

Revista

Enero 2014

33

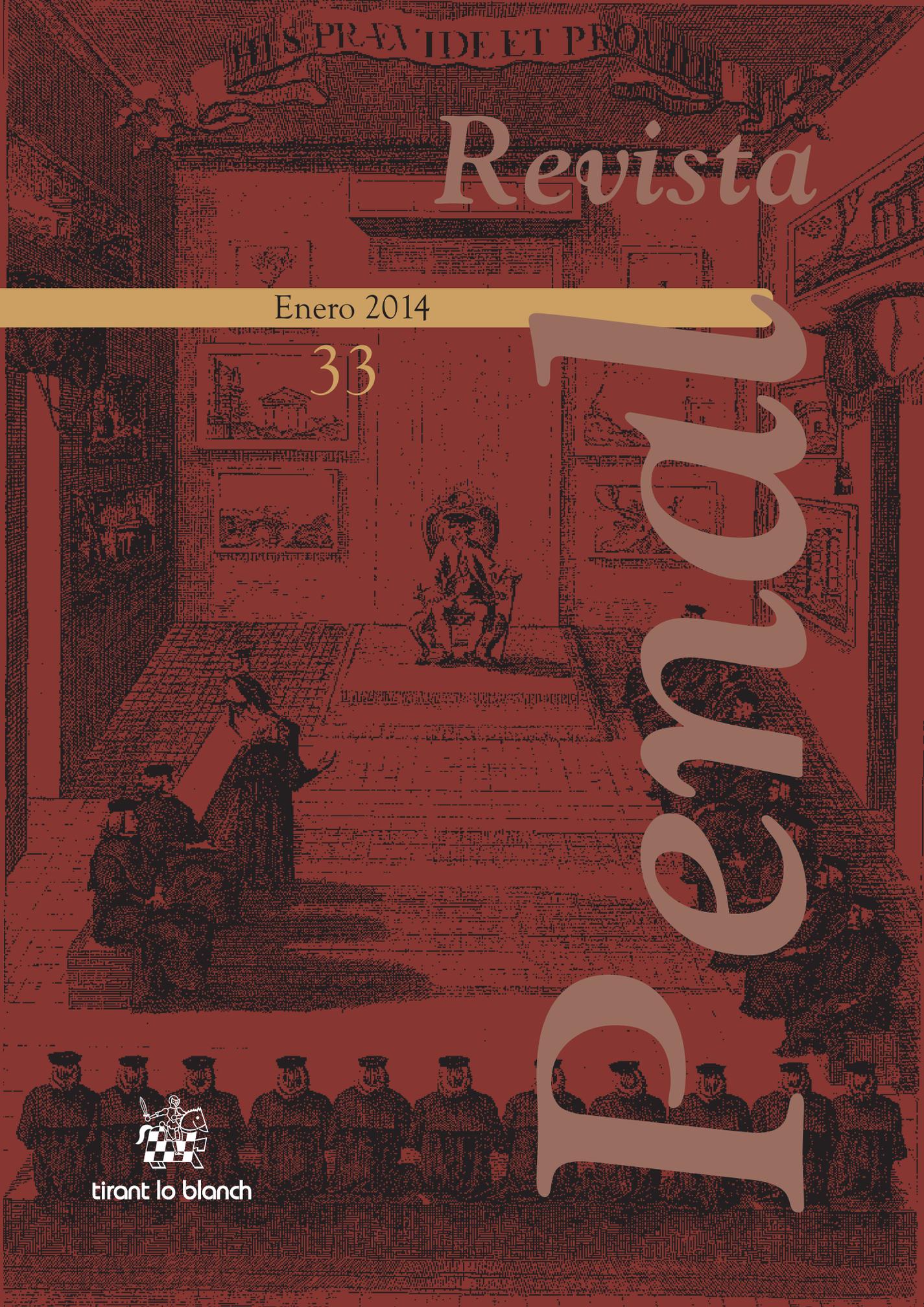
Revista Penal

Enero 2014

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español

Norberto J. de la Mata Barranco

Revista Penal, n.º 33. - Enero 2014

Ficha técnica

Autor: Norberto J. de la Mata Barranco

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

Sumario: I. Introducción. II. Delitos de obtención, tráfico, trasplante y recepción ilegal de órganos humanos. III. Delitos de trata de seres humanos. IV. Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores. V. Delitos de descubrimiento y revelación de secretos. VI. Delitos de estafa. VII. Delitos de insolvencia punible. VIII. Delitos de daños informáticos. IX. Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. X. Delitos de blanqueo de capitales. XI. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. XII. Delitos de tráfico ilegal e inmigración clandestina de extranjeros. XIII. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. XIV. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. XV. Delitos de establecimiento de depósitos o vertederos tóxicos. XVI. Delitos relativos a las radiaciones ionizantes. XVII. Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes. XVIII. Delitos de tráfico de drogas. XIX. Delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje. XX. Delitos de cohecho. XXI. Delitos de tráfico de influencias. XXII. Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. XXIII. Delitos de captación de fondos para el terrorismo. XXIV. Normativa europea transpuesta, no transpuesta y deficientemente transpuesta. XXV. Bibliografía.

Resumen: Las últimas reformas del Código Penal se justifican con frecuencia en sus Exposiciones de Motivos por la necesidad de adecuar la normativa española a la regulación europea. Así ocurre también en la Ley Orgánica 5/2010. En lo que en ella atañe a la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador opta por un *numerus clausus* que en este análisis se pretende estudiar en qué medida es fiel a dicha regulación.

Palabras clave: armonización penal, derecho penal de la UE, responsabilidad penal de personas jurídicas.

Abstract: The latest reforms of the spanish penal code are often justified in its explanatory preambles by the need to adapt spanish legislation to european regulation. This is true also in the Ley Orgánica 5/2010. In it concerning to the possibility of criminal responsibility of legal persons, the legislator opts for a *numerus clausus* which in this analysis is intended to study to what extent it is faithful to such regulation.

Keywords: harmonisation of penal legislation, criminal law of the European Union, criminal liability of legal persons.

Observaciones: Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto DER 2010-21164 subvencionado por el Ministerio Español de Ciencia e Innovación.

Recepción del artículo: 27-08-2013

Evaluación favorable: 26-09-2013

I. INTRODUCCIÓN

El Apartado VII del Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, comienza señalando: “[...] *Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, ...)* [...]”.

Es ésta la única justificación que da el legislador penal para explicar la necesidad de la nueva regulación, en lo que a la previsión en el Código de una responsabilidad específica para la persona jurídica se refiere. Pero, ¿en qué medida la reforma de 2010 ha sido fiel, en este aspecto, a dichos instrumentos internacionales?¹

Centrándonos en la normativa europea que obliga al legislador español, y sin perjuicio de lo que posteriormente se concluirá, parece que bastante, en cuanto, con carácter general, únicamente en cuatro supuestos no existe disposición alguna que recoja la posibilidad de sanción a las personas jurídicas, de conformidad con el artículo 31 bis de nuestro texto penal, a pesar del mandato europeo, en los términos que posteriormente se indicará y que en todo caso únicamente exige sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (no necesariamente penales). Así, la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento y el Consejo, de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal prevé en sus artículos 6 y 7 la responsabilidad de las personas jurídicas, lo que no se traslada a la regulación de los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos de los artículos 332 a 337 de nuestro Código Penal. Tampoco los delitos de falsificación de moneda de los artículos 386 del Código contemplan responsabilidad alguna para la persona jurídica a pesar de la previsión de los artículos 8 y 9 de la Decisión Marco del Consejo 2000/383/JAI de 29 de mayo de 2000 sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del

euro. Tampoco existe transposición en los artículos 390 y siguientes de nuestro Código de lo preceptuado en los artículos 7 y 8 de la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo. Y, finalmente, tampoco en el ámbito de la punición de la delincuencia organizada (regulación de los artículos 515 y siguientes, relativos a las asociaciones ilícitas, y de los artículos 570 bis, ter y quáter, relativos a las organizaciones y grupos criminales) existe previsión alguna sobre la responsabilidad de las personas jurídicas (a salvo de la mención que en ellos se hace a los artículos 33.7 y 129), a pesar de los artículos 5 y 6 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la Lucha contra la Delincuencia Organizada. Ello sin perjuicio de otras omisiones puntuales que se irán explicando.

En cambio, nuestro legislador penal ha sido más ambicioso y aprovechando la inercia europea prevé la responsabilidad de las personas jurídicas para muchos supuestos en relación con los que no hay normativa europea al respecto alguna, la prevé en relación a ámbitos sí regulados por normativa europea, pero con un alcance mucho menor y la prevé, además, con carácter penal cuando el legislador europeo se limitará, como se ha dicho, a exigir sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que nunca, a pesar de que se contemple tal posibilidad, se obliga a que hayan de tener necesariamente carácter penal. En todo caso, sí existe lógica en el modo de proceder en la reforma de 2010 y puede ya adelantarse que, salvo en los casos concretos que se irán destacando, el legislador español opta por incorporar la responsabilidad penal allí donde existe mención europea a la “responsabilidad” de las personas jurídicas, ampliando además —casi siempre— los supuestos que puedan estar concernidos por ella.

En las líneas que siguen se describe la adecuación española a la armonización europea propuesta en esta materia, tratando de destacar posibles déficits de cumplimiento, excesos y alguna contradicción.

II. DELITOS DE OBTENCIÓN, TRÁFICO, TRASPLANTE Y RECEPCIÓN ILEGAL DE ÓRGANOS HUMANOS

El artículo 156 bis 3 del Código Penal establece la imposición de una multa del triple al quíntuple del be-

¹ Sobre los diferentes momentos de la armonización europea, reflejando las distintas épocas del proceso de unificación legislativa en momentos diversos, FERRÉ OLIVÉ, “Derecho penal y competencias de las Comunidades europeas”, pp. 811 ss.; BLANCO CORDERO, “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”, pp. 1 ss.; o GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La unificación del Derecho penal europeo”, pp. 1 ss.

neficio obtenido, además de la posibilidad de imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 para la persona jurídica responsable de los delitos de obtención, tráfico, trasplante y recepción de órganos de los números 1 y 2 de dicho artículo, sin que en el ámbito europeo exista previsión específica alguna a este respecto, a pesar de la existencia de iniciativas en marcha tanto del Consejo como de la Comisión y de la Directiva de 2011 sobre trata de seres humanos a que se aludirá a continuación, en cuyo artículo 2.2 se menciona expresamente la extracción de órganos.

III. DELITOS DE TRATA DE SERES HUMANOS

Sí existe tal previsión en el artículo 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, acogida con anterioridad en el Código Penal en el artículo 177 bis 7, previendo una multa del triple al quintuple del beneficio obtenido, además de la posibilidad de imponer las penas de las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, para la persona jurídica responsable de los delitos de trata de seres humanos de los números 1 y 2 (y correspondientes tipos agravados) del artículo 33.

Ya en el Consejo de Tampere se planteó la necesidad de que los Estados miembros de la Unión armonizaran sus normativas en lo referente a la inmigración irregular, si bien con resultados poco menos que modestos². Dicha necesidad se trasladó al artículo III-271 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Y, definitivamente, el Tratado de Lisboa ha incorporado la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas legislativas para combatir el tráfico de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, dentro de un contexto fundamentalmente orientado a perseguir la delincuencia transnacional de gran entidad³.

En lo que a la normativa comunitaria derivada se refiere, es la Acción Común 1997/154/JAI, de 24 de febrero, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños, la prime-

ra que hace referencia a esta cuestión. La Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, marcaría las pautas que debían seguir las acciones represivas de los Estados miembros en relación con la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁴. Y al mismo tiempo, en fecha 19 de julio de 2002, el Consejo aprobó la Decisión Marco 2002/269/JAI, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, cuyo objeto era que los Estados miembros adoptasen medidas de armonización legislativa en materia penal tendentes a castigar el tráfico ilegal de personas, tanto para su destino como mano de obra irregular como para la prostitución o la explotación sexual, así como la pornografía de personas especialmente vulnerables, entendidas como aquéllas que tuvieran una edad inferior a la establecida para mantener relaciones sexuales consentidas en las respectivas legislaciones nacionales. Además, se preveía el establecimiento de las sanciones mínimas a imponer, efectivas, proporcionadas y disuasorias y que pudieran dar lugar a extradición, castigándose no sólo la autoría, sino también la inducción, la complicidad y la tentativa⁵.

Esta Decisión Marco 2002/269/JAI ha sido sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, de mucho mayor alcance, en la que se proclama la obligación de los Estados miembros de tipificar como delito las conductas que, cometidas intencionadamente, consistan en “*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla*”, definiendo la explotación como “*la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la*

2 Así, MIRÓ LINARES, “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”, p. 3.

3 Por todos, y en relación también al resto de supuestos referidos a continuación, ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, pp. 349 ss. (específicamente, aquí, pp. 362 ss.).

4 Detenidamente, MIRÓ LINARES, “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”, pp. 4 ss. Véanse las referencias previas de DÍEZ RIPOLLÉS, “Trata de seres humanos”, pp. 17 ss.

5 Véase VILLACAMPA ESTIARTE, “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, p. 2. Con ulteriores referencias, FERNÁNDEZ OGALLAR, *armonización del Derecho Penal*, pp. 301 ss.

esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos”, y la situación de vulnerabilidad como aquella en la que la persona en cuestión “no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso”.

El artículo 3 de la Directiva especifica que deberán ser punibles la inducción, la complicidad y la tentativa. El artículo 4 dispone que estas conductas deberán llevar aparejadas penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan dar lugar a entrega, al tiempo que se aumentan significativamente los límites penológicos mínimos en los que se habrán de concretar dichas sanciones, previendo una pena mínima de cinco años de prisión, agravada hasta los diez años cuando el delito se cometa contra una víctima particularmente vulnerable, en el seno de una organización criminal, se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima, se cometa empleando violencia grave o cause a la víctima daños particularmente graves. Se prevé también la obligación de que se contemple como circunstancia agravante que el autor de delito sea un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. El artículo 7 obliga a los Estados miembros a incorporar a sus ordenamientos las disposiciones oportunas para que sus autoridades competentes puedan embargar y decomisar los instrumentos y productos del delito. Y el artículo 8 insta a los Estados miembros a incorporar previsiones en sus ordenamientos jurídicos en las que se faculte a las autoridades nacionales competentes para optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su posible intervención en actividades ilícitas en las que se hayan visto obligadas a participar como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en la Directiva⁶.

Junto a ellos, son los artículos 5 y 6 los que se ocupan de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El primero de ellos prevé que los Estados miembros adopten las medidas necesarias para garantizar que puedan ser consideradas responsables de las infracciones señaladas, cuando sean cometidas en su beneficio, por cualquier persona que, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, ostente un cargo directivo en su seno, definido en los términos expuestos ya con anterioridad en otras regulaciones, así como en los supuestos en los que se hubieran cometido

por la falta de supervisión y control de estos sujetos respecto a quienes se hallen sometidos a su autoridad en el organigrama de la persona jurídica. Asimismo, se señala que esta responsabilidad de la persona jurídica ha de establecerse sin perjuicio de la que en su caso corresponda a las personas físicas que hubieren tenido algún tipo de participación en los hechos. En definitiva la fórmula habitual comunitaria acogida en los últimos instrumentos de la Unión también utilizada por el legislador español en el artículo 31 bis del Código desde la idea de una responsabilidad autónoma y dual. En cuanto a la responsabilidad por la infracción cometida, el artículo 6 dispone únicamente que se habrán de imponer “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluyan multas de carácter penal o de otro tipo”, así como otras sanciones, tales como, a modo de ejemplo: “a) exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, b) inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, c) sometimiento a vigilancia judicial, d) disolución judicial, e) cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción”.

Como es sabido, el legislador español no contemplaba ningún tipo penal específico relacionado ni con la trata de personas ni con la inmigración en la redacción original del Código Penal de 1995. Y sólo en 2010 se establece una previsión específica concreta para la trata de personas. Así, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, acomete una nueva reforma de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y en ella lo primero que se aborda es la separación de dos fenómenos delictivos de distinta naturaleza, como son la inmigración irregular y la trata de seres humanos. Esta modificación se encuentra motivada no sólo por una cuestión de técnica legislativa, sino debido a que en la legislación internacional y comunitaria se otorgan tratamientos diferenciados a estos delitos, como se manifiesta en la propia Exposición de motivos de dicha Ley⁷.

Con este objeto, se introduce en nuestra legislación penal un nuevo artículo 177 bis, relativo a la trata de seres humanos, que prevé penas de cinco a ocho años de prisión para quienes empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una posición de superioridad o de vulnerabilidad o necesidad de la víctima, la capte, transporte, traslade, acoja, reciba o desaloje,

6 Sobre el alcance de estas disposiciones, ampliamente, VILLACAMPE ESTIARTE, “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, pp. 3 ss.

7 Así, VILLACAMPA ESTIARTE, “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas”, p. 3.

con la finalidad de imponerle trabajos forzados, esclavitud, servidumbre, mendicidad o similares, explotarla sexualmente o extraer sus órganos o, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo, en cualquier supuesto cuando se trate de menores de edad a los que se pretenda explotar; manifestándose expresamente en el número tres del artículo que el consentimiento de la víctima no excluirá la responsabilidad penal del autor.

Se contempla también un subtipo agravado en el número 4 del artículo, con previsión de penas superiores, para cuando se ponga en peligro grave a la víctima o sea ésta menor de edad o especialmente vulnerable por enfermedad, discapacidad o situación. Y un segundo subtipo agravado, en el número 5 del artículo, para los supuestos de comisión de los hechos descritos por funcionario público, autoridad o agente prevaleciendo de su condición. El número 6 se ocupa de los supuestos en los que las conductas se lleven a cabo en el seno de una organización criminal. Y es, como antes se decía, el número 7 del artículo el que se ocupa de la responsabilidad de las personas jurídicas. Y aunque es cierto que la reforma española es previa a las previsiones de la Directiva, no lo es menos el conocimiento de la existencia de los trabajos sobre la misma y de la Decisión a la que sustituye.

Al margen de que, lógicamente, la actuación punitiva contra la persona jurídica vendrá delimitada por el ámbito de aplicación de los preceptos en lo que a la responsabilidad de la persona física se refiere (más amplio en el texto español que en el instrumento europeo), hay que señalar también que las previsiones de la Directiva en sus artículos 5 y 6 sólo hablan, con la terminología tradicional, de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, admitiendo la posibilidad de que internamente se contemplen únicamente sanciones de carácter no penal (lo que no se acepta para las personas físicas), frente a las previsiones del legislador español, de carácter penal. Así, en lo que será la tónica habitual, el legislador español asume el mandato comunitario de atender la responsabilidad de las personas jurídicas (con similares parámetros, según lo propuesto en el artículo 31 bis), lo traslada a la regulación interna y establece las previsiones penales que permite (pero a las que no obliga) dicho mandato.

IV. DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y LA CORRUPCIÓN DE MENORES

El Convenio Europeo sobre Delincuencia Informática de 23 de noviembre de 2001, del Consejo de Europa, al que aludiremos reiteradamente en este trabajo, prevé

en sus artículos 12 y 13 la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo mismo ocurre con los artículos 8 y 9 de la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra Sistemas de Información. Como en otros lugares de nuestro Código Penal, también en el ámbito del Título VIII se contempla esta responsabilidad, por supuesto, sin limitación al hecho informático. Así, en lo que se refiere a la regulación de la prostitución y corrupción de menores, el artículo 189 bis del Código prevé para las personas jurídicas implicadas en los delitos de los artículos 187 a 189, multa del triple al quíntuple o del doble al cuádruple del beneficio obtenido, según sea la prisión para la persona física autora de tales delitos, además de la posibilidad de imponer las penas de las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En cuanto al relativamente nuevo ámbito criminal de lo que se conoce como delincuencia informática, en el ámbito de la Unión Europea desde hace años existen diversos instrumentos internacionales que conciernen total o parcialmente al mismo: así, entre otros, la Directiva 1995/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, en vigor desde el 1 de octubre de 1998 y modificada por Reglamento (CE) n.º 1882/2003; la Directiva 1997/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; la Directiva 1998/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, modificada por la Directiva 98/48/CE; la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco común para la firma electrónica; la Directiva 2000/31/CE, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, de 8 de junio de 2000 -aunque no hay referencia expresa a algún tipo de responsabilidad penal, en general, ni de los prestadores de servicios, en particular, la Directiva deja vislumbrar la necesidad de intervención frente a determinadas conductas que, cometidas en el ámbito del comercio electrónico, pueden llegar a afectar a sus cuatro grandes áreas objeto de tutela: menores, dignidad humana, consumidores y salud pública. Es, en este sentido, una de las primeras inicia-

tivas europeas desplegadas hacia la incriminación de la delincuencia informática; y la Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

La Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, autoriza a los Estados miembros a que regulen por ley la obligación, a cargo de los prestadores de servicios, de conservar los datos electrónicos de tráfico de sus clientes, por razones de seguridad nacional, defensa, seguridad pública y lucha contra la criminalidad, durante un tiempo limitado, que cada gobierno puede establecer a su arbitrio (artículo 15). Y el artículo 15 bis, introducido por la modificación surgida a través de la Directiva 2009/136/CE, establece que los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones, incluidas las penales, en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales que traspongan la directiva, estableciendo que las mismas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Por su parte, la Directiva 2006/24/CE sobre conservación de datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas exige que los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas conserven los datos que permitan identificar el origen, destino, fecha, hora y duración de una comunicación electrónica, el tipo de comunicación realizada, el equipo utilizado y la localización de dicho equipo, pudiendo establecer los Estados sanciones, incluidas las penales, ante los incumplimientos de esta normativa.

Y, vinculada específicamente a la cuestión de la pornografía, la Decisión del Consejo 2000/375/JAI relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, aunque no exige a los Estados miembros que sancionen estas conductas, les pide comprobar periódicamente que la evolución de las tecnologías no requiere una modificación de los procedimientos penales para una correcta persecución de la pornografía infantil en Internet.

En todo caso, es la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero, sobre ataques a los sistemas

de información, el instrumento jurídico de la Unión que mejor implementa el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, sin que, sin embargo, se haga referencia en ella a los delitos de contenido entre los que éste encuadra los relativos a la pornografía infantil⁸.

Por eso, aunque fuera del ámbito comunitario, por su trascendencia y obligación para prácticamente todos los Estados de la Unión, el hito fundamental en esta materia lo constituye la adopción del Convenio Europeo sobre Delincuencia Informática de 23 de noviembre de 2001, del Consejo de Europa, celebrado en Budapest, que impuso a los Estados firmantes la obligación de adoptar unos parámetros mínimos comunes en sus respectivas legislaciones penales tanto en lo relativo a la cooperación judicial, como en lo que concierne a la armonización del Derecho sustantivo y procesal, describiéndose una serie de categorías delictivas a tipificar internamente, para todas las cuales el Convenio prevé la obligación de contemplar la responsabilidad de las personas jurídicas implicadas en ellas en sus artículos 12⁹.

En primer lugar, se describen los delitos contra la confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos y sistemas informáticos, consistentes en el acceso ilícito a sistemas, la interceptación ilícita de datos, la interferencia en el sistema mediante la introducción, transmisión, provocación de daños, borrado, alteración o supresión de datos informáticos y el uso de dispositivos que faciliten la comisión de delitos. A estas conductas delictivas, en lo que a la responsabilidad de las personas jurídicas concierne, es a las que se referirán los artículos 197.3 párrafo 2 y 264.4 de nuestro Código.

En segundo lugar, los delitos informáticos en sentido estricto (tal y como los denomina el Convenio), que abarcan la falsificación informática que produzca la alteración, el borrado o la supresión de datos informáticos y el fraude informático, entendido como un perjuicio patrimonial ocasionado al sujeto pasivo del delito mediante la introducción, alteración, borrado o supresión de datos informáticos o a través de cualquier interferencia en el funcionamiento del sistema informático, con la intencionalidad de obtener de forma ilegítima un beneficio económico. Será el artículo 248.2

8 Detenidamente y con ulteriores referencias, sobre estos instrumentos normativos, DE LA MATA BARRANCO/HERNÁNDEZ DÍAZ, "La normativa de la Unión Europea y su aplicación en el Derecho penal ambiental e informático", pp. 526 ss.

9 Con mayor detalle, DE LA MATA BARRANCO/PÉREZ MACHÍO, "La normativa internacional para la lucha contra la criminalidad como referente de la regulación penal española", pp. 124 ss. Véanse también, detenidamente, CRUZ DE PABLO, *Derecho penal y nuevas tecnologías*, pp. 147 ss.; o GALÁN MUÑOZ, "La internacionalización y la persecución de la criminalidad informática", pp. 94 ss.

del Código el que recoja las conductas de fraude y el 251 bis el que, aunque para todas las estafas, no sólo las informáticas, prevea la responsabilidad penal de la persona jurídica. Paradójicamente no se prevé, como luego se dirá, responsabilidad alguna cuando ésta sea responsable de conductas de falsificación.

Es en tercer lugar donde se alude a los delitos relacionados con el contenido, referidos aquí exclusivamente a la pornografía infantil e incluyendo entre ellos la producción con la finalidad de su difusión por medio de un mecanismo informático, la oferta o puesta a disposición por idéntico medio, la difusión o transmisión mediante la utilización de un sistema informático, la adquisición de pornografía infantil por idéntico medio, ya sea para sí o para un tercero, y la posesión de pornografía infantil en un equipo informático o en un mecanismo de almacenamiento de datos informático. Delitos que son a los que se refieren, precisamente, varias de las modalidades de los artículos 187 a 189 del Código para los que se prevé, también aquí al margen del hecho informático y con carácter general, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el artículo 189 bis.

En cuarto y último lugar, los delitos contra la propiedad intelectual y los derechos afines, vinculados a los artículos 270 y 271 del Código, a los que, también de nuevo aquí al margen del hecho informático y con carácter general, se aplica el artículo 288 en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pues bien, como es sabido, el Convenio ha tenido gran influencia en diferentes reformas del Código Penal, ya desde la que se operó por Ley Orgánica 15/2003 y, en lo que a estas consideraciones se refiere, será el antecedente que permitirá en todos estos grupos de delitos, nueve años más tarde, introducir en nuestro Código, extendiéndola a muchos más supuestos de los en él (sólo referido a delitos informáticos) contemplados, la responsabilidad de las personas jurídicas. Teniendo además en cuenta, también de nuevo aquí, que la previsión de su artículo 12 no obliga al establecimiento de una responsabilidad penal y que, más aún, específicamente su apartado 3 dirá que "*Con sujeción a los principios jurídicos de cada Parte, la responsabilidad de una persona jurídica podrá ser penal, civil o administrativa*".

En lo que aquí interesa, hay que subrayar la previsión del artículo 189 del Código Penal, relativo a la pornografía infantil o que implique a incapaces (que es el que debería verse afectado por el artículo 9 del Convenio), en el que, con la finalidad de evitar la comisión de este tipo de infracciones a través de Internet, se tipifica la

elaboración, financiación o lucro de los contenidos aludidos "*cualquiera que sea su soporte*", así como la producción, venta, distribución, exhibición u oferta "*por cualquier medio*". Éste es el único vínculo del artículo con el hecho informático y, de algún modo, lo que permite entender de obligado cumplimiento, también en estos delitos, el mandato del Convenio (en los términos en los que, lógicamente, obliga un Convenio), en esa vinculación de sus artículos 9 y 12. Pero, claro está, la previsión del artículo 189 bis, referida a todo el artículo 189 -y no sólo a los ilícitos de carácter informático-, ejemplifica (al margen de que además se opte por la responsabilidad penal a que alude el Convenio y no por la civil o por la administrativa) aquella extensión en materia de prostitución y corrupción de menores.

Y aunque es cierto que el auténtico referente comunitario en materia de delincuencia informática es la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra Sistemas de Información, en ella no se hace referencia alguna a los delitos de contenido (entre ellos, los relativos a la prostitución y corrupción de menores) y no tiene por tanto incidencia en la previsión de responsabilidad en relación a las conductas aquí consideradas.

Sí hay que referir, en cambio, al menos por su carácter general, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europea y su previsión del artículo III-271 para que los delitos cometidos a través de Internet estuvieran entre el catálogo sobre el que se centraran los procesos de cooperación judicial y policial en materia penal, así como los de armonización de las normas sustantivas; y, por supuesto, el Tratado de Lisboa, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 83 TFUE. Que también inciden, por tanto, en los delitos de contenido y, entre éstos, en los delitos vinculados a la prostitución y corrupción de menores.

V. DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS

El artículo 197.3 prevé en su párrafo 2 la multa de seis a dos meses para las personas jurídicas responsables de los delitos del artículo, además de la posibilidad de imposición de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. Y de nuevo aquí, el artículo 12 del Convenio Europeo sobre Delincuencia Informática de 23 de noviembre de 2001, del Consejo de Europa, en relación con sus artículos 2 y 3, es un primer referente.

Sin embargo, a diferencia de lo se señalaba en el apartado precedente, en los delitos aquí considerados

el auténtico referente comunitario, que lo es en todo tipo de delincuencia informática en su sentido más estricto (ataques contra sistemas de información, sea vulnerando la integridad de los mismos, sea vulnerando su confidencialidad), si lo es la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra Sistemas de Información —vigente hasta la definitiva tramitación de la nueva Directiva que, con similar redacción, la sustituirá— y que, al igual que el Convenio Europeo, perseguía fomentar la cooperación judicial entre Estados miembros, al mismo tiempo que establecer una cierta armonización legislativa de sus normas penales¹⁰.

Este instrumento legislativo, de ámbito menos ambicioso que el Convenio y más centrado en lo que es en sí la importancia de los sistemas de comunicación -al margen de las conductas que puedan permitir cometer y que dan lugar a los denominados delitos de contenido o a delitos cometidos a través de medios informáticos-, impuso a los Estados miembros, en concreto, la obligación de tipificar como delitos las conductas contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de datos en sistemas informáticos; en particular, las intromisiones ilícitas en unos y otros que se recogen en los artículos 2 a 4 de la Decisión.

Así, el artículo 2 se refiere al acceso ilegal a los sistemas de información y tipifica “*el acceso intencionado sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información*”, el artículo 3 obliga a castigar las conductas relacionadas con la intromisión ilegal en los sistemas de información consistentes en un “*acto intencionado, cometido sin autorización, de obstaculizar o interrumpir de manera significativa el funcionamiento de un sistema de información, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos*” y el artículo 4 regula la intromisión ilegal en los datos, definida como un “*acto intencionado, cometido sin autorización, de borrar, dañar, deteriorar, alterar, suprimir o hacer inaccesibles datos informáticos contenidos en un sistema de información*”.

Es el artículo 2 el que ha servido de base para la nueva previsión del artículo 197.3 párrafo 1 del Código Penal y los artículos 3 y 4 los que han conducido a la reformulación del artículo 264 de nuestro texto.

El artículo 5 hace alusión a la inducción, la complicidad y la tentativa, estableciendo que los Estados miembros están obligados a sancionar penalmente todas ellas en las conductas delictivas descritas en los artículos a los que se ha hecho referencia, salvo la tentativa en los delitos del artículo 2, de punición potestativa.

Y, en cuanto a las sanciones, expresamente se señala, y esto es una novedad importante, que deben tener naturaleza penal, con un marco punitivo que, aquí siguiendo la tónica general, se indica deberá comprender sanciones “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, pero también como novedad, indicando que en las infracciones mencionadas en los artículos 3 y 4 habrán de ir de uno a tres años de prisión como mínimo en su grado máximo¹¹.

El artículo 7 prevé una serie de circunstancias agravantes para estas conductas, indicando la pena que, de concurrir las mismas, ha de obligarse a contemplar en determinados casos: “*sanciones penales de dos a cinco años de prisión como mínimo en su grado máximo cuando se cometan en el marco de una organización delictiva tal como la define la Acción Común 98/733/JAI, con independencia del nivel de sanción mencionado en dicha Acción Común*”; aunque se permite la discrecionalidad de los Estados miembros “*cuando la infracción de que se trate haya ocasionado graves daños o afectado a intereses esenciales*”.

Y finalmente, por supuesto, especial atención merece el artículo 8, que compele a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos jurídicos la responsabilidad de las personas jurídicas en relación a estos ilícitos, estableciendo en su apartado primero que es preceptivo que adopten “*las medidas necesarias para que a las personas jurídicas se les puedan exigir responsabilidades por las infracciones mencionadas en los artículos 2, 3, 4 y 5, cuando dichas infracciones sean cometidas en su beneficio por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica*”. No es todavía la fórmula actual, trasladada al artículo 31 bis del Código, que aparece ya, como se ha señalado, en otros instrumentos comunitarios, aunque los apartados 2 y 3 del artículo apuntan en la dirección finalmente acogida de responsabilidad autónoma y dual.

10 Sobre el alcance de la Decisión y las propuestas para su sustitución, DE LA MATA BARRANCO/HERNÁNDEZ DÍAZ, “La normativa de la Unión Europea y su aplicación en el Derecho penal ambiental e informático”, pp. 528 ss.

11 Sobre los mecanismos y las tendencias para conseguir una armonización no ya de contenidos, sino de penas, en los Estados de la Unión, DEMETRIO CRESPO, “Sobre la armonización de sanciones”, pp. 43 ss.

Acto seguido se especifica que el concepto de cargo directivo se determina en base al poder de representación de la persona jurídica, la autoridad para tomar decisiones en nombre de la misma o la capacidad de ejercer el control en su seno. Y, además, en el apartado segundo del precepto se detalla que las personas jurídicas serán asimismo responsables cuando la falta de vigilancia o control por parte de alguna de las personas apuntadas hubiera hecho posible que un sujeto sometido a su autoridad cometiera las infracciones mencionadas en los artículos 2, 3, 4 y 5 en beneficio de la persona jurídica en cuestión, terminando en su artículo tercero por aclarar que en estos supuestos se ha de permitir que cumulativamente se dirijan cuantas acciones procedan en Derecho contra los individuos que hayan intervenido en los ilícitos perpetrados.

Las sanciones aplicables a las personas jurídicas se concretan en el artículo 9, en el que se establece que deben acogerse una vez más a la fórmula conocida de ser “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, aludiendo de forma expresa también aquí a “*multas de carácter penal o administrativo*” y señalando que podrán incluir además otras, tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, la vigilancia judicial o la liquidación.

Es con la Ley 5/2010 con la que se introduce el artículo 197.3, aprovechándose para incluir en el Código no sólo las conductas del denominado *hacker* blanco, sino también la responsabilidad penal de la persona jurídica (a lo que tampoco aquí obliga estrictamente la Decisión). Pero, claro, para todos los supuestos del artículo 197 y no sólo para los del 197.3, a pesar de que dicha responsabilidad se introduce en el segundo párrafo de este número 3 y no, lo que hubiera sido más lógico, al final del artículo (lo que bien pudiera haberse hecho en cuanto, como el número 3, también el último apartado del artículo, el 8, se introduce en 2010).

Al igual que en los supuestos de pornografía, por tanto, el legislador penal español aprovecha también aquí el mandato europeo en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica en supuestos de accesos ilegales a sistemas de información y la traslada a todos los supuestos de descubrimiento y revelación de secretos vinculados con la tutela del derecho a la intimidad y la propia imagen.

VI. DELITOS DE ESTAFA

El artículo 251 bis establece para la persona jurídica responsable de los delitos es estafa la imposición de

una multa del triple al quintuple o del doble al cuádruple de la cantidad defraudada, en función de la pena prevista para la persona física, además de la posibilidad de imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. También es aquí un referente el artículo 12 del Convenio Europeo sobre Delincuencia Informática de 23 de noviembre de 2001, del Consejo de Europa, en relación con su artículo 8, si bien el mismo sólo prevé la responsabilidad de la persona jurídica en supuestos de estafa informática, no en el resto de ilícitos de los artículos 248 a 251 a los que también se refiere dicho artículo 251 bis.

No lo es en cambio la Decisión Marco de 2005, limitada como antes se decía a ilícitos contra la integridad y confidencialidad de datos y sistemas.

Y, en cambio, sí, paradójicamente, porque son previos a la Decisión de 2005, los artículos 7 y 8 (muy relacionados con el Convenio) de la Decisión Marco del Consejo de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, al que nos referiremos al hablar de las falsedades de tarjetas y cheques, en cuanto contempla la responsabilidad de la persona jurídica, en su caso penal, en supuestos de fraude relacionados con equipos informáticos consistentes en: “[la] *realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario que cause una pérdida no autorizada de propiedad a otra persona, con el ánimo de procurar un beneficio económico no autorizado a la persona que comete el delito o a terceros, mediante: – la introducción, alteración, borrado o supresión indebidos de datos informáticos, especialmente datos de identidad, o – la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos*” (artículo 3) y “*la fabricación, el recibo, la obtención, la venta y la transferencia fraudulentos a un tercero o la posesión de: [...] – programas informáticos con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos descritos en el artículo 3*”, redactado que sin duda remite a nuestros artículos 248. 2 a) y b).

Llama no obstante la atención que no se prevea esta responsabilidad para los supuestos de defraudación de los artículos 255 y 256 del Código, que sí pueden entenderse referidos por el Convenio.

VII. DELITOS DE INSOLVENCIA PUNIBLE

El artículo 261 bis también establece la imposición de una multa, en este caso de dos a cinco años o de uno a tres años, según la pena de la persona física sea de prisión de más o menos de cinco años, además de la posibilidad de imponer las penas recogidas en las letras

b) a g) del apartado 7 del artículo 33 para la persona jurídica responsable de los delitos de insolvencia del Capítulo. Pero aquí no existe absolutamente previsión alguna en el ámbito europeo.

La vinculación de estos delitos con los de estafa y, sin duda, el ámbito empresarial en que habitualmente surgen —al menos los de los delitos 259, 260 y 261, referidos a procedimientos concursales— ha animado sin duda al legislador a incluir estas infracciones entre las concernidas por el artículo 31 bis. Pero aquí no puede haber justificación alguna en los instrumentos internacionales.

VIII. DELITOS DE DAÑOS INFORMÁTICOS

El artículo 264.4 prevé la imposición de una multa del doble al cuádruple o del doble al triple del perjuicio causado, según la pena de prisión a imponer a la persona física sea mayor o menor de dos años, además de la posibilidad de imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, para la persona jurídica responsable del delito de daños informáticos —pero, aquí, sólo de ellos— del artículo 264, en sus diferentes números. También en este ámbito el artículo 12 del Convenio Europeo Sobre Delincuencia Informática de 23 de noviembre de 2001, del Consejo de Europa, en su relación con los artículos 4 y 5 del mismo texto, es un referente, en los términos antes indicados. Pero, más aún, la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo de Europa, de 24 de febrero de 2005, y sus artículos 8 y 9, en relación con los artículos 3 y 4 sobre intrusión ilegal en datos y sistemas antes referidos, en los términos explicados en los apartados precedentes.

La Ley Orgánica 5/2010 es la que reforma en su integridad el delito de daños informáticos, dando una nueva redacción al artículo 264 del Código Penal, cuyo número 1 permite castigar a quien “*por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese, o hiciese inaccesibles datos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave*”, con la pena de prisión de seis meses a dos años.

En el número 2 del artículo se prevé la pena de prisión de seis meses a tres años para “*el que por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un*

sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave”.

En el número 3 párrafo tercero se incluye un subtipo agravado, de conformidad con el cual se impondrán las penas superiores en grado y, en todo caso, la pena de multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado cuando el hecho delictivo se hubiese cometido en el marco de una organización criminal, hubiese ocasionado daños de especial gravedad o hubiese afectado a los intereses generales.

Y aprovecha la reforma para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un número 4 vinculado a los tres anteriores¹².

La redacción del precepto, al margen de esta última previsión, no obligatoria en la Decisión, prácticamente coincide con la de los artículos 3 y 4 de ésta. Y aunque la sanciones previstas para las personas jurídicas tienen una intensidad que excede la que prevé el Convenio, es de las pocas ocasiones en que no se ha utilizado la excusa comunitaria para extender la misma a supuestos no contemplados en la normativa supranacional. Así, el legislador ubica la misma en el número 4 del artículo 264, dejando al margen el resto de delitos de daños del Capítulo IX y, variando con ello el criterio habitual de extender la responsabilidad a supuestos no vinculados al hecho informático (así, por ejemplo, en el caso de la pornografía, del descubrimiento y revelación de secretos o de la estafa), muestra, aquí sí, un auténtico seguimiento europeo (al menos, en cuanto a los supuestos a tipificar).

IX. DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL, AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

El párrafo 2 del artículo 288 prevé la responsabilidad de la persona jurídica, con diferentes penas de multa, además de la posibilidad de imponer las penas de las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, para todos los delitos del Capítulo XI del Título XIII. Pero en relación a ellos, en Europa sólo encontramos la referencia del artículo 5 de la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, sobre lucha contra la corrupción en el sector privado, en relación con los supuestos del delito del artículo 286 bis y de nuevo el artículo 12 —y 13— del

¹² Sobre el contenido de la nueva regulación, en su comparación con la existente antes de la Reforma, detenidamente, DE LA MATA BARRANCO/HERNÁNDEZ DÍAZ, “Un ejemplo de delitos informáticos”, pp. 212 ss.

Convenio Europeo sobre Delincuencia Informática de 23 de noviembre de 2001, y los artículos 7 —y 8— de la Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra Sistemas de Información, en lo relativo a los delitos contra la propiedad intelectual y derechos afines de los artículos 270 a 272, el primero de ellos, y, con dudas, al delito de espionaje industrial del artículo 278 y al delito de acceso ilícito a servicios vinculados a las TICs del artículo 286, ambos.

En cuanto al delito de corrupción entre particulares, es otro de los fenómenos criminológicos sobre los que la Unión Europea viene centrando sus esfuerzos en los últimos tiempos¹³ en la creencia de que determinados comportamientos en las relaciones comerciales entrañan un riesgo potencial para el correcto funcionamiento del mercado único europeo, pilar de la estructura europea¹⁴.

El Acta Única Europea, los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam y el Consejo de Tampere abogaban por una armonización legislativa del Derecho penal, entre otras, en esta materia, indicando expresamente el último de los apuntados la obligación de establecer una serie de tipos penales y sanciones comunes para procurar la efectiva represión de la corrupción en el sector privado. También el *Corpus Iuris* preveía la corrupción como uno de los ilícitos a perseguir en el ámbito europeo, según lo establecido en su artículo 5. Y, por supuesto, también aquí hay que señalar el artículo 83 del TFUE de Lisboa.

Es sin embargo la Acción Común del Consejo 1998/742/JAI, de 22 de diciembre, la que en concreto impone la obligación a los Estados miembros de tipificar en sus territorios nacionales las conductas de corrupción que afecten al sector privado, en el entendimiento de que “*la corrupción falsea la competencia leal y compromete los principios de apertura y libertad de los mercados, y, en concreto, el correcto funcionamiento del mercado interior, y es contraria a la transparencia y la apertura del comercio internacional*”¹⁵.

En dicha Acción se alude a las conductas activas y pasivas de corrupción, a la complicidad y la inducción y ya a la responsabilidad penal de las personas jurídi-

cas, a castigar mediante sanciones que se ajusten a la conocida fórmula de “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*”.

La modalidad pasiva de corrupción se describe en el artículo 2.1 como “*el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*”; conducta para la que deben establecerse las sanciones contempladas en el párrafo segundo del precepto, en el que se especifica que deberán tener naturaleza penal y que se aplicarán “*como mínimo, a la conducta que suponga o pueda suponer una distorsión de la competencia, al menos en el marco del mercado común y que cause o pueda causar perjuicios económicos a terceros debido a la adjudicación o la ejecución irregular de un contrato*”, es decir, sólo en determinados supuestos que se entiendan especialmente graves.

La modalidad activa se regula en el artículo 3.1, entendida como “*la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*”, respecto a la que, al igual que con relación a las conductas pasivas, se impone el deber de reprender con sanciones penales en idénticos supuestos.

El marco punitivo se detalla en el artículo 4, en el que se prevé que los Estados miembros adopten sanciones penales “*eficaces, proporcionadas y disuasorias, que incluyan, al menos en los casos graves, penas privativas de libertad que puedan dar lugar a la extradición*”, aunque se permite que en los casos menos graves puedan ser de distinta naturaleza.

Es en el artículo 5 donde se contempla la obligación de los Estados miembros de garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de estas infracciones, cuando se hubieran cometido en su prove-

13 Véanse FARALADO CABANA, “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, pp. 63 ss.; y GILI PASCUAL, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, pp. 246 ss. Detenidamente sobre las referencias europeas, IGLESIAS RÍO/MEDINA ARNÁIZ, “Herramientas preventivas contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, pp. 49 ss.; y NIETO MARTÍN, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, pp. 55 ss.

14 Así, FERNÁNDEZ OGALLAR, *La armonización del Derecho Penal sustantivo de la Unión Europea*, pp. 353.

15 Sobre las continuas referencias de los instrumentos europeos a la tutela del mercado común, entre otros, QUINTERO OLIVARES, “La unidad europea y la tutela penal del mercado”, pp. 283 ss.

cho por cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, definido, en base a la fórmula ya utilizada con anterioridad en esta materia, por un poder de representación o una autoridad para adoptar decisiones en su nombre o para ejercer un control en su seno. Asimismo, se establece esta responsabilidad cuando la falta de vigilancia o control de los individuos referidos hubiera posibilitado que una persona sometida a la autoridad de la persona jurídica cometa en provecho de ésta un acto de corrupción activa. Además, este régimen sancionador se señala que no excluirá el ejercicio de acciones penales contra las personas físicas implicadas como autoras, instigadoras o cómplices en casos de corrupción activa. En definitiva, lo habitual.

Y en cuanto a las sanciones a imponer a las personas jurídicas, el artículo 6 prevé que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias, pero aquí tanto de carácter penal como administrativo, enumerando algunas tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, la vigilancia judicial o la disolución.

Esta Acción Común daba un plazo de dos años a los Estados miembros para introducir las reformas legislativas pertinentes en sus ordenamientos internos, si bien España, como es sabido, no verificó dicha obligación.

Aunque posteriormente se volverá sobre esta normativa, hay que señalar que tampoco hasta la Ley 5/2010 se ha verificado esta obligación en relación con el artículo 18 del Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, relativo a delitos de corrupción activa, tráfico de influencias y blanqueo de capitales (incorporado a nuestro ordenamiento mediante publicación en el BOE tardíamente en 2010), que, a diferencia del Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas suscrito en 1997, que también preveía en sus artículos 3 y 4 la responsabilidad de las personas jurídicas en supuestos de fraude comunitario, pero también de blanqueo y, en lo que aquí interesa, de corrupción activa, ya sí refería esta corrupción activa también a la cometida en el sector privado y no sólo, como el Protocolo, a la vinculada a la actuación de funcionarios.

El referente de la regulación española es, en todo caso, el instrumento comunitario que sucede a la Acción Común: la importante Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, sobre lucha contra la corrupción en el sector privado, que se caracteriza, sobre todo, por endurecer el régimen punitivo de su antecesora¹⁶.

Las conductas a sancionar se contemplan en su artículo 2, en el que se dispone que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar que constituyan infracción penal los actos intencionados en el marco de una actividad profesional que consistan en: “a) *prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*” y “b) *pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones*”. Redacción más amplia que la recogida en la Acción Común, pues mientras que en esta última se acotaban los comportamientos punibles a aquellos susceptibles de causar un perjuicio de cierta entidad al tráfico mercantil a nivel comunitario, en la Decisión Marco no se incluye ninguna limitación de similares características¹⁷.

En lo que a la participación se refiere, al igual que en la Acción Común 1998/742/JAI, se prevé que los Estados miembros sancionen tanto la complicidad como la incitación, según lo establecido en el artículo 3.

Y en cuanto a las sanciones a imponer a los sujetos del delito, se produce un endurecimiento considerable justamente por el hecho de que, a diferencia de la Acción Común, que restringe la obligación de imponer sanciones de naturaleza penal a los supuestos de mayor gravedad, la Decisión Marco prevé en su artículo 4.1 que se impongan sanciones penales en todo caso, con una duración, además, delimitada en el máximo temporalmente, con los problemas, en los que aquí no cabe detenerse, sobre la vulneración del principio de proporcionalidad interna que este tipo de previsiones europeas pueden generar en los ordenamientos de los Estados miembros.

16 Así, FERNÁNDEZ OGALLAR, *La armonización del Derecho Penal sustantivo de la Unión Europea*, p. 356.

17 Véase, ampliamente, GILI PASCUAL, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada”, pp. 249 ss.

Por lo que a la responsabilidad de las personas jurídicas se refiere, regulada en los artículos 5 y 6 de la Decisión, se incluye tanto para la modalidad activa como para la pasiva, pero exigiéndose únicamente sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, y no necesariamente sanciones “penales”, como expresamente señala el artículo 4 para las personas físicas, aunque, también siguiendo la fórmula habitual contempla la posibilidad de imposición de multas de carácter penal.

En nuestro ordenamiento jurídico, la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 introduce el nuevo artículo 286 bis del Código Penal, al que, con Sección propia dentro del Capítulo XI del Título XIII, lo que no es habitual (bien pudiera haberse ubicado con el resto de delitos de la Sección tercera, contra el mercado y los consumidores), denomina exactamente de corrupción entre particulares.

En el apartado primero regula la modalidad activa del delito, disponiendo que “*quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja*”.

El apartado segundo del artículo tipifica la denominada corrupción pasiva, estableciendo que “*con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales*”.

El apartado tercero prevé una posible atenuación cuando se trate de hechos de menor gravedad, señalando que “*los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer*

la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio”.

Y el apartado 4 del precepto tipifica la conocida como corrupción en el deporte sancionando “*a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva profesionales*”.

Estamos, como puede comprobarse, ante una traslación fiel, pero ampliada, de la regulación comunitaria, eso sí, con un marco punitivo importante, algo que únicamente podría, y sólo quizás, estar justificado en los supuestos de extrema gravedad y de dimensión transfronteriza en los que el mercado único europeo pudiera verse afectado, lo cual ha de descartarse, puesto que la Decisión Marco 2003/568/JAI eliminó las exigencias de lesividad contempladas en la Acción Común¹⁸. Ni que decir tiene que en el ámbito de la sanción de las personas jurídicas también se muestra esta mayor intensidad punitiva.

En cuanto a los delitos contra la propiedad intelectual y derechos afines, a los que también afecta el artículo 288 párrafo 2 y respecto de los que también la referencia europea está únicamente en el Convenio sobre Cibercriminalidad comentado en los apartados anteriores (artículos 12 y 13 en relación, aquí, con el artículo 10 donde se definen estos delitos), téngase en cuenta que muchos de ellos nada tienen que ver con el hecho informático y que, por otra parte, el Convenio no precisa si la punición ha de extenderse a conductas que atenten contra programas, datos o sistemas informáticos, a conductas lesivas de derechos vinculados a la propiedad intelectual cometidas a través de mecanismos informáticos o a ambas, en tanto el legislador claramente asume esta opción, como siempre, más punitiva.

Por lo que respecta a los delitos de espionaje industrial de los artículos 278 y siguientes, hay que referir aquí tanto la normativa del Convenio (aquí los artículos 12 y 13 hay que relacionarlos con los artículos 2 y 3) como la de la Decisión Marco 2005/222/JAI (artículos 8 y 9 en relación con el artículo 2) en lo relativo al acceso informático, al que expresamente se refiere el artículo 278.1 y 3. Los comentarios que habría que hacer aquí son los mismos que, en general, a todo lo referido en relación a los delitos contra la intimidad de los artículos 197 y siguientes.

18 Véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, p. 308.

Y lo mismo hay que decir en relación con la aplicación del artículo 288 párrafo 2 a los supuestos del artículo 286 referido a accesos a servicios vinculados a las TICs y relacionado a ambos textos europeos en términos similares (con implicación también del artículo 8 del Convenio).

Como antes se ha indicado, el resto de conductas delictivas del Capítulo XI del Título XIII, todas concernidas por el artículo 288 (tras la corrección de errores que incorpora a su párrafo 2 número 1 también el omitido originalmente artículo 284) no encuentra referente europeo. Sin embargo, el legislador español entiende, en esa que es su posición habitual, necesario extender la responsabilidad de la persona jurídica a todas ellas, vinculadas en muchos casos, no puede negarse, a la criminalidad de empresa.

X. DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALS

El artículo 302.2 prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los delitos de blanqueo de bienes (capitales, según la rúbrica del Capítulo) estableciendo una pena de multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión de más de cinco años, lo que ocurrirá en supuestos de dolo, y una pena de multa de seis meses a dos años en el resto de los casos, esto es, en supuesto de imprudencia. Ello, además de la posibilidad de imponer las penas de las letras b) a g) del artículo 33 apartado 7. El referente aquí es la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo y su artículo 39, que contempla la responsabilidad de las personas jurídicas.

El interés en evitar que las ganancias irregulares procedentes de la comisión de hechos delictivos se incorporen al tráfico mercantil ordinario se ha hecho notar en los propios Tratados comunitarios. Así, el Plan de Acción de Viena y el Consejo de Tampere ponían de relieve la importancia de prevenir este tipo de conductas para el adecuado funcionamiento del sistema financiero y el mercado común en la Unión Europea, el *Corpus Iuris* proponía en su artículo 7 la tipificación del delito de blanqueo de capitales a nivel comunitario y el Tratado de Lisboa contempla en el artículo 83 TFUE la necesidad de combatir el blanqueo de capitales, respecto a lo que se prevé, como es sabido y ya se ha reiterado, que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan emitir

normas dirigidas a armonizar los Derechos penales de los Estados miembros en lo relativo a las infracciones y las sanciones de conductas que revistan una especial gravedad y que tengan una dimensión transfronteriza, entre las que se incluye expresamente el blanqueo de bienes¹⁹.

Además, han sido varios los instrumentos legislativos de derecho derivado tendentes a armonizar la normativa sobre blanqueo y a prever sanciones penales en relación a esta materia.

En primer lugar hay que mencionar la Directiva 91/308/CEE, del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales de 1991, en cuya Exposición de motivos se hace constar que la consagración de la libre circulación de capitales y de prestación de servicios ha tenido como efecto colateral un significativo aumento de conductas de blanqueo de capitales, a lo que se añade que su represión se ve dificultada por la escasa coordinación entre Estados miembros en la materia, respecto a lo que declara que “*el blanqueo de capitales debe combatirse principalmente con medidas de carácter penal y en el marco de la cooperación internacional entre autoridades judiciales y policiales*”.

El Texto legal define las conductas que han de considerarse constitutivas de blanqueo en su artículo 1 como las que cometidas intencionadamente consistan en la conversión o la transferencia de bienes, siempre que el que las efectúe sepa que dichos bienes proceden de un comportamiento delictivo o de una participación en ese tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a toda persona que esté implicada en su comisión a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, o en la ocultación o el encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o de la propiedad de bienes o de derechos correspondientes, teniendo constancia de su irregular procedencia, junto con la adquisición, tenencia o utilización de bienes, a sabiendas en el momento de su recepción de que son fruto de la realización o de la intervención en una conducta punible. Además, se determina que han de considerarse delictivas la participación en cualquiera de las acciones mencionadas, la asociación para cometer ese tipo de actividades, la tentativa, el hecho de ayudar, instigar o inducir a su realización o el facilitar su ejecución.

19 Detenidamente, BLANCO CORDERO, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, pp. 159 ss. Véase también BAJO FERNÁNDEZ/BACI-GALUPO SAGGESE, *Política criminal y blanqueo de capitales*, pp. 28 y 29

Pero aunque el artículo 2 dispone que “*los Estados miembros velarán para que el blanqueo de capitales, tal y como se define en la presente Directiva, quede prohibido*”, no se especifica expresamente si ello ha de hacerse desde la perspectiva penal, a pesar de lo que prevé la Exposición de Motivos²⁰.

Posteriormente, la Directiva 2001/97/CE, del Consejo, de 4 de diciembre de 2001, modifica algunos aspectos de la anterior, ampliando el concepto de actividad delictiva, pero los resultados seguían sin ser los esperados, en gran medida por las dificultades que presentaba la persecución de este tipo de ilícitos en un espacio de libre circulación de capitales como el comunitario²¹.

El Consejo emitió la Decisión Marco de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales y, finalmente, la Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, ha derogado las anteriores, endureciendo aún más la represión del blanqueo.

En lo que respecta a su contenido con relevancia penal, se mantienen básicamente las propuestas de la Directiva 2001/97/CE, si bien se especifica que el ilícito precedente a la conducta de blanqueo ha de ser de carácter grave de conformidad con la definición que contiene en su artículo 3, apartado 5, en la que se incluyen “a) *los actos definidos en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI [relacionados con los delitos de terrorismo]; b) cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 3, apartado 1, letra a), de la Convención de las Naciones Unidas de 1988 contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; c) las actividades de las organizaciones delictivas definidas en el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea; d) el fraude [...]; e) la corrupción; f) todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, todos los delitos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses*”, lo que evidentemente supone una considerable extensión del ámbito de aplicación de esta normativa.

Con esa referencia, se considera blanqueo, conforme al artículo 1 número 2 de la Directiva, siempre que exista intencionalidad: “a) *la conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en este tipo de actividad, con el propósito de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a personas que estén implicadas en dicha actividad a eludir las consecuencias jurídicas de su acto; b) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad; c) la adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de la recepción de los mismos, de que proceden de una actividad delictiva o de la participación en este tipo de actividad; d) la participación en alguna de las actividades mencionadas en las letras precedentes, la asociación para cometer este tipo de actos, las tentativas de perpetrarlas y el hecho de ayudar, instigar o aconsejar a alguien para realizarlas o de facilitar su ejecución*”.

En cuanto a las sanciones a imponer, el artículo 39 únicamente apunta que habrán de ser “*eficaces, proporcionadas y disuasorias*”, sin que, expresamente, se exija que hayan de tener naturaleza penal.

Y aquí ya, el apartado tercero de este artículo 39 establece que los Estados miembros habrán de garantizar que se les pueda imputar responsabilidad —no necesariamente penal— a las personas jurídicas en relación a las infracciones que se cometan en su provecho por una persona que actúe a título individual o como parte de uno de sus órganos, cuando ostente un cargo directivo que le proporcione poder de representación de dicha persona jurídica, autoridad para tomar decisiones en su nombre o autoridad para ejercer control en su seno.

Añadiendo el apartado cuatro que, cumulativamente, los Estados miembros estarán obligados a garantizar que pueda imputarse responsabilidad a las personas jurídicas en los casos en los que la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas descritas posibilite que un individuo sometido a su autoridad pueda cometer por cuenta de la persona jurídica una de las infracciones objeto de esta regulación.

En definitiva, la fórmula tradicional, pero sin referencia alguna a consecuencias de índole penal.

20 Véase BLANCO CORDERO, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, p. 127.

21 Así lo expresa FERNÁNDEZ OGALLAR, *La armonización del Derecho penal sustantivo de la Unión Europea*, p. 331.

Téngase en cuenta, no obstante, que ya el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas suscrito en 1997, preveía en sus artículos 3 y 4, como antes se señalaba, la responsabilidad de las personas jurídicas en supuestos no sólo de fraude comunitario, sino también de corrupción activa y blanqueo. A él aludiremos en el apartado siguiente. Y que también el artículo 18 del Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, relativo a delitos de corrupción activa, tráfico de influencias y blanqueo de capitales, igualmente ya referido, contempla dicha responsabilidad en los términos que también más adelante —en el apartado dedicado a los delitos de cohecho— se indicará.

La Directiva se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, en la que se diseña un régimen de diligencia debida, control e información incluso más severo que el de la propia norma comunitaria, junto con un régimen sancionador que igualmente destaca por la entidad de las sanciones a imponer y que da lugar también a la modificación de los artículos 301 y 302 del Código Penal a través de la coetánea Ley Orgánica 5/2010.

Posteriormente se ha ido diseñando una legislación complementaria, en la que destaca, entre otras, la Directiva 2006/70/CE, de la Comisión, de 1 de agosto de 2006, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de “personas del medio político” y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo concerniente a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, la Directiva 2007/64/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior y la Directiva 2008/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por la que se modifica la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión, que se amplían.

Esta regulación ha tenido reflejo en nuestro ordenamiento interno tanto en la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, como en la Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, como en la ya referida Ley Orgánica 5/2010.

Pero no es sino en ésta, como se sabe, en la que se introduce con el modificado artículo 302.2 la responsabilidad penal de las personas jurídicas —curiosamente, dada la que suele ser tónica habitual del legislador interno, no para la receptación, sino sólo para el blanqueo—, de nuevo yendo más allá de lo que prevén los Órganos comunitarios, en cuanto éstos exigen únicamente “*sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias*” y en cuanto, además, las conductas a las que puede referirse dicha responsabilidad en el Código español son muchas más que las que recoge la normativa europea —a pesar de la parquedad del artículo 301.1 en comparación con el artículo 2.1 de la Directiva—, que no contempla, por ejemplo, supuestos de autoblanqueo y sí exige —y esto es importante— cierta gravedad en la actividad delictiva previa.

XI. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 310 bis, en relación con los delitos de los artículos 305 a 310 del Código, prevé para la persona jurídica multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión de más de dos años, y multa de seis meses a un año, en los supuestos del artículo 310. Ello, además de la posibilidad de imponer las penas de las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33. Es el artículo 3 del Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas el que refiere la responsabilidad de las personas jurídicas, si bien únicamente en relación a los delitos contra la Hacienda de la Unión Europea. También los artículos 18 y 19.2 del Convenio sobre corrupción, en relación con su artículo 14, en cuanto concierne al delito contable.

Los delitos contra los intereses financieros han sido y continúan siendo uno de los aspectos principales de la política criminal de la Unión.

Como es sabido, la Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas conocida como del maíz griego estableció el principio de asimilación, en virtud del cual los Estados miembros debían castigar los ilícitos cometidos contra los bienes jurídicos de la Unión Europea con las mismas sanciones que las que estuvieran previstas para los bienes jurídicos nacionales en sus ordenamientos internos; es esta doctrina de la que se hizo eco el Tratado de Maastricht, que a su vez introdujo el principio de colaboración, recogido en su artículo 209A, que insta a las diferentes administraciones impli-

cadadas a aunar esfuerzos en la cruzada contra el fraude comunitario²².

El principio de asimilación para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea se ha trasladado también al artículo 280.2 TCE, en el que se dispone que “*la Comunidad Europea y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad que afecte a los intereses financieros de la Comunidad, mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en este artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros*”, así como que “*los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Comunidad las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros*”. Además, en el título relativo a las disposiciones relativas a la cooperación judicial y policial, se contempla como uno de los objetivos clave “*la lucha contra la defraudación a escala internacional*”.

No obstante, la técnica de la asimilación sólo solventa ciertos aspectos del problema de las lagunas de punición. En efecto, es cierto que al tipificar los Estados miembros las conductas lesivas para los intereses financieros comunitarios con las mismas penas previstas en sus ordenamientos jurídicos para sus bienes nacionales análogos se consiguió reducir la criminalidad, pero también lo es que al darse regulaciones distintas en cada uno de ellos gran parte de dicha criminalidad se desplazó a aquéllos en los que existían regímenes punitivos menos severos.

Por ello, y otras razones, se ha ido apostando por la armonización legislativa en materia penal, también en esta materia.

En este escenario se fraguó el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995, que impuso a los Estados miembros la obligación de sancionar el fraude que afectase a los intereses financieros europeos, en los términos que se contemplan en su artículo 1.

Este precepto comenzaba por referirse a los gastos y disponía que era merecedora de reproche penal cualquier acción u omisión intencionada relativa a la utilización o a la presentación de declaraciones o de docu-

mentos falsos, inexactos o incompletos, que tuviera por objeto la percepción o la retención indebida de fondos procedentes del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por las mismas o por su cuenta, el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tuviese el mismo efecto o el desvío de esos mismos fondos con otros fines distintos de aquéllos para los que fueron concedidos en un principio.

En materia de ingresos se consideraba típica cualquier acción u omisión intencionada relativa a la utilización o a la presentación de declaraciones o de documentos falsos, inexactos o incompletos, que tuviese por efecto la disminución ilegal de los recursos del presupuesto general de las Comunidades Europeas o de los presupuestos administrados por aquéllas o por su cuenta, el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información que tuviese el mismo efecto o el desvío de un derecho obtenido legalmente que acarrease consecuencias similares.

En el mismo precepto se hace referencia expresa a la obligación de los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias y adecuadas para que los comportamientos aludidos supusieran una infracción penal; así como para que la elaboración o el suministro intencionado de declaraciones y de documentos falsos, inexactos o incompletos, supongan también un hecho típico, bien como infracción principal, bien por complicidad, inducción o tentativa de fraude.

Y era el artículo 2 el que regulaba las sanciones a imponer estableciendo que los Estados miembros debían castigar las conductas descritas en el ámbito penal con penas de prisión que permitan la extradición, en los supuestos en los que constituyan un fraude contra la Hacienda Pública Europea de los considerados graves, esto es, que superasen los 50.000 ecus. En aquellos otros en los que el fraude en cuestión no rebasase el límite señalado para considerarse grave pero fuera superior a 4.000 ecus, también había de ser sancionado, aunque podía optarse por penas de naturaleza diferente a la privación de libertad²³.

Nada se dice, sin embargo, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas.

En cambio, en el Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, de 19 de junio de 1997, sus

22 Véase, por todos, NAVARRO BATISTA, “La lucha contra el fraude tras el Tratado de Ámsterdam: Un proceso inacabado”, pp. 439 ss.

23 Ampliamente, NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, pp. 369 ss.

artículos 3 y 4 sí contemplan la obligación de los Estados de regular dicha responsabilidad.

Así, el artículo 3 establece que: *“1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho por cualquier persona, actuando a título individual, o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: – un poder de representación de dicha persona jurídica, o – una autoridad para adoptar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o – una autoridad para ejercer el control en el seno de dicha persona jurídica, así como por complicidad o instigación de dicho fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales o por tentativa de cometer dicho fraude.*

2. Además de los casos previstos en el apartado 1, cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que cometa un acto de fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 se entenderá sin perjuicio de las acciones penales entabladas contra las personas físicas que sean autoras, instigadoras o cómplices del fraude, corrupción activa o blanqueo de capitales.”

La fórmula, como se viene repitiendo, ya tradicional dentro de la responsabilidad de la persona jurídica, autónoma y derivada de comportamientos individuales activos u omisivos.

Y el artículo 4 señala: *“1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 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 ventajas o ayudas públicas; b) prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales; c) vigilancia judicial; d) medida judicial de disolución.*

2. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 3 le sean impuestas sanciones o medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias.”

Sanciones por tanto, al margen de la distinción de supuestos que, al fin y al cabo, poca trascendencia va a tener, que no requieren intervención penal alguna aunque tanto en uno como en otro caso ésta sea posible.

El Tratado de Ámsterdam cuando modifica el artículo 280 TCE y el Título K del Tratado de Maastricht, dedicado a la cooperación en asuntos de justicia e interior, e introduce el nuevo Título VI, en el que se regulan las disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal, supone un importante avance cualitativo en la política criminal europea, como también se ha ido señalando, pues plantea la posibilidad de armonizar las legislaciones penales de los Estados miembros, entre otras, en materia de protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Y el Corpus Iuris, en su artículo 1, incluyó estos comportamientos entre los considerados eurodelitos.

En la misma línea, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa aboga por la represión penal de los intereses financieros comunitarios en su artículo III-271 y llega a contemplar en su artículo III-274 la creación de un Ministerio Fiscal Europeo que, en colaboración con Europol, esté facultado para investigar los delitos cometidos contra dichos intereses financieros, así como para incoar procedimientos penales y solicitar la apertura de juicio.

Finalmente, el Tratado de Lisboa recoge también el proyecto comunitario de armonización legislativa en materia penal en cuanto a los ilícitos contrarios a los intereses financieros europeos, de conformidad con lo establecido en los artículos 83.2 TFUE, antiguo artículo 31 TCE, y 325 TFUE, antiguo artículo 280 TCE, así como también la creación de un Ministerio Fiscal Europeo, según lo dispuesto en el artículo 86 TFUE.

Reproduciendo, por su interés, este artículo 325, el mismo señala:

“1. La Unión y los Estados miembros combatirán el fraude y toda actividad ilegal que afecte a los intereses financieros de la Unión mediante medidas adoptadas en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, que deberán tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

2. Los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros. [...]

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptarán las medidas

necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros y en las instituciones, órganos y organismos de la Unión. [...].”

En cuanto a nuestro ordenamiento interno, cumplido el mandato comunitario en cuanto a la responsabilidad de las personas físicas desde 1995, la de las personas jurídicas aparece en 2010, pero extendiéndola no sólo a los supuestos de los artículos 305.3, 306 y 309, sino a todos los delitos contra la Hacienda, comunitaria, estatal, autonómica, foral o local, y, más allá todavía, a los delitos contra la Seguridad Social.

Sin embargo, no existe tal previsión en los artículos 627 y 628 del Código, en relación a defraudaciones a la Hacienda comunitaria superiores a 4.000 euros pero inferiores a 50.000, aun cuando el Segundo Protocolo no hace distinción alguna. Y si bien es cierto que el Convenio sí la hace para las personas físicas en la regulación que da a su artículo 2, el legislador español opta aquí por la intervención penal en todo caso, por lo que no se entiende por qué no ha de hacerlo también en el caso de las personas jurídicas. Es ésta, no obstante, su decisión en todos los supuestos de faltas de los artículos 617 y siguientes del Código. En este sentido, similares consideraciones deben realizarse, por ejemplo, en relación con la falta de estufa del 623.4 o con la falta contra la propiedad intelectual del 623.5.

XII. DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL E INMIGRACIÓN CLANDESTINA DE EXTRANJEROS

Los párrafos 3 y 4 del artículo 318 bis 4 prevén la imposición de una multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en supuestos de comisión de los delitos del Título, además de la imposición de las penas del artículo 33 apartado 7 letras b) a g). Son los artículos 5 y 6, ya referidos al mencionar los delitos de trata de personas -y sobre los que habría que reiterar lo entonces dicho-, de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, los que puede entenderse conectados, indirectamente al menos, con el artículo 318 bis.

La redacción originaria del Código Penal de 1995 no contemplaba ningún tipo penal específicamente relacionado con la inmigración. Pero, el artículo 312 permitía sancionar a “*quienes recluten personas o las determinen a abandonar su trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*”, penalizándose, por tanto, la merma de derechos laborales, de modo tal que si la contratación, aun irregular, respetaba éstos, la infracción no se producía²⁴.

El artículo 313, modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, da entrada a un tipo penal en el que se percibe la notable influencia de la legislación comunitaria dirigida a erradicar las formas de utilización de trabajadores irregulares lesivas para los derechos sociales y que, indirectamente, fueran susceptibles de causar distorsiones en la libre competencia del mercado comunitario²⁵. En él se castiga al que “*determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante*”.

Sin embargo, ninguno de los dos aparece concernido por la responsabilidad para la persona jurídica que delimita el artículo 318 bis 4.

Es específicamente el artículo 318 bis el que sanciona, también tras la reforma de 2010, que sucede en esta materia a las de 2000, 2003 y 2007 (Leyes Orgánicas 4/2000, 11/2003 y 13/2007), a “*los que directa o indirectamente promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España o con destino a otro país de la Unión Europea*”, con penas, en determinados casos, de hasta dieciocho años en supuestos que casi transcriben literalmente la normativa comunitaria (son importantes a este respecto la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946 JAI) vinculados a la puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas, la minoría de edad y la realización de los hechos por funcionario público, autoridad o agente prevaliéndose de su condición o cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades. Y es en él, pero sólo para los supuestos en él descritos (consciente o inconscientemente), en el

²⁴ Detenidamente, MIRÓ LINARES, “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”, pp. 10 ss.

²⁵ Así, FERNÁNDEZ OGALLAR, *La armonización del Derecho penal sustantivo de la Unión Europea*, pp. 304 ss.

que se incorpora la responsabilidad penal de la persona jurídica, respecto de conductas cuya prohibición se ha señalado más parece obedecer a la idea de proteger un difuso mercado único europeo o intereses estatales en la regulación del flujo migratorio que intereses individuales reales de las personas víctima de las conductas descritas²⁶, lo que sin duda tiene que ver con el origen comunitario de este precepto.

Qué duda cabe que también aquí el legislador nacional configura tipos penales y marcos punitivos cuya severidad supera con creces los marcos fijados por las normas comunitarias. En el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, también en esta materia ha de insistirse en que la normativa de la Unión obliga sólo a la imposición de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Pero, justamente por esta tendencia expansiva y punitiva del legislador español es por lo que no se entiende la ubicación del precepto, que deja fuera de aplicación los supuestos de los artículos 311 a 317. Es verdad que existe el artículo 318 que, para ellos, permite imponer las consecuencias del artículo 129. Pero también lo es que el legislador español lo que ha pretendido con el artículo 31 bis es precisamente distinguir lo que son las sanciones del artículo 33.7 de las consecuencias del 129.

En todo caso, no puede señalarse que exista violación del mandato europeo, porque la Directiva de 2001 tiene acogida en el artículo 177 bis y sólo parcialmente afecta a los artículos 311 ss. del Código. Es el problema de una distinción de figuras que a pesar de lo que señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, en muchos casos se confunden.

XIII. DELITOS CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO

El artículo 319.4 establece la imposición de una multa de uno a tres años, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del doble al cuádruple del montante de dicho beneficio, además de la posibilidad de imponer las penas del artículo 33.7 b) a g) para los supuestos de los artículos 319.1 y 319.2, sin que en el ámbito europeo exista previsión alguna a este respecto.

Cierto es que la tutela de la ordenación del territorio permanece ajena a muchos textos penales de Estados de la Unión, pero la importancia que la delincuencia en este ámbito ha tenido en España, su tradicional vinculación con los delitos ambientales, de los que, al menos parcialmente, no son sino una variante (con similares connotaciones socioeconómicas y de corrupción), avalan seguramente —aquí sí— la opción del legislador español, como casi siempre, más punitivo que los Órganos de la Unión, si es que se puede hablar en estos términos.

XIV. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

El artículo 327, pero sólo para los supuestos de los artículos 325 y 326 (no para los de los artículos 330 y 331), prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo multas de dos a cinco años o de uno a tres años, según el delito cometido por la persona física tenga pena de prisión superior o no a cinco años, además de las penas del artículo 33.7 b) a g). El referente europeo directo es el de los artículos 6 y 7 de la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento y el Consejo²⁷.

Como es conocido, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 el modo en que se procede a la armonización de las normativas estatales es evidente que ha cambiado en cierta medida. Tras la reforma, se establece con algo más de claridad cuáles son las materias que pueden ser armonizadas, que serán aquellas del artículo 83.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el que junto con el propio Tratado de Unión Europea surgido del mismo Tratado de Lisboa regirá los designios de ésta), además de cualquier otra que guarde relación con las políticas de la Unión (artículo 83.2).

Y, como también es sabido, tras la reforma del Tratado de Lisboa han desaparecido los denominados pilares de la Unión, con lo que ahora la competencia para proponer nuevas iniciativas legislativas reside directamente en la Comisión, en el marco del procedimiento ordinario, con el Parlamento como colegislador, al lado del Consejo (artículo 294 TFUE)²⁸.

26 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, p. 762.

27 Con numerosas referencias sobre la evolución de la política comunitaria en la tutela penal ambiental, DE LA MATA BARRANCO/HERNÁNDEZ DÍAZ, “La normativa de la Unión Europea y su aplicación en el Derecho penal ambiental e informático”, pp. 515 ss. Más detenidamente, BAUCCELLS LLADÓS, *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, especialmente, pp. 92 a 94.

28 Específicamente, NIETO MARTÍN, “La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo”, pp. 4 y ss.

Sea como fuere, todavía al día de hoy la mayoría de la normativa en materia ambiental —como en lo que concierne a la delincuencia de todo tipo— ha sido adoptada previamente a la entrada en vigor de este Tratado de Lisboa. Por ello, no ha sido ajena a los clásicos conflictos competenciales entre la Comisión y el Consejo que acostumbraban a plantearse hasta la fecha. Lo señalamos aquí porque ha sido en el campo ambiental donde más se han plasmado tales conflictos.

El proceso armonizador en materia penal ambiental comenzó a gestarse a través de los instrumentos del Tercer pilar de la UE y, por tanto, de la cooperación intergubernamental. Así, en el año 1999 Dinamarca presentó al Consejo de la Unión Europea un proyecto de Acción Común sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal, que contenía disposiciones sobre la aproximación de la legislación penal de los Estados miembros en esta materia, de la que surgió, tras el dictamen del Parlamento, la 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. Aquí ya se preveía la responsabilidad de las personas jurídicas (artículos 6 y 7).

El Parlamento europeo, al aprobar la Decisión Marco, pidió al Consejo que se abstuviera de adoptarla hasta que no se asumiese la Directiva que, sobre esta misma materia ambiental, fue propuesta por la Comisión Europea el 13 de marzo de 2001. Sin embargo, el Consejo aprobó la Decisión Marco, a pesar de esta petición, y de que ya en julio de 2001 la Comisión anunciase que, si el Consejo adoptaba la propuesta de Decisión Marco, iniciaría un proceso ante el TJCE (hoy TJUE), con el objetivo de que se concluyera que el Consejo había infringido las reglas relativas a la división de poderes entre el primer y el tercer pilar del TUE.

Tras la aprobación de la Decisión Marco, el 15 de abril de 2003 la Comisión interpuso un recurso contra el Consejo ante el TJCE, dando lugar a la conocida sentencia de 13 de septiembre de 2005 (C-176/03), que anula la Decisión Marco sobre la base de que, a pesar de la existencia de competencias del Consejo para pronunciarse sobre cuestiones penales (del Tercer pilar), la protección medioambiental es uno de los objetivos comunitarios primordiales, propio, por tanto, del Primer pilar.

Sin ahondar en los argumentos de la Sentencia, baste señalar aquí que tras la “Resolución del Parlamento Europeo sobre el seguimiento del dictamen del Parlamento Europeo sobre la protección del medio ambiente: lucha contra la delincuencia, infracciones y sanciones penales” del año 2006, que ponía de manifiesto la ne-

cesidad de un instrumento de Derecho penal que ayude a la protección del medio ambiente y conminaba al Consejo a avanzar en su adopción, se dictó la Directiva 2008/99/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

La situación, sucintamente descrita, se repitió de nuevo con la normativa europea de armonización de los delitos de contaminación procedentes de buques, que fue regulada tanto por la Directiva 2005/35/CE como por la Decisión Marco 2005/667/JAI que completaba la anterior. Y de nuevo, con los mismos argumentos esgrimidos respecto a la directiva de medio ambiente, el TJUE anula esta Decisión Marco en la sentencia de 23 de octubre de 2007 (C-440/05). Finalmente, en el año 2009 la Directiva 2005/35/CE fue sustituida por la Directiva 2009/123/CE de 21 de octubre del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contaminación procedente de buques y a la introducción de sanciones, incluidas las sanciones penales, para las infracciones de contaminación.

En cuanto a lo que es estrictamente labor armonizadora, y no integradora, la Directiva 2008/99/CE marca la pauta a seguir (como señala la Directiva, antes de 26 de diciembre de 2010) en lo que han de abordar los Estados de la Unión. Y, en principio, parecería que bastante seguida por el legislador español con la reforma de los artículos 327 y 328 que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

Sí hay, no obstante, modificaciones quizás que hacer en los artículos 325 ss. para una perfecta acomodación de los mismos a lo indicado en la Directiva y así poder dar cabida, por ejemplo, a conductas como las de “la producción, la importación, la exportación, la comercialización o la utilización de sustancias destructoras del ozono” (artículo 3 i), que sólo interpretaciones amplias de los tipos permitirían acoger (y quizás no de los estrictamente ambientales, sino de los de riesgo), o plantearse la reubicación del actual 327 que, contra lo indicado en la Directiva, limita los supuestos en que es exigible la responsabilidad penal de las personas jurídicas (excluyendo las conductas de los artículos 330 y 331). Y, en todo caso, habría que hacer una reflexión sobre si la obligación del legislador comunitario contenida en el artículo 3 de la Directiva exigiendo a los Estados miembros que se aseguren de considerar delictivo “el vertido, la emisión o la introducción en el aire [...] que puedan causar [...] daños sustanciales a la calidad del aire” se encuentra cumplida por el legislador español que más que un “daño sustancial” exige “que se pueda poner gravemente en peligro el equili-

brio de los sistemas naturales”. O, por ejemplo, sobre si la exigencia de penalización del “daño sustancial [...] a animales o plantas”, sin concretar de qué naturaleza, se encuentra igualmente cumplida. En ambos casos, pareciera que no. Sin embargo, no parece insuficiente la tutela penal ambiental que en la actualidad se está brindando por el legislador español, con unos artículos 325 ss. en los que cabe bastante.

En virtud de lo establecido en la Directiva, los Estados miembros de la Unión Europea han de armonizar sus legislaciones penales respecto a una serie de conductas detalladas en su artículo 3 y consistentes en la comisión dolosa o por imprudencia grave, precisión importante porque normalmente los instrumentos comunitarios aluden sólo a conductas intencionadas, de: “a) *el vertido, la emisión o la introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes que cause o pueda causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;* b) *la recogida, el transporte, la valoración o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación de instalaciones de eliminación, incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos), que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;* c) *el traslado de residuos inadecuado, cuando dicha actividad [...] se realice en cantidad no desdeñable, tanto si se ha efectuado en un único traslado como si se ha efectuado en varios traslados que parezcan vinculados;* d) *la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos y que, fuera de dichas instalaciones, causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;* e) *la producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas;* f) *la matanza, la destrucción, la posesión o la apropiación de especies protegidas de fauna o flora silvestres, a excepción de los casos en los que esta*

conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie; g) *el comercio de ejemplares de especies protegidas de fauna y flora silvestres o de partes o derivados de los mismos, a excepción de los casos en los que esta conducta afecte a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias intrascendentes para el estado de conservación de su especie;* h) *cualquier conducta que cause el deterioro significativo de un hábitat dentro de un área protegida;* i) *la producción, la importación, la exportación, la comercialización o la utilización de sustancias destructoras del ozono”.*

El artículo 4 prevé que se tipifiquen la incitación y complicidad, mientras que el artículo 5 se dedica a las consecuencias jurídicas, compeliendo a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que las conductas enumeradas se castiguen con “sanciones penales, eficaces, proporcionadas y disuasorias”.

Y es el artículo 6 el que se prevé para regular la responsabilidad de las personas jurídicas, para los supuestos en los que los hechos típicos indicados se hubieran cometido en su beneficio por cualquier persona, a título individual o como parte de uno de sus órganos, con una posición directiva, basada en el poder de representación o en la autoridad para adoptar decisiones en su nombre o para ejercer su control; así como en los que la ausencia de supervisión o control hubiera hecho posible la comisión, en beneficio de la persona jurídica, de alguno de los delitos que nos ocupan. Y el artículo 7 el que establece que las mismas deben ser castigadas con “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”, sin llegar a exigir específicamente que deban ser de naturaleza penal. Además, esta responsabilidad se implanta, por supuesto, con carácter acumulativo respecto de aquélla en que hubieran podido incurrir las personas físicas implicadas. Es importante aquí subrayar que, como también en algún otro ámbito ocurre, el artículo 5 textualmente habla de “sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias” para las personas físicas, en tanto el artículo 7 únicamente de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias” para las personas jurídicas, distinción que no puede ser gratuita. Más aún, en este artículo ni siquiera se alude a multas de carácter penal, como en otros textos sí se hace.

La influencia de la normativa comunitaria en el ordenamiento penal español ha sido importante como reiteradamente se ha destacado y antes ya se ha señalado. Incluso contradictoriamente como muestra la introducción y posterior supresión del hoy derogado artículo

325.2. Y, por supuesto, esta influencia es la que se materializa en la introducción del nuevo artículo 327.

Ahora bien, por qué se da esa ubicación al mismo y no se sitúa su contenido al final del Capítulo III del Título XVI o incluso al final del propio Título es algo que no se ha explicado. Téngase en cuenta que la Directiva comunitaria acoge conductas de daño, no sólo de peligro, y de imprudencia grave, no sólo de dolo, con lo que no se acierta a ver por qué los artículos 330 y 331 no han de verse concernidos por el artículo 327. El hecho es que éste es de los pocos supuestos en que el legislador español no se ajusta al tenor de la regulación comunitaria. Es cierto que bien puede no hacerlo, dado, como se decía, que para las personas jurídicas no se exige que se prevean sanciones penales, pero también lo es que, habiendo optado por éstas, dejar al margen cuando menos los supuestos del artículo 330 es difícil de entender.

XV. DELITOS DE ESTABLECIMIENTO DE DEPÓSITOS O VERTEDEROS TÓXICOS

El artículo 328.6, en relación con el resto de apartados del mismo artículo, prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo multas de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito de la persona física tiene una pena de más de dos años de prisión, o multa de seis meses a dos años o del doble al triple del perjuicio causado, en el resto de los casos, además de posibilitar la aplicación del artículo 33.7 b) a g). También la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento y el Consejo es aquí el referente (en concreto, de nuevo los artículos 6 y 7 vinculados a las letras b y c del artículo 3), como lo es en realidad de todo el nuevo artículo 328, completamente modificado en 2010 tras la adopción del mandato de la misma²⁹.

Aquí la ubicación sí es la correcta, en cuanto todas las conductas del artículo 328 están sujetas a la responsabilidad de la persona jurídica. Cuestionable es que sea necesario este artículo 328.6, de darse otra ubicación al artículo 327. En todo caso, el cumplimiento de la norma comunitaria es claro.

XVI. DELITOS RELATIVOS A LAS RADIACIONES IONIZANTES

El artículo 343.3 contempla la multa de dos a cinco años, además del resto de penas del artículo 33.7 b) a

g) en relación a los supuestos de los delitos del artículo 343.1 y 2, de nuevo con la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento y el Consejo (sus artículos 6 y 7 en relación con el artículo 3 letra a) como referente.

También aquí surge el interrogante de por qué existe un artículo 343.3 (en relación con la emisión de materiales o radiaciones ionizantes, a las que se refiere dicha letra a) y no igualmente un artículo 341.2, en relación con la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos (también incluida en el artículo 3 de la Directiva, en la letra e).

No parece que aquí el legislador haya sido preciso en la transposición de la normativa comunitaria.

XVII. DELITOS DE RIESGO PROVOCADOS POR EXPLOSIVOS Y OTROS AGENTES

Finalmente, nuevamente es la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento y el Consejo (aquí en la vinculación de los artículos 6 y 7 con la letra d del artículo 3) la que avala, al menos indirectamente, la previsión del artículo 348.3, referida a los delitos de los apartados previos del artículo, donde se contemplan multas de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio producido si el importe es mayor, además de las penas de inhabilitación del artículo 33.7. El legislador español refiere la responsabilidad a todos los supuestos de riesgo y no únicamente a los que tienen que ver con el peligro para el ambiente, pero es que también así lo hace la Directiva.

Quedan no obstante al margen de la responsabilidad de la persona jurídica los supuestos del artículo 349, a los que también puede entenderse afecta la norma comunitaria, así como los del artículo 350, quizás también concernidos por ella (con más dudas en el caso de los artículos 346 y 347, también ajenos a la previsión del artículo 348.3).

XVIII. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

El artículo 369 bis pfs. 3 a 6 establece la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo en relación a los delitos del artículo 368 -no en relación a los supuestos del artículo 371, a los que sí se refiere la normativa europea-, y prevé penas, además de las del artículo 33.7 b) a g), de multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga si la cantidad resultante

29 Señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, pp. 802 y ss., que, de hecho, los nuevos apartados del artículo 328 resultan prácticamente una transcripción literal del texto de la directiva, motivo por el cual se introducen términos lingüísticos que resultan extraños en nuestro ordenamiento jurídico.

es más elevada, para delitos con pena de prisión para la persona física de más de cinco años, o bien de multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga si la cantidad resultante es más elevada, si la pena para la persona física es inferior a cinco años y superior a dos. Aquí el referente es el artículo 6 —y 7— de la Decisión Marco 2004/757/JAI, del Consejo.

En el título X del Tratado de Maastricht se señala que la actuación de la Unión Europea “*se encaminará a la prevención de las enfermedades, especialmente de las más graves y ampliamente difundidas, incluida la toxicomanía, apoyando la investigación de su etiología y de su transmisión, así como la información y la educación sanitarias*” y, paralelamente, a “*la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública*”.

Dando un paso más, el Tratado de Ámsterdam establece que “*la Comunidad complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención*”. E incluye expresamente el tráfico de drogas entre los ilícitos que se contemplan como objetivos de la cooperación policial y judicial en materia penal y de la armonización de las legislaciones penales de los Estados miembros, previstos respectivamente en sus artículos 29 y 31.

En idéntico sentido, el Plan de Acción de Viena y el Consejo de Tampere vinieron a dar un nuevo impulso a la represión del tráfico ilícito de drogas. El primero de ellos introdujo un plan de acción específico en la materia para el periodo comprendido entre los años 2000 a 2004. El segundo trató de promover la cooperación de los Estados miembros en cuanto a la prevención y persecución de este tipo de conductas, a fin de consolidar, se decía, el espacio de libertad, seguridad y justicia.

Asimismo, en el Tratado constitucional se hace referencia a la armonización legislativa en materia penal para los delitos relacionados con el tráfico de drogas, según lo establecido en su artículo III-271, y, por último, en el Tratado de Lisboa se regula la obligación de los Estados miembros de adoptar medidas legislativas de naturaleza penal para combatir el tráfico de drogas, si bien, dado que la misma se encuentra principalmente referida a delincuencia grave y transnacional, se crea una cierta confusión sobre si incluye el tráfico a pequeña escala y/o a nivel nacional³⁰.

Más específicamente, en cuanto a las normas que han surgido al efecto de procurar la armonización del De-

recho penal de los Estados miembros en esta materia, hay que destacar fundamentalmente la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

Este instrumento legislativo describe en su artículo 2 las conductas que se consideran relacionadas con el tráfico ilícito de drogas, que son “*a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas; b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis; c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a); d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines*”. Por otro lado, se especifica que se excluyen de su ámbito de aplicación los supuestos en los que los autores hayan actuado exclusivamente con fines de consumo personal.

La inducción, complicidad y tentativa se regulan en el artículo 3, en el que se establece la obligación de los Estados miembros de tomar las medidas oportunas para proceder a su tipificación como delito, salvo la tentativa de oferta o de preparación de drogas y la tentativa de posesión de drogas, cuya tipificación se dice será potestativa.

El artículo 4 establece que en relación con las conductas descritas deberán establecerse “*penas efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, que habrán de concretarse en máximos de uno a tres años de privación de libertad, como mínimo, con carácter general, y de cinco a diez años de privación de libertad, como mínimo, cuando el delito esté relacionado con grandes cantidades de droga o con las drogas más perjudiciales para la salud, o bien cuando provoquen daños importantes a la salud de muchas personas. En el supuesto de que los hechos tengan lugar en el marco de una organización delictiva, las penas a imponer se establece que sean de al menos cinco o diez años, según la diferenciación que establece de conductas, de privación de libertad. Además, se señala que los Estados miembros habrán de establecer las disposiciones que resulten necesarias para permitir el decomiso de las sustancias objeto del delito,

30 Véase ACALE SÁNCHEZ, *Derecho penal y Tratado de Lisboa*, p. 362.

los instrumentos utilizados o que se pretenda utilizar para su comisión y los productos de los mismos, así como el embargo de bienes cuyo valor corresponda al de dichos productos, sustancias o instrumentos

El artículo 5 dispone que cada Estado miembro podrá adoptar las medidas necesarias para que las penas contempladas en el artículo 4 puedan reducirse cuando el autor del delito renuncie a sus actividades delictivas en el ámbito del tráfico de drogas o proporcione a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no hubieran podido obtener de otra manera, contribuyendo de este modo a prevenir o atenuar los efectos del delito, descubrir o procesar al resto de autores, encontrar pruebas o impedir que se cometan nuevos hechos delictivos.

Y la referencia a las personas jurídicas no podía faltar. Se encuentra en el artículo 6, en el que se establece la obligación de los Estados miembros de adoptar “*las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualesquiera de los delitos [...] cuando los haya cometido por cuenta de la persona jurídica cualquier persona que actúe a título individual o como miembro de un órgano de la persona jurídica y que tenga en ella un poder de dirección derivado de alguna de las atribuciones [...]*” que se enumeran, vinculadas a comportamiento activos u omisivos, en la línea habitual. Por otra parte, y al igual que en otras normas comunitarias, se especifica que dicha responsabilidad no excluye la incoación de actuaciones penales contra las personas físicas que hayan tenido algún tipo de intervención en estos delitos.

En cuanto a las sanciones a aplicar a las personas jurídicas, el artículo 7 señala que deberán ser simplemente “*medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, aceptando multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones tales como medidas de exclusión del disfrute de ventajas de carácter fiscal o de otro tipo o de ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial, medidas judiciales de liquidación, cierre temporal o definitivo de establecimientos utilizados en la comisión del delito, decomiso de las sustancias objeto de los delitos, de los instrumentos utilizados o que se pretenda utilizar en estos delitos y de los productos de dichos delitos o embargo de bienes cuyo valor corresponda al de dichos productos, sustancias o instrumentos.

Al margen de la importancia de esta Decisión en la reforma de 2010 de los artículos 368 y siguientes del Código, por ejemplo, y de modo absolutamente contra-

rio a lo que suele ser la tónica habitual, rebajándose las penas a imponer, la misma también es la que condiciona la previsión del nuevo artículo 369 bis (que sustituye al derogado artículo 369.2 que permitía la imposición de las consecuencias del artículo 129), del que lo que principalmente hay que destacar es su ubicación sistemática, en cuanto se sitúa, como se ha señalado, antes del artículo 371 dedicado al tráfico de precursores, que queda fuera de su ámbito de aplicación, aun cuando el artículo 2 de la Decisión lo incluye entre las conductas a sancionar (en su letra d).

Es cierto, por supuesto, que no puede decirse que el legislador nacional haya incumplido el mandato comunitario ya que el artículo 7 sólo obliga a establecer medidas efectivas y permite, como se ha dicho, que las mismas tengan carácter penal o administrativo, pero no deja de llamar la atención la opción del legislador español, siempre, y no aquí, tan punitiva.

XIX. DELITOS DE FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO Y CHEQUES DE VIAJE

El artículo 399 bis 1, pños. 2 y 3, pero sólo para los supuestos de falsificación de los documentos señalados, y no para el resto de falsificaciones del Capítulo, establece para la persona jurídica responsable de los mismos una multa de dos a cinco años, junto a las penas del artículo 33.7 b) a g). El referente aquí es el artículo 7 de la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que también afecta, como antes se ha dicho, a las estafas informáticas del artículo 248.2 del Código Penal en relación con el artículo 251 bis (y que debiera hacerlo a los supuestos de robo y apropiación documental, lo que sin embargo no ocurre).

Así, esta Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo impone a los Estados miembros en su artículo 2 la obligación de tipificar las conductas dolosas relativas a “*tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques y letras de cambio*”, consistentes en “*a) robo o apropiación indebida [...]; b) falsificación o manipulación [...] para su utilización fraudulenta; c) recibo, obtención, transporte, venta o transferencia a un tercero o posesión de instrumentos de pago que hayan sido objeto de robo u otra forma de apropiación indebida, falsificación o manipulación para su utilización fraudulenta; d) uso fraudulento de instrumentos de pago que hayan sido objeto de robo*

u otra forma de apropiación indebida, falsificación o manipulación”.

En el artículo 3 se contemplan los delitos relacionados con equipos informáticos, que serán aquéllos que se cometan de forma intencionada y supongan la *“realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario que cause una pérdida no autorizada de propiedad a otra persona, con el ánimo de procurar un beneficio económico no autorizado a la persona que comete el delito o a terceros, mediante: – la introducción, alteración, borrado o supresión indebidos de datos informáticos, especialmente datos de identidad, o – la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos”.*

El artículo 4 se refiere a los delitos relativos a dispositivos especialmente adaptados, en los cuales incluye la comisión dolosa de *“la fabricación, el recibo, la obtención, la venta y la transferencia fraudulentos a un tercero o la posesión de: – instrumentos, objetos, programas informáticos y cualquier otro medio destinado por su naturaleza a la comisión de alguno de los delitos descritos en la letra b) del artículo 2, – programas informáticos con la finalidad de cometer cualquiera de los delitos descritos en el artículo 3”.*

Y en el artículo 5 se especifica que la participación, la inducción y la tentativa habrán de ser punibles.

Las sanciones a imponer se contemplan en el artículo 6 y se señala que deberán consistir en *“penas efectivas, proporcionadas y disuasorias entre las que figuren, al menos en los casos graves, penas de privación de libertad que puedan dar lugar a extradición”.*

Y, finalmente, la responsabilidad de las personas jurídicas se regula en el artículo 7, en los mismos términos que los ya expuestos en otras normas de similar naturaleza, con previsión de sanciones en el artículo 8, que se señala habrán de ser, como siempre, *“efectivas, proporcionadas y disuasorias”*, incluyendo multas de carácter penal o administrativo, junto con otras de distinta naturaleza, tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, la vigilancia judicial y la disolución.

Hasta 2010 no se transpone esta Decisión, con la creación del nuevo artículo 399 bis relativo a la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (instrumentos de pago incluidos en la Decisión), que en su número 1 párrafos 2 y 3 prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, pero sólo para los supuestos del primer párrafo: conductas de *“alteración, copia, reproducción o cualquier otro modo de falsificación”.*

En primer lugar, llama la atención que de la misma se excluyan las conductas del artículo 399 bis 2 y 3, relativas a la *“tenencia de tarjetas o cheques falsificados”* y al *“uso de tarjetas y cheques falsificados”*, respectivamente, a las que sí se refiere la Decisión Marco en su artículo 2 letras c) y d).

También llama la atención que igualmente se excluyan de la responsabilidad de la persona jurídica las conductas del artículo 400, mencionadas en la Decisión en su artículo 4 (en relación con el 2 b).

Incluso que se excluyan las conductas de falsificación documental de los artículos 390 y siguientes del Código a las que sí parece referirse también en parte (al menos en cuanto a las falsedades mercantiles —las letras de cambio se mencionan expresamente en el artículo 2— del artículo 392) la Decisión.

Y, como siempre, aunque es cierto que el artículo 8 de ésta no obliga a establecer penas y sí sólo medidas disuasorias, también lo es que la tónica es que el legislador nacional aproveche la inercia europea para ampliar su ámbito penal de intervención, lo que aquí no sucede.

Téngase también en cuenta que el artículo 399 bis tampoco afecta a la falsificación de moneda de los artículos 386 y siguientes del Código, respecto a la que, en Decisiones previas, también había previsiones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas (baste referir la Decisión Marco 2000/383/JAI del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro).

Y que, finalmente, la Decisión de 2001 acoge también no sólo conductas de falsificación de instrumentos de pago y uso y tenencia de los mismos, sino también conductas de estafa informática (sí concernidas por el artículo 251 bis del Código en lo que a la responsabilidad de la persona jurídica se refiere), y de robo y apropiación indebida de los mencionados instrumentos de pago (respecto a los que no hay en el Código previsión de responsabilidad penal para la persona jurídica).

XX. DELITOS DE COHECHO

El artículo 427.2 prevé para la persona jurídica, en relación a todos los supuestos de cohecho del Capítulo V del Título IX del Código, penas de multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión de más de cinco años, o de multa de uno

a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si la pena de prisión es superior a dos años, o multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos; como siempre, además de las penas del artículo 33.7 b) a g).

El referente europeo no es aquí la Decisión Marco 2003/568/JAI referida únicamente al sector privado, sino el previo y ya mencionado Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas suscrito en 1997, que preveía en sus artículos 3 y 4 la responsabilidad de las personas jurídicas en supuestos de fraude comunitario, pero también de blanqueo y de corrupción activa —no pasiva— en el sector público, o sea referida a funcionarios, según lo señalado en la definición del artículo 1 letra c del mismo, en relación con el artículo 2 del Convenio de 27 de septiembre de 1996.

Y el más específico artículo 18 del Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, en relación con los artículos 2, 3 y 4 del mismo Texto, también únicamente para supuestos de corrupción activa, aquí ya no sólo en relación a conductas en que estén implicados funcionarios públicos. Sin embargo, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea no profundiza en esta cuestión.

En lo aquí interesa destacar, y al margen de los ya referidos con anterioridad artículos 3 y 4 del Protocolo, cuyo breve comentario habría que reproducir aquí, señala este artículo 18 que:

“1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de: – un poder de representación de la persona jurídica; – una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica; – o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica; así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados.

2. Aparte de los casos ya previstos en el apartado 1 cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que se pueda hacer responsable a una persona jurídica cuando la falta de vigilancia o de control por parte de una de las personas físicas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible la comisión, por parte de una persona física sometida a su autoridad, de los delitos mencionados en el apartado 1 en beneficio de dicha persona jurídica.

3. La responsabilidad de la persona jurídica en virtud de los apartados 1 y 2 no excluye la acción penal contra las personas físicas autoras, instigadoras o cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1.”

Es en definitiva la fórmula habitual que en los últimos tiempos adopta también la Unión Europea.

En cuanto a las sanciones, descritas en el artículo 19.2, se habla como siempre de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”, de naturaleza, se dirá, “penal o no penal”, sin ejemplo alguno como sí sucede en otros ámbitos, y aun cuando para las personas físicas se exigen en el apartado 1 del artículo “sanciones privativas de libertad que puedan dar lugar a extradición”.

Limitados ambos textos a la sanción —en cuanto a las personas jurídicas se refiere, no así a las personas físicas— de la corrupción activa y no pasiva, el legislador español no establece en el artículo 427.2 esta distinción. Bien es cierto que atendiendo la restricción del artículo 31 bis 5 y la propia lógica de lo que es la corrupción pública, obviamente quedará bastante limitada la sanción de la corrupción pasiva (pública), que, no obstante, sí será posible, con lo que de nuevo es más amplia la previsión penal interna que la de los instrumentos europeos.

XXI. DELITOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

También el artículo 18 del Convenio Penal sobre la Corrupción, del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, en relación con el artículo 12 del mismo Texto, contempla entre los delitos a armonizar el de tráfico de influencias —no así ni el Segundo Protocolo de 1997 ni la Decisión Marco de 2003 en cuanto textos vinculados a la lucha contra la corrupción—, que en el artículo 430 del Código encuentra la sanción penal de la persona jurídica para todos los supuestos del Capítulo, con previsión de pena de multa de seis meses a dos años, además de la posibilidad que brinda el artículo 33.7.

Cuanto se ha dicho sobre el delito de cohecho tendría que reproducirse aquí.

XXII. DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

Igualmente, la misma previsión del artículo 18, en relación con los artículos 5, 6, 9, 10 y 11, se traslada al artículo 445.2, que contempla la multa de dos a cinco años o del triple al quintuple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, además de las penas del artículo 33.7, para las personas jurídicas responsables del delito del apartado 1 del artículo, tanto en supuestos de corrupción activa como pasiva, de funcionarios públicos extranjeros, en la definición que de los mismos da el número 3 del artículo. También similares comentarios habría que hacer aquí.

Ya previamente, el artículo 2 del Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, dado en París el 17 de diciembre de 1997 e incorporado a España en 2002, contemplaba la responsabilidad de las personas jurídicas con “*medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos*”, sin alusión, tampoco, al carácter penal de las mismas -lo que sí hace en relación con las personas físicas, para las que exige “*privación de libertad*”-, aunque el artículo 3 establece que cuando “según el ordenamiento jurídico de una Parte, la responsabilidad penal no sea aplicable a las personas jurídicas, esa Parte velará por que éstas estén sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de carácter no penal”, lo que por lógica deja abierta la puerta a que en caso de que dicha responsabilidad penal sea aplicable, la misma pueda abarcar estos supuestos de corrupción.

XXIII. DELITOS DE CAPTACIÓN DE FONDOS PARA EL TERRORISMO

Para estos supuestos la previsión del Código de responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra en el artículo 576 bis 3. En él se establecen penas de multa de dos a cinco años cuando para la persona física se prevean penas de prisión de más de cinco años, o de uno a tres años, cuando la pena de prisión sea superior a dos e inferior a cinco años. Siempre con la posibilidad del artículo 33.7 b) a g). También aquí existe pre-

visión europea en el artículo 7 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo, si bien extendida a todos los delitos de terrorismo de sus artículos 1 a 4. Hay que tener en cuenta también la ya referida Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención del blanqueo de capitales pero también de la financiación del terrorismo.

Son numerosos los instrumentos legislativos que se han ido generando en el seno de la Unión europea en materia de terrorismo. Sin posibilidad de profundizar aquí en la ingente normativa existente, queremos referir únicamente, en relación con el objeto de este trabajo, esa Decisión Marco 2002, adoptada en cumplimiento del mandato de armonización legislativa de los ordenamientos penales de los Estados miembros recogido en el artículo 31 del Tratado de la Unión Europea. Téngase en cuenta que tanto el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en su artículo III-271, como el Tratado de Lisboa, en su artículo 83 TFUE, hacen referencia al terrorismo como uno de los principales delitos a combatir en el escenario comunitario³¹.

En esta Decisión Marco se hace constar expresamente en sus Considerandos 1 y 2 que el terrorismo constituye una de las violaciones más graves de “*los valores universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales*” sobre los que se basa la Unión Europea, lo que refleja la preocupación comunitaria al respecto³².

Y se insta a los Estados miembros en el artículo 9 a tomar medidas para asumir su competencia cuando los actos de terrorismo se hayan preparado y/o ejecutado en el territorio de un Estado miembro, ya sea total o parcialmente, o a bordo de un buque o de una aeronave pertenecientes a un Estado miembro, cuando los haya cometido un nacional o un residente de un Estado miembro y cuando se hayan perpetrado contra ciudadanos de un Estado miembro o contra instituciones que teniendo sede en un Estado miembro se hubieran creado al amparo de los Tratados Constitutivos de la Unión Europea o del Tratado de la Unión Europea.

Por lo que a las conductas punibles respecta, se impone la obligación de tipificar como delitos de terrorismo las conductas detenidamente descritas en las letras a) a i) del artículo 1 que “*puedan lesionar gravemente a un*

31 Véase TERRADILLOS BASOCO, “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, pp. 37 ss.

32 Entre otros, CANCIO MELIÀ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, p. 147.

país o a una organización internacional cuando el autor los cometa con el fin de: – intimidar gravemente a una población, – obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, – o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”.

Se definen los conceptos de grupo terrorista y organización estructurada en el artículo 2, se describen los delitos ligados a las actividades terroristas en el artículo 3, se obliga a tipificar la inducción, la complicidad y la tentativa en el artículo 4 y en cuanto a las sanciones se insta en el artículo 5.1 a adoptar *“las medidas necesarias para que los delitos mencionados en los artículos 1 a 4 sean sancionados con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, que puedan tener como consecuencia la extradición”*, que especifica con límites mínimos en los apartados 2 y 3 del artículo.

Y se obliga a contemplar la responsabilidad de las personas jurídicas, en el artículo 7, cuando los delitos de terrorismo *“sean cometidos por cuenta de éstas por cualquier persona [...] que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica [...]”*, definido en los términos habituales y en relación a conductas activas y de omisión, por supuesto y también como siempre, sin perjuicio de las responsabilidades penales individuales en que pudiera incurrir la persona física.

La novedad está en que el artículo 8 exige la imposición de “penas” efectivas, disuasorias y proporcionadas, aunque a continuación indica que las mismas incluirán multas de carácter penal o administrativo, además de sanciones como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la vigilancia judicial, la prohibición temporal o definitiva del desempeño de su actividad, la liquidación y la clausura temporal o definitiva del establecimiento utilizado para la comisión del delito. Contradicción evidente pues o se exige una pena o se permite la multa administrativa, pero es imposible la asunción de ambas posibilidades.

En nuestro ordenamiento interno la Ley Orgánica 5/2010 ha modificado de modo importante los delitos de los artículos 572 a 580 y en esta modificación se encuadra la nueva previsión del 576 bis 3, vinculada entre otros (como el artículo 1 apartado 4 de la Directiva 2005/60/CE antes mencionada sobre blanqueo y terrorismo, que define el concepto de “financiación del terrorismo”, en su relación con el artículo 39 sobre responsabilidad de la persona jurídica por dicha financiación) al artículo 2.2 letra b) de la Decisión.

La responsabilidad que en ella se establece, sin embargo, se limita a abarcar los delitos de captación de fondos de los dos primeros números (modalidades dolosa e imprudente, respectivamente) del artículo, no el resto de delitos de terrorismo de los artículos 571 siguientes del Código, también concernidos por la Decisión Marco.

Y aunque la Ley Orgánica 3/2011 modifica el artículo 570 quáter, que va a permitir acordar la imposición de cualesquiera consecuencias de los artículo 33.7 y 129 a los delitos de todo el Capítulo VII (artículos 571 a 580), en sentido estricto no cabe entender que prevea con ello la responsabilidad penal de la persona jurídica.

XXIV. NORMATIVA TRANSPUESTA, NO TRANSPUESTA Y DEFICIENTEMENTE TRANSPUESTA

Como se ha ido describiendo, la justificación que da el legislador español para explicar en base a las exigencias de los instrumentos europeos la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro sistema penal encuentra bastante refrendo en la normativa analizada.

Son muchos los textos del Consejo de Europa y de la Unión Europea que, y cada vez con mayor frecuencia, se atreven con propuestas que “obligan” a tipificar como delitos determinadas conductas lesivas de intereses comunitarios. Y para ellas se prevén, además de la clásica fórmula de medidas “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, también cada vez con mayor frecuencia, sanciones “penales”, que incluso en ocasiones se delimitan en sus mínimos.

Junto a esa previsión, al margen de alguna laguna puntual, ya no hay texto en que, junto a la responsabilidad de las personas físicas por dichos delitos, no se contemple también la de las personas jurídicas.

La fórmula que se utiliza, tras la evolución que se ha ido produciendo a lo largo de esta última década, es ya en la actualidad prácticamente similar a la que acoge el artículo 31 bis del Código Penal español.

Así, a) se opta por una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, pero basada en los hechos llevados a cabo por la persona física, b) se establece la exigencia de que ésta actúe en beneficio de aquella, c) se requiere una actuación de quien está capacitado para obligarle, d) o una omisión del deber de control del mismo sobre quien lleva a cabo la conducta ilícita, e) se opta, además, por una responsabilidad independiente de la que corresponda a la persona física.

Estas líneas son básicamente las que ha seguido el legislador español, con la salvedad de que en nuestro

Código la pena para la persona jurídica sí se hace depender en la mayoría de supuestos de la de la persona física.

Ahora bien, el legislador europeo, en primer lugar, cuando contempla la responsabilidad de la persona jurídica lo hace, con carácter general, para todos los ilícitos que considera han de tipificarse por los ordenamientos internos en cada Texto propuesto. El legislador español asume en cambio la técnica del *numerus clausus* y sólo prevé dicha responsabilidad en relación a determinados tipos penales. Ello no supondría déficit de transposición alguno si en la elección de estos tipos se hubiera acertado a incluir la totalidad de los ilícitos descritos en los instrumentos supranacionales. Pero no ha ocurrido siempre estrictamente así.

Y, en segundo lugar, el legislador europeo no acostumbra a exigir para la persona jurídica sanciones “penales” —en muy puntuales ocasiones— sino únicamente aquéllas que sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”, aunque entre éstas permita las de naturaleza penal y mencione incluso en muchos textos la “multa de carácter penal”. Obviamente todas las sanciones que contempla nuestro Código para la persona jurídica tienen dicho carácter penal (al margen de las consecuencias del artículo 129 previstas para “no” personas jurídicas). No hay déficit alguno aquí, sino al contrario, y teniendo en cuenta que las disposiciones europeas son siempre de mínimos, ninguna objeción hay que poner a ello desde la idea de legalidad.

Ahora bien, lo que no puede negarse es que ello implica aprovechar la inercia europea penalizando comportamientos que, estrictamente (y aun cuando pudiera ser éste el sentir europeo), en lo que respecta a la responsabilidad de la persona jurídica, no lo están en los Textos descritos.

Por otra parte, aprovecha también el legislador español para utilizar la presencia de éstos expandiendo su intervención a conductas que poco tienen que ver con su contenido. Se ha puesto de relieve, por ejemplo, en la normativa sobre delincuencia informática, que permite al legislador español trasladar la responsabilidad “penal” de la persona jurídica a supuestos que nada tienen que ver con el hecho informático aunque sí refieran conductas lesivas del mismo interés que el tutelado en la norma europea.

Esto se sintetiza en la afirmación de que el legislador español expande y aumenta la gravedad de la responsabilidad de la persona jurídica, sin que haya nada por supuesto que se lo impida (si respetara principios, sobre todo, como el de proporcionalidad, lo que no siempre ocurre), en relación con lo que demanda la normativa

supranacional asumida. Pero no puede afirmarse que ello se justifique plenamente en la existencia de esta normativa.

Desde el punto de vista contrario, hay ámbitos en los que, sin embargo, no existe labor armonizadora alguna o es deficiente la que se realiza. Ello no plantea estrictamente tampoco ningún problema de incumplimiento interno, en cuanto, como se decía, en la inmensa mayoría de supuestos, el legislador europeo no va a “exigir” para la persona jurídica, y aunque las permita, sanciones “penales”. No contemplándolas el Código Penal, al margen de la sorpresa o contradicciones que puedan generarse, no podrá afirmarse que se desobedece lo que desde las instancias superiores se le encomienda hacer. Pero, sí llaman la atención. Serán en todo caso las excepciones a la actuación expansiva del legislador español, que, seguramente, no encuentran explicación en razón de peso fundamentada alguna, sino en déficits de técnica legislativa y omisiones que, seguramente, corregirá en el futuro.

Así, no hay transposición o labor armonizadora alguna ni en relación a la Directiva 2008/99/CE, de 19 de noviembre, del Parlamento y el Consejo, en lo que respecta a su artículo 6 y su previsión de responsabilidad de las personas jurídicas respecto a la protección de la flora y de la fauna. Además de la incorrecta transposición, según antes se ha expuesto y en los términos expresados, en relación a los delitos de daños ambientales, a los ilícitos imprudentes en este ámbito, a los delitos relativos a la energía nuclear y a los delitos de estragos, en relación con lo dispuesto en la misma Directiva.

Tampoco la hay en relación a la previsión de los artículos 8 y 9 de la Decisión Marco 2000/383/JAI, del Consejo, modificada por la Decisión Marco 2001/888/JAI, sobre falsificación de medios de pago, que deberían afectar a nuestros artículos 386 y siguientes del Código.

Ni la hay en relación a los artículos 7 y 8 de la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que sin duda afecta a las falsificaciones documentales de los artículos 390 y siguientes pero no comprendidas en el artículo 399 bis del Código. Ni en cuanto la misma dispone sobre conductas vinculadas a medios de pago no falsificados (robo y apropiación indebida).

En cuanto a la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, en su artículo 5 contempla la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin

embargo, a nivel interno, estrictamente, tampoco se prevé la responsabilidad en estos casos que define el artículo 31 bis del Código Penal, ni en el supuesto específico de las asociaciones ilícitas de los artículos 515 y siguientes (aunque el artículo 520 sí permite contemplar las “consecuencias accesorias” del artículo 129), ni en el de las organizaciones y grupos criminales de los artículos 570 bis y ter (aunque también aquí el artículo 570 quáter permite imponer las “consecuencias” de los artículos 33.7 y 129 a la “organización o grupo”). Sí, lógicamente, cuando la delincuencia organizada venga referida a algunos de los delitos de los apartados anteriores.

Ya el Tratado de Ámsterdam hacía referencia expresa a la proscripción de este tipo de conductas en su artículo 29, especificando el artículo 31 que debían ser objeto de armonización legislativa en materia penal. El Corpus Iuris incluía la criminalidad organizada como uno de los delitos a establecer en el ámbito comunitario. Y también tanto el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en su artículo III-271, como el Tratado de Lisboa, en su artículo 83, insisten en la necesidad de combatir el crimen organizado a través de la armonización del Derecho penal³³.

En cuanto a los instrumentos normativos dictados al objeto de armonizar las legislaciones de los Estados miembros es numerosa la regulación desde el primer Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada, de 28 de abril de 1997 y la más importante Acción común de 21 de diciembre de 1998, del Consejo, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros³⁴.

Es, sin embargo, la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, el instrumento definitivo —hasta ahora— en esta materia.

En la misma su artículo 1 apartado 1 contiene una definición de organización criminal similar a la habitualmente utilizada hasta entonces, pero añadiéndose que ha de tener un objetivo económico u otro de naturaleza material; en concreto se define como la “*asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables*

con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aun más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

El concepto de asociación estructurada se articula en el apartado segundo del artículo 1, como aquella “*organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada*”.

Se resalta por tanto que hemos de estar ante un ente con un cierto nivel organizativo y vocación de permanencia frente a propuestas previas que incluían las asociaciones de naturaleza simple y/o transitoria.

Las conductas relacionadas con la actividad de la organización que se exige se tipifiquen como delito se describen en el artículo 2 de la Decisión: “*a) la conducta de toda persona que, de manera intencionada y a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en las actividades ilícitas de la organización, incluida la facilitación de información o de medios materiales, reclutando a nuevos participantes, así como en toda forma de financiación de sus actividades a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva de esta organización*” y “*b) la conducta de toda persona que consista en un acuerdo con una o más personas para proceder a una actividad que, de ser llevada a cabo, suponga la comisión de delitos considerados en el artículo 1, aún cuando esa persona no participe en la ejecución de la actividad*”.

Las sanciones que los Estados miembros están obligados a establecer se contemplan en el artículo 3, que especifica que deberán ser de naturaleza “penal”: en concreto, penas máximas de reclusión de al menos entre dos y cinco años, además de las medidas necesarias para que la comisión de los delitos mencionados en el marco de una organización delictiva sea considerada como circunstancia agravante. No obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 4, estas sanciones se señala que podrán reducirse o no aplicarse

33 Por todos, ACALE SÁNCHEZ, “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, p. 364. Ampliamente, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal*, pp. 51 ss. y 182 ss. Véanse también FOFFANI, “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, pp. 55 ss.; y PORTILLA CONTRERAS, “Reformas y procesos de la armonización de las leyes penales y procesales europeas en materia de criminalidad organizada”, pp. 201 ss.

34 Sobre ambos, BLANCO CORDERO/SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado”, pp. 7 ss.

en supuestos determinados como, a modo de ejemplo, cuando el autor del delito abandona sus actividades delictivas y proporciona a las autoridades administrativas o judiciales información que éstas no hubieran podido obtener de otra forma, que les ayude a impedir, acabar o atenuar los efectos del delito, identificar o procesar al resto de autores, encontrar pruebas, privar a la organización delictiva de recursos ilícitos o beneficios obtenidos de sus actividades delictivas o impedir que se cometan nuevos delitos.

Y es el artículo 5 el que se dedica a la responsabilidad de las personas jurídicas, del modo habitual, con las sanciones descritas en el artículo 6, “*efectivas, proporcionadas y disuasorias*”, incluyendo “*multas de carácter penal o administrativo y, en su caso, otras sanciones*”, describiéndose a modo de ejemplo la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, el sometimiento a vigilancia judicial, la liquidación y el cierre temporal o permanente del establecimiento.

Pues bien, aunque la normativa comunitaria ha ido teniendo una marcada influencia en nuestro ordenamiento, por ejemplo, con la importante reforma en 2003 del artículo 515 o con la de 2010 y la creación de los nuevos delitos de los artículos 570 bis, ter y quáter, el artículo 31 bis no aparece ni en uno ni en otros directamente considerado, aunque se acuda al artículo 129 en el primer caso y a los artículos 33.7 y 129 en el segundo.

Existen otros déficits puntuales, como se ha ido señalando en los apartados previos de estas consideraciones.

La duda que surge es la de si son déficits conscientes o producto de la técnica legislativa consustancial a muchas Reformas en las que se introducen, dentro de un Texto ya cerrado, artículos bis o ter o quáter, o números, apartados o párrafos dentro artículos ya existentes, sin mucha reflexión.

Véase, por ejemplo, precisamente lo ocurrido con el artículo 570 quáter, que se introduce en el Código con la Reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, incluyendo en su texto la mención a las consecuencias del artículo 31 bis (sin previsión, no obstante, de responsabilidad penal de la persona jurídica), para tras cuarenta días de vigencia, modificarse a través de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, cuya Disposición Final segunda apartado 4 establece la redacción actual, que sustituye la mención al artículo 31 bis por la que hace ahora a los artículos 33.7 y 129 y además amplía el ámbito de aplicación del precepto a los delitos del Ca-

pítulo siguiente sobre terrorismo (artículos 571 a 580), a pesar de la existencia del artículo 576 bis 3, que, sin embargo, limita su aplicación a las conductas de los números 1 y 2 de este artículo.

¿Por qué, por otra parte, la ubicación del artículo 327 donde está y no al final del Capítulo o incluso del Título? ¿Por qué un artículo 399 bis 1 párrafo 2 y no, con el mismo contenido, un artículo 399 bis 4 o incluso 400 ter? En ambos casos, generándose lagunas de punición, conscientes o no. ¿Y por qué el artículo 197.3 párrafo 2 y no un artículo 197.9 o incluso 201 bis? Estamos ante ubicaciones que muchas veces generan dudas de interpretación. En este sentido, y aun también con las contradicciones que se han ido poniendo de relieve, la normativa europea es mucho más sencilla: responsabilidad de la persona jurídica siempre para todos los delitos mencionados en el Texto en que se incluye.

En todo caso, aunque no es cierto que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, “*son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas*”, ya que lo que se demanda son sanciones “*eficaces*”, sí lo es que asociando dicha responsabilidad a la obligación de tipificar como delito las conductas que se han ido describiendo de alguna forma se abre la puerta a la misma. Puerta que traspasa el legislador español. Lo hace con atención a la normativa europea, con decisión expansiva y con ambición punitiva, aunque con déficits que, seguramente, deberá ir corrigiendo.

XXV. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., “Derecho penal y Tratado de Lisboa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 30, 2008, pp. 349 a 380.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid, 2009.
- BAJO FERNÁNDEZ, M./BACIGALUPO SAGGESE, S., *Derecho Penal Económico*, 2ª ed., Madrid, 2010.
- BAUCELLS LLADÓS, J., *Nuevas perspectivas de la política criminal europea en materia ambiental*, Barcelona, 2007.
- BLANCO CORDERO, I., “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 06-05, 2004.
- BLANCO CORDERO, I., *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Navarra, 2011.
- BLANCO CORDERO, I./SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Principales instrumentos internacionales

- (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de la aplicación de la ley penal en el espacio”, en *Revista Penal*, número 6, 2000, pp. 1 a 14.
- CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Madrid, 2011.
- CRUZ DE PABLO, J.A., *Derecho penal y nuevas tecnologías. Aspectos sustantivos. Adaptado a la reforma operada en el Código Penal por Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, especial referencia al nuevo artículo 286 CP*, Madrid, 2006.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J., “Derecho comunitario y Derecho estatal en la tutela penal del medio ambiente”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 02-04, 2000.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J./HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “Un ejemplo de delitos informáticos: delitos contra sistemas y datos en el Código Penal español: ¿delitos de daños?”, en *Derecho penal informático*, Navarra, 2010, pp. 201 a 246.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J./HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “La normativa de la Unión Europea y su aplicación en el Derecho penal ambiental e informático”, en *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid, 2012, pp. 495 a 531.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J./PÉREZ MACHÍO, A., “La normativa internacional para la lucha contra la cibercriminalidad como referente de la regulación penal española”, en *Derecho penal informático*, Navarra, 2010, pp. 123 a 145.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Sobre la armonización de sanciones en la Unión europea”, en *Revista penal*, número 16, 2005, pp. 43 a 53.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española”, en *Revista Penal*, número 2, 1998, pp. 17 a 22.
- FARALDO CABANA, P., “Hacia un delito de corrupción en el sector privado”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, número 23, 2001, pp. 59 a 98.
- FERNÁNDEZ OGALLAR, B., *La armonización del Derecho penal sustantivo en la Unión Europea*, Bilbao, 2013.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Derecho penal y competencias de las comunidades europeas”, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 48, 1992, pp. 811 a 830.
- FOFFANI, L., “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, en *Revista Penal*, número 7, 2001, pp. 55 a 66.
- GALÁN MUÑOZ, A., “La internacionalización de la represión y la persecución de la criminalidad informática: un nuevo campo de batalla en la eterna guerra entre prevención y garantías penales”, en *Revista Penal*, número 24, 2009, pp. 90 a 107.
- GILI PASCUAL, A., “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada (Contribución al análisis del Código Penal según el Proyecto de Reforma de 2007)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 19, 2007, pp. 245 a 288.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La unificación del Derecho penal europeo”, en *Revista Jurídica de la Universidad Alfonso X el sabio*, número 12, 2006, pp. 1 a 32.
- IGLESIAS RÍO, M.A./MEDINA ARNÁIZ, T., “Herramientas preventivas contra la corrupción en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista Penal*, número 14, 2004, pp. 49 a 69.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*, 3ª ed., Valencia, 2011.
- MIRÓ LINARES, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 10-05, 2008, pp. 1 a 31.
- NAVARRO BATISTA, N., “La lucha contra el fraude tras el Tratado de Ámsterdam: Un proceso inacabado”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, número 4, 1998, pp. 429 a 472.
- NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996.
- NIETO MARTÍN, A., “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, en *Revista Penal*, número 10, 2003, pp. 55 a 69.
- NIETO MARTÍN, A., “La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el Programa de Estocolmo”, en *Revista General de Derecho Penal*, número 10, 2013.
- PORTILLA CONTRERAS, G., “Reformas y procesos de la armonización de las leyes penales y procesales europeas en materia de criminalidad organizada”, en *Reforma del Código Penal. Respuestas para una sociedad del siglo XXI*, Madrid, 2008, pp. 201 a 226.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La unidad europea y la tutela penal del mercado y de los intereses de los ciudadanos”, en *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, número 25, 2005, pp. 283 a 310.
- TERRADILLOS BASOCO, J.M., “La Constitución para Europa: un reto político-criminal”, en *Revista*

de Derecho Comunitario Europeo, número 20, 2005, pp. 21 a 45.

TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona, 1993.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfi-

co de personas”, en *Revista Penal*, número 14, 2004, pp. 182 a 208.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada, 2009.