



**Convocatoria del quinto Premio
José María Cervelló**

Dña. Beatriz Goena Vives

LA NUEVA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS UN ANÁLISIS DESDE EL 31. BIS. 4 CP

ÍNDICE

I. CUESTIONES DE *LEGE LATA*

I.1. Régimen anterior a 2010

I.1.1. Regulación anterior a la LO 5/2010 de 22 de junio

I.1.2. Decisiones marco de la Unión Europea y precedentes legislativos en otros Estados

I.1.3. Anteproyectos y proyectos de Ley Orgánica para la reforma del Código penal

I. 2. Régimen vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas

I.2.1. Cuestiones fundamentales suscitadas por el 31.bis.1 y 31.bis.2 CP

I. 2. 2. Cuestiones fundamentales suscitadas por el 31.bis. 4 y el 33. 7 CP

II. CUESTIONES DE *LEGE FERENDA* A PARTIR DE UN ANÁLISIS DEL 31. BIS. 4 CP

II.1. Problemas de constitucionalidad

II.1.1 El 31.bis. CP insta un modelo de responsabilidad vicarial. Argumentos a favor

II.1.2. El 31.bis CP introduce un modelo de responsabilidad por el hecho propio. Argumentos a favor

II. 2. Problemas de teoría de la pena

II. 3. Circunstancias eximentes de la responsabilidad penal: «compliance *ex ante*»

II.3.1. ¿(Im)posible impunidad de la persona jurídica?

II.3.2. Contenido de los «compliance»

II. 4. Posibilidad de ampliar el catálogo de atenuantes y agravantes de la persona jurídica

II.4. 1. Ampliación de las circunstancias atenuantes

II.4.2. Apreciación de circunstancias agravantes

II. 5. Problemas procesales

III. CONCLUSIÓN

El cambio de siglo que vivimos hace poco más de una década ha estado marcado por un creciente protagonismo de las transformaciones sociales y políticas. La sociedad actual tiene apellidos hasta ahora desconocidos como «globalizada», «multicultural», «mediatizada», y un largo etc. Existen nuevas situaciones y nuevos retos que no encuentran una acogida satisfactoria en los planteamientos del pasado. Hacen falta nuevas respuestas para preguntas sin precedentes. Hacen falta nuevos planteamientos para cuestiones hasta ahora implanteables.

En este sentido, nuestro Derecho penal es un prisma paradigmático desde el que estudiar tal proceso de cambio. Desde que vio la luz en el 95, el llamado «Código penal de la democracia» ha ido aproximándose cada vez más a un Derecho policial con el que responder a los reclamos de una sociedad cada vez más ansiada de seguridad a cualquier precio. Es indudable que el Derecho penal tiene una carga simbólica que otras ramas del Derecho no tienen. Ahora bien, ¿lo convierte eso en el instrumento idóneo para satisfacer las demandas sociales? El rápido sí de los partidos políticos mayoritarios a esta pregunta se refleja en una política criminal cada vez más dura y parecida a un Derecho policial. Sin embargo, frente a semejante atolondramiento politiquero es necesaria una profundización en las bases teóricas que justifican la rama del Derecho más invasiva de cualquier ordenamiento democrático. La instauración de penas exclusivamente fundadas en un anhelo de seguridad absoluta o la extensión del concepto de sujeto de Derecho penal a cualquier actor del tráfico jurídico son algunas de las cuestiones que amenazan con desnaturalizar el Derecho penal y convertirlo en otra cosa.

Cualquiera de los aspectos abordados por la última reforma del Código penal es más que idónea para reflexionar sobre los fundamentos y justificación de un Derecho penal cada vez más invasivo. Sin embargo, la instauración de una responsabilidad penal para las personas jurídicas resulta especialmente interesante. Ciertamente, se trata de un tema en el que la legislación española no ha hecho más que ir a la cola de un proceso iniciado en Estados Unidos e importado a la Unión Europea. Tarde o temprano, el Derecho español tenía que hacer frente a sus compromisos internacionales y dar una respuesta a la criminalidad empresarial. Pero... ¿esa respuesta? La reforma prevista en el nuevo artículo 31 bis ha sorprendido a una doctrina que llevaba más de diez años trabajando en la materia. Al afrontar las infracciones empresariales desde el Derecho penal nos hemos desmarcado del Derecho alemán, que hasta ahora ha sido nuestro gran inspirador. El nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas está lleno de respuestas híbridas que acusan una falta de armonía en

la función del Derecho penal y los fines de la pena. Existen numerosos claroscuros en torno a conceptos como la autoría, la participación o el principio de culpabilidad. Aparentemente, se apuesta por la corriente más angloamericana...pero sin renunciar a importantes elementos de la tradición más genuinamente germánica. Así, el sistema recogido en el 31 bis convierte al ordenamiento penal español en un Derecho huérfano y carente de un patrón claro.

Uno de los aspectos que mejor reflejan la complejidad del nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas es el de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La previsión de un catálogo específico de atenuantes en el artículo 31.bis.4 manifiesta cierta reticencia por parte del legislador a asimilar totalmente a las personas jurídicas al resto de sujetos penalmente imputables. Por ello, resulta particularmente adecuado para debatir la consideración de las personas jurídicas como verdaderos sujetos de Derecho penal a quienes hay que sancionar por el hecho propio. Asimismo, el hecho de que todas las circunstancias atenuantes del 31.bis.4 sean post ejecutivas hace necesaria una reformulación de la teoría de la pena. Estas cuestiones conllevan importantes consecuencias prácticas. Este trabajo tratará de darles una respuesta coherente con nuestra tradición jurídico-penal.

I. CUESTIONES DE *LEGE LATA*

I.1. Régimen anterior a 2010

Hasta la reciente reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010, las personas jurídicas no respondían penalmente. Ciertamente, un cambio en este sentido era bastante esperado. Venía anunciándose no sólo en la doctrina y la jurisprudencia, sino también en distintos instrumentos jurídicos de carácter internacional y europeo, de los que trataré más adelante. Sin embargo, la forma en la que se ha abordado el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha supuesto un giro copernicano en nuestra teoría jurídica del delito.

Para analizar y comprender la revolución dogmática que ha supuesto este tema, se requiere cierta perspectiva. En este trabajo se tomará como prisma la historia inmediatamente anterior de nuestro Código penal, como vía para obtener la panorámica completa de las tendencias político-legislativas de los últimos años. En primer lugar se analizará la regulación vigente hasta el pasado 23 de diciembre de 2010 (I.1.1). Posteriormente, se estudiarán las

decisiones marco de la Unión europea más relevantes (I.1.2.) y los proyectos legislativos que intentaron darles cumplimiento (I.1.3).

I.1.1. Regulación anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio

El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas previsto por nuestro Código penal hasta la última reforma, se aglutinaba en los artículos 31 y 129. Estos dos artículos preveían un sistema híbrido, confuso y consecuentemente muy poco aplicado en la práctica jurisprudencial.

a. Con anterioridad al Código penal de 1995 no existía ninguna previsión que sancionase penalmente a las personas jurídicas. El artículo 129 fue introducido por el nuevo Código penal como respuesta a la tan debatida cuestión de si conviene y es posible la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹.

Tradicionalmente, y especialmente en nuestro sistema continental, la posibilidad de cometer un delito se ha asociado a la idea de libertad individual o culpabilidad. En consecuencia, se entendía que las personas jurídicas no podían delinquir. Además, se aducían motivos de conveniencia para que las personas jurídicas no respondieran penalmente, tales como el mal que conllevaría la pena sobre terceras personas o la ineficacia de las penas estrictamente pecuniarias que no conlleven privación de libertad. No obstante, la realidad criminológica fue haciendo cada vez más patente la necesidad de castigar penalmente a los sujetos colectivos. El motivo fundamental de esta conveniencia era que las personas jurídicas se utilizan cada vez más como instrumentos para cometer hechos delictivos.

Así, el artículo 129 fue una primera respuesta, novedosa, a una tendencia político-criminal cada vez más imperante.

¹ Vid. sobre el debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (con anterioridad al proyecto de reforma del 2008): BACIGALUPO, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998; BAJO FERNÁNDEZ, «Hacia un nuevo Derecho penal: el de las personas jurídicas» en IGLESIAS PRADA (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Méndez*, Tomo IV Derecho civil y Derecho público, Madrid, 1996, pp. 5089 ss.; FEJOO SÁNCHEZ, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid 2002; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005; ID., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Montevideo, Buenos Aires, 2010; MIR PUIG Y LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996; ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones: presupuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, 2008; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 1ª ed., Navarra, 2000; 2ª ed., 2003.

Este artículo, que también ha sido reformado por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, se encuentra en el Título IV del Libro I del CP, destinado a las llamadas «consecuencias accesorias». De acuerdo con el régimen vigente hasta el pasado 23 de diciembre de 2010, existían junto al comiso, una serie de medidas previstas para las empresas, asociaciones y organizaciones delictivas. Las medidas o consecuencias accesorias previstas por el antiguo artículo 129 eran las siguientes:

-Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter definitivo o temporal (no más de 5 años).

-Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

-Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, asociación o fundación (no más de 5 años).

-Prohibición de realizar actividades u operaciones de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, de modo definitivo o temporal (no más de 5 años).

-Intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores (no más de 5 años).

La mayoría de la doctrina entendió que las consecuencias accesorias del artículo 129 eran un *tertium genus* de naturaleza penal, distinto de las penas y medidas de seguridad². No obstante, hubo quien las consideró auténticas penas³. En cualquier caso, el artículo 129.3 establecía claramente que el fin de estas medidas era prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

² En este sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Código penal» en VV. AA., *Derecho penal económico*, Consejo General del Poder Judicial, 2001. *Vid.* también, GARCÍA ARÁN «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp.325 ss., que señala que se trata de una medida híbrida e inalicable; LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed., Madrid, 2005, pp. 127 ss., para quien las consecuencias accesorias son un tercer modelo de sanción penal; LUZÓN PEÑA, «Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales», en Octavio de Toledo/Gurdiel/Cortés (coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 545-551; Por su parte, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona, 2008, pp.775 ss., entiende que son consecuencias accesorias especiales que privan a la persona física del instrumento peligroso que es la persona jurídica.

³ *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)», *PJ* 46 (1997), p. 328.

b. El segundo hito en la evolución hacia un sistema penal de responsabilidad de las personas jurídicas fue la reforma del Código penal operada por la LO 15/2003 de 25 de noviembre. Esta Ley introdujo un segundo apartado en el artículo 31, que ha sido suprimido por la última reforma del 2010.

El artículo 31 contaba con dos apartados. En el primero, que sigue vigente actualmente, se establece, junto a la responsabilidad del representante, la responsabilidad personal del administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica. El requisito es que se den en la persona jurídica todas las cualidades requeridas por el delito para poder ser sujeto activo del mismo.

El segundo apartado del artículo 31 establecía que cuando la pena por los supuestos del artículo 31.1 consistiese en una multa, se hacía solidaria y directamente responsable del pago a la persona jurídica en cuyo nombre y por cuya cuenta se actuó. Este apartado 2 del artículo 31, fue fuertemente criticado por la doctrina⁴.

En primer lugar, los autores no tardaron en mostrar sus dudas en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad contenida en el mencionado artículo 31.2. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la mencionada LO 15/2003 (apartado II letra L)⁵, el legislador pretendió abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, el hecho de obligar a una persona jurídica al pago solidario y directo de la multa penal impuesta a sus representantes dejaba sin resolver cuestiones tan nucleares como el régimen de imputación subjetiva de la persona jurídica, la posible existencia de un derecho de regreso por su parte y

⁴ Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, «El nuevo artículo 31.2 del Código penal», en *RDP* 12 (2004), pp. 115 ss.; BELTRÁN NUÑEZ, «La pena de multa tras la LO 15/2003, de 24 de noviembre», en Vieira Morante (dir.): *Las penas y sus alternativas*, Madrid, 2005, pp. 105-130; COLINDA OQUENDO, «Art. 31», en Rodríguez Ramos (coord.), *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2005, pp.153 ss.; FERNÁNDEZ TERUELO, «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)», en *RDPP* 13 (2005), pp. 33-44; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El nuevo artículo 31.2 del Código penal: cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”», *Fundamentos modernos*, pp. 401 ss.; GRACIA MARTÍN (coord.) / BOLDOVA PASAMAR / ALASTUEY DOBÓN, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., 2004, pp. 568 ss.; MIR PUIG, «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Octavio de Toledo y Ubieta / Gurdíel Sierra / Cortés Bechiarelli (eds.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, 2004, pp. 761 ss. PERIS RIERA, «Algunas cuestiones conflictivas de la Parte General sugeridas tras la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código penal», en Castellano Rausell (dir.), *Las últimas reformas penales*, 2005, pp. 355 ss.; QUINTERO OLIVARES, «Artículo 31», en el mismo (Dir.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 332 ss.; RAMÓN RIBAS, «El número 2 del artículo 31 y extensión de la responsabilidad», en Quintero Olivares, *Comentarios al nuevo Código penal*, 4ª ed., 2005, pp. 338 ss; SILVA SÁNCHEZ Y ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El artículo 31.2 del Código penal, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret* 2 (2006), pp. 1 ss.

⁵ Vid. BOE nº 283, de 26.11.2003.

el aseguramiento de la responsabilidad. Tal laguna legislativa llevó a la mayoría de los autores a afirmar que el 31.2 era en realidad un supuesto de responsabilidad civil. Otros autores, sin embargo, se posicionaron a favor de considerarlo un aseguramiento de una deuda de Derecho público. En cualquier caso, quedaba claro que lo dispuesto en el artículo 31.2 era una atribución de responsabilidad patrimonial a una persona jurídica por el hecho de otro, más que una pena *stricto sensu*⁶.

Existían, además de lo relativo a la naturaleza de la responsabilidad contenida en el 31.2, otras cuestiones que resultan relevantes a la luz de la regulación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, la regla del 31.2 contaba con una aplicabilidad restringida a los supuestos en los que el penado con una multa fuese autor del delito (es decir, se excluía a los partícipes). Asimismo, no era necesario que el administrador hubiese obrado en beneficio de la persona jurídica, sino que bastaba con que hubiese delinquido en nombre y por cuenta de la misma⁷.

De todo lo anterior, puede concluirse que la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio en materia de personas jurídicas es el resultado de una evolución que ya operaba con anterioridad a 2010 en el Derecho español. Ciertamente, hasta 1995 estaba claro que las personas jurídicas no respondían penalmente. No obstante, la puerta hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas se fue abriendo poco a poco. En nuestra legislación se empezó con la introducción de las consecuencias accesorias del Código penal de 1995. El siguiente paso fue la previsión del artículo 31.2 en el año 2003. Y finalmente, se ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la reforma del 2010. Estos tres pasos fueron fruto de la creciente relevancia de las empresas como instrumentos delictivos. Dicha realidad criminológica se dio más allá del nivel nacional, en el marco del proceso de globalización en el que desde hace años se encuentran las distintas esferas científico-sociales. Así, el proceso evolutivo de la legislación española en esta materia estuvo informado tanto por las directrices político-criminales de Derecho internacional y europeo, como por las regulaciones impuestas en otros Estados.

1.1.2. Decisiones marco de la Unión Europea y precedentes legislativos en otros Estados

⁶ Vid. muy claramente expuesto en, SILVA SÁNCHEZ Y ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El artículo 31.2 del Código penal», pp. 8 ss.

⁷ *Ibidem*.

En un principio, nuestra tradición jurídica continental entendió que las personas jurídicas no podían responder penalmente. Como ya se apuntó anteriormente, el principal bastión para negar dicha responsabilidad penal radicaba en la forma de concebir el principio de culpabilidad y en cuestiones de teoría de la pena. Sin embargo, esto no ocurría en el Derecho angloamericano, que tradicionalmente ha previsto un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas. El progresivo protagonismo de las empresas en la creación de riesgos típicos, así como la aproximación entre Estados como fruto de la Globalización, han derivado en que este aspecto de la regulación angloamericana se filtre como por ósmosis en nuestro sistema de Derecho penal tradicional. A lo largo del siglo XX bastantes Estados europeos introdujeron medidas de responsabilidad empresarial en sus legislaciones penales. De hecho, la previsión de un sistema de sanciones a las empresas ha sido (y es) una de las cuestiones nucleares en el camino hacia la unificación del Derecho penal europeo.

En este sentido, cabe destacar el Protocolo de 19 de junio de 1997 (97/C221/02), El art. 14 del *Corpus Iuris* europeo del 2000 o la Convención del Consejo de Europa contra la corrupción de 1998.

Estas previsiones de Derecho europeo sembraron el terreno para que en el 2003 viese la luz la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, 2003/80/JAI de 27 de enero. En el artículo 6 de la Decisión Marco se impone a los Estados la obligación de hacer responsables a las personas jurídicas en cuyo provecho se haya cometido uno de los delitos enumerados en los artículos 2 y 3. El artículo 7, relativo a la forma en la que ha de sancionarse a dichas personas jurídicas, admite tanto la vía penal o como la administrativa⁸. Esta disposición se

⁸ Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. Diario Oficial nº L 029 de 05/02/2003 p. 0055 – 0058. Artículo 7: «Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán *multas de carácter penal o administrativo*, y podrán incluir otras sanciones, tales como:

- a) exclusión del disfrute de beneficios o ayudas públicas;
- b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades mercantiles;
- c) vigilancia judicial;
- d) disolución judicial;
- e) obligación de adoptar medidas específicas para evitar las consecuencias de la conducta en la que se basa la responsabilidad penal» (cursiva añadida).

debe a una enmienda presentada por Alemania, reticente a admitir una responsabilidad *penal* de las personas jurídicas.

Después de esta decisión marco relativa a los delitos contra el medio ambiente hubo más decisiones marco del Consejo que inciden en la responsabilidad de las personas jurídicas. Pueden enumerarse, por ejemplo: 2004/68/JAI de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil; 2005/222/JAI de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información; 2005/667/JAI del 12 de julio de 2005 destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques; 2008/841/JAI de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la criminalidad organizada. En todas ellas se deja libertad a los Estados para decidir sobre la naturaleza de la sanción y de la responsabilidad (administrativa o penal). El motivo de esta doble posibilidad es que las Decisiones Marco obligan únicamente en cuanto al resultado que debe alcanzarse. Así, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, la obligación en cuanto al resultado impuesta a los Estados presenta dos rasgos fundamentales:

En primer lugar, se puede derivar de dos supuestos. El primer supuesto es el de la responsabilidad que se deriva de actos realizados por quien ocupa una posición de mando o cargo directivo en el seno de la persona jurídica⁹. El segundo supuesto es aquel en el que la responsabilidad de la persona jurídica se debe a la acción de un sujeto sometido a su autoridad y es consecuencia de la falta de vigilancia o control por parte de las personas que ocupan una posición de mando o dirección¹⁰.

En segundo lugar, el Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal y que pueden serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o

⁹ Vid. arts. 8.1 y 9.1 DM 2000/383/JAI; 2.1 y 3.1 DM 2002/946/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/68/JAI; 6.1 y 7.1 DM 2004/757/JAI; 8.1 y 9.1 DM 2005/222/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2005/667/JAI. Con la misma orientación, otros instrumentos internacionales, como el Convenio de la OCDE de 17 de diciembre de 1997, de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (ratificado por España el 3 de enero de 2000), en su art. 2 impone a las Partes la adopción de «*las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero*», lo que viene matizado a continuación en el art. 3.2, que prevé el caso de que, según el Derecho de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, por lo que quedarán sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal. (Cursiva añadida).

¹⁰ Vid. arts. 8.2 y 9.2 DM 2000/383/JAI; 2.2 y 3.2 DM 2002/946/JAI; 5.1 y 6.1 DM 2003/568/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/68/JAI; 6.2 y 7.2 DM 2004/757/JAI; 8.2 y 9.2 DM 2005/222/JAI; 5.2 y 6.5 DM 2005/667/JAI.

administrativa¹¹. De acuerdo con lo señalado por el CGPJ en su informe al Anteproyecto de ley de 2006, «la imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal»¹². La única excepción a esta regla son los casos de terrorismo y trata de seres humanos, en la respuesta del Estado debe ser de naturaleza penal¹³.

Así, en el panorama legislativo de los Estados miembros pueden distinguirse dos grandes grupos. Por un lado, están los países miembros que no admiten una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por otro, los que sí admiten este tipo de responsabilidad.

Alemania, que hasta ahora ha sido el principal inspirador de los sistemas penales de los Estados europeos, está en el primer grupo. El padre de nuestra teoría jurídica del delito no admite una responsabilidad de carácter penal para las empresas en cuyo provecho se ha cometido un delito¹⁴. La doctrina alemana mayoritaria entiende que una responsabilidad penal de las personas jurídicas vulneraría conceptos irrenunciables como el principio de culpabilidad, la capacidad de acción o el concepto de autoría. Así, la vía para sancionar a una persona en Derecho alemán es el Derecho contravencional. Se trata de un intermedio entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. En concreto, el sistema de sanciones a las personas jurídicas en cuyo provecho se ha delinquido se recoge en el art. 30 OWiG. En

¹¹ Vid. art. 3 de la AC 98/733/JAI. Este artículo obliga a los Estados a garantizar «que las personas jurídicas puedan ser consideradas *responsables penalmente o, en su defecto, responsables de otro modo* de los delitos contemplados en el apartado 1 del artículo 2 («delitos sancionables con una pena de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años como mínimo o con una pena aún más severa»), cometidos por la persona jurídica, conforme a modalidades que deberán definirse en su legislación interna». (Cursiva añadida).

¹² CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de ley por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código penal*, octubre 2006, p. 7.

¹³ Vid. DM 2002/475/JAI para los delitos de terrorismo y DM 2002/629/JAI para los delitos de trata de seres humanos.

¹⁴ Vid. § 14 StGB.

la línea de Alemania, tampoco admiten la responsabilidad penal de las empresas países como Italia¹⁵ o Grecia.

Ahora bien, desde las últimas décadas del siglo XX aparece un segundo grupo de Estados miembros que, siguiendo la línea marcada por los países de tradición angloamericana¹⁶, apuesta por una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ciertamente, cada vez son más los países del sistema continental que apuestan por superar el «*societas delinquere non potest*». Así, regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas países como: Gran Bretaña (2008), Francia (1994), Finlandia (1995), Dinamarca (1996), Irlanda y Noruega (1991), Bélgica (1999), Eslovenia (1996), Suiza (2003), Polonia (2003), Croacia (2003) o Austria (2006)¹⁷.

La legislación española debía responder a las directrices marcadas por las decisiones marco del Consejo de la Unión Europea. Aunque en un primer momento pareció que España iba a seguir los pasos de Alemania, los últimos proyectos relativos a esta cuestión apostaron por una responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ha culminado en el modelo actual del 31 bis.

¹⁵ *Vid.* Decreto Legislativo 231, de 8 de junio de 2001, por el que se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. La naturaleza de este instrumento se ha definido por el Tribunal Constitucional italiano como «Derecho penal administrativo», ya que la interpretación del art. 27.1 de la Constitución es la imposibilidad de que una persona jurídica sea sancionada penalmente.

¹⁶ No obstante, llama la atención que justamente en estos países se tiende cada vez más a reforzar la responsabilidad personal de los órganos de las personas jurídicas. Por ejemplo, en EEUU casos como el de ENRON dieron lugar a la Ley de Fraudes contables de 2002 (Sarbaney-Oxley Act), que prevé la responsabilidad penal personal de los administradores. *Vid.* por ejemplo, ADAMS, «Corporate Governance After Enron and Global Crossing: Comparative Lessons for Cross-National Improvement», *Indiana Law Journal*, 78 (2003), pp. 762-763; BACKER, «The Sarbanes-Oxley Act: Federalizing Norms for Officer, Lawyer and Accountant Behaviour», *St. John's Law Review*, 76 (2002), pp. 897-951.

¹⁷ En estos Estados la apuesta por la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es homogénea. Algunos, como Francia, Noruega, Holanda o Suiza apuestan por una atribución directa de responsabilidad a la persona jurídica. En el caso de Austria, por ejemplo, la responsabilidad a la persona jurídica excluye la responsabilidad de quien actuó. En relación con la ley austríaca en esta materia, *vid.* ROBLES PLANAS, «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austríaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos», *Indret*, 2 (2006), pp. 1-25. El autor hace un interesante análisis sobre la naturaleza de la responsabilidad de las agrupaciones contenida en la ley austríaca, de cara a configurar el modelo español de responsabilidad de las personas jurídicas. Afirma que la sanción de multa prevista por la ley austríaca no es penal, sino que es próxima a un Derecho administrativo sancionador. Sin embargo, pienso que esa afirmación puede resultar confusa, porque podría llevar a asimilar la respuesta de Austria con la de Alemania, que en realidad presentan importantes diferencias de enfoque.

1.1.3. Anteproyectos y proyectos de Ley Orgánica para la reforma del Código penal¹⁸

La LO 5/2010 de reforma del Código penal fue aprobada el 22 de junio de 2010 y publicada en el BOE al día siguiente. Incorpora un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas sin precedentes en nuestro sistema. No obstante, los proyectos de reforma previos a la actual Ley Orgánica vigente ya anunciaron una reforma en este sentido. En concreto, la LO de reforma del Código penal conoció dos proyectos de reforma (el de 2007 y el de 2009) y un anteproyecto (el de 2008). Dichos precedentes legislativos pueden separarse en dos grupos. Por un lado, estarían el proyecto de 2007 y el anteproyecto de 2008. Por otro lado estaría el proyecto de 2009. Aunque todos ellos optan por el mismo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se aprecia una redacción notablemente distinta¹⁹ en el proyecto de 2009 con respecto al proyecto de 2007 y al anteproyecto de 2008. Merece la pena hacer una breve referencia a todos estos precedentes legislativos por cuanto suponen una guía para entender el modelo finalmente aprobado por la LO 5/2010 de reforma del Código penal, de 22 de junio.

Así, poco después de cumplirse el décimo aniversario del llamado «Código penal de la Democracia» se introdujo para su discusión en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal, de 13 de septiembre²⁰. De acuerdo con lo establecido en la Exposición de Motivos del proyecto de 2007, la causa central de la reforma era dar cumplimiento a los compromisos y obligaciones de la integración europea en materia de justicia penal. España debía hacer frente al deber de armonización y actualización impuesto desde Europa y desde la propia realidad criminológica. Según el texto del proyecto, la reforma incide en «el importante problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuya regulación penal encierra importantes

¹⁸ No se hará referencia al artículo 15.bis porque entiendo que la reforma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas es independiente de la trayectoria legislativa del artículo 31. El precedente más directo de la regulación hoy contenida en el 31.bis está en el proyecto del año 2007.

¹⁹ En este sentido, *vid.* SERRANO GÓMEZ, «Legislación líquida. Una nota sobre el proyecto de ley de 2009 de reforma del Código penal», *REDPC*, 12 (2010), pp. 3-7: «En un periodo ligeramente inferior a tres años se han publicado dos Proyectos de Ley de reforma del Código penal, uno en enero de 2007 y el otro en noviembre de 2009. En ese corto espacio de tiempo la diferencia entre ambos Proyectos es tan grande que pone de manifiesto no sólo la inseguridad del legislador y la carencia de una política criminal mínimamente aceptable, sino la naturaleza líquida de nuestra legislación penal. El galimatías que se organiza es difícil de entender, justificar y ordenar».

²⁰ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 119-1, de 15 de enero de 2007. Exposición de Motivos. (En adelante, Proyecto 2007).

dificultades generadas, como fácilmente se comprende, por el que hasta ahora pareciera infranqueable principio *societas delinquere non potest*»²¹. El legislador se aventuró a afirmar con rotundidad que con esta reforma se dotaba de especiales garantías a la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas. Finalmente, este proyecto no fue aprobado. No obstante, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se propuso en el proyecto del 2007 ha sido la base sobre la que han ido operando los sucesivos proyectos de reforma hasta llegar a la aprobada Ley Orgánica 5/2010 de modificación del Código penal. A modo meramente expositivo²², pueden enumerarse como principales características de la propuesta de reforma de responsabilidad penal de las personas jurídicas las siguientes:

En primer lugar, se estableció un *numerus clausus* de supuestos en los que se puede hacer penalmente responsable a una persona jurídica. Se trata de los supuestos en los que la persona jurídica puede resultar especialmente propicia para que se cometa el delito. Algunos de ellos, no se mantuvieron en el proyecto²³ de 2009 y otros que sí se incluyeron en el 2009, no se previeron en este primer proyecto²⁴. En su mayoría, vienen a coincidir con los compromisos europeos²⁵, pero el prelegislador del 2007 siguió un criterio poco claro²⁶, que

²¹ Proyecto 2007. Exposición de Motivos.

²² Para ceñirme al objeto del presente trabajo, el análisis crítico se realizará exclusivamente sobre el proyecto de 2009 finalmente aprobado como LO 5/2010 de 22 de junio. No obstante, para un análisis crítico del proyecto de 2007, *vid.* BACIGALUPO SAGUESSE, «La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del Código penal de 2006», en *Estudios de Derecho judicial n.º 117*, Consejo General del Poder Judicial, 2007; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de ley por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código penal*, octubre 2006, *passim*; GARCÍA ARÁN, «Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código penal y en el proyecto de reforma de 2007», CGPJ, 2007, pp. 235 ss.; MUÑOZ LORENTE, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de ley de 2007 de reforma del Código penal de 1995», *La ley Penal* 40 (2007); QUINTERO OLIVARES, «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por la persona», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, CGPJ, 2007, pp. 235 ss.

²³ Es el caso, por ejemplo, de los delitos relativos a la manipulación genética, medio ambiente, salud pública, delitos societarios, cohecho o tenencia ilícita de armas y explosivos

²⁴ Por ejemplo, el Proyecto de 2007 no previó la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de estafa, lo cual es ciertamente muy criticable.

²⁵ En concreto, el Proyecto de 2007 propuso el castigo a las personas jurídicas en los siguientes delitos: delitos relativos a la manipulación genética (162), daños en datos, programas o sistemas informáticos (264), delitos contra las propiedades intelectual e industrial, el mercado y consumidores (288), delitos societarios (294 y 297.bis), blanqueo de capitales (302.2), delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (310.bis), delitos contra los derechos de los trabajadores (318), delitos sobre la ordenación del territorio (319.4), delitos contra el medio ambiente (325.2 y 327), delitos contra la salud pública (366 y 369), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (399.bis), cohecho (424), tráfico de influencias (430), delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (445.2), asociación ilícita (520) y tenencia ilícita de armas y explosivos (569). No está claro el criterio seguido por el legislador del Proyecto.

desgraciadamente ha parecido continuar el legislador de la LO 5/2010, de 22 de junio, como luego se explicará.

En segundo lugar, el proyecto pretendió dejar claro que la responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, «por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que las gobiernen o por quienes, estando sometidos a la autoridad de esas personas físicas realicen los hechos porque así se les indique o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, prescindiendo de la específica concreción y medida de la responsabilidad penal de los subordinados, que no atañe a la de la persona jurídica»²⁷. De esta forma, el proyecto propuso la supresión del apartado 2 del artículo²⁸ 31, que al convertir a las personas jurídicas en meras pagadoras de una multa, no abordaba el tema de su responsabilidad penal. En el proyecto se dice que el modelo de responsabilidad propuesto salvaba la incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente por parte de una persona jurídica²⁹. La discusión generada en torno al proyecto de 2007 y su no aprobación confirmaron lo pretencioso de semejante afirmación.

En tercer lugar, el proyecto hablaba de penas a las personas jurídicas, dejando las consecuencias accesorias del 129 para entidades sin personalidad jurídica³⁰. Se pretendió

²⁶ Por ejemplo, no se explica por qué se previó la responsabilidad por los delitos del 520 y no del 385.bis de aquel momento, relativo a la pertenencia o colaboración con organizaciones o grupos criminales

²⁷ Vid. Proyecto 2007, Artículo único, Segundo. El texto que se propuso como nuevo artículo 31.bis y que incluyo por el interés comparativo que suscita en relación con su redacción vigente, rezaba como sigue: «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». (Cursiva añadida por la autora, para resaltar lo que actualmente se encuentra expresado de otra forma).

²⁸ Vid. Proyecto 2007, Artículo único, Primero. La redacción es distinta a la dada por el Proyecto de 2009, pero coincide en cuanto a las líneas básicas del modelo se refiere.

²⁹ Vid. Proyecto 2007. Exposición de Motivos.

³⁰ Vid. Proyecto 2007, Artículo único, Vigésimo octavo. El 129. 3 quedaba redactado como lo está actualmente, tras la reforma de 2010. Sin embargo, transcribo los dos primeros apartados, que hoy están en vigor con un

justificar la existencia de verdaderas penas³¹, en base a la vinculación de las personas jurídicas con la persona física que actuó. Así, se intentó salvar la objeción de que las personas jurídicas no pueden soportar penas en tanto consecuencias jurídicas pensadas para personas físicas. Pero también esta “solución” fue criticada. En cualquier caso, se hace referencia a la importancia de fijar penas modulables. El redactor del proyecto propuso la repetición de conductas delictivas como agravante³² y un régimen de atenuación en torno a la valoración positiva de la reparación del daño y de la adopción de medidas eficaces para prevenir los que en el futuro pudieran causarse desde las personas jurídicas³³.

Por último, y como garantía frente al peligro de que las personas jurídicas intentasen eludir su responsabilidad penal mediante su desaparición, se incluyó un apartado 2 al artículo 130. Esta nueva disposición se propuso para impedir que la disolución o fusión de una persona jurídica extinguiese su responsabilidad penal³⁴.

El modelo de 2007 suscitó un gran debate doctrinal en torno a cuestiones tales como la culpabilidad, el concepto de acción y de autoría o la teoría de la pena. En el fondo, todas esas cuestiones pueden reducirse a una sola, que aún hoy protagoniza la discusión dogmática. A

régimen distinto al propuesto en el Proyecto del 2007: «1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, 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 que carezcan de personalidad jurídica, 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 art. 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».

³¹ Vid. Proyecto 2007, Artículo único, Tercero, que modifica el artículo 33 CP en los mismos términos que la Ley Orgánica 5/2010. Vid. también Proyecto 2007, Artículo único, Decimosexto, que propuso una reforma del artículo 66 en términos muy distintos a la redacción vigente. Así, se propuso un artículo 66.3 que decía: «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».

³² No obstante, esta apreciación que aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto no se plasmó en el 31.bis propuesto (a diferencia de lo que ocurrió con las atenuantes).

³³ Vid. Proyecto 2007, Artículo único, Segundo. El artículo 31.bis.4 establecía el catálogo de atenuantes tal y como se encuentra regulado en la actualidad. No obstante, hay un importante cambio con respecto a la literalidad del precepto propuesto, del que trataré más adelante. Así, baste apuntar que el 31.bis.4 señalaba: «*Serán circunstancias atenuantes* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)». (Cursiva añadida).

³⁴ Vid. Proyecto 2007, Artículo único, Vigésimo noveno. El 130. 2 propuesto decía: «La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o *resulte de la escisión*. No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la *persona jurídica*». (Cursiva añadida).

saber, ¿Estamos ante una atribución del hecho o ante una atribución de la sanción? ¿Se vulneraba el principio de personalidad de las penas y/o el principio de culpabilidad con el sistema propuesto por el Proyecto del 2007? Para responder a esta pregunta es necesario estudiar la evolución que tuvo la propuesta de reforma del 2007 en los anteproyectos legislativos posteriores.

Así, el siguiente texto que abordó la instauración de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal³⁵, del año 2008. Por lo que se refiere al artículo 31.bis y el resto de artículos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cabe decir que el anteproyecto del 2008 mantuvo la redacción propuesta un año antes en el proyecto de reforma del 2007. De nada sirvieron las críticas que venían haciéndose en la doctrina. Por tanto, continuaron vigentes los principales problemas que el modelo propuesto suscitaba en torno al concepto de acción y de culpabilidad por un lado, así como los problemas relativos a la Teoría de la pena por otro³⁶. No obstante, este anteproyecto del Ministerio de Justicia propuesto en noviembre de 2008 no llegó a convertirse en proyecto de ley. Coincidió con el cambio de Legislatura. El tema de la reforma del Código penal, y en concreto, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no volvió a abordarse en el Parlamento hasta un año después. En noviembre de 2009 se adoptó el proyecto de Ley Orgánica 121/000052, de reforma del Código penal³⁷.

I. 2. Régimen vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas

³⁵ Vid. Anteproyecto de reforma del Código penal de 14 de noviembre de 2008. (Texto disponible en <http://www.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215198252237/DetalleActividadLegislativa.html>); (Última consulta: 13 de abril de 2011).

³⁶ Vid. un análisis del Anteproyecto en VV. AA., *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales en Homenaje a José María Lidón, Num. 6, Universidad de Deusto, 2009. En especial, los artículos de: CHOCLÁN MONTALVO, «Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis. del texto proyectado», pp. 291 ss.; GÓMEZ- BENÍTEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008» pp. 203 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «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», pp. 221 ss. (cursiva en el original); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones», pp. 303 ss. Vid. también, ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, *passim*.

³⁷ Vid. Proyecto de de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal, del año 2009. Serie A. Núm. 52-1. Boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 27 de noviembre de 2009 (Texto disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-01.PDF) (Última consulta: 13 de abril de 2011).

El nuevo Proyecto de Ley Orgánica del año 2009 fue aprobado como Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código penal en junio de 2010. Entre los muchos aspectos que aborda esta reforma, se instaura un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas sin precedentes. Se trata de un sistema que presenta un salto notable con respecto a la redacción dada en el proyecto de 2007 y al anteproyecto de 2008³⁸. No obstante, el nuevo proyecto heredó algunos de los problemas ya detectados en sus predecesores. El debate en torno al nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas está sembrado. Desde que se aprobó la Ley Orgánica 5/2010 la doctrina ha tratado de resolver las prácticamente innumerables cuestiones suscitadas por la reforma³⁹.

El proyecto del 2009 no fue sometido a los preceptivos informes del CGPJ y del Consejo Fiscal⁴⁰. Esto no sorprende si se tiene en cuenta que en la redacción del proyecto se mantuvieron disposiciones contra las que ya se había pronunciado el CGPJ en el proyecto del 2007 y en el anteproyecto de 2008. Dado que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurado por la LO 5/2010 de 22 de junio no tiene precedentes en nuestra

³⁸ En este sentido, *vid.* SERRANO GÓMEZ, «Legislación líquida. Una nota sobre el proyecto de ley de 2009 de reforma del Código penal», *REDPC*, 12 (2010), pp. 3-7: «en un periodo ligeramente inferior a tres años se han publicado dos Proyectos de Ley de reforma del Código penal, uno en enero de 2007 y el otro en noviembre de 2009. En ese corto espacio de tiempo la diferencia entre ambos Proyectos es tan grande que pone de manifiesto no sólo la inseguridad del legislador y la carencia de una política criminal mínimamente aceptable, sino la naturaleza líquida de nuestra legislación penal. El galimatías que se organiza es difícil de entender, justificar y ordenar».

³⁹ *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009)», *Diario La Ley*, n° 7442, Año XXXI, 9 de julio de 2010, pp. 1568 ss.; CARBONELL MATEU/ MORALES PRATS «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García/ González Cussac, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1 ss.; DE RIVAS VERDES-MONTENEGRO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas», *La Ley Penal*, 75 Año VII, octubre de 2010, pp. 50 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdeF, Montevideo Buenos Aires, 2010, *passim.*; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/JUANES PECES, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, n° 7501, Año XXXI, 3 de noviembre de 2010, pp. 1 ss.; MARTÍNEZ PARDO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *RIPJ* 26 (2011), pp. 61 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis económico», en *Manuales de formación continuada*, n° 49, CGPJ, 2009; SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código penal: una aproximación desde el Contexto», *Diario La Ley* n° 7464, Editorial LA LEY, septiembre 2010; ÚBEDA DE LOS COBOS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio», *La Ley Penal*, 77 Año VII, diciembre de 2010, pp. 25 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada por el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, 76 Año VII, noviembre de 2010, pp. 5 ss.

⁴⁰ *Vid.* CARBONELL MATEU/ MORALES PRATS «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en Álvarez García/ González Cussac, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1 ss.

legislación penal, son prácticamente innumerables las cuestiones que podrían estudiarse. No obstante, me detendré en únicamente en las cuestiones que he considerado más relevantes, de cara al objeto de este trabajo. Considero conveniente estudiar el texto del proyecto de 2009 y de la LO 5/2010 dividiendo el análisis de las cuestiones en dos bloques: por un lado, las cuestiones de Parte general relativas al principio de culpabilidad y al concepto de autoría (31.bis.1 y 2). Por otro lado, las cuestiones de Parte general relacionadas con la Teoría de la pena (31.bis.4, 33.7, 66.bis, 130.2 y 129). Pero, a pesar de esta división analítica, en el fondo todas estas cuestiones de Parte general pueden englobarse bajo una misma pregunta que ya formulé anteriormente: ¿Estamos ante una atribución de hecho o ante una atribución de sanción a la persona jurídica?

1.2.1. Cuestiones fundamentales suscitadas por el 31.bis.1 y 31.bis.2

En primer lugar, me referiré a los problemas que el proyecto de 2009 y la LO 5/2010 suscitan en relación con el concepto de acción y con el principio de culpabilidad. Al igual que en el proyecto de 2007 y en el anteproyecto de 2008, el nuevo proyecto del 2009 no estableció ningún criterio específico de imputación del hecho a la persona jurídica como hecho propio. Ciertamente, la redacción del proyecto de 2007 y del anteproyecto de 2008 por un lado, y del proyecto de 2009 por otro es distinta. En los primeros se hacía referencia a «las personas físicas»⁴¹. En cambio, en el proyecto de 2009 el hecho de referencia tiene como autores a los representantes legales o a los administradores de hecho o de derecho⁴². Aunque en la nueva redacción del proyecto de 2009 se hable de «representantes», una lectura coherente con el 31.bis.3 aprobado permite afirmar que los nuevos 31.bis.1 y 31.bis.2 no prescindieron de la autoría de las personas físicas⁴³.

De acuerdo con el artículo 31.bis⁴⁴ se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dos supuestos distintos: bien por una actuación de un representante o de un

⁴¹ Vid. Proyecto de 2007 y Anteproyecto de 2008, art.31.bis.1.

⁴² Vid. Proyecto de 2009, art.31.bis.1 I, BOCG Serie A Núm. 52-1

⁴³ Vid. PÉREZ ESCALONA, «La responsabilidad penal más allá de la muerte (El curioso caso de la personalidad jurídica de sociedades y asociaciones en la reforma del Código penal)», en *Derecho de los Negocios*, n ° 228, editorial LA LEY, 2009; ÚBEDA DE LOS COBOS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio», *La Ley Penal*, 77 (2010), p. 33.

⁴⁴ El 31.bis.1 CP, reza del siguiente modo: « 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

administrador de hecho o de derecho, bien por la actuación de un sujeto sobre el que no se ha ejercido el debido control⁴⁵. La doctrina se mostró crítica con el 31 bis, en tanto que el principio de culpabilidad, pilar básico de nuestro ordenamiento jurídico-penal, exige libertad de acción y autoconciencia. Tradicionalmente, se ha entendido que las personas jurídicas no pueden ser destinatarias de normas de conducta porque no tienen capacidad de acción. La culpabilidad parte de la dignidad humana y es difícil aceptar una dignidad de las personas jurídicas. Pero la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas invita a reformular determinadas categorías. Así, ¿A título de qué se imputa a las personas jurídicas el delito «cometido por los representantes de hecho o de derecho»?⁴⁶ ¿Es un hecho de la persona física o de la jurídica? ¿Estamos dispuestos a acoger un modelo de imputación distinto (y ficticio) basado en una culpabilidad de empresa? la implantación de semejante responsabilidad objetiva pone a los principios y garantías del Derecho penal entre la espada y la pared. O bien se opta por olvidarlos, implantar una responsabilidad solidaria y buscar la eficacia preventiva a cualquier precio; o bien, se opta por la reformulación de la teoría jurídica del delito aplicable a las empresas mediante una ficción jurídica. Cualquiera de estas dos opciones supone una inyección letal para un Derecho penal de inspiración originalmente garantista y basado en el ser humano. Las previsiones de los artículos 31.bis.1 y 2 no encajan en la fórmula de la autoría mediata. Tampoco es un supuesto de coautoría con la persona física, porque de ser coautoría no tendría sentido la compensación de cuantías prevista en el⁴⁷ 31 bis.2. Así pues, tanto con el proyecto de 2009 como con la Ley Orgánica 5/2010 siguen vigentes los problemas relativos a la acción, el principio de culpabilidad y el principio de personalidad de las penas a los que ya aludió la doctrina en el 2007 y en el 2008. Como apuntaré más adelante

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

⁴⁵ En la Exposición de Motivos se habla de una doble vía en el 31.bis.I y el 31.bis II. Sin embargo, algunos autores prefieren referirse a la subdivisión del 31.bis. 1. Como a un sistema un sistema de doble autoría. En este sentido, *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009)», *Diario La Ley*, nº 7442, Año XXXI, 9 de julio de 2010, pp. 1568 ss.

⁴⁶ También Silva Sánchez se pregunta por el título en virtud del cual se imputa responsabilidad penal a las personas jurídicas. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 5. En acertadísimas palabras del autor: «Lo que queda abierto en todo caso para este modelo es la cuestión del título en cuya virtud la responsabilidad por el hecho puede ser transferida a la persona jurídica».

⁴⁷ Así lo hace notar ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas delinquere potest*», p. 14. Para este autor, del 31.bis se deduce una responsabilidad criminal directa por la propia acción y por la propia culpabilidad de la persona jurídica. Dado que su teoría queda desmantelada si se tiene en cuenta la letra del 31.bis.2 CP, el autor se refugia en la cómoda frase de que el 31.bis.2 CP es uno de los puntos débiles de la reforma, que debería haberse omitido.

(II.1), el hecho de que la responsabilidad penal de la persona jurídica sea acumulativa o derivada de la de la física plantea dudas de constitucionalidad⁴⁸. Así, es esperable (y necesario) un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en este ámbito⁴⁹.

En relación con el 31.bis.1, únicamente añadiré una breve referencia a dos cambios que la LO 5/2010 introdujo con respecto al proyecto de 2009. En primer lugar, el proyecto preveía la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos «por sus representantes legales, administradores de hecho o de derecho o por los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica»⁵⁰. No obstante, la previsión de responsabilidad por los delitos cometidos por «los empleados con facultades de obligar a la persona jurídica» se suprimió en las tramitaciones parlamentarias⁵¹. Considero que este cambio es acertado, ya que tal previsión habría dado lugar a una expansión excesiva de responsabilidad penal a cualquier apoderado. Lo cual habría generado demasiada inseguridad jurídica. En segundo lugar, la Ley Orgánica aprobada introdujo una nueva cláusula que no estaba en el proyecto de 2009. Así, al final del art.31.bis.1.I, se hace referencia al debido control, «atendidas las concretas circunstancias del caso»⁵². De acuerdo con la Exposición de Motivos de la ley esta

⁴⁸ En el mismo sentido, *vid.* CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de ley por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código penal*, octubre 2008.

⁴⁹ Si desde la STC 246/1991, de 19 de diciembre, se viene exigiendo declaración de culpabilidad de la persona jurídica como presupuesto para aplicarle el Derecho Administrativo sancionador, con más motivo tendrá que exigirse para aplicarle el Derecho penal. En el mismo sentido el TC ha exigido un hecho propio a la persona que responde solidariamente, de acuerdo con el principio de personalidad de las penas. Pueden citarse, por ejemplo, las siguientes sentencias: STC 125/2001 de 4 de junio (« el principio de personalidad de las penas que forma parte de la legalidad y se encuentra recogido en el artículo 25.1 CE implica que sólo se puede responder penalmente por los actos propios y no por los ajenos»), STC 131/1987 de 20 de julio; STC 219/1988, de 22 de noviembre; STC 254/1988, de 21 de diciembre; 246/1991, de 19 de diciembre; STC 146/1994, de 12 de mayo; STC 93/1996, de 28 de mayo y STC 137/1997, de 21 de julio.

⁵⁰ *Vid.* Proyecto de 2009, art.31.bis.1 I, BOCG Serie A Núm. 52-1.

⁵¹ *Vid.* «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado», Serie A, Núm.52-9, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 18 de marzo de 2010; «Informe de la Ponencia», Serie A, Núm.52-10, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 21 de abril de 2010; «Dictamen de la Comisión», Serie A, Núm.52-11, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 28 de abril de 2010.

⁵² Esta expresión se introdujo a raíz de las enmiendas presentadas en el Congreso, al Proyecto de 2009, el día 18 de marzo de 2010. En el informe de la ponencia de abril de 2010 se propuso una transacción de las mismas. Finalmente, la comisión presentó un nuevo texto el 28 de abril de 2010 en el que incluyó la referencia a «las concretas circunstancias del caso». El texto se pasó al Senado. El 25 de mayo se presentaron 280 enmiendas al texto remitido por el Congreso y todas fueron rechazadas. Así, fue aprobado el texto del Congreso en junio de 2010 sin modificaciones. *Vid.* Congreso de los Diputados, «Enmiendas e índice de enmiendas al articulado», en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 52-9, 18 de marzo de 2010; Congreso de los Diputados, «Informe de la ponencia», en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 52-10, 21 de abril de 2010, p. 2; Congreso de los Diputados, «Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su

expresión se introdujo para evitar que la responsabilidad por omisión del debido control fuese una responsabilidad objetiva. Sin dudar de las buenas intenciones del legislador, pienso que una mera frase no puede evitar el riesgo de responsabilidad objetiva que late en el fondo del 31 bis⁵³. Desde el momento en el que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas por en su nombre o por su cuenta y en su provecho, sin más requisitos, se está admitiendo *de facto* una responsabilidad por el resultado. Si se trataba de evitar una responsabilidad objetiva (por el resultado provechoso), ¿por qué se introdujo esa frase sólo al final del 31.bis.1 II y no en el 31.bis.1.I? ¿Por qué sólo se exige el debido control en el caso del 31.bis.1. II y no en el apartado I? Estas preguntas, como otras muchas cuestiones relacionadas con el principio de culpabilidad, quedan sin respuesta. Y siguiendo esta misma línea de preguntas sin respuesta, también son muchos los problemas irresueltos en torno a la Teoría de la pena.

I. 2. 2. Cuestiones fundamentales suscitadas por el 31.bis. 4 y el 33. 7

De la misma forma que el 31.bis.1 y 2 invitó a replantear la Parte General del Derecho penal en cuanto al concepto de acción y el principio de culpabilidad, el debate en torno a las atenuantes del 31.bis.4 fue uno de los detonantes de la discusión en torno a la Teoría de la pena.

El proyecto de 2009 propuso una redacción del 31.bis.4 idéntica a la del proyecto de 2007 y a la del anteproyecto de 2008. Así se propuso un catálogo de atenuantes propias de la persona jurídica, todas ellas con carácter postdelictivo⁵⁴. Sin embargo, la LO 5/2010 introdujo dos cambios en el⁵⁵ art. 31. bis.4 con respecto al proyecto del 2009. En primer lugar, añadió la

defensa ante el Pleno», en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 52-11, 28 de abril de 2010, p. 11; Diario de Sesiones del Senado, nº 83, 9 de junio de 2010, pp. 48 ss.

⁵³ En el mismo sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 6.

⁵⁴ *Vid.* Proyecto de 2009, artículo único. Tercero. Todas ellas tienen carácter postdelictivo y premian o bien la cooperación procesal (a y b), o bien el resarcimiento (c) o bien la prevención de hechos futuros (d). Esta circunstancia llevó a debatir sobre la naturaleza de las circunstancias atenuantes del 31.bis.4 CP.

⁵⁵ *Vid.* 31. bis. 4 CP: «Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

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

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

expresión «sólo podrán considerarse», para impedir una interpretación extensiva o analógica de las circunstancias atenuantes con otras circunstancias, como las del 21. Así, queda claro el carácter exclusivo de las atenuantes del 31.bis.4. Siguiendo el tenor literal de la ley, no sería posible la aplicación de circunstancias que encajan perfectamente en el marco de la responsabilidad de las personas jurídicas. Es el caso, por ejemplo, de la atenuante analógica o de la atenuante de dilaciones indebidas. Esta situación acentúa todavía más el carácter postejecutivo de las atenuantes del 31.bis.4. En este sentido, se hace más claro que los fines que inspiran a estas atenuantes no son los mismos que los de las atenuantes del 21. Las atenuantes previstas para las personas jurídicas enlazan con la teoría de la pena, porque no influyen ni en la antijuricidad ni en la imputación personal, sino únicamente en la necesidad de castigar. Este apartado del art. 31.bis vuelve a hacer necesario el análisis de los parámetros funcionales que inspiraron al legislador penal.

En segundo lugar, la LO 5/2010 introdujo un cambio en la redacción del 31.bis.4.b). Ahora se dice: «Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para *esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*». En cambio, todos los proyectos legislativos se expresaban diciendo: «Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas *para declarar su responsabilidad*». Ciertamente, la redacción vigente hace menos evidente que el hecho de la persona jurídica sea propio. Se deriva una responsabilidad, por unos hechos de alguien...pero, a diferencia de lo que pretendían los proyectos, las personas jurídicas que aporten pruebas decisivas no declaran su responsabilidad. Más adelante volveré a tratar sobre estos dos cambios en la redacción del 31.bis.4 (II.1.1.). Por el momento, basta con entenderlos como una invitación a preguntarse por el principio de personalidad de las penas. Así, ¿Prescinde el 31.bis.4 del carácter personal que informa la imputación penal? ¿Son lo mismo las «penas» de las personas jurídicas y las penas de las personas físicas?

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

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». (cursivas añadidas). *Vid.* Congreso de los Diputados, «Dictamen de la Comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno», en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, 52-11, 28 de abril de 2010, p. 11;

Para responder a esta pregunta es necesario mirar al único precedente de las «penas» aplicables a las personas jurídicas. Como ya apunté anteriormente, dicho precedente son las «consecuencias accesorias» del 129. En general, se admitían como *tertium genus* entre las medidas de seguridad y las penas⁵⁶. Pero el proyecto de 2009 cambió notablemente la redacción del artículo⁵⁷ 129, con respecto a la que se había dado en el proyecto de 2007 y en el anteproyecto de 2008. A grandes rasgos, cabe afirmar que la nueva redacción ha asemejado todavía más el régimen de las consecuencias accesorias al de las penas aplicables a las personas jurídicas. Las consecuencias del 129 son las mismas que las del 33. 7 c) a g). Y se aplican prácticamente en los mismos supuestos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129.2. Así, la diferencia fundamental entre el 31.bis y el 33.7 es que el primero prevé la responsabilidad penal para las personas jurídicas y el segundo para los entes «que por carecer de personalidad jurídica no encajen en el 31.bis». Esta similitud entre ambos artículos lleva a plantearse si el fin de las penas a las personas jurídicas es el mismo que el de las consecuencias accesorias a los entes sin personalidad jurídica. En palabras de GÓMEZ-JARA, «la similitud de las sanciones a imponer por vía del artículo 129 y del 31.bis y la gravedad de las mismas obligan, cuando menos, a considerar la posibilidad de aplicar requisitos similares de imputación en ambos casos, puesto que una diferencia sustancial de trato encuentra difícil justificación en la mera personalidad jurídica»⁵⁸. Así, ¿Deben entenderse las penas del 33.7 como consecuencias accesorias inspiradas por la prevención especial o como auténticas penas inspiradas por la prevención general? De acuerdo con la literalidad del 129, las entidades por él castigadas son destinatarias de las sanciones por ser medios o instrumentos de quien

⁵⁶ *Vid. supra* nota 2.

⁵⁷ *Vid.* proyecto de 2009. Se modifica el texto del artículo 129 y la LO 5/2010 lo aprobó. Así la nueva redacción establece que: «1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7CP. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

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».

⁵⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 479.

cometió el hecho delictivo. De acuerdo con el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la relación existente entre el 31.bis y el 129, ¿Cómo deberían interpretarse la responsabilidad penal recogida en estos dos artículos? ¿Como una atribución de hecho o como una atribución de sanción? En caso de ser una atribución de sanción, ¿de qué tipo de sanción penal estaríamos hablando? ¿De auténticas penas o de un *tertiun genus* entre las penas y las medidas de seguridad?

En este sentido, es ilustrativo considerar que la letra del antiguo 129.3 preveía las consecuencias accesorias para «prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma»⁵⁹. Esta disposición revelaba, por tanto, el ánimo de prevención especial con el que se pensaron las consecuencias accesorias. Si tenemos en cuenta que el fin fundamental de la pena en el Derecho penal de adultos es la prevención general negativa, ¿no resulta incoherente aceptar la trasfusión indiscriminada de las consecuencias accesorias del 129 a las penas del artículo 33? Claramente, el redactor del proyecto de 2007 y posteriormente el del proyecto de 2009, tuvieron en cuenta los problemas de esquizofrenia interna a los que podía llevar la convivencia de las «penas» del 33.7 con las «consecuencias accesorias» del 129.3 en un mismo texto legal. Por ello, en ambos proyectos se propuso una nueva redacción para el apartado tercero del 129, que no haría alusión alguna a la prevención como fundamento de las medidas en él enumeradas. No obstante, soy de la opinión de que la nueva redacción del 129.3 es un zurcido mal rematado. ¿Cómo debe interpretarse el silencio en torno al sentido o fin de las consecuencias accesorias del 129? ¿Tienen un fundamento distinto al de las medidas del 33.7 simplemente porque unas se llaman «penas» y otras «consecuencias accesorias»? Si el problema no es sólo de nombre, entonces no me explico por qué el art. 570 quáter (incorporado por la misma ley orgánica que incorpora el 31.bis) se refiere a las sanciones del 31.bis como «consecuencias» y no como auténticas «penas». En realidad, el 33.7 esconde un precipitado «corta y pega» que pone en duda el fin de la institución que da nombre al Derecho penal.

De acuerdo con lo visto hasta ahora, una reforma como la del 31.bis exige reformular importantes cuestiones de profundo calado dogmático. Es el caso, como ya se ha apuntado, de la teoría de la pena. En este sentido, no hay que olvidar que, como apunta ROXIN, «la pregunta acerca del sentido de la pena estatal no es en primer término un problema teórico (...) sino un

⁵⁹ Vid. Código penal de 1995, anterior a la reforma de 2010.

tema de acuciante actualidad práctica»⁶⁰. Ciertamente, la respuesta al cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse la injerencia estatal en la existencia social de un sujeto, dependerá de cómo se entienda la institución característica del Derecho penal. Dado el profundo cambio que el nuevo artículo 31 bis supone en la forma de entender la pena, son muchas las cuestiones que en la actualidad práctica pueden presentarse como conflictivas.

Por ello, el presente trabajo se centrará en uno de los apartados del artículo 31 bis: el relativo a las circunstancias atenuantes. Considero que el 31.bis.4 es un apartado paradigmático de lo que ha supuesto la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como ya he apuntado anteriormente, en este artículo se establece un *numerus clausus* de circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de la persona jurídica. Partiendo de este catálogo del 31.bis.4 se tratarán de resolver algunas de las cuestiones apuntadas en torno al principio de culpabilidad y la teoría de la pena, planteadas por los artículos 31, 31.bis y 33.

II. CUESTIONES DE *LEGE FERENDA* A PARTIR DE UN ANÁLISIS DEL 31.BIS.4 CP

II.1. Problemas de constitucionalidad

De acuerdo con lo señalado anteriormente, las circunstancias atenuantes específicas de las personas jurídicas apenas sufrieron modificaciones desde que fueron propuestas por el proyecto de 2007 hasta su aprobación por la LO 5/2010 de 22 de junio. No obstante, los dos cambios que se introdujeron en la redacción del 31.bis.4 resultan claves para entender la clase de modelo de responsabilidad instaurada por el 31 bis.

En primer lugar, debe aclararse que existen dos modelos dogmáticos para fundamentar la responsabilidad penal a las personas jurídicas: el modelo de responsabilidad por atribución del hecho y el modelo de responsabilidad por el hecho propio. El primero, presupone la comisión de un delito por una de las personas físicas integradas en el seno de la jurídica. La responsabilidad de ese hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica porque se entiende a esas personas como *longa manus* de la jurídica. En cambio, el modelo de responsabilidad por el hecho propio no requiere una transferencia de responsabilidad de la persona física. Dicho

⁶⁰ ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, (traducción de Luzón Peña), editorial Reus, Madrid, 1976, p. 11.

modelo apoya la responsabilidad de la persona jurídica en una culpabilidad propia por defecto de organización⁶¹.

El modelo escogido por el legislador español podría definirse como mixto⁶². De acuerdo con lo que trataré de mostrar a continuación, el 31bis tiene elementos propios del sistema de responsabilidad por atribución del hecho de otro y también elementos propios del sistema de responsabilidad por el hecho propio. *Prima facie*, podría parecer que es bastante clara la apuesta por un modelo de heterorresponsabilidad. No obstante, si se profundiza en algunos de los aspectos del artículo 31 bis, se percibe un entrecruzamiento de elementos de responsabilidad por el hecho propio. Esta mezcla de modelos, que podría parecer una pega, no lo es tanto. Precisamente, que junto a los elementos del modelo de heterorresponsabilidad haya aspectos propios del sistema de responsabilidad por el hecho propio es lo que puede salvar la constitucionalidad del texto legal. El modelo de atribución del hecho apoya la responsabilidad penal en el hecho ajeno y eso es inconstitucional⁶³. No obstante, el 31 bis recoge también algunos elementos de responsabilidad por el hecho propio. Esto hace defendible una interpretación que, aunque peque de amplia, haga viable la constitucionalidad del modelo adoptado.

II.1.1 El 31 bis insta un modelo de responsabilidad vicarial. Argumentos a favor.

Dado que el punto de vista de este trabajo es el 31.bis.4, analizaré los aspectos de este precepto que manifiestan la opción por un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno. Se trata de los dos únicos cambios que durante las tramitaciones parlamentarias se introdujeron en el⁶⁴ 31.bis.4. Se trata de dos modificaciones que, además de resultar significativamente

⁶¹ En este sentido, *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdeF, Montevideo Buenos Aires, 2010, *passim.*; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 88-177; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (“compliance programs”)», en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, editorial La Ley, 2011; SILVA SÁNCHEZ, «La reforma del Código penal: una aproximación desde el Contexto», *Diario La Ley* n° 7464, septiembre 2010; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.140-151.

⁶² *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 6. En el mismo sentido, *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código penal de 2009)», en *Diario La Ley*, n° 7442, 9 julio de 2010, p. 1569. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 630.

⁶³ *Vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 24.

⁶⁴ *Vid.* «Informe de la Ponencia», Serie A, Núm.52-10, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 21 de abril de 2010.

elocuentes, sorprendieron a la dogmática penal. Se introdujeron sorpresivamente en marzo de 2010 (al igual que lo que ocurrió con el nuevo artículo 66.bis, relativo a la aplicación de las penas a las personas jurídicas). Aunque ya me referí a estos cambios anteriormente (I.2.1), ahora se analizarán de forma más detallada, en relación con los elementos que informan la teoría jurídica del delito.

En primer lugar, se introdujo un inciso en la primera frase del artículo 31.bis.4. En lugar de decir, «Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)», el nuevo texto dice «*Sólo* podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)». La introducción de este adverbio puso fin a la discusión sobre si se podía aplicar las atenuantes genéricas del 21 a las personas jurídicas, además de las del 31.bis.4. Dado que en un principio el proyecto de ley no se pronunció sobre este punto, el texto del 31.bis.4 permitía tanto una respuesta favorable a la extensión de las circunstancias del 21 a las personas jurídicas, como la respuesta contraria.

En un principio, la doctrina mayoritaria se posicionó a favor de aplicar a las personas jurídicas tanto las circunstancias atenuantes del 31.bis.4 como las genéricas del⁶⁵ 21. El motivo de dicha interpretación era que la aplicación extensiva del 21 a las personas jurídicas constituía un argumento a favor de la consideración del sistema del 31.bis como un modelo de responsabilidad de la persona jurídica por el hecho propio. Quienes apuestan por este modelo defienden la construcción de un equivalente funcional al principio de culpabilidad de las personas físicas⁶⁶. Lo contrario llevaría a una responsabilidad objetiva, impropia del Derecho penal. Ahora bien, las atenuantes del 31.bis.4 son postejecutivas y por tanto no afectan a la culpabilidad. Así, para construir un modelo de culpabilidad de las personas jurídicas que fuese funcionalmente equivalente al de las personas físicas se hacían necesarias algunas de las previsiones del 21. Por ejemplo, la atenuante analógica o las eximentes incompletas. De esta forma, abogaron por hacer compatible la aplicación de las circunstancias del 31.bis.4 con las del 21.

No obstante, en el texto presentado por la Comisión tras las enmiendas de marzo de 2009 se introdujo la expresión «*sólo* podrán considerarse...». Es decir, se hizo caso omiso de los problemas que esta expresión podía ocasionar para la construcción de un principio de

⁶⁵ En este sentido, *vid.* Por ejemplo, ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad de empresas*.

⁶⁶ *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, pp. 473 ss.

culpabilidad que permitiese sancionar a las personas jurídicas por su propio hecho de forma no objetivista. En consecuencia, en este punto concreto, el legislador parece haber apostado más por un modelo de transferencia o heterorresponsabilidad. En principio, el texto del 31.bis.1, podría haber servido para apostar por uno u otro modelo. Pero, la redacción final del 31.bis.4, parece dirigir (de entrada) la interpretación de las sanciones a las personas jurídicas hacia una responsabilidad no basada en el principio de culpabilidad por el hecho propio.

Además, la opción por un modelo de atribución del hecho o de transferencia se ve también en el segundo cambio introducido por el texto presentado tras la aprobación de las enmiendas. En todos los proyectos anteriores, el 31.bis.4 b) decía: «Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para *declarar su responsabilidad*»⁶⁷. Sin embargo, el texto definitivo del proyecto, que luego sería aprobado como LO 5/2010, de 22 de junio, dice: «Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer *las responsabilidades penales dimanantes de los hechos*». Ya no declaran una responsabilidad por el hecho propio, es decir, ya no aportan pruebas para esclarecer su culpabilidad. Ahora, el texto se refiere a que aporten pruebas que esclarezcan las responsabilidades de los hechos. Según el nuevo texto, las responsabilidades dimanen de los hechos. Se transfiere a la persona jurídica una responsabilidad por unos hechos... pero en ningún momento se hace referencia explícita a que esos hechos sean suyos. No obstante, también hay argumentos a favor de considerar que el legislador ha optado por un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

II.1.2. El 31.bis CP introduce un modelo de responsabilidad por el hecho propio. Argumentos a favor.

A pesar de que la literalidad del texto del 31.bis.4 (y de todo el 31 bis) parece conducir hacia un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno, no hay que olvidar que este tipo de responsabilidad es inconstitucional⁶⁸. Por ello, el legislador ha incluido algunos elementos del modelo de responsabilidad por el hecho propio. Una vez más, el 31.bis.4 resulta muy elocuente. En el catálogo de atenuantes, el legislador ha previsto la posibilidad de atenuar la

⁶⁷ Vid. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código penal, del año 2009. Serie A. Núm. 52-1. Boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 27 de noviembre de 2009.

⁶⁸ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 23.

responsabilidad penal de las empresas mediante comportamientos propios. El catálogo de atenuantes del 31.bis.4 brinda a las personas jurídicas la posibilidad de llevar a cabo actos de autoorganización y actos propios de carácter procesal⁶⁹.

Además, pienso que precisamente el hecho de que existan unas atenuantes propias de las personas jurídicas, fundamenta la existencia de una culpabilidad de la persona jurídica propia y distinta de la de la persona física. Ciertamente, como apunta GÓMEZ-JARA, no resulta coherente afirmar que no se pueden transferir las circunstancias modificativas de la responsabilidad por un lado, pero por otro afirmar que la culpabilidad de la persona física sí es transferida a la persona jurídica⁷⁰.

Por tanto, puede decirse que el artículo 31.bis.4 es un testigo paradigmático de la mezcla entre los elementos del 31 bis. Algunos de esos elementos apuntan hacia un modelo de responsabilidad vicaria y otros hacia un modelo de responsabilidad por el hecho propio. Como hemos visto, la literalidad del 31.bis.4 ilustra la opción por un modelo de transferencia, mientras que el significado de las medidas en él contenidas corresponde a un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

Sólo han pasado unos meses desde que la reforma entrara en vigor y por ello, todavía es mucho lo que tienen que decir la doctrina y la jurisprudencia sobre el modelo de responsabilidad adoptado. Nuestro legislador ha optado por un modelo mixto con elementos tanto de atribución del hecho (responsabilidad por el hecho propio) como por la atribución de la sanción (responsabilidad por transferencia o heterorresponsabilidad). No obstante, dados los problemas de constitucionalidad derivados de los modelos de heterorresponsabilidad, pienso que es necesario abogar por una interpretación del 31.bis favorable a un modelo de responsabilidad por el hecho propio⁷¹. Para comprender esto basta acudir a los cuatro criterios que informan la interpretación de las normas de nuestro ordenamiento jurídico⁷². Por el

⁶⁹ Por eso Gómez-Jara señala que el modelo mixto adoptado por el legislador parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal empresarial. *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 83.

⁷⁰ *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 494.

⁷¹ En el mismo sentido, *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad de las personas jurídicas», en Ortiz de Urbina (coord.), *Memento de reforma penal. Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 18; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 25; ZUGALDÍA ESPINAR, «Teoría de la imputación de las personas jurídicas», en el mismo (Dir.) *Fundamentos de Derecho penal (Parte General)*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 582 ss.

⁷² *Vid.* Artículo 3 del Código Civil.

criterio gramatical podría defenderse tanto la existencia de un modelo de heterorresponsabilidad como de un modelo de responsabilidad por el hecho propio. Como se ha señalado anteriormente, la letra del 31.bis.4 es un ejemplo de que la literalidad del artículo está impregnada tanto por elementos del modelo vicarial como del modelo de autorresponsabilidad. No obstante, el resto de los criterios de interpretación aconsejan la opción por un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

De acuerdo con el criterio sistemático, el principio de unidad del ordenamiento jurídico debe operar también en el caso de las personas jurídicas. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la responsabilidad objetiva es ilegítima en el Derecho administrativo sancionador. Teniendo en cuenta que todo lo que resulta ilegítimo en Derecho administrativo sancionador es asimismo ilegítimo en Derecho penal⁷³, cabe decir que para ser constitucional, la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene que respetar el principio de responsabilidad subjetiva. Esto excluye la validez del modelo de responsabilidad vicaria, porque atribuir la sanción por transferencia del hecho ajeno convertiría al 31.bis en un cuerpo extraño incompatible no sólo con el Código penal sino también con el resto del Ordenamiento jurídico que se compadece mal con los postulados constitucionales. En este sentido, el propio texto del 31.bis.2 lleva a favorecer esta interpretación, así como el 31.bis.3, que exige la imposición de responsabilidad penal a la persona jurídica aunque la persona física no haya sido individualizada, no se haya podido dirigir contra ella el procedimiento, le falte culpabilidad o haya fallecido.

Además, el criterio histórico también conduce a una interpretación del 31.bis como un modelo de responsabilidad por el hecho propio. Basta echar un vistazo a la interpretación que se dio al derogado artículo 31.2, precedente del 31.bis actual. Este artículo llamaba «responsabilidad penal» a la atribución de una sanción a la persona jurídica por el hecho de la física. No obstante, mereció una fuerte crítica en la doctrina. También en la jurisprudencia, que apenas aplicó el precepto⁷⁴.

Por último, de acuerdo con el criterio teleológico, cabe señalar que «el fin de la norma es que las personas jurídicas se autoorganicen de forma que faciliten la prevención y

⁷³ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 9.

⁷⁴ En este sentido es muy ilustrativo ORTIZ DE URBINA GIMENO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Justicia y Economía*, CGPJ, 2010, pp. 200 ss. El autor califica de «fracaso anunciado» el artículo del 31.2. La doctrina propuso buscar algún tipo de exigencia de imputación subjetiva para trasladar la responsabilidad por el pago de la persona física a la jurídica.

detección de los delitos que en ellas se cometen»⁷⁵. El legislador intenta dar una solución al riesgo que suponen las personas jurídicas en cuyo seno se cometen delitos. Ahora, una vez que la reforma se ha aprobado, no es el momento para discutir la conveniencia o no de que esta inocuización del riesgo que suponen ciertas personas jurídicas se haga por vía penal. Lo cierto es que con la LO 5/2010 de 22 de junio se ha puesto fin al principio de *societas delinquere non potest*. El legislador ha escogido la vía penal, a pesar de que el Derecho administrativo sancionador ya bastaba para cumplir con las directrices de la Unión Europea⁷⁶. Así pues, dado que el fin de la norma es inocuizar los factores de riesgo por vía penal, deberá apostarse por la interpretación que resulte más favorable a la consecución de ese fin. Y esa interpretación no puede ser otra que la favorable al modelo de responsabilidad por el hecho propio, dado que el modelo vicarial sería inconstitucional y por tanto, indefendible.

En conclusión, de acuerdo con los criterios de interpretación gramatical, sistemático, histórico y teleológico, ante la confusión a la que invita la literalidad del 31.bis, es preferible defender que el 31.bis recoge un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

Ahora bien, ¿Cuál sería el criterio de culpabilidad? Los defensores de los modelos de responsabilidad por el hecho propio fundamentan la responsabilidad no en el hecho de transferencia, sino en una culpabilidad por defecto de organización de la propia persona jurídica⁷⁷. ¿Es posible esta interpretación para el 31 bis?

En primer lugar, debe definirse lo que se entiende por «defecto de organización». La doctrina entiende que un defecto de organización es haber omitido de forma contraria al deber la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal y no delictivo de la actividad de la empresa⁷⁸. Según esto, el

⁷⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 28. En el mismo sentido, *vid.* NIETO MARTÍN, *La Responsabilidad penal*, p. 218, que apela a la responsabilidad social como fin de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁷⁶ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 5. El autor hace ver de forma más que convincente lo innecesario de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ejemplo, hace ver la eficacia del Derecho penal del medio ambiente, que sin introducir responsabilidad penal de las empresas ha tenido un balance muy positivo. Bajo Fernández también se muestra crítico con la necesidad de la reforma, *vid.* BAJO FERNÁNDEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Diario la Ley* nº 7483, de 6 de octubre de 2010.

⁷⁷ *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 6.

⁷⁸ En este sentido, *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, «Responsabilidad penal y administrativa», p. 1569; El autor señala que «se requiere la comprobación de un déficit organizativo que haya posibilitado la comisión del delito en los órganos, equivalente a la culpabilidad de las personas individuales en la forma de *culpabilidad de organización*» (cursiva en el original). En el mismo sentido, *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, «la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código penal», *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de diciembre de 2010, p.

texto del 31.bis.1.II garantiza el principio de responsabilidad subjetiva. El tenor literal de este apartado dispone que se sancione a la persona jurídica por los delitos cometidos por los empleados sobre los que no se ha ejercido el debido control. Por tanto, este apartado del 31.bis.1 sería apto para cumplir con el criterio de culpabilidad exigido por el modelo de responsabilidad por el hecho propio. Además, no hay que olvidar que en las tramitaciones parlamentarias se introdujo la cláusula «atendidas las concretas circunstancias del caso», precisamente para evitar una interpretación del 31.bis.1 II focalizada en una responsabilidad meramente objetiva, impropia del Derecho penal y de la totalidad del sistema sancionador de nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, no habría problema en entender el artículo 31.bis.1 II como un modelo de responsabilidad por el hecho propio. Quedaría salvada su constitucionalidad.

Ahora bien, mayores problemas presenta la comprensión del 31.bis.1.I como un modelo de responsabilidad por el hecho propio. A primera vista, parece que para el caso de los sujetos individuales con poder de dirección el legislador ha optado por el modelo de imputación directa o vicarial. A diferencia de lo que ocurre en el 31.bis.1.II, en el apartado I no se hace referencia explícita a la omisión del «debido control». ¿Significa eso que en el apartado I se consagra una responsabilidad objetiva por el resultado? ¿Cabe una interpretación del 31.bis.1. I que asegure una exigencia de responsabilidad subjetiva en la determinación de la responsabilidad? Siguiendo la propuesta de ORTIZ DE URBINA, considero acertada la interpretación de que, dado que el modelo de imputación directa no es aceptable, «no queda otra alternativa que entender que, a pesar de que no se haga una referencia expresa a la responsabilidad subjetiva, el artículo ha de ser interpretado conforme a la Constitución, en el sentido de requerir la infracción del deber de cuidado por parte de la empresa»⁷⁹. Es decir, que la única vía para salvar la constitucionalidad del precepto es admitir que el requisito de misión del control debido se refiere tanto a los sujetos del 31.bis.1.I como a los sujetos del 31.bis.1. II, aunque en el inciso I no se diga expresamente.

1849; ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad de empresas*, pp. 277 ss. De hecho, esta es la tesis seguida por la Ley italiana nº 231 de 8 de junio de 2001 y por la ley chilena nº 20393 de 2 de diciembre de 2009. No obstante, considero acertada la matización de Silva Sánchez, que señala que no bastaría con la mera constatación de un defecto de organización. Eso es un dato meramente objetivo. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 6. La jurisprudencia deberá ir determinando los criterios que hagan patente la existencia de un «poder organizarse de otro modo» en el momento de la comisión del delito. De lo contrario se llegaría a una culpabilidad similar a la idea de culpabilidad por la conducción de vida, que en absoluto podría servir como equivalente funcional de la culpabilidad de las personas físicas.

⁷⁹ ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 25. En el mismo sentido, *vid.* DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Responsabilidad», p. 18.

Por tanto, mediante esta interpretación del precepto quedarían salvado el principal problema de constitucionalidad que presenta el 31.bis.1. No obstante, quedarían pendientes de reforma algunos aspectos de redacción que a pesar de ser de carácter meramente técnico (y no de trascendencia constitucional), llevan a resultados absurdos⁸⁰. La interpretación propuesta del 31.bis.1 daría solución a los problemas de culpabilidad y del concepto de acción. A menos de un año de la entrada en vigor de la reforma todavía tendrá que profundizarse sobre dichas categorías en relación con el modelo de responsabilidad recogido en el 31.bis. Pero el criterio de interpretación propuesto permite, al menos, salvar la constitucionalidad y aplicabilidad del precepto.

II.2. Problemas de teoría de la pena

Ahora bien, aunque con esta interpretación queden salvados los principales problemas en torno al concepto de acción y al principio de culpabilidad, resta por resolver un segundo problema. Se trata de dar una solución a las cuestiones planteadas en torno a la teoría de la pena. De acuerdo con lo apuntado en el primer apartado de este trabajo, se trata de ver si lo que contiene el 33.7 son verdaderas penas. Esta cuestión, que *prima facie* puede parecer de interés exclusivamente teórico, tiene importantes consecuencias prácticas. Como ya señalé, la pena es la institución central del Derecho penal, junto con la teoría del delito.. Sólo ella, debido a su alto contenido aflictivo y punitivo, puede llevar anejas las garantías que diferencian a este de otras ramas del Derecho, como el Administrativo sancionador (en el que las garantías son menores). Por tanto, si lo que está contenido en el artículo 33.7 no son penas, difícilmente podrá dirigirse un procedimiento contra una persona jurídica en el que estén vigentes todas las garantías del Derecho penal.

En primer lugar, está el problema planteado anteriormente en relación con el principio de personalidad de las penas. Este ha sido uno de los principales argumentos contra la instauración de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de que la persona jurídica no sufre la pena (al menos, no la sufre como las personas físicas) y de que

⁸⁰ Lo hace notar Silva Sánchez cuando señala lo inadecuado de que la omisión del debido control imprudente dé lugar a responsabilidad dolosa de la persona jurídica. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 6. También Ortiz de Urbina critica la incongruencia de que el régimen de responsabilidad por los delitos cometidos por los directivos sea más benigno que el de la responsabilidad por los delitos de los empleados. Esto es así porque dada la redacción del 31.bis. 1, en el párrafo 1 sólo cabría responsabilidad por dolo y en el párrafo 2 por dolo e imprudencia. *Vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 26. No obstante, estos son problemas más técnicos, que no afectan *stricto sensu* a la constitucionalidad del modelo de responsabilidad adoptado.

además, con esa pena se puede hacer daño a terceros, que nada han tenido que ver con el delito⁸¹.

Para responder a esta cuestión hace falta, en primer lugar determinar lo que se entiende por pena. Tradicionalmente, la pena se ha definido como «un mal causado a una persona en un procedimiento público-general por el Estado, porque existe una lesión de una regla jurídica imputable a una persona a modo de reproche»⁸². Es decir, se impone la pena *quia peccatus est*, con carácter retributivo⁸³. Ahora bien, mientras que con el Derecho Penal de adultos el fin de la pena es la prevención general negativa y en el derecho penal de menores los es la prevención general positiva, en las personas jurídicas no está claro.

Es cierto que el Código penal habla de penas, pero los fines que inspiran a las medidas del 33.7 no son los mismos que los que inspiran las penas en el caso de las personas físicas⁸⁴. Basta acudir al por qué de la introducción de una responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de que las empresas se autoorganicen de forma que se prevean y se detecten los delitos cometidos en su seno. El fin perseguido por el 31.bis es que quienes constituyen una amenaza para la estabilidad del orden social, dejen de serlo mediante el establecimiento de una cultura empresarial adecuada⁸⁵. Es decir, no se trata tanto de castigar o intimidar. Se busca inocuizar un factor de riesgo. El fin perseguido al sancionar penalmente a la persona jurídica es fundamentalmente la prevención especial⁸⁶. Se busca resocializar al

⁸¹ Vid. por ejemplo, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de ley por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código penal*, octubre 2006, pp. 25-26. Considero bastante acertada la crítica que hace Zugaldía a lo dicho en el informe. Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, *Responsabilidad de empresas*, pp. 162-163. Vid. también la reciente STC de 13 de octubre de 2010 (ponente Delgado del Barrio) en relación con el principio de personalidad de las penas (FJ 4º).

⁸² HEIKO LESCH, *La función de la pena*, (Traducción a cargo de Sánchez-Vella Gómez-Trelles) Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, Madrid, 1999, p. 4.

⁸³ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general: Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*, BdeF, Montevideo Buenos Aires, 2007, *passim*. En esta interesantísima obra, el autor señala que «la pena es una sanción y, en esta medida, comparte determinadas características con otras sanciones penales y extrapenales, pero lo que la identifica como tal es su esencia retributiva» (p. 51).

⁸⁴ Lo hace notar Silva Sánchez cuando en uno de sus recientes artículos sobre la reforma se refiere a las consecuencias del 33.7 como «penas», sin dejar de entrecomillar el término en ningún momento. De hecho, llega a referirse a ellas no como consecuencias jurídico-penales, sino como «consecuencias jurídicas impuestas en un proceso penal». Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», pp. 3-4.

⁸⁵ Vid. *Supra*, nota 75.

⁸⁶ A propósito de la prevención especial, vid. el análisis de FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 167-226, con numerosas referencias.

sujeto que ha delinquido (prevención especial positiva) y si esto no es posible, inocularlo (prevención especial negativa). Una clara muestra de ello es que todas las atenuantes contenidas en el artículo 31.bis.4 son postdelictivas⁸⁷. Ninguna de ellas se refiere a la antijuricidad ni a la culpabilidad. Es más, por si había alguna duda interpretativa, el legislador dejó claro que «sólo serán circunstancias atenuantes» las recogidas en el 31.bis.4. Atenuar la pena en los casos del 31.bis.4 tiene sentido porque después del delito la empresa muestra una menor necesidad de prevención especial. Del texto aprobado por la LO 5/2010 se desprende que las medidas contenidas en el 33.7 (disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de realizar determinadas actividades, etc.) se imponen en razón de la peligrosidad de la persona jurídica y no tanto en función de la gravedad de los hechos⁸⁸. Así, mientras que las atenuantes responden a la prevención especial positiva, las «penas» a las personas jurídicas tienen fines de prevención especial negativa.

La única objeción que se me podría hacer a esta interpretación del 33.7 y sus fines es que la pena de multa (33.7.a) responde más a razones de prevención general que especial. No obstante, incluso al referirse a la pena de multa el legislador ha empleado términos de prevención especial. Así, el 31.bis.2 habla de «proporcionalidad». Y esta es una terminología propia de medidas de seguridad, no de las penas⁸⁹. Al sancionar a las personas jurídicas se busca es la eficacia frente a situaciones de especial peligrosidad criminal y esta ha sido reconocida como una de las principales aportaciones de la prevención especial.

No ignoro que a primera vista puede sorprender la afirmación de que lo que late en el fondo del 33.7 no son verdaderas penas. La prevención especial nunca podría admitirse como fin legitimante de la pena cuando esta se impusiere a un ser humano. Sin embargo, las críticas que tradicionalmente se han hecho a la prevención especial no se sostienen en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹⁰. Siguiendo a FEIJOO SÁNCHEZ, «la objeción más importante que cabe hacer a la prevención especial como función esencial del Derecho

⁸⁷ Precisamente, una de las principales características de la prevención especial es que mira más al futuro que al pasado. *Vid.*, por ejemplo, ROXIN, «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho penal*, (Traducción a cargo de Luzón Peña), Marcial Pons, Madrid, 1976, pp. 11 ss.

⁸⁸ En este sentido, *vid.* CARBONELL MATEU/ MORALES PRATS/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Personas jurídicas: Art. 31 bis CP», en VV.AA., (dirs. Álvarez García/ González Cussac), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 41.

⁸⁹ *Vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, nº 77 (2010), p. 15.

⁹⁰ Sobre estas críticas, *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, pp. 195 ss.

penal es que trata a los ciudadanos libres y responsables como inimputables o niños, lo cual atenta contra la dignidad»⁹¹. Ahora bien, ¿Se sostiene esta crítica allá donde el delincuente es una no-persona sin dignidad? ¿Qué pasa cuando, como en el caso de las personas jurídicas, el delincuente no es más que un peligro? Aunque el Código penal las llame «penas», hay que atender a la naturaleza sustantiva de las consecuencias jurídicas. No basta que estén reguladas en el Código penal para que sean penas⁹².

Es importante señalar que este interés por los fines de la pena no es meramente teórico. Para responder a algunos de los problemas prácticos del 31.bis es necesario tener en cuenta que el fin que late detrás de las sanciones a las personas jurídicas, porque «la teoría de la pena condiciona la teoría jurídica del delito»⁹³. Así trataré de mostrarlo a continuación, al proponer soluciones a algunos de los problemas planteados por el artículo 31.bis.4, que constituye el hilo conductor de este trabajo.

II. 3. Circunstancias eximentes de la responsabilidad penal: «compliance *ex ante*»

En uno de sus últimos trabajos, ZUGALDÍA califica de punto débil de la reforma⁹⁴ el hecho de que no se haya previsto una eximente por adopción de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. Ciertamente, el legislador no ha previsto un catálogo de eximentes. No obstante, la doctrina se muestra bastante unánime en apostar por una interpretación favorable a la consideración de la adopción de medidas *ex ante* como una circunstancia eximente de la responsabilidad penal.

II.3.1. ¿(Im)posible impunidad de la persona jurídica?

Para comprender esta postura hay que definir, en primer lugar, lo que se entiende por lo que el Código denomina «medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos». La postura

⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 201.

⁹² Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000», en *RJUAM*, 2001, p. 12.

⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Retribución y prevención general*, p. 194. Precisamente, ya en el prólogo de esta obra (p. 59), el autor hace suyas las siguientes palabras de Alcácer Guirao, con las que estoy plenamente de acuerdo: «la decisión sobre un fin determinado de actuación sólo puede obtenerse desde criterios valorativos (...) en la Ciencia del Derecho penal, la normatividad ha de preceder a la facticidad». Vid. ALCÁCER GUIRAO, *AP 2001*, pp. 232 y 259. También lo dice Roxin, al expresar que «el sentido y fin de la pena es una cuestión práctica», en ROXIN, «Sentido y límites», p. 11.

⁹⁴ Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)», *La Ley Penal*, nº 77 (2010), p. 13.

dominante es entender que el legislador está haciendo referencia a la adopción de «programas de compliance»⁹⁵. Ahora bien, teniendo en cuenta el fin de la norma, es evidente que no bastaría con la mera implementación de esas medidas. Si se va más allá de una interpretación formalista del artículo 31.bis.4.d), se comprende que lo que el legislador busca es el cumplimiento de la legalidad, y no una mera tapadera. Se trata de que la adopción de las medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos facilite una cultura empresarial conforme a Derecho. Por ello, el calificativo de «eficaces» no puede entenderse en el sentido de que si se ha cometido un delito las medidas han sido ineficaces. Deben considerarse eficaces aquellas medidas que razonablemente hubieran debido prevenir o detectar la comisión de un delito.

En este sentido, se entiende que la doctrina proponga como causa de exclusión de la responsabilidad penal la adopción *ex ante* de los «programas de compliance»⁹⁶. La persona jurídica que con anterioridad a la comisión del hecho delictivo haya implantado medidas que razonablemente puedan evitar la comisión de delitos no representa un riesgo en el sentido del 31 bis. Como ya apunté al tratar sobre el 31.bis.1, el riesgo típicamente relevante tanto del apartado I como del apartado II se despliega cuando existe una omisión del debido control. No obstante, la persona jurídica que dispone de un plan de prevención de delitos y lo aplica no estaría incumpliendo con su deber de control. Faltaría colmar el tipo del 31 bis y por tanto no sería razonable castigar a la persona jurídica.

Es necesario aclarar que para aplicar esta solución a la cuestión sobre la adopción de «compliance» *ex ante*, es innecesario que se prevea como eximente. El silencio del legislador sobre este punto no es un punto débil de la reforma. La jurisprudencia podrá dejar impune a la empresa que diligentemente aplique un plan de prevención de delitos sin necesidad de que la ley lo señale expresamente. Pienso que no hace falta prever esta circunstancia como eximente porque la empresa que implanta y aplica esas medidas con anterioridad a la comisión de los delitos no llega ni tal siquiera a delinquir⁹⁷. No habría que eximir de responsabilidad porque ni siquiera existiría hecho antijurídico. Faltaría la posibilidad de conectar el delito con la persona jurídica, porque no habría tipicidad. Es decir, sería como el paralelo a la falta de

⁹⁵ Vid. por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, «Responsabilidad penal y administrativa», pp. 1568 ss.; vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La responsabilidad penal», pp. 1849 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», pp. 27-32; SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 6;

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ En el mismo sentido, vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 31.

tipicidad que empleamos en la Teoría general del delito para las personas físicas. Así, aunque se haya producido la muerte de alguien, eso no significa que exista tipicidad de homicidio. Por tanto, si bien puede haberse cometido un delito por la persona física, no es posible atribuirle tal hecho antijurídico a la persona jurídica, pues si ha implantado programas de prevención destinados a una buena organización y a satisfacer el debido control, no se despliega un riesgo típicamente relevante en el sentido del 31 bis. Las eximentes entran en consideración una vez que se ha dado el tipo objetivo y subjetivo. Pero en el caso de una persona jurídica que implanta «programas de compliance» *ex ante*, el proceso de imputación debería extinguirse forzosamente en un estadio de la teoría del delito anterior al de las eximentes: el de la tipicidad.

II.3.2. Contenido de los «compliance»

Vista la importancia de implantar unas medidas eficaces de prevención de los delitos, queda por resolver un segundo problema. El Código penal no determina cuáles son estas medidas. ¿Se trata de una laguna legislativa? ¿Atenta este silencio contra el mandato de determinación que informa la legalidad de las disposiciones penales? Pienso que no. Es cierto que el Código penal no concreta expresamente lo que debe entenderse por medidas eficaces para la prevención y detección de los delitos⁹⁸. No obstante, este tipo de planes de prevención son conocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, podría considerarse que se encuentran en normas como la L 19/1993 de medidas de prevención del blanqueo de capitales, en el artículo 84. ter L 24/1988 del Mercado de Valores (LMV), en el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (CNMV) y en el proyecto de directiva comunitaria del 10 de julio de 2007 mediante el que se extienden al ámbito de los seguros normas ya existentes respecto de bancos y otras entidades financieras⁹⁹; asimismo, pueden entenderse regulados en el Real Decreto 1/2010 de 2 de julio de 2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital¹⁰⁰, el Plan de prevención de riesgos laborales (art. 2 del Real Decreto 39/1997, Reglamento del Servicio de prevención de riesgos laborales), el Sistema de Análisis de Peligros y Puntos Críticos que en materia de

⁹⁸ El legislador español no ha concretado lo que debe entenderse por «medidas eficaces para prevenir los delitos». Esto no ocurre en otras legislaciones, como la italiana o la chilena. Como señala Ortiz de Urbina, se echa de menos un mayor esfuerzo legislativo en este sentido. *Vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 31.

⁹⁹ *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, «Responsabilidad penal y administrativa», p. 1570.

¹⁰⁰ *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, «La responsabilidad penal», p. 1851.

seguridad alimentaria establece el RD 2207/1995, por el que se establecen las normas de higiene de los productos alimenticios o los sistemas de gestión ambiental del Reglamento CEE 1836/93/CE¹⁰¹. Si bien es cierto que no puede establecerse un modelo único de plan de prevención, la doctrina coincide en definir algunos elementos comunes¹⁰². En concreto, pueden enumerarse los siguientes:

-El análisis del riesgo penal de la empresa¹⁰³.

-El establecimiento de un código de conducta¹⁰⁴. De acuerdo con NIETO MARTÍN, son muy significativos los Códigos de conducta existen para que la empresa cumpla con determinadas obligaciones legales, cuya finalidad es la de colaborar con el Estado en la consecución de un determinado fin público. Por ejemplo, el art. 34 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo requiere que los sujetos obligados establezcan políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgo etc. Esto debe concretarse en normas de conducta que indiquen, por ejemplo, a los empleados de la entidad como deben comportarse y que pasos han de seguir ante operaciones sospechosas de blanqueo. Para los Códigos de conducta también son relevantes las normas destinadas a establecer medidas con el fin de impedir la utilización por parte de los directivos de la entidad de información privilegiada (art. 83 bis LMV).

-La adopción de un sistema de información para descubrir la comisión de delitos y la identificación de autores individuales¹⁰⁵. Se trata de implantar tanto sistemas que regulen la circulación de la información en el interior de la persona jurídica, como los que establecen

¹⁰¹ Vid. NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa» en *Política criminal*, nº 5, 2008, p. 5. (Disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080630_01.pdf) (Consultado el 9 de mayo de 2011).

¹⁰² Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 29.

¹⁰³ Este análisis debe incluir tanto el riesgo propio de la actividad, como los riesgos derivados de la organización interna de la propia persona jurídica. Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 29.

¹⁰⁴ Vid. NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social», p. 5.

¹⁰⁵ Vid. NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social», p. 6.

cauces de comunicación con el exterior (autoridades, consumidores o accionistas). En el marco del buen gobierno corporativo, para que los consejeros ejerzan eficazmente sus funciones supervisoras debe establecerse el derecho de todo administrador a «recabar y obtener la información y el asesoramiento necesarios para el cumplimiento de sus funciones de supervisión». Destaca también el artículo 27 de la Directiva 2005/60 del Blanqueo de Capitales y financiación del terrorismo, así como el artículo 29.2. 4ª Ley 31/1995 Seguridad e Higiene en el Trabajo. También, el art. 116 LMV, que regula los informes de buen gobierno corporativo.

-La identificación de las líneas de responsabilidad. Siguiendo a ORTIZ DE URBINA¹⁰⁶, se trata de demostrar la implicación con el código de conducta de los niveles directivos y posibilitar el rastreo de la toma de decisiones. Por ello, es necesaria una delimitación de funciones clara y la documentación de las decisiones más importantes.

-El seguimiento interno y externo del programa, así como la revisión periódica del mismo¹⁰⁷. Es decir, que haya controles de auditoría. Esto se aplica por ejemplo en la prevención de riesgos laborales (art. 29 ss. RD 39/1997) o en materia de medio ambiente (art. 6 del Reglamento CEE 1836/93).

De acuerdo con esto, no puede decirse que la persona jurídica que establezca diligentemente estas medidas antes de la comisión del delito deba ser penalmente responsable del mismo. No desplegaría un riesgo típicamente relevante en el sentido del 31 bis porque no se habría omitido el debido control. En cualquier caso, si esta propuesta no convence, podría llegarse a la misma solución por otra vía. Se trata de los criterios de determinación de la pena previstos en el artículo 66 bis, a los que haré referencia a continuación.

II. 4. Posibilidad de ampliar el catálogo de atenuantes y agravantes de la persona jurídica

Como ya he apuntado anteriormente, el artículo 31.bis.4 prevé un catálogo cerrado de circunstancias atenuantes. Se trata de un *numerus clausus* de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Así, el legislador parece haber cerrado la puerta tanto a la consideración de otras atenuantes, como a la apreciación de circunstancias agravantes.

¹⁰⁶ Vid. ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Responsabilidad penal», p. 29.

¹⁰⁷ Vid. NIETO MARTÍN, «Responsabilidad social», p. 7.

Este hecho puede llegar a suponer una grave desigualdad con respecto al trato que se da a las personas físicas. Al tasar de forma tan clara las atenuantes aplicables a las personas jurídicas, el legislador ha provocado que, por ejemplo, en un mismo proceso una persona física pueda beneficiarse de las dilaciones indebidas o de la atenuante analógica, mientras que una persona jurídica no.

Ahora bien, aunque algunas voces doctrinales han tachado esta desigualdad de «injustificable»¹⁰⁸, yo no pienso que lo sea. Podría hablarse de desigualdad injustificable si, ante una misma realidad y unos mismos sujetos, el trato fuese discriminatorio para uno de ellos sin motivo alguno. Pero en este caso, no estamos ni ante dos sujetos iguales ni ante la misma realidad. Es innegable que una persona física no es lo mismo que una persona jurídica, aunque las dos se llamen «personas»; precisamente por eso, los fines que inspiran las penas a las personas físicas no son los mismos que los fines que inspiran las «penas» a las personas jurídicas, aunque los dos se llamen «penas». Como ya apunté anteriormente, las «penas» previstas para las personas jurídicas están inspiradas por la prevención especial, lo cual sería inadmisibles para las personas físicas. Pero es precisamente desde la prevención especial desde dónde puede salvarse la desigualdad entre el 21 y e 31.bis.4.

II.4. 1. Ampliación de las circunstancias atenuantes

En concreto, estoy pensando en dos atenuantes del 21 que no se han previsto en el 31.bis.4 y que pueden tener una gran trascendencia al referirse a una persona jurídica. Se trata de la atenuante de análoga significación y de la atenuante de dilaciones indebidas¹⁰⁹. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona jurídica contra la que se abre un proceso en el que el juez de instrucción aprueba el cierre temporal de los locales o establecimientos y la intervención como medidas cautelares, según lo dispuesto en el 33.7. Si en ese proceso se diesen dilaciones indebidas saldría gravemente perjudicada no sólo la empresa, sino también, por ejemplo, los trabajadores y los socios (quizás, más que con una pena). Como señalé anteriormente, una de las pegadas que siempre se ha puesto a la instauración de una responsabilidad penal de las personas jurídicas es precisamente el principio de personalidad de las sanciones. Y, ¿no se estaría vulnerando al perjudicar a los trabajadores o a los socios, no por la comisión de un delito, sino por unas dilaciones indebidas?

¹⁰⁸ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 494.

¹⁰⁹ Vid. Artículo 21. 6º y 7º Código Penal.

La cuestión es de tal importancia que no basta con comprobar el carácter cerrado del 31.bis.4 y decir que la reforma tiene una laguna en esta materia. Es cierto que el 31.bis.4 cierra la puerta a la consideración de otras atenuantes, como la analógica o la de dilaciones indebidas. No obstante, el 66 bis es un instrumento más que adecuado para atenuar la responsabilidad de la persona jurídica en cuestión.

En el proyecto de 2009 no existía este artículo. El proyecto de 2009 propuso la introducción de un artículo 66.3, que tenía la misma redacción que el 66.3 del proyecto de ley anterior. Así, el proyecto de 2009 hacía referencia a que en la aplicación de las penas a las personas jurídicas, los jueces y Tribunales debía operar «según su prudente arbitrio, procurando observar las reglas». Esta expresión, además de confusa, resultaba bastante contradictoria, porque la exigencia de observar las reglas del precepto con el uso del prudente arbitrio, implica discrecionalidad no reglada. Esto conduciría a dejar sin efecto las atenuantes del 31.bis.4. Así lo hicieron ver los distintos grupos parlamentarios en la proposición de enmiendas el día 18 de marzo de 2010. En el informe de la ponencia del 21 de abril de 2010 se aceptó una transacción de la mayoría de las enmiendas presentadas en torno al 66.3 y se propuso una nueva redacción e incorporación del 66 bis. Dicho artículo apareció pocos días más tarde, el 28 de abril, en el dictamen elaborado por la comisión, para su discusión en el Pleno. El proyecto se aprobó el día 6 de mayo de 2010 en el Pleno del Congreso. De ahí se remitió al Senado, que propuso 280 enmiendas al texto remitido por el Congreso¹¹⁰. A pesar de ser tantas las enmiendas propuestas, el Congreso aprobó el texto del proyecto sin modificaciones. Así, el nuevo artículo 66.bis quedó redactado tal y como se propuso en abril de 2010. Ya no se alude al «prudente arbitrio» de los jueces y Tribunales. En cambio, en el 66.bis.1º se establecen una serie de reglas de aplicación de la pena que giran (entre otras cosas) en torno su necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos. Siguiendo la línea ya apuntada al hablar del 31.bis.4, la redacción del artículo 66 bis parece sugerir también un giro copernicano en el modo de entender las penas para las personas jurídicas. Ahora, se hacen claros los criterios de prevención especial que informan la determinación de la pena. El legislador ha dispuesto un campo amplísimo para atenuar la pena cuando la persona jurídica deje de ser un peligro.

En concreto, los problemas de no haber previsto las dilaciones indebidas, la atenuante analógica y la eximente por la instauración de «programas de compliance» *ex ante*, pueden

¹¹⁰ Vid. enmiendas propuestas por el Senado en http://www.senado.es/legis9/expedientes/621/index_621000048.html (Consultado en abril de 2011).

solucionarse a través de una aplicación del 66 bis acorde con la prevención especial que inspira las penas a las personas jurídicas. Así, podría entenderse que la necesidad de atenuar por dilaciones indebidas tendría cabida en el 66.bis.1, según el cual, se determinará la pena teniendo en cuenta su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos (a), así como sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores (b). Por ejemplo, en el caso de las dilaciones indebidas, el juez o tribunal podría apelar a la falta de necesidad y además, teniendo en cuenta los efectos para los trabajadores se estaría salvando el principio de personalidad de las penas. De hecho, algunas sentencias han fundamentado la atenuación de la pena por razones de menor necesidad de pena, derivada del transcurso del tiempo, en sentido similar al de la prescripción¹¹¹.

Precisamente, esta solución recuerda a la forma en que las dilaciones indebidas se han introducido como atenuante en el Código penal¹¹². Dadas las consecuencias gravosas que tienen unas dilaciones indebidas en el proceso penal, desde 1992 existen Acuerdos de Pleno no Jurisdiccionales sobre esta cuestión. Finalmente, y después de un más que amplio desarrollo jurisprudencial, la LO 5/2010 de 22 de junio ha introducido las dilaciones como causa de atenuación en el 21.6. Tal vez, la atenuante por dilaciones indebidas en el caso de las personas jurídicas tenga que seguir el mismo camino. Una jurisprudencia favorable a apreciarlas al amparo del 66 bis podría ser el detonante para darles carta de naturaleza legal en reformas posteriores y regularlas expresamente como circunstancia atenuante.

II.4.2. Apreciación de circunstancias agravantes

Además, el artículo 66 bis no sólo permite la creación jurisprudencial de una atenuante por dilaciones indebidas o por instauración de «programas de compliance» *ex ante*. Este artículo también permite considerar circunstancias agravantes. Además de agravar la pena por reincidencia, el 66 bis da cabida a que las circunstancias modificativas de la persona física tengan importancia a la hora de determinar la pena aplicable a la persona jurídica. Es cierto que el artículo 31.bis.3 establece la incomunicabilidad entre las circunstancias que afectan a la persona física y las que afectan a la jurídica. Así, no pueden atribuirse las atenuantes del 21 a la persona jurídica, porque de la redacción del 31.bis se infiere que el legislador ha dejado la

¹¹¹ STS de 17 de octubre d 2009, (ponente Colmenero Menéndez de Luarca).

¹¹² Sobre las dilaciones indebidas, *vid.* SÁNCHEZ GARRIDO, «Dilaciones indebidas en el proceso penal: perspectiva constitucional y perspectiva de legalidad ordinaria», *Diario La Ley*, nº 7468, 15 de septiembre de 2010, pp. 1-4. (Comentario sobre TC Secc. 1ª, S5/2010, 7 abr. Ponente: Maria Emilia Casas Baamonde).

puerta abierta a la consideración de una culpabilidad propia de la persona jurídica. No obstante, y para que ello no lleve a injustos o trato desigual en la determinación de la pena, las circunstancias de la física son relevantes¹¹³. Si no, ¿cómo se explica que el 66 bis haga referencia a las agravantes? En sentido teleológico, dada la virtualidad criminógena que añade la persona jurídica a la conducta individual, convendrá no olvidar la posibilidad de apreciar una agravación de la pena vía artículo 66 bis.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos regulatorios y de interpretación que se están dando en torno a las personas jurídicas como factores criminógenos, existe un riesgo de que la reforma quede inoperativa, debido a ciertos problemas de naturaleza procesal.

II. 5. Problemas procesales

La doctrina coincide en afirmar que para que la reforma en materia de responsabilidad de personas jurídicas tenga efecto sería (y habría sido) necesaria una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹¹⁴. Así lo hizo ver, ya en el 2006, el Consejo General del Poder judicial en su informe al proyecto de reforma del Código penal¹¹⁵. Ciertamente, el proceso frente a una persona jurídica presenta unas peculiaridades propias y las instituciones del proceso penal siguen estando inadaptadas. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, «resulta llamativo que el 31 bis contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin aludir siquiera a la necesidad de una coetánea reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) Sin esta reforma paralela resulta sumamente dudoso que el nuevo modelo pueda cumplir sus pretendidos objetivos»¹¹⁶.

Uno de los problemas principales es el del *status* procesal de la persona jurídica. Ciertamente, la persona jurídica debe figurar como imputada y luego como acusada para

¹¹³ Vid. ÚBEDA DE LOS COBOS, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código penal aprobada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», *La Ley Penal*, Nº 77 (2010), p. 38. El autor señala que «aunque se establezcan atenuantes y agravantes distintas de las previstas por el Código para la persona física, finalmente en la imposición de la pena aquéllas pueden resultar muy relevantes».

¹¹⁴ Vid. por ejemplo, ÚBEDA DE LOS COBOS, «La responsabilidad penal», p. 39; ZUGALDÍA ESPINAR, «*Societas delinquere potest*», p. 15.

¹¹⁵ Vid. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de ley por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código penal*, octubre 2006.

¹¹⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 5.

poder ser condenada¹¹⁷. ¿Qué ha quedado de la tradicional definición del sujeto pasivo del proceso penal como la persona física viva contra la que se dirige la pretensión penal¹¹⁸? Derivado de este problema relativo al *status* procesal de las personas jurídicas, aparecen otros muchos (muchísimos) problemas procesales de difícil solución en la legislación actual. Una vez más, me centraré en los problemas procesales relativos al 31.bis.4, que constituye mi objeto principal de estudio¹¹⁹.

En primer lugar, en relación con el *status* procesal de la persona jurídica está la cuestión del principio *nemo tenetur se impsum accusare*. Si se acepta que la persona jurídica puede delinquir y ser sujeto pasivo en el proceso, entonces sus derechos ante la justicia penal deberían ser los mismos que los de las personas físicas¹²⁰. Hasta ahora, en el terreno del proceso penal ha imperado el principio de nadie puede ser obligado a dañarse a sí mismo. No obstante, el fuerte incentivo que supone el 31.bis.4 o los probables conflictos de intereses apuntan a que este principio no tenga tanto peso en el caso de la persona jurídica. Como

¹¹⁷ Así lo hizo ver BAJO FERNÁNDEZ en la I sesión del Observatorio de Derecho penal y Delitos Económicos 2010 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos- KPMG. Vid. «Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, nº 7626 de 10 de mayo de 2011, p. 2.

¹¹⁸ Vid. GIMENO SENDRA, *Manual de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2010, p. 103. Define al acusado como persona física.

¹¹⁹ Existen muchos problemas relativos al proceso penal de las personas jurídicas. Sin pretender la exhaustividad, podría enumerar algunos de ellos, en los que no profundizaré para no extenderme.

En primer lugar, existen algunos problemas relativos a la falta de determinación por parte del legislador. Por ejemplo, los problemas de jurisdicción derivados de no contar con los instrumentos adecuados para conseguir una adecuada cooperación internacional en materia de ejecución de la sanción; asimismo, el modo en el que la persona jurídica ha de ejercer su derecho de defensa; el modo en el que ha de entenderse la interrupción de la prescripción en el caso de las personas jurídicas; la presunción de inocencia, etc.

En segundo lugar, podrían citarse algunos problemas más técnicos, pero que afectan a la efectividad del 31.bis. Se trata, por ejemplo de que los delitos de los que la persona jurídica es responsable puedan ser juzgados por un Tribunal de jurado, aun siendo temas de enorme complejidad.

Algunas de estas cuestiones se plantearon en la I sesión del Observatorio de Derecho penal y Delitos Económicos 2010 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos- KPMG. Vid. un resumen de las conclusiones en «Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, nº 7626 de 10 de mayo de 2011, pp. 1-5. También se plantean estas cuestiones aunque de forma menos profunda GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/ JUANES PECES, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, Nº 7501, 3 de noviembre de 2010, pp. 6-7.

¹²⁰ Vid. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/ JUANES PECES, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, Nº 7501, 3 de noviembre de 2010, p. 7. Lo apunta también Silva Sánchez, al decir que sería razonable que tuviesen las garantías del proceso penal: Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 4.

apunta GÓMEZ-JARA, «la experiencia comparada muestra como en la aplicación de estas atenuantes se producen graves conflictos de intereses entre la persona jurídica y la persona física, incluso con posible vulneración de los derechos fundamentales de esta última»¹²¹. Por ello, la doctrina se ha apresurado a mostrarse partidaria de reconocer a las personas jurídicas el mismo derecho que a las personas físicas de no declarar contra sí mismas. También la jurisprudencia del TEDH¹²², del TJUE¹²³ y del TC¹²⁴ les reconoce este derecho. No obstante, estoy de acuerdo con BAJO FERNÁNDEZ en lo decisivo de un desarrollo jurisprudencial de esta cuestión¹²⁵. En materia de personas jurídicas, es necesaria una readaptación de los principios que inspiran nuestro proceso penal.

En este sentido, también es cuestionable la operatividad del principio de legalidad. Aunque este principio informa prácticamente toda la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, el 31.bis.4 consagra el principio de oportunidad¹²⁶. Se trata de un principio novedoso en nuestra tradición jurídica. Entre otras cosas, el principio de oportunidad puede servir para «una más adecuada y fácil prevención especial»¹²⁷, que como ya he apuntado, parece ser el fin principal que inspira las penas a las personas jurídicas. Se trata de una oportunidad reglada que, por tanto, no atenta contra la legalidad que ha de informar las leyes penales. No obstante, los criterios del 31.bis.4 son ciertamente bastante amplios, en

¹²¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 497.

¹²² *Vid.* Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993 y Shannon contra Reino Unido, de 4 de octubre de 2005.

¹²³ *Vid.* Orkem contra la Comisión, de 18 de diciembre de 1989.

¹²⁴ *Vid.* STC 18/2005 de 18 de febrero y STC 68/2006 de 13 de marzo.

¹²⁵ *Vid.* Observatorio de Derecho penal, «Problemática procesal», p. 4.

¹²⁶ *Vid.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/ JUANES PECES, «La responsabilidad penal», p. 6. Esta misma idea la expresa (en otros términos) Gómez-Jara al decir que el 31.bis.4 CP «todas las atenuantes responden al fenómeno de la autorregulación regulada en la que el Estado, a la vista de sus deficiencias regulativas, permite una autorregulación a las empresas a cambio de que se hagan responsables de las consecuencias derivadas de dicha autorregulación». *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 495.

Sobre el principio de oportunidad, *vid.* CÉSAREO ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad: naturaleza, ámbito de aplicación y límites», *Centro de Estudios Jurídicos*, 2004, pp. 3393-3415. El principio de oportunidad es aquel que permite a los órganos del Estado dejar de perseguir o de condenar a los responsables de determinadas conductas tipificadas como delito o falta, o hacerlo al margen del campo penal o con penas más leves o medidas distintas, cuando concurren circunstancias tasadas por la ley o libremente apreciadas (máxima discrecionalidad) por quienes están encargados de aquel derecho del Estado (Fiscales, y/o con la participación también de Jueces).

¹²⁷ ORTIZ ÚRCULO, «El principio de oportunidad», p. 3394.

comparación con otras ramas sancionatorias del Ordenamiento jurídico¹²⁸. Por ejemplo, la ley no explicita si las atenuantes son alternativas o acumulativas; además, no señala cuánto ha de rebajarse la pena en caso de que concurran las cuatro circunstancias atenuantes. Se deja un margen de arbitrio a los jueces y tribunales, que habría podido evitarse con una mayor determinación de la ley.

Por último, en relación con las atenuantes del 31.bis.4, se encuentran algunos problemas de carácter técnico. En primer lugar, convendría fijar el momento final para la operatividad de las atenuantes. En el apartado c) se dice «en cualquier momento del proceso» y en el apartado d), «antes del juicio oral». Se trata de límites poco estrictos. En el caso del apartado c) podría hacerse referencia al momento de la redacción de los escritos de calificación; en el caso del apartado d) podría establecerse el límite temporal estricto en la apertura del juicio oral¹²⁹. Además, otra cuestión de carácter técnico es la referida al artículo 31.bis.4 b). El legislador habla de aportar «pruebas». Pero en ese momento procesal no puede hablarse de pruebas. Sería más correcto hablar, por ejemplo, de «información relevante»¹³⁰. Por último, en relación con la atenuante de confesión, debería determinarse cuándo y ante qué órgano debe realizarse la misma. Por lo que se refiere al momento de la confesión, la ley señala que debe ser «antes de conocer que el proceso judicial se dirige contra ella». Debería entenderse que existe conocimiento cuando exista notificación al representante legal. No bastaría con una notificación a un empleado, porque de hecho es el representante legal el que hará efectivas las circunstancias¹³¹ del 31.bis.4. Por lo que se refiere al segundo problema, y dado que la legislación penal no ha establecido nada al respecto, debería bastar con la confesión a las autoridades administrativas¹³².

¹²⁸ Por ejemplo, el artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio relativo a la competencia desleal, exonera al primer infractor que se autoincrimine y delate a los demás. *Vid.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/ JUANES PECES, «La responsabilidad penal», p. 6.

¹²⁹ *Vid.* CARBONELL MATEU/ MORALES PRATS «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en VVAA., (dirs. Álvarez García/ González Cussac), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 1 ss.

¹³⁰ Ya lo apuntaron en 2009 CARBONELL MATEU/ MORALES PRATS/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Personas jurídicas: Art. 31 bis CP», en VV.AA., (dirs. Álvarez García/ González Cussac), *Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 35.

¹³¹ *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 496.

¹³² *Ibidem.*

Esta clase de problemas tienen mucho que ver con la falta de taxatividad de la que adolece la legislación penal contemporánea. En palabras de SILVA SÁNCHEZ, la falta de taxatividad puede deberse o bien al «temor del legislador a la infrainclusión» o bien a «la ingenuidad del legislador», «dándose en la LO 5/2010 tanto lo uno como lo otro»¹³³. Considero que los problemas técnicos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior pertenecen al segundo grupo. Se trata de defectos de técnica legislativa que requerirán de una determinación o concreción jurisprudencial. En cualquier caso, «la intervención de los jueces y tribunales será decisiva»¹³⁴. A través del estudio de las atenuantes del 31.bis.4 he tratado de demostrar que entramos en una «nueva era de colaboración entre las organizaciones empresariales y el Estado a la hora de ejercer el *ius puniendi*»¹³⁵ y el proceso penal deberá adaptarse a esta realidad para poder cumplir con las garantías derivadas del Estado de Derecho.

III. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas se ha tratado de resolver algunos de los problemas más relevantes en relación con las cuestiones suscitadas en torno a la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas. La perspectiva adoptada ha sido la de analizar dichos problemas a la luz de las categorías de la doctrina penal. Tras esta tímida aproximación al tema, puede concluirse que la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, parece más un brindis al sol que un texto jurídico destinado a aplicarse. Dada la inadecuación de las instituciones del proceso penal, la novedad sin precedentes de muchas de las medidas y la ambigua amplitud con la que está redactado el texto legal, podría decirse que, más que «regular de manera pormenorizada la responsabilidad de las personas jurídicas»¹³⁶, el legislador ha arrojado sobre el Código penal un *maremagnum* de medidas de difícil encaje en nuestra teoría jurídica del delito y en el sistema constitucional. Se ha lanzado la reforma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas como se lanza un *boomerang*. Y lo propio de los *boomerangs* es que regresan exactamente al sitio desde el que se habían lanzado. Si no queremos que la

¹³³ Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La reforma», p. 5.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos*, p. 46.

¹³⁶ Exposición de Motivos de la LO 5/2010, VII.

reforma termine por regresar a las cámaras parlamentarias que le dieron vida para ser revisada (e incluso derogada), es el momento de empezar la casa por los cimientos... y no por el tejado.

En este sentido, en estas páginas se ha profundizado en los que hasta ahora han sido los cimientos de nuestra teoría jurídica del delito: el principio de acción, la culpabilidad, la teoría de la pena o los conceptos de autoría y participación. ¿Queremos renunciar a la solidez de estos cimientos y construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la arena de la responsabilidad por el hecho ajeno, la responsabilidad objetiva o la sanción a cualquier precio? Las soluciones que aquí se han dado tratan de hacer compatible el texto legal adoptado con la supervivencia de los principios del *ius poenale*.

Siendo la cuestión de los principios algo *de fondo*, la nueva ley también invita a replantear algunas cuestiones de la *superficie*. Se trata de cuestiones más técnicas, pero igualmente importantes para la aplicabilidad de la reforma. Así, por ejemplo, parece que el nuevo texto legal invita a redefinir el papel de los administradores de una persona jurídica. Cada vez se entiende más el papel del administrador como el de un supervisor, y una muestra de ello es el 31.bis.4 d). Este artículo es una muestra de los nuevos deberes de diligencia y prevención de delitos que se les están imponiendo. Así, por ejemplo, ¿cómo deben cuadrar el art. 31 y el 31.bis.1? Indudablemente para responder a esta y a otras preguntas será necesario adoptar una perspectiva de Derecho comparado, similar a la que se hizo en la primera parte de este trabajo.

Precisamente, este es uno de los errores que se le achaca a la nueva ley: su falta de dimensión universal. La ley no ha tenido en cuenta el ejemplo que para los aplicadores del Derecho puede suponer el Derecho comparado. Y tampoco ha articulado una respuesta adecuada a la dimensión internacional que configura a las propias personas jurídicas. En la era de la globalización, son muchas las empresas que o bien dependen de otras en el extranjero, o bien desarrollan su actividad fuera de nuestro país. Ello implica que para la consecución de los delitos hará falta una cooperación internacional. Indudablemente, en este campo se requiere un importante desarrollo normativo.

En conclusión, la reforma introducida por la LO 5/2010 de 22 de junio es sólo la punta del iceberg. Es la manifestación visible de un sistema jurídico que pide a gritos una readaptación de sus instituciones y una coherencia interna que lo hagan efectivo. Las cuestiones que se han apuntado en este trabajo resultan un claro paradigma de lo nefasto de atacar una cuestión de semejante calado atendiendo únicamente a los reclamos de la sociedad

de la seguridad. Esperemos que la doctrina y la jurisprudencia no sigan sus pasos. Aún es posible un desarrollo interpretativo y normativo que, acorde con los principios e instituciones de nuestro ordenamiento, ayude a ley a cumplir sus fines.