a cuestiones que, en principio, corresponden a la jurisdicción civil.

Por estas razones, se procede a la creación de la pena privativa de derechos denominada privación de la patria potestad, que tendrá el carácter de pena principal en los supuestos previstos en el artículo 192 y el carácter de pena accesoria de acuerdo a lo establecido en los artículos 55 y 56, cuando los derechos derivados de la patria potestad hubieren tenido una relación directa con el delito cometido.

De conformidad con lo solicitado por la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el día 3 de junio de 2008, que insta al Gobierno a tomar medidas para tender al cumplimiento efectivo de las penas aplicadas por delitos sexuales, se procede a la modificación del artículo 36. A partir de esta reforma cuando la pena de privación de libertad impuesta por delitos del Título VIII del Código Penal sea superior a cinco años, la clasificación en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá realizarse en ningún caso antes del cumplimiento de la mitad de la condena. Con ello, se elimina la posibilidad de que los condenados que cuenten con un pronóstico positivo de reinserción social adelanten el momento de obtención del tercer grado, equiparándose, por tanto, la situación de los delincuentes sexuales a la de los terroristas y miembros de organizaciones criminales.

En el ámbito de la prescripción del delito, la disparidad de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en recientes pronunciamientos ha revelado la necesidad de introducir una reforma en el Código Penal con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, estableciéndose que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere actuación material sustancial del Juez Instructor o que ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a la detención de aquella.

Se considera necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción puede tener la presentación de denuncias o querellas y para ello se opta por dar efecto suspensivo a dicha presentación siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación.

Las modificaciones en materia de prescripción del delito se completan con la declaración de la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona o lesiones susceptibles de ser encuadradas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el trascurso de cierto tiempo. La presente reforma se fundamenta en que esta premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características de los tipos mencionados.

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 excluido 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 persona 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 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 conce-

der 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.

De singular importancia, por el contenido y efectos derivados, ha sido la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella.

Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso permitiendo a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividad delictiva cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de la organización criminal.

Asimismo, en cumplimiento de la precitada Decisión Marco se faculta a los jueces y tribunales el acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.

Dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, se incrimina la conducta denominada de acoso laboral entendiendo por tal el acoso psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral, que humille al que los sufre, así como, en el marco de otras relaciones contractuales, la alteración de condiciones imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico públicas, entendiendo por estas últimas las producidas en el marco funcional.

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.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis denominado «De la Trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas o fases perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada.

De forma contraria, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado a controlar los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis. 2.

Para cumplimentar la Decisión Marco 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, se ha resuelto incardinar las conductas punibles en dos apartados diferentes, al tratarse de bienes jurídicos diversos. El primero sería el relativo a los daños donde quedarían incluidas las consistentes en borrar,

dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, así como obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema de información ajeno; y el segundo, en el apartado del descubrimiento y revelación de secretos, donde estarían comprendidos el acceder sin autorización vulnerando las medidas de seguridad a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo.

Teniendo como referente la Directiva 2003/6 sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, se han llevado a cabo reformas en el campo de los delitos relativos al mercado y los consumidores. Así, se incorpora como figura delictiva la denominada estafa de inversores, incriminando a los administradores de sociedades que coticen en el mercado de valores y falseen sus balances o las informaciones sobre sus recursos, actividades y negocios presentes o futuros, de manera apta para producir engaño, y de ese modo consigan captar inversores u obtener créditos o préstamos.

Del mismo modo, se castiga la difusión de noticias o rumores sobre empresas donde se ofreciesen datos falsos para alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero y, la conducta de quienes utilizando información privilegiada realicen transacciones u órdenes de operación que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de instrumentos financieros, o para asegurar, en concierto con otras personas, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, así como el concierto para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un instrumento financiero.

Otro de los aspectos importantes de la reforma ha sido la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La Decisión parte de la consideración de que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. La corrupción del administrador de una empresa por parte de otra empresa a fin de que haga u omita algo que puede repercutir en las actividades de su propia empresa, sea en prestación de servicios, adquisición o venta de mercancías, sea para dañar a esa misma empresa o a una tercera, no es simplemente un conflicto que no excede de la esfera de lo privado sino que rompe las reglas de buen funcionamiento del mercado. Ciertamente que la similitud con las modalidades de cohecho es grande, y la importancia del problema también lo es, máxime si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales no solo para sus protagonistas inmedia-

tos, sino para otras muchas personas. Posiblemente se podría sostener que esas prácticas caen en un concepto genérico de acto contrario a la competencia leal; pero esa calificación resulta en exceso tibia, y así lo ha declarado la Decisión al principio citada, cuyo cumplimiento lleva a la introducción de un nuevo delito dedicado a la corrupción en el sector privado, tipicidad que excluye de su ámbito a las empresas públicas o a las empresas privadas que presten servicios públicos, las cuales deberán ser sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes.

En los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo se introducen mejoras técnicas. Se amplían las obras ilegales o clandestinas que pueden ser objeto de delito a las de urbanización, construcción o edificación, ya que las obras de urbanización pueden tener un mayor impacto sobre el territorio que las de construcción o edificación, a las que además suelen preceder. Asimismo, se incluye en el tipo de prevaricación especial la ocultación de actos ilícitos observados por la inspección, y se agravan las penas en correspondencia con la gravedad de este tipo de conductas.

Se ha elevado el plazo de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social hasta los diez años a fin de evitar que queden impunes, en determinados supuestos, por la imposibilidad técnica de su detección y comprobación en los plazos hasta ahora previstos. Asimismo, el objetivo de la reforma en esta materia es que la denuncia por delito fiscal no paralice el procedimiento de liquidación y recaudación por la Administración tributaria cuando disponga de suficientes elementos para ello, tal y como parece ser la tendencia general en derecho comparado. Tras la reforma del Código Penal deberá llevarse a cabo la necesaria adecuación del artículo 180, de la disposición adicional 10.^a y demás normas concordantes de la Ley General Tributaria. Por último, la Administración tributaria favorecerá la exacción efectiva del importe de la multa que penalmente se haya impuesto en sentencia.

En otro orden de cosas, el devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder a todos los supuestos de agrupaciones criminales. Como ha señalado en numerosas ocasiones la Jurisprudencia, el delito de asociación ilícita requiere la comprobación de una estructura jerarquizada con vocación de permanencia. Por otro lado, la realidad social indica que cada vez en mayor medida los delincuentes se sirven de los beneficios y facilidades que pueden obtener de la asociación transitoria para llevar a cabo sus propósitos. La necesidad de responder a este fenómeno lleva a la creación de un nuevo tipo delictivo

que recoge la conducta de quien se agrupa, de forma transitoria, con el fin de cometer delitos. Las características de la asociación ilícita (artículo 515 CP) son la estabilidad y la falta de concreción sobre las infracciones criminales que se cometen, mientras que la nueva conducta delictiva se caracteriza por la inestabilidad y transitoriedad en su conformación, coincidiendo con la asociación ilícita en la falta de concreción de las infracciones.

En los delitos de cohecho se han producido importantes cambios dirigidos a adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales asumidos, en concreto, al Convenio europeo sobre la corrupción del Consejo de Europa y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea.

En base a lo establecido en dichos convenios se precisaba una adaptación de las penas, pues se exige que al menos en los casos graves se prevean penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición. A ello se suma la conveniencia de extender el concepto de funcionario para que alcance también al funcionario comunitario y al funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la UE.

A través de las Leyes Orgánicas 3/2000 y 15/2003 se incorporó a nuestro Código Penal el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales, en cumplimiento del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Pese a ello, lo cierto es que la configuración del tipo penal presenta deficiencias que demandan una nueva reforma que, de manera definitiva, acomode nuestro Derecho interno a los términos del Convenio, lo que obliga a dar una nueva redacción al artículo 445 para que así quepa, de una parte, acoger conductas de corrupción que no están suficientemente contempladas en la actualidad, así como regular con precisión la responsabilidad penal de personas jurídicas que intervengan en esa clase de hechos.

Las normas de desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, así como la ratificación por España de otros instrumentos de Derecho internacional humanitario, entre los que destacan, la Convención de 18 de septiembre de 1997 (Tratado de Ottawa) sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonas y sobre su destrucción, la Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado de 9

de diciembre de 1994, el Segundo Protocolo de 26 de marzo de 1999 de la Convención de La Haya de 1954, sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, el Protocolo Facultativo de 25 de mayo de 2000 de la Convención de 1989, sobre los derechos del niño, relativo a la participación de los niños en los conflictos armados, han puesto de relieve la necesidad de adecuar los delitos contra la comunidad internacional.

Es de destacar la especial protección penal dispensada a mujeres y niños en conflictos armados castigándose expresamente a quienes atenten contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual y, a aquellos que recluten o alisten a menores de 18 años o los utilicen para participar directamente en dichos conflictos.

En otro orden de cosas, se procede a la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los delitos contra la Comunidad Internacional. La razón de ser de esta reforma radica en la necesidad de dar respuesta a la problemática de los eventuales actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y aérea, y se conforma recogiendo los postulados del Convenio de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982 sobre el Derecho del mar y de la Convención sobre la navegación marítima firmado en Roma el 10 de marzo de 1988.

Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Primero.

Se suprime el apartado 2 del artículo 31.

Segundo.

Se añade el artículo 31bis, que tendrá la siguiente redacción:

«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.

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.»

Tercero.

Artículo 33. Se añaden las letras j) y k) al apartado 2, se modifica la letra j) y se añade la letra l) del apartado 3, y se añade un apartado 7, con el siguiente contenido:

«2. Son penas graves:
[...]

- j) La libertad vigilada por tiempo superior a cinco años.
- k) La privación de la patria potestad.»

«3. Son penas menos graves:

[...]

j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.

l) La libertad vigilada de uno hasta cinco años.»

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas a consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) 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, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario que no podrá exceder de cinco años.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»

Cuarto.

Se modifica el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 36, que queda redactado como sigue:

«El juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar ra-

zonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los siguientes supuestos:

a) cuando se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del Título XXII del libro II de este Código,

b) cuando el delito haya sido cometido en el seno de una organización criminal

c) cuando se trate de un delito del artículo 183,

d) cuando se trate de un delito del capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de 13 años.»

Quinto.

Se añaden las letras j) y k) al artículo 39, que quedan redactadas como sigue:

«j) La privación de la patria potestad.

k) La libertad vigilada.»

Sexto.

El actual apartado 5 pasa a ser el apartado 6, y el apartado 5 del artículo 40 queda redactado como sigue:

«5. La pena de libertad vigilada tendrá una duración de uno a veinte años.»

Séptimo.

Se modifica el artículo 46 que queda redactado como sigue:

«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. La pena de privación de la patria potestad implica la pérdida de la titularidad de la misma, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto de su progenitor. El juez o tribunal podrá acordar estas penas respecto de todos o alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.»

Octavo.

Se añade el artículo 49 bis que tendrá la siguiente redacción:

«1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoría. Esta pena consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial durante el tiempo que se señale en la sentencia a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las obligaciones señaladas en el apartado siguiente, que el juez de vigilancia determinará en la fase de ejecución. El cómputo de esta pena comenzará a partir del cumplimiento de la pena privativa de libertad.

2. La pena de libertad vigilada llevará consigo todas o alguna de las siguientes obligaciones:

- a) la de estar siempre localizable.
- b) la presentación periódica en el lugar que se establezca.
- c) la de comunicar inmediatamente cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.
- e) la de no aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) la de no comunicarse con las personas previstas en la letra anterior.
- g) la de no acudir a determinados lugares o establecimientos.
- h) la de no residir en determinados lugares.
- i) la de no desempeñar determinadas actividades que pueda aprovechar para cometer hechos punibles de similar naturaleza.
- j) la de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.
- k) la de seguir tratamiento médico externo.

3. Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios electrónicos que permitan la localización y seguimiento permanente del reo.

4. Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente.

5. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, oídos el Ministerio Fiscal y el interesado, podrá en cualquier momento reducir la duración de la libertad vigilada o dejarla sin efecto siempre que en vista del pronóstico positivo de reinserción se considere innecesaria la continuidad de las obligaciones impuestas.

6. En caso de incumplimiento de una o varias obligaciones el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a vista de las circunstancias concurrentes y

oído el Ministerio Fiscal, podrá modificar las obligaciones, o bien deducir testimonio para proceder de conformidad con lo establecido en el artículo 468.»

Noveno.

Se añaden los apartados 4 y 5 al artículo 52, quedando redactados como sigue:

«4. En la determinación de la multa que se imponga a una persona jurídica se tendrán en cuenta prioritariamente los criterios enunciados en el apartado primero de este artículo y también la capacidad económica de la entidad.

5. Cuando estando prevista por este Código una pena de multa proporcional, el Juez o Tribunal razone en Sentencia que no han quedado acreditadas las bases para su determinación mencionadas en los apartados 1 y 4, impondrá en su lugar la pena de multa de dos meses a dos años conforme a lo dispuesto en el artículo 50, si bien fijará la cuantía, dentro de toda su extensión, atendiendo a los criterios del apartado 2 del presente artículo.»

Décimo.

Se añade el apartado 5 al artículo 53, quedando redactado como sigue:

«Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante el período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o la estabilidad de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.»

Undécimo.

Se modifica el artículo 55 que queda redactado como sigue:

«La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate. El juez podrá además disponer la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la privación de la patria potestad, cuando estos derechos hubie-

ren tenido relación directa con el delito cometido. Esta vinculación deberá determinarse expresamente en la sentencia.»

Duodécimo.

Se modifica la circunstancia 3.^a del apartado 1 del artículo 56, que queda redactada como sigue:

«1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

[...]

3.^a Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, así como la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.»

Decimotercero.

Se añade el artículo 57 bis que tendrá la siguiente redacción:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores de este capítulo, la pena accesoria de libertad vigilada será impuesta por el Juez o Tribunal junto con la pena principal privativa de libertad en los siguientes casos:

a) Cuando el autor haya sido condenado por uno o más delitos del Título VIII del Libro II de este Código.

b) Cuando el autor haya sido condenado por un delito de terrorismo de la sección segunda del Capítulo V del Título XXII de este Código, a una pena privativa de libertad igual o superior a diez años, o por dos o más delitos de terrorismo de la citada sección habiéndose apreciado la agravante de reincidencia en cualquiera de ellos.

2. En caso de que el delito fuera grave la libertad vigilada tendrá una duración de entre diez y veinte años, y si el delito fuera menos grave, entre uno y diez años. En los supuestos de reincidencia, habitualidad, pluralidad de delitos o extrema gravedad, el Juez o Tribunal impondrá la pena en su mitad superior. Cuando no concurren los anteriores supuestos impondrá la pena en la extensión que estime adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la naturaleza del hecho delictivo.»

Decimocuarto.

Se añade el apartado 3 al artículo 66, que queda redactado como sigue:

«3. 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.»

Decimoquinto.

Se añaden el apartado 3 al artículo 116, que queda redactado como sigue:

«3. La responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el artículo 110 de este Código de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.»

Decimosexto.

Se modifica el artículo 127, que queda redactado como sigue:

«1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

El Juez o Tribunal podrá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por cualquier delito cometido en el seno de dicha organización criminal.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes

del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguida, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.»

Decimoséptimo.

Se modifica el artículo 129, que queda redactado como sigue:

«1. El Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los respectivos titulares o representantes si los hubiere, podrá imponer motivadamente a las asociaciones, sociedades, organizaciones y empresas, como medidas orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, las privaciones y restricciones de derechos enumeradas en el artículo 33.7.

2. Será requisito necesario para la imposición de las medidas que el delito objeto de la condena haya sido cometido por quien o quienes dirijan o controlen la actividad de la asociación, sociedad u organización o por los miembros de la misma cuando su actuación delictiva haya sido ordenada, instigada o permitida por los primeros.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.»

Decimoctavo.

El actual artículo 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se le añade un apartado 2 con el siguiente contenido:

«2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la en-

tidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resulte de la escisión.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.»

Decimonoveno.

Se modifica el párrafo tercero del apartado 1 y el apartado 4 del artículo 131, que quedan redactados como sigue:

«1. Los delitos prescriben:

[...]

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez, así como los delitos contemplados en los artículos 305 a 309 de este Código.»

«4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona.»

Vigésimo.

Se modifica el apartado 2 del artículo 132, que queda redactado como sigue:

«La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable, comenzando a correr de nuevo el tiempo de prescripción desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. El procedimiento se entenderá dirigido contra la persona referida en el momento en que se produzca actuación material sustancial del Juez Instructor o cuando éste ordene a la Policía judicial la práctica de diligencias orientadas a su detención.

La presentación de denuncia o querrela ante un órgano judicial y contra una persona determinada, suspenderá el cómputo de prescripción, continuando el mismo desde el día de la presentación una vez que el órgano judicial correspondiente no la admitiese a trámite.»

Vigésimo primero.

Se modifica el apartado 2 del artículo 133, que queda redactado como sigue:

«2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso.

Tampoco prescribirán las penas impuestas por delitos de terrorismo, si estos hubieren causado la muerte de una persona, lesiones de las previstas en el artículo 149, o bien cuando hubieren consistido en el secuestro de una persona.»

Vigésimo segundo.

Se añade un segundo párrafo al apartado 1 del artículo 173, con la siguiente redacción:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de cualquier actividad laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma.»

Vigésimo tercero.

Se crea el Título VII Bis dentro del libro segundo con la siguiente rúbrica:

«TÍTULO VII BIS
De la trata de seres humanos»

Vigésimo cuarto.

Se añade el artículo 177 bis, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) Explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.

b) La explotación sexual, incluida la pornografía.

c) Extraer sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

5. En la misma pena del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

7. 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 clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.

En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.»

Vigésimo quinto.

Se modifica el artículo 178, que queda redactado como sigue:

«El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años.»

Vigésimo sexto.

Se modifica el párrafo primero y la circunstancia 3.^a del apartado 1 del artículo 180, que quedan redactados como sigue:

«1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

[...]

3.^a Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, salvo lo dispuesto en el artículo 183.»

Vigésimo séptimo.

El apartado 4 pasa a ser el 5, y se modifican los apartados 2 y el 4 del artículo 181, que quedan redactados como sigue:

«2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.»

«4. En todos los casos anteriores, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años.»

Vigésimo octavo.

Se modifica el artículo 182, que queda redactado como sigue:

«1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.^a, o la 4.^a, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.»

Vigésimo noveno.

Se modifica el artículo 183, que queda redactado como sigue:

«1. El que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de tres a seis años.

2. Cuando el ataque se produzca con violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1 y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres números anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión, y, en todo caso cuando sea menor de 4 años.

b) Cuando los hechos se cometan de forma conjunta por dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el autor haya puesto en peligro de forma deliberada la vida del menor.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.»

Trigésimo.

Los actuales apartados 2 y 3 pasan a ser los apartados 3 y 4, los apartados 1 y 2 se modifican y se añade el apartado 5 del artículo 187, que quedan redactados como sigue:

«1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz será castigado con las penas de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá al que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz.

2. El que realice las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo siendo la víctima menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.»

«5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores e incapaces.»

Trigésimo primero.

El actual apartado 4 pasa a ser el apartado 5, y se modifican los apartados 2, 3 y 4 del artículo 188, que quedan redactados como sigue:

«2. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de 4 a 6 años.

3. El que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de 13 años será castigado con la pena de prisión de 5 a 10 años.

4. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso de aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años.

b) cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

c) cuando el culpable hubiere puesto en peligro, dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.»

Trigésimo segundo.

Se modifican el primer párrafo y las letras a) y b) del apartado 1, el primer párrafo del apartado 3 y el apartado 8 del artículo 189, que quedan redactados como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que captare o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.»

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.»

«3. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:»

«8. Cuando los delitos comprendidos en este capítulo 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 clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años.»

Trigésimo tercero.

Se modifica el apartado 2 del artículo 192, que queda redactado como sigue:

«2 El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años, o bien la privación definitiva de la patria potestad.»

Trigésimo cuarto.

En el artículo 197 se introduce un nuevo apartado 3, pasando los actuales apartados 3, 4, 5 y 6 a ser los apartados 4, 5, 6 y 7, y se añade el apartado 8, que quedan redactados como siguen:

«3. El que por cualquier medio o procedimiento y vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, accediera sin autorización a datos o programas informáticos contenidos en un sistema informático o en parte del mismo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Cuando el delito se hubiere 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 multa del tanto al duplo del perjuicio causado.»

«8. Si los hechos descritos en los apartados anteriores se cometiesen en el seno de una organización criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.»

Trigésimo quinto.

Se modifica el apartado 3 del artículo 201, que tendrá la siguiente redacción:

«3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130.»

Trigésimo sexto.

Se modifica el apartado 3 del artículo 215, que tendrá la siguiente redacción:

«3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 del artículo 130 de este Código.»

Trigésimo séptimo.

El actual contenido del artículo 263 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se añade un apartado 2 que queda redactado como sigue:

«2. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el artículo anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes:

1.º Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.

2.º Que se cause por cualquier medio infección o contagio de ganado.

3.º Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.

4.º Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.

5.º Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica.»

Trigésimo octavo.

Se modifica el artículo 264, que queda redactado como sigue:

«1. El que sin autorización y de manera grave borrarse, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos o programas informáticos ajenos, será castigado, en consideración a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema de información ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, será castigado, atendiendo a la gravedad del hecho, con la pena de prisión de seis meses a tres años.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente señaladas en los dos apartados anteriores y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.

2.º Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a los intereses generales.

4. Cuando los delitos comprendidos en este artículo 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 multa del tanto al duplo del perjuicio causado en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2, y del tanto al décuplo en el supuesto del apartado 3.»

Trigésimo noveno.

Se modifica el párrafo tercero del artículo 267, que tendrá la siguiente redacción:

«En estos casos, el perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5.º del apartado 1 artículo 130 de este Código.»

Cuadragésimo.

Se añade el artículo 282 bis, que queda redactado como sigue:

«Los que como administradores de hecho o de derecho de una sociedad que cotice en el mercado de valores, falsearan las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores, de modo apto para producir engaño y de ese modo consiguieran captar inversores u obtener créditos o préstamos, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.»

Cuadragésimo primero.

Se modifica el artículo 284, que queda redactado como sigue:

«Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que:

1.º) Empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sea objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º) Difundieren noticias o rumores, por sí o a través de un medio de comunicación, sobre personas o empresas en que a sabiendas se ofrecieren datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un valor o instrumento financiero, obteniendo para sí o para tercero un beneficio económico superior a los 300.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad.

3.º) Utilizando información privilegiada, realizaren transacciones o dieran ordenes de operación susceptibles de proporcionar indicios engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de valores o instrumentos financieros, o se aseguraren utilizando la misma información, por sí o en

concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos valores o instrumentos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales.

En todo caso se impondrá la pena de inhabilitación de uno a dos años para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador.»

Cuadragésimo segundo.

La Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II pasa a ser la Sección Quinta del mismo Capítulo, Título y Libro, y se introduce una Sección Cuarta con la siguiente rúbrica:

«Sección 4.^a De la corrupción entre particulares»

Cuadragésimo tercero.

Se integra como artículo único de la Sección Cuarta del Capítulo XI del Título XIII del Libro II el artículo 286 bis, que queda redactado como sigue:

«1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto el triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado el directivo, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

3. Los jueces y Tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.»

Cuadragésimo cuarto.

Se modifica el artículo 288, que queda redactado como sigue:

«En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Si los hechos se hubieren realizado en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de multa del tanto al triplo del volumen de la operación. Además, podrá imponer la pena de prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un tiempo de cinco a diez años.

No obstante lo anterior, en los supuestos contemplados en los artículos 271 y 276, los Jueces o Tribunales 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 siguientes:

- a) Multa del tanto al décuplo del valor de la operación
- b) Suspensión de las actividades de la persona jurídica por un tiempo de dos a cinco años
- c) 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 durante un plazo de dos a cinco años.
- d) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores durante el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En estos casos se acordará el comiso de los instrumentos y efectos del delito. Igualmente se acordará el comiso de los productos y beneficios obtenidos, directa o indirectamente del mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 127 de este Código, si los hechos se hubieren cometido a través de una organización de las contempladas en los artículos 271 c) ó 276 c).»

Cuadragésimo quinto.

Se modifica la rúbrica del Capítulo XIV, del Título XIII, del Libro II, que queda redactada de la siguiente forma:

«CAPÍTULO XIV

De la receptación y el blanqueo de capitales»

Cuadragésimo sexto.

Se modifica el párrafo primero del apartado 1 del artículo 301, que queda redactado como sigue:

«1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, cometido por él o por terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.»

Cuadragésimo séptimo.

Se modifica el apartado 2 del artículo 302, que queda redactado como sigue:

«En tales casos, los jueces y tribunales impondrán, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años e impondrán, asimismo, a la organización, bien como penas si procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis de este Código, bien como medidas en los casos previstos en el artículo 129, además de la prohibición de contratar con el sector público durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas, una de las siguientes:

a) Disolución de la organización y clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización y clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo de dos a cinco años.

c) Prohibición a la organización de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos a cinco años.

d) Pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la

Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuestas.»

Cuadragésimo octavo.

Se añade un apartado 5 al artículo 305, que queda redactado como sigue:

«5. En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la administración tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, incluidos sus intereses de demora, se exigirán por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley.»

Cuadragésimo noveno.

Se añade el artículo 310 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando los delitos comprendidos en este título se cometieren 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 multa entre el tanto y el séxtuplo de la cuantía defraudada y además, inhabilitación para contratar obras, servicios y suministros con las Administraciones públicas por un tiempo de dos a cinco años o la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por el mismo tiempo.»

Quincuagésimo.

Se modifica el artículo 313 que queda redactado como sigue:

«El que determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.»

Quincuagésimo primero.

Se suprime el apartado 2, se reenumeran los apartados 3, 4, 5 y 6 que pasan a ser 2, 3, 4 y 5 y se modifica el resultante apartado 2 y el resultante párrafo tercero del apartado 4 del artículo 318 bis, que quedan redactados como sigue:

«2. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior. Si la víctima fuera menor de edad o incapaz, serán castigados con las penas superiores en grado a las previstas en el apartado anterior.»

«4. [...]

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 clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años.»

Quincuagésimo segundo.

Se modifica la rúbrica del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción:

«TÍTULO XVI

De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente»

Quincuagésimo tercero.

Se modifica la rúbrica del Capítulo I del Título XVI del Libro II, que tendrá la siguiente redacción:

«CAPÍTULO I

De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo»

Quincuagésimo cuarto.

Se modifica el artículo 319, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizadas en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajísti-

co, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de uno a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

4. En los supuestos previstos en este artículo, cuando el delito se hubiere 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 multa del tanto al duplo del perjuicio causado. Además podrá imponerse la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de uno a tres años.»

Quincuagésimo quinto.

Se modifica el apartado 1 del artículo 320, que tendrá la siguiente redacción:

«1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de urbanización, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanísticas vigentes o que con motivo de inspecciones hubiere silenciado la infracción de dichas normas será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de uno a tres años o la de multa de doce a veinticuatro meses.»

Quincuagésimo sexto.

Se modifica el artículo 325, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o

las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

2. El que contraviniendo la normativa nacional, comunitaria o internacional protectora del medio ambiente traslade una cantidad importante de residuos, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años.»

Quincuagésimo séptimo.

Se modifica el artículo 327, que queda redactado como sigue:

«En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores, Cuando el delito se hubiere 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 multa del tanto al duplo del perjuicio causado, así como la de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito por un período de dos a cinco años.

En estos supuestos la reparación del daño comprenderá también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa de la persona jurídica condenada por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin.»

Quincuagésimo octavo.

Se modifica el artículo 328, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a siete meses, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años, quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos, o bien lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, pudiendo con ello perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

2. El que mediante la recogida, el transporte, el reciclado o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estas actividades, ponga en peligro la vida, la integridad, o la salud de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de uno a dos años. La misma pena

se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.

3. Cuando con ocasión de la conducta descrita en los apartados anteriores se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.»

Quincuagésimo noveno.

Se modifica el apartado 1 del artículo 334, que queda redactado como sigue:

«1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, o destruya o altere gravemente su hábitat, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.»

Sexagésimo.

Se modifica el artículo 343, que queda redactado como sigue:

«1. El que mediante el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años. La misma pena se impondrá cuando mediante esta conducta se ponga en peligro la calidad del aire, del suelo o de las aguas o a animales o plantas.

2. Cuando con ocasión de la conducta descrita en el apartado anterior se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior.»

Sexagésimo primero.

Se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 348, que quedan redactados como sigue:

«1. Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años. Las mismas penas se impondrán a quien, de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono.»

«3. Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando se trate de los directores, administradores o encargados de la sociedad, empresa, organización o explotación.»

Sexagésimo segundo.

Se suprimen 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.^o y se modifica el apartado 2 del artículo 369, que queda redactado como sigue:

«2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2.^a y 3.^a del apartado anterior, se impondrá a la organización o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá imponer a dicha organización o persona la clausura de sus locales y establecimientos durante el tiempo que dure la más grave de las penas privativas de libertad impuestas y, en su caso, la pérdida durante el mismo tiempo de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, y del derecho de gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad social.»

Sexagésimo tercero.

Se añade el artículo 369 bis con el siguiente contenido:

«Cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a catorce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cinco a diez años y la misma multa en los demás casos.

A estos efectos, se entenderá por organización delictiva una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer los delitos a que se refiere el párrafo anterior.

A los jefes, encargados o administradores de la organización se les impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el párrafo primero.

A la organización se le impondrá como persona jurídica penalmente responsable, una pena de multa igual que la de las personas físicas, la de disolución y clausura definitiva de sus locales y establecimientos, así como el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos, directa o indirectamente, del mismo.»

Sexagésimo cuarto.

Se modifica el ordinal 2.º del artículo 370, que queda redactado como sigue:

«2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.»

Sexagésimo quinto.

Se añade el Título XVII bis al Libro II, cuya rúbrica es la siguiente:

«TÍTULO XVII BIS

De las agrupaciones criminales»

Sexagésimo sexto.

Se añade el artículo 385 bis, con la siguiente redacción:

«1. Los que se agruparen de forma transitoria con el objeto de cometer delitos, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años. Se impondrá la pena en su mitad superior si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, el patrimonio o la Hacienda Pública y la seguridad Social.

2. Lo dispuesto en el número anterior será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.

En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

3. Los jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las agrupaciones a las que haya pertenecido.»

Sexagésimo séptimo.

Se modifica el artículo 419, que tendrá la siguiente redacción:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado en razón de la retribución o promesa si fuera constitutivo de delito.»

Sexagésimo octavo.

Se modifica el artículo 420, que tendrá la siguiente redacción:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, si la abstención del acto o su retraso fuere constitutivo de delito.»

Sexagésimo noveno.

Se modifica el artículo 421, que tendrá la siguiente redacción:

«Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.»

Septuagésimo.

Se modifica el artículo 422, que tendrá la siguiente redacción:

«La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.»

Septuagésimo primero.

Se modifica el artículo 423, que tendrá la siguiente redacción:

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.»

Septuagésimo segundo.

Se modifica el artículo 424, que tendrá la siguiente redacción:

«1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, o un acto propio de su cargo o para que no realice o retrase el que debiera practicar, será castigado, en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida, sin perjuicio de la pena que, en su caso, le pudiera corresponder como inductor al delito eventualmente cometido por estos.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.»

Septuagésimo tercero.

Se modifica el artículo 425, que tendrá la siguiente redacción:

«Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.»

Septuagésimo cuarto.

Se modifica el artículo 426, que tendrá la siguiente redacción:

«Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.»

Septuagésimo quinto.

Se modifica el 427, que tendrá la siguiente redacción:

«Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a los funcionarios comunitarios o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión.

A estos efectos se entenderá que es funcionario comunitario:

1.º toda persona que tenga la condición de funcionario o de agente contratado en el sentido del Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas;

2.º toda persona puesta a disposición de las Comunidades Europeas por los Estados miembros o por cualquier organismo público o privado, que ejerza en ellas funciones equivalentes a las que ejercen los funcionarios u otros agentes de las Comunidades Europeas.

3.º los miembros de organismos creados de conformidad con los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, así como el personal de dichos organismos, en la medida en que el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o el Régimen aplicable a otros agentes de las Comunidades Europeas no les sea aplicable.

Asimismo, se entenderá por funcionario nacional de otro Estado miembro de la Unión el que tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro.»

Septuagésimo sexto.

Se modifica el párrafo segundo del artículo 430, que queda redactado como sigue:

«En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo y los anteriores, si los hechos se hubieren realizado 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 suspensión de las actividades sociales por un plazo de dos a cinco años y clausura de sus locales y establecimientos durante el mismo período de tiempo.»

Septuagésimo séptimo.

Se modifica el artículo 445, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas se impondrá al responsable la prohibición de contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de siete a doce años.

Las penas previstas en los párrafos anteriores se impondrán en su mitad superior si el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad.

2. Cuando el delito fuere cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediese la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código se le impondrán las penas de prohibición de

contratar con las administraciones públicas e intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública de diez a quince años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del duplo al décuplo del montante de dicho beneficio.

3. A los efectos de este artículo se entiende por funcionario público extranjero:

a) Cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza un función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública.

c) Cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública.»

Septuagésimo octavo.

Se modifica la letra a) del ordinal 3.º del artículo 451, que queda redactado como sigue:

«a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería o trata de seres humanos.»

Septuagésimo noveno.

Se modifica el apartado 2 del artículo 468 que queda redactado como sigue:

«2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la pena de libertad vigilada.»

Octogésimo.

Se modifican los ordinales 1.º y 3.º del apartado 1 y el apartado 2 del artículo 566, que quedan redactados como sigue:

«1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:

1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas o biológicas o de minas antipersonas con la pena de prisión de cinco a 10 años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

2.º [...]

3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas o biológicas o de minas antipersonas.

2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o biológicas o minas antipersonas o inicien preparativos militares para su empleo o no las destruyan con infracción de los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.»

Octogésimo primero.

Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 567, que quedan redactados como sigue:

«1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas o biológicas o de minas antipersonas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta.

2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran armas químicas o biológicas o minas antipersonas las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Se entiende por desarrollo de armas químicas o biológicas o minas antipersonas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica o la modificación de una preexistente.»

Octogésimo segundo.

Se añade el artículo 576 bis que queda redactado como sigue:

«El que por cualquier medio, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen,

o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en este Código, o para la financiación del terrorismo, de los actos terroristas o de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, será castigado con penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses.»

Octogésimo tercero.

Se añaden los ordinales 8.º y 9.º al artículo 611 que tendrán la siguiente redacción:

«8.º Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.

9.º Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual.»

Octogésimo cuarto.

Se modifica los ordinales 3.º y 4.º y se añaden los ordinales 8.º, 9.º y 10.º al artículo 612, con la siguiente redacción:

«3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte y, en particular, reclute o aliste a menores de 18 años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

4.º Use indebidamente o de modo pérfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Protocolo III de 8 de diciembre de 2005, Adicional a los Convenios de Ginebra.

8.º Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

9.º Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la Parte adversa.

10.º Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.»

Octogésimo quinto.

Se modifica el artículo 613 que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a) en apoyo de una acción militar;

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en el apartado a);

d) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario;

e) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas;

f) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo;

g) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje;

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el párrafo 10.º del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto;

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

En los demás supuestos previstos en el número anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.»

Octogésimo sexto.

Se modifica el artículo 614, que queda redactado como sigue:

«El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.»

Octogésimo séptimo.

Se modifica el artículo 616, que queda redactado como sigue:

«En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título, excepto los previstos en el artículo 614 y en los números 2 y 6 del 615 bis, y en el Título anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces y Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.»

Octogésimo octavo.

Se añade el artículo 616 ter, que queda redactado como sigue:

«El que hubiere ejecutado una acción u omisión constitutiva de un delito previsto en el capítulo III de este título, en cumplimiento de una orden emitida por una autoridad o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal, a menos que concurren las tres condiciones siguientes:

1. Que estuviere obligado por ley a obedecer las órdenes emitidas por la autoridad o superior de que se trate,
2. Que no supiere que la orden era ilícita, y
3. Que la orden no fuera manifiestamente ilícita.»

Octogésimo noveno.

Se añade el Capítulo V al título XXIV del libro segundo, que queda redactado como sigue:

«CAPÍTULO V
Delito de piratería»

Nonagésimo.

Se añade el artículo 616 quater, que queda redactado como sigue:

«El que con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de la misma, será castigado como reo de del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años.

En todo caso, las pena prevista en este artículo se impondrá sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.»

Nonagésimo primero.

Se añade el artículo 616 quinquis, que queda redactado como sigue:

«1. El que con ocasión de la prevención o persecución de los hechos previstos en el artículo anterior, se resistiere o desobedeciere a un buque de guerra, o aeronave militar u otro buque o aeronave que lleve signos claros y sea identificable como buque o aeronave al servicio del estado y esté autorizado a tal fin, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

2. Si en la conducta anterior se empleare fuerza o violencia se impondrá la pena de diez a quince años de prisión.»

Disposición transitoria primera. *Legislación aplicable*

1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta ley.

3. En todo caso, será oído el reo.

Disposición transitoria segunda. *Revisión de sentencias*

1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta ley.

Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

2. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa.

3. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta ley.

4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley.

Disposición transitoria tercera. *Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos*

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de *vacatio*, las siguientes reglas:

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho.

Disposición final primera. *Entrada en vigor*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstas sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAHIA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



Deusto

Publicaciones
Universidad de Deusto