

LA INTRODUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA*

Miguel Ángel Boldova Pasamar
Universidad de Zaragoza

Resumen: El Código penal español incorpora por primera vez en nuestra legislación penal una regulación sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello plantea un debate jurídico en torno a las características específicas de dicha responsabilidad penal. La regulación legal española opta por un modelo híbrido que parte de una responsabilidad vicarial, que tiene su base en el delito de la persona física, pero al que se dota de ciertos rasgos de independencia, de modo que puede existir responsabilidad penal de la persona jurídica sin que concurra la de la persona física. El problema reside en insertar este modelo entre los fundamentos dogmáticos del Derecho Penal moderno.

Recibido: julio 2013. Aceptado: noviembre 2013

* Este trabajo es el resultado de las actividades del proyecto de investigación DER2009-13111, titulado “Globalización y Derecho Penal”, dirigido por Luis Gracia Martín, así como también de las actuaciones del Grupo de Estudios Penales, financiado por el Departamento de Ciencia, Tecnología y Universidad del Gobierno de Aragón, y el Fondo Social Europeo, dirigido por Miguel Ángel Boldova Pasamar.

Palabras clave: responsabilidad penal; responsabilidad vicarial; personas jurídicas; empresas; penas; consecuencias accesorias.

Abstract: For the first time in our criminal codification, the Spanish Penal Code establishes a regulation on criminal liability of legal persons. This gives rise to a legal discussion about the specific rules of the referred criminal responsibility. The Spanish legal regulation assumes a hybrid model based on the vicarious liability, which is founded on the crime of the individual, but which is characterized by certain traits of independence, so there may be criminal liability of the legal person without the concurrence of the individual's one. The main problem is to insert this model in the dogmatic foundations of modern Criminal Law.

Keywords: criminal liability; vicarious liability; legal persons; corporations; penalties; accessory consequences.

I. Introducción y antecedentes previos

Modernamente no ha sido objeto de discusión ni debate la atribución de responsabilidad a las personas morales o jurídicas en el ámbito del Derecho civil, en particular porque la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) puede tener carácter objetivo¹; la misma aseveración es predicable de la responsabilidad civil derivada del delito cuando se pone a cargo de las personas jurídicas. En el ámbito del Derecho administrativo se reconoce de igual modo responsabilidad de tipo administrativo a dichas entidades y la posibilidad de imponerles sanciones administrativas; ello es así a pesar de que en este sector del ordenamiento jurídico los principios sancionadores coinciden en buena medida con los que vienen requeridos por el Derecho penal para la responsabilidad de naturaleza penal, aunque tal reconocimiento se debe al hecho de que la responsabilidad de naturaleza administrativa para las personas jurídicas es también de carácter objetivo². Sin embar-

1 V., por ejemplo, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "La responsabilidad objetiva", en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez Coord., Madrid, 2007, pp. 801 ss.

2 V. GÓMEZ TOMILLO, M.: *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Cizur Menor, 2008, pp. 314 ss.

go, por lo que respecta a nuestra legislación penal, dado que la responsabilidad penal es de carácter subjetivo, había encontrado tradicionalmente reconocimiento el principio *societas delinquere non potest* o, expresado también de otro modo, *universitas delinquere nequit*³. Es decir, se rechazaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas y se consideraba que en los casos de comisión de un delito en el seno de una persona jurídica, la responsabilidad *criminal* alcanzaba únicamente a las personas físicas que actuaban por la jurídica, a través de la previsión de determinadas cláusulas como la contenida en el artículo 31.1 del Código penal de 1995 —preexistente en nuestra legislación penal desde 1983⁴—, que tiene como finalidad la ampliación del círculo de la autoría de los delitos especiales a determinados *extranei* (personas físicas), que actúen como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica (o en nombre o representación legal o voluntaria de otro). De este modo se lograba además evitar la impunidad en que se incurría cuando la persona jurídica no era penalmente responsable y el hecho delictivo era cometido en su

- 3 Históricamente, la responsabilidad colectiva, de grupo o social se había reconocido para algunos delitos desde el Código de Hammurabi y posteriormente en Grecia, pero ya no en Roma (a pesar de que aparecen los primeros gérmenes de la personalidad jurídica a través de la *universitas*, ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones). Igualmente estuvo vigente en el Derecho germánico y francés, así como en el Derecho canónico. Lo estuvo también en España durante la Edad Media en varios fueros (León, Navarra y Nájera). Pero las revoluciones francesa y norteamericana establecieron las bases del liberalismo individual y, a raíz de ello, en los Códigos europeos del s. XIX desapareció toda referencia a una posible responsabilidad colectiva. Algunos intentos de reintroducir de forma limitada esta responsabilidad en España se encuentran en los proyectos de Silvela (1884) y Saldaña (1920); v. SALDAÑA, Q.: *Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación)*, Madrid, 1927, pp. 65 ss.; MESTRE, A.: *Las personas morales y su responsabilidad penal (asociaciones, corporaciones, sindicatos)*, Madrid, 1930, pp. 53 ss.; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, Tomo I (Parte General), 3.ª ed., Barcelona, 1935, pp. 272 ss.; MARTÍNEZ MILTOS, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Asunción, 1956, pp. 9 ss., 67 ss. y 183 ss.
- 4 Al respecto, GRACIA MARTÍN, L.: *El actual en lugar de otro en Derecho Penal II. Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Zaragoza, 1986, pp. 87 ss.

nombre o beneficio por parte de quien no reunía las condiciones de la autoría establecidas por los tipos delictivos.

No obstante, la situación legislativa en nuestro país sobre la responsabilidad de las personas jurídicas con relación a hechos delictivos ha ido evolucionando en las últimas décadas para terminar cuestionando o negando abiertamente el tradicional principio de la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir o, más precisamente, para ser penalmente responsables de los delitos. Ya el Código penal de 1995 representó un paso importante respecto a los Códigos penales anteriores, al establecer de forma sistemática (y no aislada como hasta entonces) consecuencias jurídicas del delito aplicables a las personas jurídicas —consecuencias accesorias—, sin la denominación de penas ni el reconocimiento expreso de que las personas jurídicas podían incurrir en una responsabilidad jurídica de carácter penal. Sin embargo, ese cambio hacia la previsión sistemática de consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas en razón de hechos delictivos se transformó sustancialmente al reconocerse de forma expresa la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal. En su virtud se instituyó y reglamentó por primera vez en nuestra legislación penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis), con un catálogo de penas aplicables directamente a las mismas (art. 33.7) y un sistema de aplicación de estas penas igualmente singular (art. 67 bis)⁵. Ahora bien, semejante modificación legal no dio lugar a la desaparición de las consecuencias accesorias, puesto que se siguen aplicando a empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones

5 Al margen de la modificación de otros preceptos del Código penal que guardan relación directa con la cuestión principal: así la supresión del art. 31.2 (en el que se establecía para los supuestos de actuación en lugar de otro y en el caso de imposición de una multa al autor del delito, la responsabilidad de la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó del pago de la multa de manera directa y solidaria) y la adición de un apartado 2 al art. 130 (dirigido a regular de modo específico el régimen de extinción de la responsabilidad criminal en relación con las personas jurídicas).

cuando las mismas carecen de personalidad jurídica (art. 129). El Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013 vuelve a incidir en la misma cuestión, introduciendo precisiones en algunos aspectos de la regulación vigente (en el ámbito de la autoría) y nuevas previsiones en cuanto a dicha responsabilidad penal de las personas jurídicas (regulación expresa y detallada de las circunstancias que determinarían una posible exención de responsabilidad). Por lo tanto, se estaría consolidando el cambio de paradigma iniciado en 2010, aunque la forma de proceder del legislador resulte sumamente criticable, al dar la impresión de improvisación permanente⁶, a falta de claridad de ideas, generando incertidumbre acerca de la determinación del concreto modelo establecido.

-
- 6 La improvisación ya se puso de manifiesto ante la ausencia de una regulación paralela a la penal en el ámbito del Derecho adjetivo para hacer plenamente efectiva la depuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, no se habían abordado las implicaciones procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de los entes societarios. En particular, se han regulado cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, al derecho de defensa de las personas jurídicas, a la intervención en el juicio oral, a la conformidad y a la rebeldía. V. BAJO FERNÁNDEZ M. / GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez Jara Díez, Cizur Menor, 2012, pp. 277 ss.; MAGRO SERVET, “Análisis de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal”, en *Especial “Reforma procesal y concursal”*, La Ley, 2011, pp. 89 ss.; ROMA VALDÉS, A.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal*, Escoz García Coord., Madrid, 2012; MORALES GARCÍA, O.: “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”, en *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Homenaje al Profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Extraordinario-2011, pp. 142 ss.; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: “La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 29, 2013; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, en *Diario La Ley*, n.º 7625, 2011; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Proceso penal y persona jurídica*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2012.

El nuevo modelo constituye la traslación al ordenamiento jurídico español de una tendencia legislativa de origen anglosajón que ha cuajado en gran parte de Europa (con la relevante excepción de Alemania)⁷. Sin embargo, no había una obligación internacional que vinculara jurídicamente al Estado para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las

7 Al margen de Gran Bretaña y Holanda, en el resto de Europa el reconocimiento de una responsabilidad penal de las corporaciones y empresas es relativamente reciente y se encuentra en progresión, en contraste con la controversia existente sobre el problema en E.E.UU., donde dicha responsabilidad se depura criminalmente desde hace más de un siglo; v. a este respecto, BEALE, S. S. / SAFWAT, A. G.: “What developments in Western Europe tell us about american critiques of corporate criminal liability”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 8, n.º 1, 2004, pp. 89 ss. Francia introduce una regulación en 1994, Dinamarca en 1996, Bélgica en 1999, Polonia y Suiza en 2003, Austria en 2005, Rumanía en 2006, Portugal en 2007, Luxemburgo y España en 2010, y la República Checa en 2012. Una regulación singular es la que presenta Italia en esta materia, puesto que el Decreto Legislativo n.º 231, de 8 de mayo, aunque introdujo nominalmente la responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas, tal responsabilidad deriva de los delitos cometidos en su interés o beneficio, se depura en un proceso penal y cuenta con el conjunto de sus garantías. En torno a la calificada por su doctrina como *vexata quaestio* de determinar la naturaleza jurídica de la responsabilidad corporativa en el delito, mientras una parte de la doctrina se inclina a favor de la naturaleza administrativa, otro sector estima que se trata de una responsabilidad que, en sustancia, asume un aspecto penal o “para-penal”, aunque, alternativamente, es entendida como un *tertium genus*; v. MARINUCCI G., “«Societas puniri potest»: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2002, pp. 1193 ss.; FIANDASCA, G. / MUSCO, E.: *Diritto penale. Parte Generale*, 4.ª ed., Bolonia, 2006, pp. 143 ss.; GAROFOLI, R. *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, 3.ª ed., Milán, 2006, pp. 251 ss.; PAVANELLO, E.: *La responsabilità penale delle persone giuridiche di diritto pubblico. Societas publica delinquere potest*, Padua, 2011, pp. 276 ss.; DE SIMONE, G.: *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, pp. 324 ss. Con relación a la discusión en Alemania, v. HIRSCH, H. J.: “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, en *Derecho Penal*, Obras completas, Tomo III, Buenos Aires, 2007, pp. 109 ss.; TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Colonia, 2010, pp. 105 y ss.; HEINE, G.: Vorbe. §§ 25 ff., en *Strafgesetzbuch Kommentar*, Schönke / Schröder, 28.ª ed., Munich, 2010, pp. 500 ss.

personas jurídicas, como señalaba el legislador en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010⁸. Es cierto únicamente que existían recomendaciones de organismos internacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa) favorables a dicho reconocimiento, pero no por ello eran de obligatoria recepción. Del mismo modo las iniciativas de la Unión Europea de los últimos años, requiriendo a los Estados miembros para que establecieran en sus respectivas legislaciones sanciones contra las personas jurídicas en relación con diversos grupos de delitos, no prejuzgaban ni determinaban la naturaleza jurídica que dichas sanciones debían poseer.

II. Argumentos a favor y en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Fundamentalmente se invocan criterios de signo utilitarista para estimar no sólo factible, sino adecuado y necesario en las sociedades actuales globalizadas disponer de las previsiones legales precisas para estatuir un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Así, por ejemplo, se alude a la existencia de un modelo sancionador en el ámbito del Derecho administrativo aplicable a las personas jurídicas que no presenta dificultades ni conceptuales ni aplicativas para deducir una responsabilidad por ilícitos administrativos, que solo presentan —frente a los ilícitos penales— diferencias cuantitativas⁹. Se sostiene la necesidad

- 8 V. en este sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: “¿Responsabilidad penal para los entes sociales?”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2009, p. 119; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revista Electrónica de la AIDP*, 2011, p. 10; URRUELA MORA, A.: “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español en virtud de la LO 15/2010: perspectiva de *lege lata*”, en *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Romeo Casabona / Flores Mendoza Eds., Granada, 2012, pp. 465 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez Dir., Montaner Fernández Coord., Barcelona, 2013, p. 20.
- 9 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.ª ed., Cizur Menor, 2009, pp.

de que las personas físicas y las jurídicas actúen en igualdad de derechos y de deberes, particularmente cuando éstas constituyen en la actualidad el principal actor económico. En tal sentido y siendo las personas jurídicas sujetos de derechos y de deberes jurídicos, se señala que no hay razón para que no les vinculen también los deberes jurídico-penales (decía v. LISZT que quien puede celebrar contratos, puede celebrar contratos fraudulentos o usurarios)¹⁰. Se trataría de combatir el factor criminógeno de la empresa en los delitos económicos (mediante hombres de paja, empresas pantalla, sociedades interpuestas, etc.), de eludir las dificultades de imputación jurídico-penal y de identificación de los verdaderos responsables en el ámbito de complejas y sofisticadas estructuras empresariales¹¹, así como, finalmente, de prevenir adecuadamente la criminalidad organizada¹². El principal objetivo de la responsabilidad colectiva sería incitar la autorregulación dirigida a la prevención del delito en el seno del ente colectivo¹³, ante la incapacidad de los Estados para realizar eficazmente dicha función, y efectuar una administración a largo plazo de los riesgos modernos¹⁴. La existencia o inexistencia de

256 ss.; BACIGALUPO, E.: *Compliance y Derecho Penal*, Cizur Menor, 2011, p. 80.

- 10 v. LISZT, F.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26.^a ed., Berlín/Leipzig, 1932, p. 156, n. 4.
- 11 SCHÜNEMANN, B.: “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 570 ss.
- 12 DE LA CUESTA ARZAMENDI: “El Derecho penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, en *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Gutiérrez-Alviz Conradi / Valcárcé López Dirs., Sevilla, 2001, pp. 85 ss.
- 13 V. NIETO MARTÍN, A: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 42 ss. Y de ahí la importancia que cobrarán en la organización empresarial, a raíz del reconocimiento legal de la responsabilidad penal de los entes colectivos, los programas de cumplimiento de la legalidad (*compliance*), pues las empresas deberán asumir privadamente una función preventiva para reducir el riesgo de incurrir en responsabilidad propia; v. BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 93.
- 14 V. HEINE, G: “Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originaria de la empresa”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Bogotá, 2008, pp. 235 ss.

responsabilidad penal de las empresas sería, en última instancia, un indicador del poder corporativo¹⁵.

Estos argumentos político-criminales contrastan, sin embargo, abiertamente, con las categorías científicas de la dogmática penal tradicional. A partir de las mismas tendríamos que afirmar que no resulta convincente ni adecuado el establecimiento de un sistema de responsabilidad “penal” de las personas jurídicas. Simplemente habría bastado con el sistema de consecuencias accesorias —de naturaleza administrativa— ya existente (aunque mejorable) para obtener los mismos resultados materiales (externamente idéntica clase de consecuencias)¹⁶, sin necesidad de trastocar la teoría de la imputación jurídico-penal del delito, según la cual, éste se define como una acción u omisión típica —dolosa o imprudente—, antijurídica y culpable. Es completamente imposible hablar de acción, omisión, dolo, imprudencia o culpabilidad en las personas jurídicas, dado que estas categorías tienen un sentido psicológico por estar vinculadas hasta ahora únicamente con el ser humano.

15 V. POUNCY, C.: “Reevaluating corporate criminal responsibility: it’s all about power”, en *Stetson Law Review*, vol. 41, n.º 1, 2011, p. 116, quien, además, partiendo de que el Derecho penal envía fuertes señales sobre los valores sociales y que el concepto de crimen corporativo apoya simbólicamente la perspectiva de que la sociedad controla las corporaciones, estima que la eliminación de la responsabilidad penal de las empresas, como la desregulación, la privatización, el desmantelamiento del Estado de bienestar y la movilidad del capital sin restricciones, sustraería el poder (o al menos la percepción de poder) del alcance de la gente común y lo colocaría en manos de los ricos (ya sean seres naturales o artificiales), dejando a las corporaciones libertad para poner a prueba los límites de su poder. Concluye este autor estimando que es difícil imaginar cómo la eliminación de la responsabilidad penal de las empresas pudiera beneficiar a nadie que no fueran las propias corporaciones criminales.

16 V. en este sentido OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *op. cit.*, pp. 146 s., al estimar que el art. 129 CP, convenientemente reformado, no solo da cumplida satisfacción a los compromisos internacionales del Estado español en materia de responsabilidad sancionatoria de los entes sociales, sino que también se ofrece como la solución más simple e idónea a los problemas de criminalidad engendrados por las actividades realizadas en nombre, a través o al servicio de estas entidades.

Modificar estos conceptos para adaptarlos a las personas jurídicas implica una normativización de los mismos que impide alcanzar un concepto único, válido y común para depurar la responsabilidad penal de las personas físicas y de las personas jurídicas de acuerdo a unas mismas reglas y presupuestos¹⁷. Esto es, se hace preciso manejar dos conceptos diferentes de acción, omisión, dolo, imprudencia y culpabilidad. Ello es obligado porque, de un lado, al carecer la persona jurídica de facultades psicológicas no puede actuar u omitir, y tendría que construirse un concepto independiente de comportamiento o prescindirse de él, pues la persona jurídica no realiza comportamientos, sino que presenta un estado de cosas, una situación fáctica. Por otro lado, si el art. 5 del Código penal vigente indica que “no hay pena sin dolo o imprudencia”, la pena de la persona jurídica debería presuponer la existencia de estos mismos conceptos aplicables a dichas personas jurídicas, pero distintos a los utilizados hasta el momento con la persona física, dada la ausencia de cualidades psicológicas (tanto volitivas como cognitivas) en aquéllas. Además el concepto de culpabilidad incorporado a nuestro Código penal como presupuesto de la penalidad implica la imputabilidad

17 V. en este sentido GRACIA MARTÍN, L.: “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en *Actualidad Penal*, n.º 39, 1993, p. 586 ss. En sentido opuesto CUELLO CONTRERAS, J.: “El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, 2013, pp. 1 y ss., considerando que, “bien administrados, los conceptos de la época del naturalismo [se refiere este autor en particular a los de capacidad de acción y capacidad de culpabilidad], lejos de constituir un obstáculo para los fines del derecho penal en la época del normativismo, representan una ayuda inestimable, no sólo para evitar desvaríos normativistas, sino también para propiciar sus fines más arduos, como el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (p. 14). Desde otra perspectiva y partiendo de la concepción significativa de la acción de Vives Antón, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General*, 3.º ed., Valencia, 2011, pp. 532 ss., estima que ni la acción ni la culpabilidad pueden ser escollos dogmáticos para admitir responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que puede construirse de modo coherente y convincente un concepto de acción y de culpabilidad plenamente válido para estos sujetos de derecho, que es común al que se mantiene para las personas físicas.

de la persona, definida como capacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1.º y 2.º), y resulta igualmente quimérica o de imposible aplicación a las personas jurídicas.

Alternativamente, para fundamentar esta nueva responsabilidad penal cabe también prescindir de las categorías tradicionales de la imputación y sustituirlas por otras. La existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se explicaría entonces con base en las mismas categorías dogmáticas de la persona física, sino simplemente en la existencia de una actuación de índole societaria por haberse realizado en nombre o por cuenta o en el ámbito de una actividad social y en beneficio de una entidad con personalidad jurídica, que es el camino seguido por el legislador español en el art. 31 bis: la traslación de un hecho delictivo de referencia¹⁸. De este modo quedaría aparentemente aparcada en este punto la discusión dogmática por haberse sustituido las categorías de la imputación de acción u omisión, de dolo e imprudencia y de culpabilidad —aplicables a las personas físicas—, por las de “responsabilidad por representación” y “responsabilidad por el provecho, interés o beneficio” —aplicables a las personas

18 V. en este sentido la *Circular 1/2011*, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, p. 30, en la que se señala que el precepto (art. 31 bis CP) asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo —desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica— por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una *nueva teoría general del delito de las corporaciones*, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos. Por su parte, GARCÍA ARÁN, M.: “Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código penal vigente y el proyecto de reforma de 2007”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, 2007, pp. 274 y ss., sostenía respecto del Proyecto de reforma del Código penal de 2007 que la actuación “por cuenta o en beneficio” del ente colectivo, con independencia de precisar algún tipo de relación entre la organización y el delito cometido, se confirmaba como el elemento central de la atribución de responsabilidad.

jurídicas—¹⁹ con base en un hecho delictivo de referencia. No obstante, dado que de este modo se transita hacia una responsabilidad penal puramente objetiva, se observa en la ciencia del Derecho penal una tendencia a superar el problema, revisando o duplicando las categorías de la imputación jurídico-penal²⁰, unas ya existentes para las personas físicas y otras con idénticas denominaciones pero delimitadas específica y normativamente para las personas jurídicas. Según esto, además (o incluso al margen) del hecho de referencia, habría un “equivalente funcional” para cada categoría dogmática: un injusto, un dolo, una culpabilidad y una teoría de la pena particular y propia de las personas jurídicas.

III. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas

En cualquier caso debe contarse con un modelo de tipo general que permita legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por hechos delictivos. Los modelos que se manejan por la ciencia del Derecho penal y en la legislación comparada son, básicamente, la heterorresponsabilidad y la autorresponsabilidad. El primero presupone que el delito es obra

19 Para el supuesto de responsabilidad de los empleados, en el art. 31 bis 1, pfo. 2.º se reconoce asimismo una “responsabilidad por fallos de control” sobre los empleados que cometen delitos por cuenta y en provecho de las personas jurídicas.

20 A favor de dicha necesidad se pronuncia ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, p. 82 ss. Por su parte, BACIGALUPO SAGUESSE, S.: “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de reforma del Código penal de 2006”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, 2007, pp. 219 ss. considera que la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debe plantear más allá de una discusión sobre las categorías dogmáticas del delito, como una discusión sobre la *teoría del sujeto del Derecho Penal*, de modo que la reinterpretación de la idea de sujeto llevaría a revisar los conceptos tradicionales de acción, de culpabilidad y de pena; v. en este sentido también BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, pp. 61 ss.

de la persona física, pero este mismo delito se transfiere también a la persona jurídica (responsabilidad vicarial o por transferencia)²¹. El modelo anglosajón de “*vicarious liability*” adolece de graves defectos por ser contrario principalmente a la prohibición de la responsabilidad penal por hechos ajenos y al principio de personalidad de las penas e implica, además, una responsabilidad objetiva (que deviene en injusticia cuando el directivo o empleado han infringido los programas de cumplimiento o sus actuaciones son contrarias a la política corporativa)²². Sin embargo, podría ser considerado constitucionalmente admisible si se parte de que las personas jurídicas no son titulares de “derechos fundamentales” o, al menos, no de los mismos que las personas físicas, de modo que todo aquello ciertamente cuestionable en este ámbito (principio de culpabilidad, *non bis in idem*, presunción de inocencia, etc.) simplemente se evaporaría del panorama de la discusión o al menos podría relajarse el estricto garantismo penal en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica sin aparente merma de derechos²³.

El modelo de autorresponsabilidad, por su parte, trata de articular la responsabilidad sobre la base de un injusto propio y/o

-
- 21 Sobre el mismo v. PIETH, M. / IVORY, R.: “Emergence and Convergence: Corporate Criminal Liability Principles in Overview”, en *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Pieth/Ivory Eds., Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2011, pp. 4 ss.; NIETO MARTÍN, A.: *op. cit.*, pp. 88 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo/Buenos Aires, 2010, pp. 233 ss.
- 22 V. al respecto LAUFER, W. S. / STRUDLER, A.: “Intencionalidad corporativa, retribución y variantes de la responsabilidad vicaria”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Bogotá, 2008, pp. 235 ss.
- 23 Que la colectivización de la responsabilidad penal implica la remoción de principios garantistas fundadores de la responsabilidad penal es reconocido por la doctrina; así MORALES PRATS, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis., 129, 130.2 CP)”, en *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Quintero Olivares Dir., Cizur Menor, 2010, p. 52.

de una culpabilidad propia de la persona jurídica, plenamente autónomos de los de la persona física. Dado que el injusto propio no puede compartirse en coautoría y ha de ser, o bien perteneciente a la persona física, o bien perteneciente a la persona jurídica, los únicos elementos sobre los que construir un injusto autónomo (para otros, alternativa y/o cumulativamente, una culpabilidad autónoma) de la persona jurídica tienen que girar en torno a: un defecto de organización, de cultura empresarial, de conducción empresarial o de reacción ante el delito²⁴. Pero puesto que la mayor parte de estos criterios de imputación se alejan del Derecho penal del hecho para caer en un Derecho penal de autor, sólo el defecto de organización podría representar un injusto propio y singular de la persona jurídica²⁵. En tal caso, esos defectos organizativos deberían constituir por sí mismos los respectivos delitos societarios (y no los concretos delitos de las personas jurídicas que se atribuyen a la sociedad). Esos déficits podrían ser dolosos (preordenados) o imprudentes (mala planificación), pero si se presentan al margen de un hecho o hechos delictivos concretos (condición objetiva de punibilidad), carecen *per se* de entidad y relevancia penal para constituir un delito²⁶. Por ello el

-
- 24 Sobre los diversos modelos v. NIETO MARTÍN, A.: *op. cit.*, pp. 127 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *op. cit.*, pp. 279 ss.; LAUFER, W. S.: “La culpabilidad empresarial y los límites del Derecho”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Bogotá, 2008, pp. 235 ss.; BELCHER, A.: “Imagining how a company thinks: what is corporate culture?”, en *Deakin Law Review*, vol. 11, n.º 2, 2006, pp. 1 ss.
- 25 El concepto de defecto de organización (*Organisationsmangel*) fue introducido por Tiedemann en Alemania para el Derecho de contravenciones como legitimación de la responsabilidad de la agrupación o asociación; v. TIEDEMANN, K.: “Die «Bebussung» von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 41, 1998, pp. 1172 s., si bien se discute si con ello se alude a un injusto de la empresa o a una verdadera culpabilidad de la empresa.
- 26 V. en este sentido ROBLES PLANAS, R.: “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, en *InDret*, n.º 2/2006, pp. 7 y 15 y ss., quien señala que con las reglas de definición de la tipicidad de las conductas (reglas de imputación) no es posible afirmar que la infracción de deberes organizativos constituyen comportamientos *directamente* típicos del delito que se produzca. Igualmente

delito (de la persona física) que finalmente se imputa a la persona jurídica es ontológicamente ajeno a ella, por más que se realice por su cuenta, en su nombre, en su ámbito, en su beneficio o en su provecho. Y el injusto (o culpabilidad) que le es propio carece de entidad y autonomía si no se conecta a un delito o a un resultado delictivo. De modo que ninguno de ambos modelos generales resulta plenamente satisfactorio en una versión pura.

IV. El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Al parecer el legislador español, partiendo de un modelo de heteroresponsabilidad, lo ha dotado de ciertos rasgos de autorresponsabilidad o, al menos, de cierta responsabilidad autónoma²⁷, sin que ello vaya a garantizar necesariamente la superación de los anteriores problemas e inconvenientes. En suma, en nuestro Código penal se ha reconocido una responsabilidad penal de las personas jurídicas “*sui generis*”²⁸, cuyos elementos y características principales se exponen a continuación de forma sucinta.

HERNANDEZ PLASENCIA, J. U.: “Función de la pena en la criminalidad económica”, en *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Romeo Casabona / Flores Mendoza Eds., Granada, 2012, p. 563, al poner de manifiesto que la organización defectuosa no es objeto de reproche del Derecho penal si no va asociada a la comisión de un delito por una persona física de la empresa.

- 27 Denominado también “sistema mixto de imputación”: NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Dopico Gómez-Aller Dir., Valencia, 2012, pp. 103 y s. Se adhiere a esta denominación URRUELA MORA, A.: *op. cit.*, p. 472.
- 28 En algún momento la califica así SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 27, al estudiar la cuestión subjetiva (dolo, imprudencia y culpabilidad) y las distintas posibilidades de reconocimiento o transferencia de los elementos subjetivos de la persona física a la persona jurídica, señalando que una responsabilidad penal *sui generis* de las personas jurídicas no es muy distinto a afirmar que no se trata de una responsabilidad penal *stricto sensu*.

1. Titulares de esta responsabilidad penal y exclusiones

Titulares de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son evidentemente las personas jurídicas. Pero, a pesar de la importancia que tiene determinar su concepto o, cuando menos, los sujetos a los que se designa, el art. 31 bis no establece expresamente un ámbito subjetivo de aplicación, sino, a la inversa, un ámbito subjetivo de inaplicación. En efecto, el precepto indicado no prevé un concepto de “persona jurídica” ni un elenco de las mismas, debiendo atender a otras normas extrapenales, como los arts. 35 y sigs. del Código civil, que parten de la existencia de personalidad jurídica como elemento conceptual de las mismas y donde se mencionan como tales las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley y válidamente constituidas, así como las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley concede personalidad propia.

Por su parte, el apartado 5 del art. 31 bis CP se limita a excluir de una posible responsabilidad penal a determinadas personas jurídicas: *“Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general”*. Y ello es lógico, pues carecería de sentido y podría ser contraproducente que el Estado, que es el que ejerce el *ius puniendi*, lo aplicara también contra sí mismo (cualquiera que sea la forma que adopte)²⁹. No obstante,

29 En el Derecho comparado el Estado está siempre excluido de cualquier forma de responsabilidad criminal con respecto al Derecho interno, ya se indique expresamente (Francia, Bélgica o Italia) o no (EE.UU.). V. al respecto PAVANELLO, E.: *op. cit.*, pp. 323 s. Distinto puede llegar a ser el supuesto de otras administraciones; así, a tenor del art. 121-2 del Código penal francés, los entes territoriales y sus agrupaciones pueden ser responsables penalmente

en esos supuestos y en aras de la evitación de fraudes de ley, continúa el precepto, “*los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*”³⁰.

En relación con todas estas exclusiones ni siquiera será posible aplicar el régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, dado que se encuentra previsto únicamente para entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, y esta característica (la personalidad jurídica) se encuentra presente en todas las excluidas por el art. 31 bis 5.

La Ley Orgánica 7/2012, de reforma de Código penal, de 27 de diciembre de 2012, modificó el apartado 5 del art. 31 bis, excluyendo de dicha cláusula a partidos políticos y sindicatos, inicialmente ajenos a esta regulación y, por tanto, hasta entonces inviolables, por lo que en el futuro esta clase de organizaciones podrán ser responsables penalmente de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de los mismos y en su provecho (como ya lo eran desde un principio las organizaciones empresariales).

Pero no sólo se había puesto en tela de juicio la inclusión de los partidos políticos y sindicatos entre las excepciones de este apartado 5³¹. Igualmente era objeto de discusión la inmunidad de las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas

de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público; v. a este respecto, DESPORTES, F. / LE GUNEHCEC, F.: *Droit Pénal Général*, 13.^a ed., París, 2006, pp. 575 ss.

- 30 Sobre esta regulación y el alcance del último inciso (párrafo segundo) del apartado 5 del art. 31 bis v. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico penal”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez Jara Díez, Cizur Menor, 2012, pp. 59 ss.
- 31 V. VALLS PRIETO, J.: “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 104, 2011, pp. 109 ss.

o presten servicios de interés económico general³², puesto que no forman parte del núcleo duro del Derecho público como es el caso de las administraciones públicas y del resto de entidades excluidas. Quizás por esta razón el Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013 toma partido en la cuestión al permitir la imposición a estas últimas de las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del art. 33, es decir, multa e intervención judicial (art. 31 quinquies 2). Del mismo modo, a tenor de la redacción propuesta, quedaría limitada la regla prevista para evitar los fraudes de ley a estas últimas corporaciones³³.

2. Corresponsabilidad de la persona jurídica y de la persona física

Según el modelo previsto por la LO 5/2010, la responsabilidad de la persona jurídica no sustituye necesariamente a la de la correspondiente persona física, sino que puede acumularse a ésta³⁴. Es decir, por la comisión de un delito pueden responder tanto la persona física como la persona jurídica, pero también es posible, conforme a la regulación prevista en el art. 31 bis 2 y 3, que responda únicamente la persona jurídica a pesar de la exención de responsabilidad que pudiera corresponder a la persona física. Del mismo modo, pueden responder de un mismo delito una pluralidad de personas físicas y/o de personas jurídicas, porque, aunque el Código no lo dice expresamente en el art. 31 bis, tampoco excluye la codeincuencia (incluso entre personas físicas aparece mencionada en el párrafo segundo del apartado primero del art. 31 bis) y es fácil concebir estas situaciones fácticas en la realidad.

32 Por ejemplo, MORALES PRATS, F.: *op. cit.*, p. 61.

33 Al respecto de las dificultades hermenéuticas en la legislación vigente v. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La persona ...”, *op. cit.*, pp. 60 ss.

34 MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, 9.^a ed. a cargo de Gómez Martín, Barcelona, 2011, p. 202; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 283.

El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal y como se contempla en el art. 31 bis 1 CP, parece residir en una supuesta “culpabilidad” de éstas, basada, por un lado, en el caso de *personas con poder de representación o directivos* (representantes legales y administradores de hecho o de derecho) en haberse cometido el delito “en nombre o por cuenta de las mismas y en su provecho”, y, por otro lado, en el supuesto de *empleados* su fundamento residiría en que actúen “en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las personas jurídicas”, cuando, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, hayan podido realizar los hechos “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”. Tales datos no integran en realidad una verdadera culpabilidad de la persona jurídica, sino que aparecerían como elementos fundamentadores de la tipicidad referida a esta clase de responsabilidad penal de los entes colectivos con personalidad jurídica.

Sin embargo, y según se desprende del art. 31 bis 2 CP, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa (no realiza un tipo), sino que requiere que una persona física haya cometido un delito, pero no se exige que ésta sea responsable penalmente del mismo (responsabilidad por hechos ajenos, aun cuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho). Así las cosas, esta regulación vendría en realidad a confirmar el axioma de que las personas jurídicas no pueden delinquir, ya que tienen que ser otras (las personas físicas) las que lo hagan por ellas³⁵. Por lo tanto, no se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque ahora puedan delinquir (directamente), sino porque otras personas (las físicas) delinquen por, para o a través de ellas. Es decir, estamos ante un sistema de heterorresponsabilidad, de responsabilidad vicarial o

35 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op. cit.*, pp. 150 y 155 señala que no solo se mantiene la fórmula clásica, sino que puede afirmarse “*societas delinquere non poterit*” o sostenerse con firmeza de cara al futuro el lema “*societas non delinquenda*”.

por transferencia. La tipicidad en las hipótesis de responsabilidad penal de las personas jurídicas viene dada por el tipo realizado por la persona física en conjunción con los hechos de conexión que también están a cargo de la persona física (cometerse el delito en nombre, por cuenta, en provecho o con fallos de control de las actividades sociales de una persona jurídica). Luego no hay hecho típico propio de la persona jurídica, únicamente entra en juego el hecho típico de la persona física en conexión con aquélla. Ahora bien, en el sistema de responsabilidad por transferencia del Código penal se introducen limitaciones a dicha transferencia, así como ciertos rasgos de independencia entre unas y otras responsabilidades.

A este respecto se prevé que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidos en el art. 31 bis 1, aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis 2). Es más, la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubiesen sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis 3). Consecuentemente, no existen delitos específicos de la persona jurídica, sino que ésta responde del delito cometido por la persona física, aun cuando de forma totalmente autónoma de ella, hasta el punto de no precisarse que la misma esté individualizada, bastando la sospecha (“un delito que *haya tenido que cometerse...*”) de que alguien perteneciente al ámbito de la persona jurídica, en virtud de su cargo o de su función, habría debido realizar el delito por ella o para ella. Si bien la explicación de dicha exoneración de las necesidades de prueba inculpativa es que no queden excluidos supuestos en los que la complejidad de la corporación, de su organización y funcionamiento, no permitan determinar o

identificar con exactitud la autoría de la conducta delictiva³⁶. Por tanto, se parte de un modelo general de corresponsabilidad tanto de la persona física como de la persona jurídica, en el que es común el título de imputación jurídico-penal (el tipo delictivo), pero tal corresponsabilidad puede ser excepcionada en aras de una responsabilidad autónoma y primaria —no subsidiaria— de la persona jurídica, en la medida en que ya no se precisa la concurrencia de responsabilidad penal de la persona física para poder responder penalmente la jurídica. De ese modo decae la accesoriedad de la pena como elemento limitador de la imposición a las personas jurídicas de consecuencias accesorias previstas y reguladas antes de la reforma de 2010 en el art. 129 CP³⁷, pues, a la vista de las disposiciones legales en que se albergaba esta posibilidad, resultaba precisa para su aplicación en la mayor parte de las ocasiones la existencia previa de una condena de la persona física³⁸.

A) Persona física que realiza el delito: a) Personas con poder de representación, administradores de hecho o de derecho; b) Empleados.

En el Código penal español vigente no se establecen restricciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas

-
- 36 Como señala URRUELA MORA, A.: *op. cit.*, p. 479, aplaudiendo esta previsión legal, se trata de hacer frente a “irresponsabilidad organizada”. La falta de necesidad de identificar a la persona física que ha cometido el delito para depurar responsabilidad penal corporativa está admitido en el Derecho y jurisprudencia comparadas (por ejemplo, en Bélgica, Italia y Francia).
- 37 Este dato resulta confirmado con la nueva redacción dada por la reforma del Código penal de 2010 al art. 129: “el Juez o Tribunal podrá imponer (...) una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”.
- 38 V. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal económico. Parte General*, Valencia, 1998, pp. 232 y s.; FERNANDEZ TERUELO, J. G.: “Las consecuencias accesorias en el artículo 129 CP”, en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, pp. 276 s. En contra de una accesoriedad máxima y favor de una accesoriedad media (lo que supone la comisión no justificada o antijurídica de un hecho previsto como delito, pero ni la culpabilidad ni la

vinculadas a la representatividad de las personas físicas que cometen delitos en su nombre o por su cuenta y en su provecho, esto es, autores de los delitos corporativos pueden ser tanto directivos, administradores o personas con poder de representación como empleados, aunque en este último caso la responsabilidad penal tendrá que derivar de no haberse ejercido sobre ellos el debido control por parte de las personas que tuvieran autoridad sobre las mismas. Por ello, en principio y dado que las empresas se organizan de manera jerárquica y funcional, la responsabilidad corporativa podría venir generada por cualquiera de sus miembros³⁹. A su vez, la referencia legal común de actuar en provecho de la persona jurídica alude a una mera tendencia en la persona física que comete el delito, sin necesidad de que la persona jurídica haya obtenido efectivamente dicho beneficio o provecho⁴⁰. El provecho puede ser directo (beneficio empresarial) o indirecto (ahorro de costes)⁴¹. Esto último se pone expresamente de manifiesto en el Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013, que sustituye el término provecho por el de beneficio, añadiendo que el mismo puede ser directo o indirecto.

condena de la persona física), al menos *de lege ferenda*, GRACIA MARTÍN, L.: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, p. 583; e incluso *de lege lata* (antes de la reforma del art. 129 CP en 2010), RAMOS RIBAS, E.: *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Granada, 2009, p. 237.

- 39 En contra de un entendimiento amplio comprensivo de cualquier empleado, SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 23, n. 27.
- 40 Así GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2010, p. 86, quien se inclina por requerir la objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho para la persona jurídica, y, por tanto, la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta de la persona física para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de beneficio.
- 41 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *Memento Experto, Reforma Penal 2010*, Madrid, 2010, p. 18; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Díaz-Maroto y Villarejo Dir., Madrid, 2011, p. 99; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 13.

Por lo que respecta a actuar en nombre de la sociedad, dicha circunstancia se dará cuando el comportamiento de la persona con poder de representación se acomode a la política y directiva de la empresa previamente fijadas. Mientras que actuará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de ésta determinados autónomamente en el marco de sus funciones sociales⁴².

a) Personas con poder de representación, administradores de hecho o de derecho: son las personas que ejercen de facto o de derecho la dirección, la representación o el gobierno de la persona jurídica. Se tratará igualmente de personas que gozan de autoridad sobre el resto de miembros del ente societario. El Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013 pretende modificar esa primera referencia, especificando más detalladamente el círculo de sujetos a quienes se designa en este apartado: por un lado, se mantiene la alusión formal a los “*representantes legales*”; por otro lado, se elimina la mención de carácter material a los “*administradores de hecho o de derecho*” —de por sí susceptible de abarcar amplias situaciones de gobierno y dirección de la empresa⁴³— y se sustituye por otra más descriptiva e igualmente material que cierre el paso a posibles lagunas o dudas hermenéuticas, puesto que se incluyen en este lugar a “aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”. Destaca sobre todo el hecho de que tales personas pueden actuar bien individualmente, bien colectivamente como integrantes de un órgano de la persona jurídica, siendo que

42 De este modo DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal Español. Parte General. En esquemas*, 3.ª ed., Valencia, 2011, p. 249.

43 A título de ejemplo v. GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción...*, *op.cit.*, pp. 68 ss., y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Responsabilidad...*, *op.cit.*, p. 12; en cambio, DEL ROSAL BLASCO, B.: *op. cit.*, pp. 54 ss., lleva a cabo interpretaciones restrictivas para evitar que el círculo de posibles sujetos activos que determinan, con su comportamiento, la responsabilidad directa de la propia persona jurídica sea notablemente amplio e, incluso, “probablemente excesivo” (p. 65).

esta última forma de actuación no se encuentra claramente contemplada en la regulación actual⁴⁴; en cambio, las facultades de decisión, organización y control a las que se alude en la propuesta de reforma no suponen en realidad una ampliación del elenco de sujetos, ya que se corresponden obviamente con las funciones de los administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica⁴⁵.

b) Empleados: es obvio que aunque la ley no los menciona expresamente (“delitos cometidos ... por quienes”), en el párrafo segundo del art. 31 bis 1 se está aludiendo al empleado en la sociedad en la medida en que ese sujeto indeterminado queda definido por ejercer actividades sociales y estar subordinado al control de un superior. Debe hacerse igualmente una interpretación funcional de este concepto, de manera que por empleado hay que entender toda persona que se encuentra integrada de hecho o de derecho en cualquier ámbito de la organización o de las actividades societarias y, en todo caso, que está sometida a la autoridad de las personas mencionadas en la letra anterior⁴⁶. En tales hipótesis el

44 Aludiendo a la ausencia como sujetos activos en la actual regulación, por carecer del carácter de persona física, de los órganos colectivos de la persona jurídica, así como de personas jurídicas que puedan ejercer la administración de la sociedad, v. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 249.

45 No obstante, quizás de este modo pueda entenderse superada la polémica torno a los directivos y mandos intermedios; v. en contra de su inclusión dentro de la primera categoría de sujetos, es decir, personas con poder de representación o administradores de hecho o de derecho, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 249 (los apoderados por tener poderes limitados y los mandos intermedios por encontrarse subordinados al administrador de hecho o de derecho). A favor GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción...*, *op.cit.*, pp. 75 s., quien llama la atención sobre las lagunas en que podría incurrirse en caso de aceptarse la tesis restrictiva, pues la responsabilidad de la persona jurídica en el supuesto de delito cometido por empleados llevaría a la exigencia de demostrar la falta de control por parte de los altos directivos, representantes legales o administradores de derecho de la sociedad —muchas veces inexistentes en estructura societarias complejas y descentralizadas—, y no por parte de quien, aunque sea sectorialmente, efectúa de hecho las funciones de gobierno, dirección y, sobre todo, control de las actividades societarias.

46 Así, un sector de la doctrina estima que, al no utilizarse en el Código el concepto de empleado o dependiente, sino designarse únicamente la cualidad de estar sometido a la autoridad de los administradores y/o representantes de la

delito cometido por los empleados en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las personas jurídicas se imputa a éstas, porque quienes poseen autoridad sobre los mismos no habrían ejercido sobre ellos el debido control. En este punto el Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013 sustituye la expresión “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control” por la de “haberse incumplido gravemente por aquéllos el deber de controlar su actividad”. Ahora bien, su alcance no parece únicamente de estilo y sin trascendencia, pues a partir de la nueva regulación propuesta no bastaría un incumplimiento cualquiera del deber de control de las actividades por parte de las personas que gozan de autoridad dentro de la persona jurídica, sino que sería menester que el mismo pudiera valorarse como grave⁴⁷. De modo que aunque el delito cometido por el empleado se hubiera posibilitado porque la o las personas que

persona jurídica, la aplicabilidad del art. 31 bis 1, pfo. 2.º se extiende a todo tipo de personas, estén o no vinculadas por un contrato laboral con la empresa (por ejemplo, contrato de obra o servicio, etc.); v. al respecto BLASCO, B.: “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código penal, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 103, 2011, pp. 88 s., adhiriéndose a las opiniones expresadas en tal sentido por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *op. cit.*, pp. 19 s. (quienes desarrollan para ella sus actividades sociales integrados en su ámbito de dominio social) y GÓMEZ MARTÍN, V.: “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código penal Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 133 (todo sujeto que opere en el ámbito de dirección de los representantes legales o los administradores). En el mismo sentido que los anteriores, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 13. Por su parte, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bajo Fernández / Feijoo Sánchez / Gómez Jara Díez, Cizur Menor, 2012, p. 103, da a entender que deberían ser relevantes solo los comportamientos de aquellas personas que formen parte de los recursos humanos de la propia persona jurídica (con una vinculación laboral o mercantil formal con la empresa), y no otros que aparezcan en realidad como empleados de otras personas jurídicas (por ejemplo, una subcontrata).

- 47 Aun cuando en la regulación vigente para apreciar responsabilidad penal de la persona jurídica literalmente baste con la constatación del defecto de control, requiere que éste sea calificable al menos de grave *de lege lata*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 13.

ejercen autoridad sobre él no hubieran ejercido el debido control, el mismo no podría imputarse a la persona jurídica en tanto en cuanto dicho incumplimiento del deber de control fuera leve o levisimo y no alcanzara la calificación de “grave”.

Sin embargo, queda abierta la cuestión de la responsabilidad en que podría incurrir la persona física que favoreció que el empleado cometiera el delito por no haber ejercido sobre él el debido control. Cabe preguntarse si tendría responsabilidad por acción o particularmente por omisión en relación con el delito cometido por el empleado, lo que no parece excluirse en la medida en que en el apartado 3 se alude a la posible concurrencia en el mismo (y no sólo en la persona que materialmente haya realizado los hechos) de circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven su responsabilidad⁴⁸. Es más, nos encontramos ante un supuesto de autoría en el que no solo habrá que deducir responsabilidad del empleado en virtud del párrafo segundo del art. 31 bis 1, sino igualmente es posible que tenga que derivarse responsabilidad directa (no accesoria) del dirigente en consideración al párrafo primero del mismo precepto y apartado⁴⁹. No obstante, de este modo no se agota toda posible responsabilidad penal en la que podría incurrir el dirigente o la persona que ejerce la autoridad sobre los empleados y desde luego no se valora autónomamente la omisión de sus deberes de control de la actividad societaria (sino exclusivamente su participación o dominio del hecho delictivo cometido por el empleado)⁵⁰. Esto es, podría estar asegurado el

48 En este sentido Díez RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 251, quien apunta que su conducta podrá cumplir el tipo activo u omisivo del art. 31 bis 1, pfo. 1, o cualquier otro tipo.

49 DEL ROSAL BLASCO, B.: *op. cit.*, pp. 66 ss., si bien para entender aplicable exclusivamente la responsabilidad de la persona jurídica con base en la actuación delictiva del empleado (y no también del directivo), será preciso, en opinión de este autor, que no se genere responsabilidad criminal del administrador o del representante, porque la falta de control sobre el empleado sea consecuencia de una conducta negligente del mismo (supuesto que probablemente sea el más frecuente; pp. 91 s.).

50 BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, pp. 83 y 99 ss., considera criticable la ley en tanto omite establecer una norma que sancione, independientemente de la respon-

castigo de las conductas de favorecimiento doloso del delito (del empleado) por parte del directivo o administrador, pero no las de favorecimiento por imprudencia (supuesto más frecuente), pues dadas las reglas de la participación (ha de ser dolosa) y de la imprudencia (solo se castiga si está expresamente prevista por la ley), lo normal es que resultara impune. Esto explicaría la introducción de un nuevo delito, como el previsto en el Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013, en una nueva sección que lleva por rúbrica “Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas”, en la que se contempla el castigo de los directivos de las personas jurídicas (e incluso de organizaciones o entidades que carezcan de personalidad jurídica) por la omisión —dolosa o imprudente— de la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, y siempre que se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas (art. 286 siete).

B) Persona jurídica que responde del delito: responsabilidad vicarial limitada

Como se ha indicado anteriormente, la responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa, sino que requiere que una persona física haya cometido un delito, aunque ésta no sea responsable penalmente del mismo. En este sentido puede afirmarse la existencia de una accesoriedad restringida o limitada a la tipicidad y a la antijuridicidad de la conducta de la persona física⁵¹, siendo irrelevantes para la responsabilidad penal de la

sabilidad de la persona jurídica, la infracción de los deberes de vigilancia de los administradores, como un supuesto de responsabilidad *individual* de éstos (rechazando al parecer una responsabilidad accesorial del hecho principal, aun cuando, a falta de la norma específica sancionadora, analiza las posibilidades punitivas a través de la participación omisiva).

51 TAMARIT SUMALLA, J. M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Quintero Olivares Dir., Cizur Menor, 2010, pp. 58 s., estima con base en la unidad del ordenamiento jurídico que las causas de justificación (de las personas físicas)

persona jurídica la culpabilidad, la punibilidad y la perseguibilidad de la persona física (art. 31 bis 2 y 3). Por lo tanto, a la persona jurídica no se le puede atribuir la autoría directa del delito, así como tampoco la autoría mediata ni la coautoría en los términos previstos en la regulación legal actual de estas clases o categorías de autoría, sino a lo sumo una forma *sui generis* de participación (es decir, no realiza una forma autónoma de autoría del delito, sino de participación impropia) en el delito cometido por la persona física^{52/53}.

han de regir plenamente en sus efectos (también para las personas jurídicas). También así FEJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 91.

- 52 Similar SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 35, por estimar que el estado injusto de la persona jurídica, en su caso, sería constitutivo de cooperación o favorecimiento a la realización por la persona física de los elementos específicos de la figura delictiva (y no un tipo de autoría). En cambio, al concebir la culpabilidad de empresa como un déficit de autoorganización, considera que no hay necesidad de operar una distinción entre autoría y participación, NIETO MARTÍN, A.: *op. cit.*, pp. 154 s. Por su parte GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 153 ss., admite todas las formas de autoría con relación a las personas jurídicas, así como todas las de participación entre distintas personas jurídicas.
- 53 En principio se parte en la regulación legal de que el delito cometido por la persona física lo es en concepto de autor y en su forma consumada, pero no parece que se haya querido excluir la responsabilidad penal corporativa si el delito de la persona física se presenta en grado de tentativa; más discutible es si se puede deducir esta responsabilidad cuando el directivo o empleado de la persona jurídica no ha cometido directamente el delito sino que solo ha participado en él. Habrá que reconocer que la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica en tales casos plantea dificultades con el principio de legalidad; v. SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 23. Algunos autores, yendo más lejos, formulan no solo la posibilidad de autoría directa de la persona jurídica, sino también de autoría mediata y coautoría entre personas jurídicas; pero igualmente de participación en sus diversas modalidades (así, inducción de una persona jurídica a otra persona jurídica o también a una persona física, así como inducción de ésta a aquella o, más precisamente, a las personas físicas que actúan por la persona jurídica; siendo todo ello igualmente extensible al resto de formas de participación); v. a este respecto GÓMEZ TOMILLO, M.: *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 153 ss. y 173 ss., y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia, 2013, pp. 145 ss. Es evidente

Estamos ante una responsabilidad penal vicarial limitada de la persona jurídica porque ésta responde penalmente del delito aunque la persona física: a) no haya sido individualizada; b) no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella; c) esté exenta de responsabilidad por falta de culpabilidad; d) haya fallecido; e) se haya sustraído a la acción de la justicia.

No es necesaria por consiguiente la condena de la persona física, porque se entiende que la persona jurídica debe tener una responsabilidad propia y autónoma. Tampoco se tendrán en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes en la persona física para graduar la responsabilidad penal de la persona jurídica. En consecuencia pueden responder del delito la persona física y la persona jurídica, o únicamente la persona jurídica.

A la vista de todo lo anteriormente expuesto y a pesar de esa cierta autonomía, la responsabilidad penal de las personas jurídicas da lugar a la existencia de una responsabilidad objetiva, por hechos ajenos (por tanto vicarial), acumulativa, de doble incriminación, de doble valoración jurídica, y por todo ello de difícil encaje con las garantías y postulados del Derecho Penal moderno, a no ser que éstos se modifiquen o se especifiquen para el supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de modo que hablemos o estemos ante “otro Derecho penal”.

3. Delitos en los que se reconoce dicha responsabilidad

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no es general, sino que se contrae a un número cerrado de infracciones penales (principio de excepcionalidad). Tras la reforma del Código penal de 2010 se contemplan todas o alguna de las penas establecidas para las personas jurídicas en los siguientes delitos:

que las cuestiones de autoría y participación requerirían una regulación más pormenorizada en el Código penal, pues las cláusulas generales de la autoría y de la participación contenidas en el mismo están pensadas únicamente para las personas físicas.

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis.3)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis.7)
- Tráfico y posesión de pornografía infantil (art. 189 bis)
- Acceso ilícito a datos o programas informáticos (art. 197.3)
- Estafas (art. 251 bis)
- Insolvencias punibles (art. 261 bis)⁵⁴
- Daños informáticos (art. 264.4)
- Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (art. 288)
- Receptación y conductas afines (art. 302.2)
- Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis.4)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 327)
- Depósito de sustancias peligrosas para el medio ambiente (art. 328.6)
- Contaminación o exposición a radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3)
- Tráfico de drogas (art. 369 bis)

54 El Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013 reestructura el contenido de las actuales insolvencias punibles (Capítulo VII del Título XIII) en dos nuevos capítulos, uno denominado “Frustración de la ejecución” (Capítulo VII) y otro “De las insolvencias punibles” (Capítulo VII bis), previendo la cláusula de responsabilidad de la persona jurídica únicamente respecto de los nuevos delitos de frustración de la ejecución (art. 258 ter). Asimismo el citado Anteproyecto amplía el elenco de delitos en los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la inclusión de otra cláusula entre los delitos de incitación al odio o la discriminación y otras conductas afines (art. 510 ter).

- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis.1)
- Cohecho (art. 427.2)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2)
- Organizaciones y grupos criminales (570 quáter. 1)
- Financiación del terrorismo (art. 576 bis. 3)
- Contrabando (art. 2.6 de la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio)

Resulta llamativo que un ámbito propicio para el reconocimiento de la responsabilidad penal de la empresa, como es el de resultados lesivos contra la vida o la salud de las personas en el curso de actividades o explotaciones peligrosas, que tanta consideración merecen en el Derecho comparado, resulte excluido de este cuadro de previsiones delictivas societarias⁵⁵. Tal vez

55 V. igualmente DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 19 (favorable a un sistema de *numerus apertus*), y URRUELA MORA, A.: *op. cit.*, p. 487, destacando dicha omisión y otras ausencias, pero considerando lógica la prudencia del legislador en el momento de la introducción inicial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En las legislaciones de nuestro entorno nos encontramos con criterios diversos, aunque la tendencia apunta hacia la ampliación del espectro de delitos susceptibles de ser imputados a las personas jurídicas (exceptuando aquellos que por su propia naturaleza son personalísimos y ajenos por completo a las personas jurídicas, como por ejemplo, la bigamia). Así, el Código penal portugués de 1982 establecía en su art. 11 que, salvo disposición en contrario, solo las personas individuales eran susceptibles de responsabilidad criminal. Posteriormente la reforma llevada a cabo por la Ley n.º 59/2007, de 4 de septiembre, estableció específicamente un catálogo cerrado de delitos, que implica una ampliación de los supuestos en los que dicha responsabilidad podía ser exigible a las personas jurídicas; v. BRAVO, J.: *Direito Penal de Entes Colectivos, Ensaio sobre a punibilidade de pessoas colectivas e entidades equiparadas*, Coimbra, 2008, pp. 202 s. Un criterio similar de *numerus clausus* se sigue en legislación checa (Ley 418/2011). Por su parte, en el Código penal francés, admitida por primera vez la responsabilidad penal de las personas “morales” en 1994, éstas no eran penalmente responsables sino en los casos previstos por la ley (lo que se conocía como principio de especialidad). Estos casos se fueron ampliando paulatinamente hasta que

semejante ausencia pueda explicarse tanto por haberse optado por un sistema vicarial, como porque la regulación española no diferencie claramente en los delitos societarios entre la imputación dolosa (cultura o filosofía empresarial) y la imputación por imprudencia (organización defectuosa), como tampoco lo hace entre la responsabilidad corporativa derivada de no evitar la comisión de infracciones penales por parte de alguno de sus miembros y la emanada de los riesgos generados directamente por la actividad empresarial.

4. Criterios de imputación para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas

Desde la reforma de 2010 se requiere expresamente para imputar una responsabilidad penal a la persona jurídica que:

1) El delito se haya cometido en nombre o por cuenta de las mismas y en todo caso en su provecho por parte de personas con poder de dirección o representación (art. 31 bis 1, pfo. 1.º). Para que la persona jurídica responda del delito la persona física con poder de dirección o representación debe haber actuado en nombre o por cuenta de la misma y, además, en su provecho. Por tanto, cuando la persona física haya actuado al margen de sus funciones o cuando haya actuado en provecho propio o, incluso, en perjuicio de la persona jurídica no cabrá la responsabilidad penal de esta⁵⁶.

2) El delito se haya cometido por un empleado “en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de

la reforma del Código penal de 9 de marzo de 2004 abolió tal principio y generalizó dicha responsabilidad penal a todos los delitos (excepto aquellos en los que el legislador rechaza expresamente dicha responsabilidad, como por ejemplo, en materia de prensa escrita y audiovisual); v. STOLOWY, N.: “Disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II”, en *La Semaine Juridique*, n° 23, 2004, pp. 995 ss.; DESPORTES, F. / LE GUNEH-HEC, F.: *op. cit.*, pp. 589 ss. Un criterio similar de regla-excepción se sigue en la legislación belga desde la Ley de 4 de mayo de 1999.

56 MIR PUIG, S.: *op. cit.*, p. 205.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 249.

las personas jurídicas”, cuando, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas anteriormente, hayan podido realizar los hechos “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso” (art. 31 bis 1, pfo. 2.º). En consecuencia, queda excluida la responsabilidad de la persona jurídica en los supuestos en que la persona física (empleado) haya actuado exclusivamente en provecho propio, haya actuado al margen de las actividades sociales, y cuando se haya ejercido sobre la misma el debido control y/o la necesaria prevención del delito, aspecto este último que aparece de ese modo en forma de eximente específica para las personas jurídicas. El último inciso (“atendidas las concretas circunstancias del caso”) tiene como misión evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación, de manera que no se genere automáticamente la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁷.

Como se puede observar, un primer defecto de la reforma del Código penal de 2010 en relación con el reconocimiento de la responsabilidad penal a las personas jurídicas es que no establece un criterio propio de imputación del delito a la persona jurídica. Su responsabilidad está basada en hechos ajenos y no se ha logrado formular un criterio autónomo que permita atribuir a ella (siquiera parcialmente), y no a la persona física, la imputación jurídico-penal. Para ello no basta con que el delito lo cometa la persona física en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica, sino que debería estar incorporado, por un lado, de forma generalizada el criterio de que el delito se realice en el ejercicio de sus actividades sociales y, por otro lado, que se base en un defecto de organización relevante⁵⁸. Ello se debe a que las actuaciones de las personas jurídicas están sometidas a procedimientos

57 V. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.: “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 102.

58 En este sentido, respecto de defecto de organización relevante o habilitante para la comisión de un hecho delictivo, TAMARIT SUMALLA, J. M.: *op. cit.*, p. 56; MORALES PRATS, F.: *op. cit.*, p. 56. Por su parte DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: *op. cit.*, 1/162, considera como una exigencia constitucional derivada del principio de culpabilidad interpretar que el fallo organizativo rige como presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

operativos estandarizados (*Standard Operating Procedures*), es decir, a procedimientos normalizados de distribución de trabajo y toma de decisiones, por lo que su responsabilidad sólo podrá basarse en actuaciones o prácticas que excedan o incumplan los estándares operativos para prevenir la comisión de delitos⁵⁹. Esto no se ha plasmado de forma evidente ni siquiera en los supuestos previstos en el art. 31 bis 1, pfo. 2.º del Código penal cuando la responsabilidad de la persona jurídica se basa en actuaciones delictivas de los empleados “por no haberse ejercido sobre los mismos el debido control”, dado que no queda claro si la falta de control sobre dichas personas tiene que derivar de la persona jurídica o —como parece ser el caso— de la persona física a cuya autoridad el empleado está sometida. No obstante, como algún autor se ha encargado de recordar, la sociedad no responde por el injusto propio derivado del control indebido de sus representantes o administradores a sus subordinados, sino por el delito cometido por éstos⁶⁰. Es más, el defecto de organización tampoco es un he-

en los dos supuestos contemplados en el art. 31 bis 1. Estiman igualmente que el requisito legitimante de la culpabilidad de organización está implícito en ambos sistemas de autoría (tanto de directivos como de empleados), BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 84, y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, pp. 92 ss. Si con ello se alude a un injusto propio o a una culpabilidad propia de la persona jurídica (o a ambas a la vez) es discutible (por más que generalmente suele hablarse de culpabilidad de organización), aunque otro sector de la doctrina distingue claramente ambas categorías: así FEIJOO SÁNCHEZ, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 87, quien señala que un sistema de responsabilidad propia de las personas jurídicas exige para su legitimidad poder justificar la responsabilidad penal de la persona jurídica con respecto al hecho concreto. Para este autor, un defecto organizativo (injusto) puede ser un presupuesto válido para imponer una consecuencia accesoria o una sanción administrativa, pero no una sanción que merezca el calificativo de pena. Para esto último será necesario, en su opinión, una disposición jurídica inadecuada o insuficiente de la persona jurídica para cumplir con la legalidad (culpabilidad), pp. 106 ss., esto es, en definitiva la falta de una “cultura de cumplimiento”. En sentido similar pero con matices, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *op. cit.*, pp. 56 y ss.

59 V. Informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008, p. 10.

60 DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 251.

cho propio de la persona jurídica, sino un estado de cosas creado o no evitado por las personas físicas que trabajan para ella⁶¹, por lo que tampoco puede reconocerse en él un modelo de imputación jurídico-penal para la persona jurídica. Su virtualidad se limita a poner de manifiesto un estado de peligrosidad objetiva de la persona jurídica favorecedora de la comisión de delitos que el Derecho puede y debe combatir mediante consecuencias jurídicas.

Un segundo defecto derivado del anterior es que el delito se imputa a la persona jurídica generalmente a título de dolo (responde del delito doloso de su directivo o empleado)⁶², sin exigir que el delito fuera ordenado o impulsado desde los órganos de dirección de la persona jurídica. Tampoco se distingue si el delito fue favorecido por no haber ejercido el debido control o efectuada la necesaria prevención, en cuyo caso la responsabilidad de la persona jurídica tendría que ser por imprudencia. La ley no discrimina y por tanto iguala los dos supuestos, pero una responsabilidad penal acorde con la exigencia de proporcionalidad debería diferenciar entre ambos, siendo más graves los primeros (propios de la criminalidad organizada) que los segundos (meros defectos

61 ROBLES PLANAS, R.: “El «hecho propio» de las personas jurídicas y el Informe del Consejo del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código penal de 2008”, en *Indret*, n.º 2/2009, p. 5, por lo que considera que el modelo de responsabilidad por el hecho propio no es más que una versión refinada del modelo de responsabilidad por atribución o transferencia.

62 La mayor parte de los delitos en los que está prevista la responsabilidad de las personas jurídicas son dolosos, y apenas si quedan comprendidas algunas infracciones imprudentes (por ejemplo, art. 302 en relación con el art. 301.3 CP). Entiende, a la vista de la regulación legal, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe reconducirse exclusivamente por la vía dolosa (inclusiva del dolo eventual), DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 18. En cambio, sugiere que nos encontramos ante una responsabilidad penal colectiva de la persona jurídica que, conforme a los parámetros utilizados para las personas físicas, tendría que ser considerada como de naturaleza imprudente, GALÁN MUÑOZ, A.: “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, en *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, Romeo Casabona / Flores Mendoza Eds., Granada, 2012, pp. 539 ss.

o desviaciones en la organización societaria o empresarial)⁶³. El modo en el que se aborda esta cuestión por el Código penal, prescindiendo de consideraciones sobre el dolo o la imprudencia

63 Ahora bien, la cuestión se torna más compleja si se advierte que el “dolo societario” puede potenciar o propiciar en su seno tanto delitos dolosos como delitos imprudentes de la persona física y que la “imprudencia societaria” puede favorecer igualmente sendas formas de comportamiento de las personas a su cargo. De modo que, además de las combinaciones entre dolo-dolo e imprudencia-imprudencia, podrían darse otras combinaciones diversas y extrañas (dolo de la persona jurídica e imprudencia de la persona física e imprudencia de la persona jurídica y dolo de la persona física). Sobre esta cuestión subjetiva v. SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, pp. 25 s. En cambio, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, p. 90, señala que la regla debe ser que la persona jurídica responderá dolosa o imprudentemente según el conocimiento (dolo) o desconocimiento evitable (imprudencia) de quien realiza el hecho de referencia. Por otra parte, la dificultad actual para distinguir entre asociaciones o sociedades ilícitas y aquellas otras sociedades mercantiles que operan en el mercado de manera lícita y que solo eventual o tangencialmente pueden entrar en contacto con el Derecho penal, su interconexión y simbiosis, así como la necesidad de respuestas punitivas eficaces y contundentes en un Estado social de Derecho, explicarían tanto la existencia como la amplitud de la regulación de la responsabilidad penal societaria en nuestro Código penal un tanto indiferenciada en relación con ambas clases de organizaciones; v. MORALES PRATS, F.: *op. cit.*, p. 52. Sin embargo, estima inaplicable la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otras, a las organizaciones y grupos criminales, así como a las organizaciones y grupos terroristas, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, pp. 109 s. (pues son entes nacidos para delinquir respecto de los que no cabe afirmar que sus delitos se deban a un defecto de organización), a pesar de que se contempla para las mismas (para organizaciones y grupos criminales, así como para personas jurídicas dedicadas a la financiación del terrorismo) la imposición de penas en los arts. 570 quáter 1 y 576 bis 3, y que la instrumentalización de la persona jurídica para la comisión de delitos aparece en el art. 66 bis como criterio para agravar la duración de las penas. Por el contrario reconoce “injusto de organización” tanto en supuestos de criminalidad organizada como en supuestos de criminalidad de empresa (incluso habla de la existencia de situaciones intermedias), ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases...*, *op. cit.*, pp. 319 ss. Al margen de ello y como señalan CARBONELL MATEU J. C. / MORALES PRATS, F.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Álvarez García / González Cussac Dirs., Valencia, 2010, p. 73, no habría estado de más una previsión que diferenciara entre el mero defecto de organización y los casos en que los hechos delictivos son

de la persona jurídica⁶⁴, es en el ámbito de las consecuencias jurídicas aplicables, procediendo a graduar las penas con base, entre otros criterios, en la “necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos” [art. 66 bis 1.ª a)], en la reincidencia o multirreincidencia [art. 66 bis 2.ª b)], y en que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales” [art. 66 bis 2.ª b)]. De manera que la duración y la gravedad de las penas aplicables a la misma tendrá que corresponderse, al menos en parte, con la clase o tipo de estado de desorganización que presentara en el momento de la comisión del delito (matizada, a través de la atenuante correspondiente, con el estado de desorganización que presentara en el momento del juicio, v. *infra*), pero no en atención a un dolo o una imprudencia que sencillamente es transferido de la persona física a la persona jurídica *ex lege*, y que no produce efectos en la graduación de la responsabilidad ni de la pena de la persona jurídica.

También hay apuntar, por último, algunos riesgos asociados a la instauración de este sistema de responsabilidad vicarial limitada, precisamente porque puede declararse la responsabilidad de la persona jurídica al margen de la responsabilidad de una persona física concreta y determinada (individualizada). Dado

consecuencia de acuerdos adoptados por los órganos directivos, supuesto de imputación que consideran diferente al anterior y “que encaja mucho mejor con el dolo como requisito típico de la mayoría de las figuras en las que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas”.

- 64 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Problemas de imputación”, en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, 2007, p. 112, diferencia entre la actuación que denote mayor peligrosidad objetiva del peligro para el bien jurídico, que dará lugar a la imputación dolosa, y la actuación que denote menor peligrosidad objetiva del peligro para el bien jurídico, que dará lugar a la imputación culposa. En cambio, para NIETO MARTÍN, A: *op. cit.*, 2008, pp. 160 s., el dolo y la imprudencia no son aplicables al Derecho penal colectivo, considerando que se trata de algo más simple, a saber, de determinar la gravedad del defecto de autoorganización, y que el pretendido tipo subjetivo no es, por tanto, sino la intensidad de la relación entre el defecto de organización y el comportamiento del autor.

que las garantías jurídico-penales para la responsabilidad de las personas físicas son más estrictas, puede llegar a optarse en la práctica por renunciar a establecer éstas (mucho más enojosas) y centrar toda la responsabilidad en las personas jurídicas, ocultando tras su fachada a los auténticos responsables de la actuación⁶⁵. Con ello, además, se puede alcanzar una responsabilidad penal sin pruebas sobre los elementos subjetivos del delito y en buena parte también sobre la acción delictiva, importando tan solo el resultado.

5. Circunstancias de exención y modificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma del Código penal de 2010 ha introducido como novedad una serie de circunstancias atenuantes específicas aplicables a las personas jurídicas cuando contraen responsabilidad penal con objeto de concretar la duración o proporción de las penas. A este respecto, las circunstancias modificativas de la responsabilidad de las personas jurídicas y de las personas físicas permanecen en la regulación española independientes unas de otras, pues, por una parte, se excluye expresamente que las circunstancias que agraven la responsabilidad de las personas físicas puedan modificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis 3) y, por otra parte, se reconocen con carácter limitado y exclusivo para las personas jurídicas un catálogo de atenuantes (art. 31 bis 4: “sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...”).

A tenor del apartado 4 del art. 31 bis, serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la realización, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, de las siguientes actividades:

65 V. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *op. cit.*, pp. 151 ss.; TAMARIT SUMALLA, J. M.: *op. cit.*, p. 53.

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

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

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

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Todas estas circunstancias atenuantes (confesión, colaboración, reparación y prevención) pertenecen a la punibilidad, dado el carácter postdelictivo de las mismas y el hecho igualmente cierto de que la persona jurídica no realiza por sí misma ningún injusto ni tiene una culpabilidad propiamente dicha, sino únicamente la que se le atribuye *ex lege*. Sin embargo, su reconocimiento y consideración autónoma de las circunstancias de la persona física no convence plenamente ni es consecuente con el sistema vicarial previsto. Por una parte, porque para ser coherente con el mismo debería haberse reconocido igualmente la transferencia de las circunstancias atenuantes y agravantes de lo injusto (no personales) concurrentes en la persona física (y todo ello partiendo de la base del acierto de no transferir las pertenecientes a la culpabilidad)⁶⁶. Por otra, porque las atenuantes previstas parecen reconducibles a actos de autoorganización de la persona jurídica⁶⁷.

66 En este sentido DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret*, n.º 1/2012, p. 13, quien estima aplicables y transferibles ya *de lege lata* las circunstancias atenuantes y agravantes de lo injusto concurrentes en la persona física.

67 Así también SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 29.

A pesar de que no se recoge un catálogo similar de agravantes, se reconocen determinados factores que pueden influir en la duración —superior o permanente— de algunas penas (art. 66 bis): la reincidencia, la multirreincidencia y la instrumentación de la persona jurídica para cometer delitos⁶⁸.

Por último, el hecho de que no se haga tampoco referencia a las eximentes no significa que no se puedan aplicar. Desde luego resulta bastante defectuosa en este punto la regulación del Código penal, pues deja sin respuesta si resultarán aplicables las causas de justificación, de inculpabilidad o las excusas absolutorias (solo se mencionan los requisitos de procedibilidad y punibilidad individuales que no impiden la responsabilidad de la persona jurídica)⁶⁹. Al margen de lo expuesto anteriormente sobre la existencia de una accesoria limitada, en particular cabe resaltar el papel que podría desempeñar en el sentido eximente de la responsabilidad la existencia en la persona jurídica de procedimientos adecuados de prevención y detección del delito, particularmente si se ha tratado de actuaciones de empleados aisladas e incontrolables al margen de la *culpa in vigilando* de un superior⁷⁰.

Posiblemente debido a que en este aspecto la regulación inicial resultaba exigua y problemática, el Anteproyecto de reforma del Código penal de abril de 2013, manteniendo intacto el catálogo de atenuantes específicas, introduce una exención de responsabilidad criminal basada precisamente en el estable-

68 Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal (art. 66 bis CP).

69 Críticos en relación con las causas de justificación MORALES PRATS, F.: *op. cit.*, pp. 58 s., y CARBONELL MATEU J. C. / MORALES PRATS, F.: *op. cit.*, p. 74.

70 En este sentido, ALONSO GALLO, J.: “Los programas de cumplimiento”, en *Estudios sobre las reformas del Código penal operadas por la LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Díaz-Maroto y Villarejo Dir., Madrid, 2011, pp. 155 s. También BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, p. 89 entiende que si la implementación de programas preventivos para el futuro puede atenuar la pena de la persona jurídica, su existencia antes de la comisión del delito puede excluir la culpabilidad de organización.

cimiento previo de programas de cumplimiento de la legalidad (*Compliance Programs*)⁷¹, que puede operar con efecto atenuante en caso de acreditación parcial de las circunstancias establecidas al efecto. Sin poder entrar en su análisis pormenorizado y en relación con la cuestión de si con ello se gira la balanza hacia el modelo de autorresponsabilidad, me limitaré a señalar que, dado que el sistema de responsabilidad penal vicarial de partida no se ha visto modificado (el injusto sigue sin ser *propio* de la persona jurídica), la naturaleza jurídica de esta eximente no puede ser ni una causa de justificación ni tampoco una causa de exclusión de la culpabilidad (si no hay injusto propio, tampoco culpabilidad propia), de manera que la exención de responsabilidad basada en el establecimiento previo de programas de cumplimiento y consecuente inexistencia de un defecto de organización excluye la responsabilidad de la persona jurídica por ausencia del fundamento que legitima la imposición a ésta de consecuencias jurídicas derivadas del delito: el pronóstico de peligrosidad objetiva de la cosa debido a un estado de desorganización corporativa en el momento de la comisión del hecho delictivo por parte del directivo o empleado.

6. Penas

Las penas que figuran para las personas jurídicas son idénticas nominalmente que las consecuencias accesorias previstas hasta la nueva regulación por el art. 129 CP para su aplicación a las personas jurídicas: disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, clausura de locales o establecimientos, prohibición de realizar en el futuro actividades e intervención judicial.

71 V. BACIGALUPO, E.: *op. cit.*, pp. 79 ss. Considerando que desde un modelo de transferencia esta clase de exención de la pena de la personas jurídica puede resultar discutible, SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, p. 31. Al respecto también, COCA VILA, I.: “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, en ”, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Silva Sánchez Dir., Montaner Fernández Coord., Barcelona, 2013, pp. 43 ss. Recientemente, VV.AA., *El Derecho Penal económico en la era del compliance*, Arroyo Zapatero / Adán Nieto Dirs., Valencia, 2013.

A éstas, que pasan a denominarse penas, se añaden con igual denominación dos más: la multa —por cuotas y proporcional— y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

En el Código penal vigente hasta diciembre de 2010 no estaba prevista con carácter general la imposición de multas a las personas jurídicas, ni como consecuencias accesorias, ni como penas. Sin embargo, el art. 31.2 establecía desde 2003 que si se imponía en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó, lo que no pasaba de ser una especie de responsabilidad civil de la persona jurídica sobre el pago de la multa. Excepcionalmente, en los delitos de tráfico de drogas disponía la imposición directa de una multa proporcional aplicable, no sólo a personas físicas titulares de establecimientos, sino también a organizaciones o asociaciones que tuvieran como finalidad difundir tales sustancias o productos (art. 369.2)⁷².

En cambio, en el vigente Código penal se impone a la persona jurídica como pena tanto la multa por cuotas como la multa proporcional. Como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, frente al criterio inicial del proyecto de reforma presentado ante el Congreso se opta definitivamente con carácter general por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas solo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo art. 66 bis. Según el último inciso del art. 31 bis 2., cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a la persona física y a la persona jurídica la pena de

72 Sobre ambos preceptos v. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: *Responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 5 s.

multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos⁷³.

A diferencia del carácter potestativo en la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas antes de la reforma del Código penal de 2010, tras dicha reforma la imposición de penas a las personas jurídicas en los supuestos en los que el texto normativo contempla su responsabilidad penal tiene carácter preceptivo. Ahora bien, la mayor parte de las penas de las personas jurídicas solo son facultativas y se imponen como cumulativas de las de multa —pena común y general para depurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas— atendidas las reglas del art. 66 bis. En este precepto la imposición y extensión de tales consecuencias (excepto de la multa) se determina en función de: *a) su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control*. Es decir, nada que ver con el fundamento tradicionalmente reconocido de las penas: la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad⁷⁴.

Por ello y dado que el supuesto de hecho que fundamenta la imposición de estas consecuencias no guarda relación con el delito cometido, sino con el estado de desorganización de la

73 Dicha previsión, como bien señala URRUELA MORA, A.: *op. cit.*, pp. 479 s., resulta distorsionadora si se quiere distinguir nítidamente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica, y sobre todo para quienes defienden una genuina culpabilidad de empresa.

74 En cuanto a la pena de multa, que puede ser proporcional o por cuotas, la determinación de la misma es autónoma del resto de penas y sigue básicamente las reglas generales de ambas especies de penas patrimoniales, vista la remisión del art. 66 bis 1 a las reglas del art. 66.1 (exceptuada la quinta); al respecto BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Gracia Martín Coord., 4.ª ed., Valencia, 2012, pp. 129 s.

persona jurídica, que ha propiciado o favorecido la comisión del delito, su naturaleza jurídica real sigue siendo la de consecuencias accesorias, sin finalidad sancionadora, sino meramente coercitiva y dirigida a prevenir la peligrosidad objetiva (del estado de desorganización) de la persona jurídica⁷⁵. Por tanto, se trata de consecuencias de naturaleza administrativa. Y no puede ser de otro modo, puesto que con la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el fondo no puede cumplirse ni el axioma dogmático de que “no hay pena sin culpabilidad”, ni el principio legal de que “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Las personas jurídicas, de acuerdo con la legislación española, responden de delitos dolosos o imprudentes, pero únicamente tienen atribuido idealmente el dolo o la imprudencia de la persona física que los comete y ni siquiera se les transfiere la culpabilidad de ésta (que podría ser inexistente en el caso de la persona física y, sin embargo, resultar penalmente responsable la persona jurídica). Por tanto, no obran originariamente con esas características, que aparecen para la existencia de responsabilidad penal por delito exclusivamente como exigencias del Estado de Derecho inherentes a la dignidad del ser humano y de los derechos fundamentales derivados de dicho principio rector, dignidad que desde luego no es atribuible ni predicable de las personas jurídicas. Por lo tanto, éstas podrán ser responsables —penal o, mejor, administrativamente— de los delitos, pero nunca culpables de los mismos.

75 En este sentido GRACIA MARTÍN, L.: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., Valencia, 2012, pp. 212 ss. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J.: *op. cit.*, pp. 32 ss., estima que las penas de las personas jurídicas ni tienen función retributiva ni intimidatoria en sentido estricto, aunque sí preventivo-especial, con tendencia a la autorregulación o autoorganización (en particular la multa); a la vista del art. 66 bis concluye que en su mayor parte son medidas de seguridad, pero en el caso de la multa habla de medida coactiva externa o de instrumento general de conducción, en suma habla de “pena” (pero entrecomillas). En cualquier caso aboga por la exclusión de estas consecuencias del sistema del Derecho penal. De otro lado, favor de un sistema alternativo de sanciones intermedias entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, DEL ROSAL BLASCO, B.: *op. cit.*, p. 94.

Estamos pues ante un sistema de responsabilidad penal que no sólo fuerza las categorías dogmáticas⁷⁶ sino igualmente la naturaleza de las cosas, en la medida en que existe otro sistema de responsabilidad administrativa que no lo hace (el de consecuencias accesorias) y que alcanza idénticos resultados (exceptuados los meramente simbólicos)⁷⁷.

76 Así, por ejemplo, por lo que respecta a la función y fines de la pena, no le falta razón a HERNANDEZ PLASENCIA, J. U.: *op. cit.*, pp. 562 ss., cuando, tras observar que buena parte de las penas previstas en el art. 33.7 CP para las personas jurídicas no van encaminadas a su autorregulación o autoorganización (por ejemplo, clausura, suspensión, disolución, etc.), concluye que si quienes cometen el delito son las personas físicas de la empresa, pero se imponen penas a ésta, aparte de a aquéllas, la finalidad no es para evitar que la persona jurídica cometa en el futuro un delito, sino que la meta es evitar que las personas físicas de la empresa puedan en el futuro cometer delitos valiéndose de la empresa. Es decir, según esto, las finalidades de prevención especial de las penas impuestas a las personas jurídicas operarían realmente sobre las personas físicas, y, en consecuencia, se apreciaría una doble afectación a éstas, directamente a través de sus propias penas por el delito e indirectamente mediante las penas aplicables a las personas jurídicas por el mismo delito. Contra la tesis de la doble punición argumenta HIRSCH, H. J.: *op. cit.*, p. 129, que la objeción se origina en la insuficiente diferenciación entre la persona individual y la asociación, de modo que cuando un órgano de una empresa económica realiza un hecho delictivo en el marco de su actividad en favor de la empresa, en la punición se trata, por un lado, de su propia responsabilidad, y, por otro lado, de la de la empresa, y ninguna de las dos es eliminada total o parcialmente, respectivamente, por la otra. Si inicialmente se comparte la aseveración de este autor cuando la primera responsabilidad es penal (la del individuo) y la segunda administrativa (la de la sociedad), en cambio, siendo ambas penales y cuando los efectos preventivo-especiales de las respectivas penas recaen en uno solo de los sujetos responsables, no puede soslayarse el problema de la duplicidad de penalidad por mucho que se diferencie la asociación de la persona física. Esto solo podría evitarse si la responsabilidad de la persona jurídica no compartiera el hecho delictivo con la persona física como fundamento de la consecuencia jurídica, sino que el hecho delictivo se tratara para aquélla exclusivamente como un elemento de conexión con su propia situación de hecho o estado injusto, orientando las consecuencias jurídicas a contrarrestarlo.

77 Pero que, a su vez, pueden derivar en efectos y riesgos jurídicos corporativos elevados, como, entre otros, el denominado “coste reputacional” para la sociedad al que alude GÓMEZ MARTÍN, V.: *op. cit.*, p. 130.