

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL*

Si en 1983, la reforma urgente y parcial del viejo Código mantuvo el postulado *societas delinquere non potest*, defendido con carácter general en España¹, introduciendo en su art. 15 bis la fórmula de actuar en lugar de otro –más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad penal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas, y que fue mantenida por el nuevo Código penal de 1995–, veintisiete años después la LO 5/2010 (completada en este punto por la LO 1/2015) supuso definitivamente el “certificado de defunción”² del paradigma anterior³, estableciendo la posibilidad de exigencia de

* Publicado en Revue électronique de l’AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP, 2011, A-05. Se han introducido las correspondientes adiciones para reflejar el contenido de las reformas posteriores del Código penal, en particular la operada por la LO 1/2015.

- 1 Con todo, no faltaron autores favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España como SALDAÑA (Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación), Madrid, 1927) o MASSAVEU (“La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación”, Revista de Estudios Penales, II, 1945, pp. 50 ss.), y al igual que BARBERO SANTOS (“¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, Revista Española de Derecho Mercantil, 1957, pp. 1304 ss.).
- 2 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, dir. por Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66.
- 3 En contra, sin embargo, por entender que “la responsabilidad de la persona jurídica sólo es formalmente penal”, ROBLES PLANAS, R., “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, La Ley, 7705, D-359, 29 septiembre 2011 (pdf), pp. 12 ss.

responsabilidad penal a las personas jurídicas en aquellas figuras delictivas (*numerus clausus*) previstas expresamente por la ley.

I. PERSONAS JURÍDICAS E INTERVENCIÓN PENAL: EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ESPAÑOL

La gestación de esta importante decisión de política criminal y penal viene, en todo caso, de lejos.

Ya el nuevo Código Penal de 1995 –en cuyo artículo 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro– aludió en su art. 262 (*alteración de precios en concursos y subastas públicas*) a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (inclusiva de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas), algo que, si para ZUGALDÍA ESPINAR⁴ constituía una prueba del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasó por lo general como anecdótico: un mero descuido del legislador⁵.

Pero, sobre todo, el elenco de reacciones penales tradicionales –penas y medidas de seguridad– se completó en el nuevo Código con las llamadas consecuencias accesorias. Entre éstas, al lado del comiso, ocupaban una posición de relevancia las previstas por el artículo 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas (tanto de titularidad individual, como con personalidad jurídica propia)⁶ y “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (art. 129.3). La nueva regulación suscitó un importante debate doctrinal, que se vio acentuado cuando la LO 15/2003 afirmó su voluntad expresa de abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷.

4 “Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)”, Poder Judicial, 1997, p. 333.

5 CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, Revista de Derecho Penal y Criminología, 18, 2006, p. 147.

6 CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*, p. 159; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Madrid, 2002, p. 57.

7 DE LA CUESTA / PÉREZ MACHÍO, “Auf dem Weg zu einem Strafrecht für juristische Personen – das spanische Strafrecht”, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht –Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen– Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Sieber *et al* (Hrsg.), Köln-München, 2008, pp. 527 ss.

A) Las llamadas “consecuencias accesorias”

En la línea de otros ejemplos del Derecho Comparado⁸ (pero sin incluir la multa)⁹, el artículo 129 contempló como “consecuencias accesorias” aplicables a las personas jurídicas: la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la sociedad, asociación o fundación; la suspensión de las actividades; la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores¹⁰; pudiendo la clausura temporal y la suspensión ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa (art. 129.2 CP).

Muy criticado por la doctrina por su carácter “sumamente atrasado”¹¹ y especialmente defectuoso desde el prisma técnico¹², el artículo 129 dio lugar a múltiples controversias en torno la naturaleza y fundamento de esta nueva reacción penal¹³, favorecidas por la escasez de su contenido¹⁴.

8 BACIGALUPO, E., “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de ‘compliance’ (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *La Ley*, 7442, 2009, pp. 1 ss; CARBONELL MATEU / MORALES PRATS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, dir. por Álvarez García/González Cussac, Valencia, 2010, pp. 64 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pp. 176 ss.

9 GUARDIOLA LAGO, M.J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Valencia, 2004, pp. 136 ss.

10 Junto a la disolución, la clausura de la empresa y la prohibición de realización en el futuro de actividades etc. podían tener un carácter definitivo o, salvo la primera, llegar hasta los cinco años; este límite temporal era también aplicable a la suspensión y a la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, a imponer por el tiempo necesario y sin superar los cinco años.

11 TIEDEMANN, K., “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, en *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, coord. por Gómez Colomer/González-Cussac, Castelló de la Plana, 1997, p. 25.

12 Por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código penal”, en *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, ed. por Díez Ripollés *et al.*, Madrid, 2002, pp. 1141 ss.

13 CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, *cit.*, pp. 144 ss.

14 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In

- Habida cuenta de la no inclusión en el catálogo general de penas (art. 33 CP)¹⁵ y atendido su presupuesto de aplicación (las necesidades de prevención especial)¹⁶, así como la terminología empleada por el Código Penal en algunos de los pasajes referidos a ellas, un sector doctrinal se inclinó por considerarlas *medidas de seguridad*, admitiendo implícitamente la capacidad de acción de las personas jurídicas, pues, de no poder cometer delitos (por incapacidad de acción), la persona jurídica tampoco debería poder ser considerada peligrosa criminalmente. Eminentes autores destacaron, con todo, junto a la ausencia de las consecuencias accesorias de los listados de medidas de los arts. 96 y 105, la incompatibilidad entre el concepto de peligrosidad individual y la peligrosidad objetiva¹⁷ del art. 129.3, exclusiva de la persona jurídica¹⁸ y caracterizada por su nota instrumental¹⁹, en cuanto dirigida a la evitación de la continuidad de la actividad delictiva y sus posibles efectos²⁰.
- Para otros autores²¹, las consecuencias accesorias debían considerarse propias y verdaderas *penas*, por rellenar los requisitos

Memoriam, dir. por Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, vol. I, Cuenca, 2001, p. 977.

- 15 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "Las consecuencias accesorias del art. 129 CP", en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coord. por Quintero Olivares/Morales Prats, Pamplona, 2001, p. 279.
- 16 Para una reformulación en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal", en *Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada del C.G.P.J.*, nº 14, Madrid, 2001, pp. 342 ss.
- 17 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Sanciones...*, cit., pp. 142 ss.
- 18 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español. (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas por el art. 129 del Código Penal)", en *El nuevo Derecho Penal español*, cit., p. 888.
- 19 LUZÓN PEÑA, D.M., "Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales", en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, coord. por Octavio de Toledo *et al.*, Valencia, 2004, pp. 545 s.
- 20 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., "Las consecuencias accesorias...", cit., p. 280; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 884.
- 21 BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 284 s. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión", *La Ley*, 3 octubre 1996, pp. 1 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., "Artículo 129", en *Comentarios al Có-*

sustantivos propios de éstas y tratarse de respuestas a la comisión de un hecho delictivo, de carácter preventivo (general y especial), legalmente previstas y destinadas a ser impuestas por el juez penal, con respeto de todas las garantías. También aquí (al lado de la falta de inclusión en el catálogo general de penas) las evidentes distancias entre penas y consecuencias accesorias²², a pesar de su proximidad en algunos aspectos²³, unida al hecho de su imposición potestativa y no obligatoria, cuestionaban decisivamente esta posición.

- Por todo ello, la mayor parte de los autores, apoyados en su “naturaleza peculiar”²⁴, acabaron inclinándose a favor de su configuración como una “tercera vía” penal, distinta de la propia de las penas y de las medidas de seguridad, las cuales, basadas respectivamente en la culpabilidad y en la peligrosidad individuales, quedaban reservadas para las personas físicas²⁵. Con todo, en este mismo marco, y compartida plenamente la necesidad de su imposición con todas las garantías, siguió debatiéndose en torno a la naturaleza jurídica de las mismas, y así, para algunos, aun aplicadas por el Juez penal, tenían naturaleza administrativa²⁶.

digo Penal, dir. por Cobo del Rosal, Madrid, 1999, p. 1051; ZÚÑIGA, L., Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Pamplona, 2003, p. 213.

- 22 MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, Revista Penal, 1, 1998, p. 48.
- 23 ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal Económico y Constitución”, Revista Penal, 1, 1998, p. 14; MUÑOZ CONDE, F., Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos”, Revista Penal, 1, 1998, p. 70.
- 24 LANDROVE DÍAZ, G., Las consecuencias jurídicas del delito, 6ª ed., Madrid, 2005, p. 127.
- 25 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas”, en La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio, comp. por Messuti/Sampedro Arrubla, Buenos Aires, 2001 p. 981; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, ICADE, 42, 1997, p. 26; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Las consecuencias accesorias artículo 129 CP”, en El nuevo Derecho Penal español, cit., p. 280; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 1129; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, cit., p. 1163.
- 26 GARCÍA ARÁN, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en El nuevo Código Penal: presupuestos y funda-

La mayoría de los autores integrados en esta línea entendía, sin embargo, que se trataba de consecuencias penales, derivadas de la comisión de un hecho típicamente antijurídico impuestas no como accesorias a la pena, sino a partir de la constatación judicial de esa peligrosidad derivada del hecho de la comisión de un hecho típico por parte de las personas físicas a ellas vinculadas. No obstante, la falta de regulación suficiente del vínculo de conexión²⁷ y las demás insuficiencias y defectos técnicos oscurecían su vocación de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito²⁸, dirigida a asegurar una respuesta para las personas jurídicas y/o empresas, eludiendo las dificultades inherentes, desde el principio de culpabilidad personal, a la imposición de verdaderas penas a las mismas.

B) La reforma de 2003: nuevas disposiciones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La Ley Orgánica 15/2003 afectó levemente al contenido del artículo 129, al que se insertó una doble referencia para salvar “lo establecido en el artículo 31” e incluir en la audiencia previa al ministerio fiscal, ampliando su aplicación a nuevos delitos²⁹.

La Exposición de Motivos reconocía, en todo caso, la intención específica de “aborda(r) la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (apdo. II, letra i), lo que trataba de realizarse a través de dos nuevas previsiones:

- La primera, en la parte general del Código, declarando a la persona jurídica responsable directa y solidaria de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho que hubiera actuado en su nombre, sin concurrir en él (y sí en la entidad) “las con-

mentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, ed. por Cerezo Mir *et al.*, Granada, 1999, p. 327; medidas asegurativas, reparadoras o preventivas, para ECHARRI CASI, F.J., Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias, Pamplona, 2003, p. 111; GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto, coord. por Mir Puig/Luzón Peña, Barcelona, 1996, p. 69.

27 MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6, 2004, p. 5.

28 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Consecuencias accesorias...”, *cit.*, p. 981.

29 CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, *cit.*, pp. 152 s.

diciones, cualidades o relaciones” requeridas por la correspondiente figura de delito o falta (art. 31.2)³⁰.

- La segunda, concerniente al tráfico organizado de drogas, ordenando la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, a las sociedades u organizaciones involucradas en los hechos de tráfico; todo ello, sin perjuicio del comiso y de la posibilidad de aplicación de otras consecuencias accesorias, que el art. 369.2 prefirió denominar “medidas”.

a) Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa

Incardinada en el marco de la regulación del actuar en nombre de otro³¹, el nuevo artículo 31.2 no era de aplicación general, sino que venía sólo referido a los supuestos estrictamente previstos por el número 1 del artículo 31: esto es, aquellos delitos especiales en los que la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones típicas en el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica (en la que sí concurrían) llevaría a la impunidad³². En estos casos, de imponerse a la persona física interviniente la pena de multa “como autor del delito”³³, en virtud de lo dispuesto por el art. 31.2, la persona jurídica “en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó” quedaba sujeta a la responsabilidad directa y solidaria del pago de la misma.

30 El artículo 13 del Código penal de 1995, que distinguía entre delitos graves (pena de prisión superior a cinco años), delitos menos graves y faltas, fue reformado por LO 1/2015, de 30 de marzo, y clasifica en la actualidad a las infracciones penales en España en delitos graves, delitos menos graves y delitos leves.

31 Críticamente, CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*, p. 153; GÓMEZ-JARA DIEZ, C., “El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”, *La Ley*, 6548, 13 septiembre 2006, p. 2; GALÁN MUÑOZ, A., “¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18, 2006, pp. 266 ss.

32 SILVA SÁNCHEZ / ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2 del Código Penal: ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la multa?”, *InDret*, 2, 2006, pp. 5 s; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., (Dir.), *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, p. 958. Muy críticamente, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 12, 2005, p. 35.

33 A favor de su interpretación en sentido estricto, SILVA SÁNCHEZ / ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2...”, *cit.*, pp. 5 s.

La doctrina criticó los evidentes defectos³⁴ de una regulación carente de claridad³⁵, “mezcla de tendencias”, pues en realidad se declaraba a la persona jurídica “responsable del *pago* [naturaleza civil] *de la pena de multa* [naturaleza penal]”³⁶, y nada compatible con principios penales elementales, como la personalidad³⁷, la igualdad³⁸ y hasta la inderogabilidad de las penas³⁹. De todos modos, el debate más importante se centró en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad –legalmente descrita con términos más civiles que penales e inhabituales en el plano penológico–, extendiéndose la opinión de que, más que introducir una propia y verdadera sanción penal (o de naturaleza civil o administrativa) o, en su caso, una consecuencia accesoria⁴⁰, la fórmula legal buscaba sólo el “aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público”⁴¹, sin que de ello pudiera derivarse ninguna regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.

En cualquier caso, una posición minoritaria, resistiéndose a la asimilación de lo dispuesto por el art. 31.2 con la obligación directa y solidaria del pago de la responsabilidad civil *ex delicto*⁴², y partiendo de la admisibilidad de “*reglas jurídico-civiles de atribución de una consecuencia jurídico-penal*”⁴³, trató de elaborar de un modo constitucionalmente aceptable los presupuestos de la que consideraban una responsabilidad penal generada a partir de “un hecho de conexión”⁴⁴.

34 ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 12, 2004, pp. 141 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, *cit.*, pp. 38 s.

35 Por todos, LUZÓN PEÑA, D.M., “Las consecuencias accesorias...”, *cit.*, p. 549 (n.7).

36 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo...”, *cit.*, p. 2.

37 DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*, Valladolid, 2004, pp. 71 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, *cit.*, pp. 37 ss.

38 CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, *cit.*, pp. 154 s.

39 DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, *cit.*, pp. 71 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, *cit.*, pp. 37 ss.

40 MIR PUIG, S., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, *cit.*, 762.

41 SILVA SÁNCHEZ / ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2...”, *cit.*, p. 39.

42 SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, *Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, ed. por Bajo Fernández *et al.*, Madrid, 2005, p. 1786.

43 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo...”, *cit.*, p. 3.

44 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *ibidem*, p. 5. También GALÁN MUÑOZ A., “¿Societas...?”, *cit.*, p. 269.

Así, a juicio de GÓMEZ-JARA Díez, la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica a través del art. 31.2 podía hallar su fundamento en la infracción del deber de garantía propio de la persona jurídica respecto de las actuaciones de sus empleados, que le exige “configurar su ámbito de organización de manera idónea para evitar la actuación delictiva de éstos”⁴⁵. Por su parte, para GALÁN MUÑOZ, el art. 31.2 CP presupone la identidad entre “la persona física actuante y la jurídica” y, con base en este entendimiento, fundamentaba “la culpabilidad de la persona jurídica atendiendo a la propia de su *alter ego*”, eludiendo toda infracción del principio de personalidad de las penas. La efectiva condena de la persona física tenía sentido porque sólo entonces cabía asegurar la presencia de todos los elementos precisos para responsabilizar a la persona jurídica; y, para no infringir el principio *ne bis in idem*, se entendía que la responsabilidad del pago de la multa fuera declarada de modo solidario⁴⁶.

b) Tráfico organizado de drogas: art. 369.2

Si en 1995 el art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) incluyó una alusión a la imposición al agente y a la persona o empresa por él representada de la pena de inhabilitación especial, la reforma de 2003 mantuvo la referencia y también puntualmente permitió imponer en los delitos cualificados de tráfico organizado de drogas una multa del tanto al triplo de la droga objeto del delito⁴⁷, aplicable a “la organización, asociación o persona titular del establecimiento” (art. 369.2).

Respecto del artículo 262, la conclusión generalizada siguió siendo el rechazo de la naturaleza de pena de la prohibición de contratar con las administraciones públicas impuesta a la empresa⁴⁸.

45 Lo que no impediría excluir su culpabilidad, conforme a un concepto constructivista de responsabilidad empresarial, si pudiera demostrar que el cumplimiento de la fidelidad al Derecho se integra firmemente en su cultura empresarial. La culpabilidad de la empresa, Madrid, 2005, p. 312; ver también del mismo autor, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8, 2006, 05:21 ss.

46 “¿Societas...?”, cit., p. 271.

47 Esto, junto al comiso y la clausura, suspensión, disolución o intervención, la privación del derecho a obtener beneficios fiscales, a la sociedad u organización a través de la cual el delito se hubiera cometido, a las que el art. 369.2 (como a las demás del art. 129) llamaba “medidas”.

48 Que QUINTERO OLIVARES calificó de consecuencia accesoria a pesar de su falta de previsión por el art. 129. Comentarios al nuevo Código Penal, dir. por Quintero Olivares, cit., p. 1320.

En el caso del art. 369.2, importantes autores defendieron la naturaleza de consecuencias accesorias⁴⁹ de todas las calificadas por aquél como “medidas”, si bien no faltaron quienes lo consideraron algo particularmente dudoso tanto respecto de la inhabilitación especial, como, sobre todo, en el caso de la multa⁵⁰, la cual podía imponerse de manera directa y cumulativa, sin exigir, además, de las personas físicas intervinientes una actuación por cuenta de la “organización”⁵¹, asociación o persona titular del establecimiento”.

C) Recapitulación

La evolución brevemente repasada pone de manifiesto la manera en la que el legislador penal español fue progresivamente decantando su voluntad de responder a la comisión de hechos delictivos a través de entidades y empresas. Una evolución que, partiendo del error del art. 262 y del establecimiento de unas sanciones de naturaleza nada clara y muy controvertida (las consecuencias accesorias), se tradujo en la reforma de 2003 en la introducción de dos previsiones específicas, como los artículos 31.2 y 369.2 (éste estrictamente limitado a los delitos de tráfico de drogas), orientadas más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad las consecuencias (fundamentalmente económicas) de la misma.

II. ALTERNATIVAS BÁSICAS: POSICIÓN PERSONAL

En realidad, adoptada la decisión de intervención por parte del Derecho penal, la primera cuestión que debería plantearse todo legislador es la del modelo a seguir para instrumentar esta responsabilidad, a cuyo efecto se abren al menos como alternativas más básicas⁵²:

49 CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, cit., pp. 157.

50 Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Derecho penal, cit., p. 956.

51 Contra la posibilidad de que pudiera imponerse una pena a una “organización”, concepto que no exige la personalidad jurídica, MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 8ª ed., Barcelona, 2008, p. 198.

52 Para una descripción general de los principales modelos teóricos, NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Madrid, 2008, pp. 88 ss. Ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 80 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; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”, Derecho Penal y Criminología, vol. 29, 86-87, 2008, pp. 129 ss.

- el sometimiento de las personas jurídicas a un régimen de responsabilidad penal ligado y dependiente del de las personas físicas; y
- la construcción de una nueva línea de intervención penal específica para los entes dotados de personalidad jurídica, que –con plenas garantías y límites claros– permita incidir sobre éstos de un modo directo, a partir de la delimitación de su propia y característica responsabilidad, y sin perjuicio de la oportuna exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas intervinientes.

Todo ello, bien respecto de cualquier hecho delictivo o tan sólo por aquellas figuras criminales más cercanas al actuar empresarial, y modulando, en su caso, las diversas categorías dogmáticas⁵³ para posibilitar su adaptación a las características propias de aquellas entidades.

La segunda de las alternativas apunta al régimen de autorresponsabilidad, un modelo que alcanza una importancia cada vez más relevante en el plano científico y doctrinal⁵⁴.

Por su parte, el sistema de heterorresponsabilidad se basa en la responsabilidad bien por identificación o “por atribución”⁵⁵ de los delitos cometidos por quienes operan finalmente como recursos personales e instrumentos para la realización de las actividades de las entidades.

Con todo, debido en gran parte a las dificultades que para la persecución penal suscita lo anterior, incluso en este plano se han ido

53 BACIGALUPO, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, en *La Ley*, núm. 7541, 5 enero 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 13 pp.). En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español”, en *Responsabilidad penal de las empresas*, cit., p. 26; ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...*, cit., p. 39; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 79; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del Principio Societas delinquere potest”, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, cit., p. 175. Advierte, con todo, de sus posibles consecuencias negativas para la propia dogmática jurídico-penal, ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret*, 344, 2006, p. 5.

54 HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhalten zu Kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden, 1995; LAMPE, J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *ZStW* 106, 1994, pp. 684 ss.

55 SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 321 ss.

abriendo camino los llamados modelos estructurados sobre el principio de agregación⁵⁶. Esta perspectiva, sabedora de que la integración de determinados tipos penales no puede apreciarse sino a través de la valoración del conjunto de lo actuado, busca llegar a una exigencia de responsabilidad penal que no dependa de la suerte de los comportamientos de determinados sujetos individuales, por muy relevantes que éstos sean en la estructura directiva u organizativa de la entidad.

En los modelos de atribución el examen y delimitación de los vínculos de conexión constituye, naturalmente, una cuestión de la mayor relevancia⁵⁷. Ahora bien, siendo la responsabilidad penal lo opuesto a una responsabilidad puramente objetiva, y aun cuando no pueda prescindirse del comportamiento de las personas integrantes de la organización (esenciales para el desenvolvimiento de la misma), el respeto de los principios y garantías fundamentales de la responsabilidad penal tampoco debería permitir en estos modelos evitar el debate en torno a la fundamentación material de la responsabilidad penal de la persona jurídica; algo que debería construirse, aplicando, en lo posible, de forma paralela las categorías del concepto de delito acuñadas por la dogmática jurídico-penal.

En esta línea, entre otras propuestas⁵⁸, la doctrina del defecto de organización, formulada hace más de dos décadas por TIEDEMANN⁵⁹, sigue constituyendo un punto de referencia esencial, aun cuando su incardinación preferible en la estructura del delito no sea, a nuestro

56 VERVAELE, J.A.E., "La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 1998, p. 167.

57 BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 379 ss., en especial pp. 390 ss.

58 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Una nueva línea...", cit., pp. 72 ss.

59 "Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, pp. 1169 ss. También, DANNECKER, G., "Zur Notwendigkeit der Einführung Kriminalrechtlicher sanktionen gegen Verbände", en *Goldtdammers Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 101 ss. Críticamente, ROBLES PLANAS, R., "¿Delitos...?", cit., p. 19; HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, cit.; HIRSCH, H., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände*, Leverkusen, 1993; VOLK, K., "Zur Bestrafung von Unternehmen", en *Juristische Zeitung*, 1992, pp. 429 ss; 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*, ed. por Arroyo Zapatero, Madrid, 1995, pp. 565 ss.

juicio, la culpabilidad⁶⁰. En efecto, presupuesta la capacidad general de autoorganización o funcionamiento de las entidades jurídicas, en el propio plano del injusto típico –bien directamente o como reflejo de la infracción por parte de la persona jurídica de su deber de garantía en la evitación de la comisión en su seno de hechos delictivos–, el funcionamiento defectuoso o irregular, reflejo de un defecto de organización, ligado al incremento de riesgo⁶¹, constituye un elemento clave del injusto propio de la persona jurídica⁶², facilitando la exclusión de la tipicidad respecto de resultados (delitos) imprevisibles o inevitables y, en general, cuando su producción sea completamente ajena al defecto de organización apreciado⁶³. Ese funcionamiento defectuoso o irregular puede ser directa o eventualmente conocido y querido, lo que permitiría la imputación típica dolosa, o bien conectarse a la infracción del deber objetivo de cuidado exigible a la persona jurídica, base para su imputación por imprudencia.

En un Derecho penal respetuoso de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, la imputación típica (objetiva y subjetiva) no basta para la proclamación de la responsabilidad penal. Esta, como responsabilidad personal, requiere también la atribución del hecho típico al sujeto individual y la confirmación de la necesidad de intervención penal respecto del mismo, en este caso, respecto de la propia persona jurídica. La imputabilidad de las personas jurídicas⁶⁴ no deja de ser problemática; y lo mismo cabe decir de las propuestas de dotar de contenido específico a su culpabilidad⁶⁵, entre las que la culpabilidad por la dirección de la empresa⁶⁶ destaca entre

60 También, entre otros, GÓMEZ JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, núm. 7534, 2010 (pdf), p. 9; GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión...”, cit., pp. 132 s; PÉREZ MANZANO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Actualidad Penal*, 2, 1995, pp. 21 ss. A favor, sin embargo, de su pertenencia a la culpabilidad, en la línea originaria de TIEDEMANN, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2010, pp. 104 ss.

61 HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit* pp. 311 ss.

62 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 80 ss. Crítica, sin embargo, la “debilidad del modelo”, ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., pp. 1 ss.

63 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea...”, cit., p. 79.

64 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Imputabilidad de las personas jurídicas”, en *Libro homenaje al Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, cit., pp. 425 ss.

65 NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 91 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 116 ss. y 151 ss.

66 HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, cit., p. 313.

los criterios de culpabilidad organizativa⁶⁷, si bien presenta demasiadas afinidades con la culpabilidad por el modo de vida, nada compatible con un Derecho penal del hecho. También parecen de gran interés los ensayos de construcción de la culpabilidad de la persona jurídica con base en la “cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad”⁶⁸. Tiene, no obstante, razón GÓMEZ TOMILLO al criticar estas posturas por restringir excesivamente “las posibilidades sancionatorias”, que quedan “reducidas al ámbito de lo excepcional”, pues “una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que excepcionalmente incurrir en un delito”⁶⁹. Resulta, por ello, más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en “su disposición jurídica en el momento del hecho”, expresiva, como recuerda FEIJÓO SÁNCHEZ, no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa “cultura de cumplimiento de la legalidad” que le es legal e individualmente exigible⁷⁰. Establecido lo anterior, la inimputabilidad de la persona jurídica (como presupuesto de la culpabilidad) concurrirá allí donde esa capacidad de autoorganización o funcionamiento no se dé en la entidad correspondiente por causas legales (u otras); por su parte, la adecuada implementación de programas de cumplimiento (*Compliance*), efectivamente adaptados a las características de la persona jurídica interesada y dirigidos a la prevención de sus riesgos delictivos específicos, habría de encauzarse como una causa de inexigibilidad, pues aunque estos programas, por definición, no puedan ser perfectos y, por tanto, garantizar que no se dará nunca un episodio de funcionamiento defectuoso o irregular susceptible de traducirse en un ataque a un bien jurídico-penal, ¿qué más puede exigirse a una entidad deseosa del cumplimiento de la legalidad que la adopción de modelos organizativos y de calidad en la gestión dirigidos a la sistemática revisión y mejora de sus procesos organizativos con el fin de detectar y subsanar los posibles defectos?

67 CUADRADO RUIZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia delante ¿un paso hacia atrás?”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, p. 138.

68 Por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad...*, cit., en particular, pp. 208 ss; y del mismo autor, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 9.

69 “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 25, 2011, p. 71.

70 “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 107-109.

III. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

La reforma de 2003 no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. Confirmada esa voluntad por los posteriores anteproyectos y proyectos de reforma (desde 2006)⁷¹, antes de finalizar la primera década del siglo XXI, se aprobó la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, entrada en vigor el 23 de diciembre del mismo año tras una *vacatio* de seis meses.

La reforma derogó tanto lo previsto por el artículo 31.2, como por el artículo 369.2 (no así el art. 262.2, que no resultó afectado). Respondiendo a un creciente consenso doctrinal⁷² –que, partiendo de la crítica al sistema de las consecuencias accesorias, cuya “relevancia prácti-

71 JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006”, en *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, coord. por Arangüena Fanego/Sanz Morán, Valladolid, 2008, pp. 51 ss; MORALES PRATS, F., “La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español: de lo accesorio a lo principal”, en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, dir. por Muñoz Conde, Valencia, 2008, pp. 595 ss; y, del mismo autor, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas; perspectivas de reforma en el Derecho penal español”, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dir. por Álvarez García, Valencia, 2009, pp. 47 ss. Ver también, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 6, 2009, pp. 291 ss; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma de la Justicia penal*, cit., pp. 23 ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”, en *El Anteproyecto...*, cit., pp. 203 ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Responsabilidad penal para los entes sociales?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, pp. 126 ss; ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, dir. por Luzón Peña, Madrid, 2010, pp. 279 ss. y 284 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones”, en *El Anteproyecto...*, cit., pp. 303 ss.

72 Traducido hasta en propuestas articuladas, entre las que cabe destacar por su desarrollo e importancia la de NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad pe-

ca" fue tan sólo "marginal"⁷³, reclamaba la estructuración apropiada del sistema adecuado de intervención sobre las personas jurídicas, hace tiempo propugnado en el plano del Consejo de Europa por la Rec. (18)88-, rompió ya sin matices con el principio *societas delinquere non potest*⁷⁴. Y reguló explícitamente⁷⁵ la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, que, naturalmente, lleva aparejada la correspondiente responsabilidad civil directa de la entidad, "en los términos establecidos en el artículo 110" y "de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos" (art. 116.3 CP)⁷⁶. Como expresara ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, se superó de este modo "la etapa del *si* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el *cómo* hacerlo"⁷⁷.

La decisión, justificada por el Preámbulo con base en una amplia lista de textos normativos de la Unión Europea (los cuales, sin embargo, salvo alguna curiosa excepción, no exigen que la responsabilidad que demandan para la persona jurídica tenga que ser de naturaleza estrictamente "penal")⁷⁸ y completada por las reformas intervenidas

nal", en Cuestiones actuales de Derecho penal económico, dir. por Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo, Madrid, 2008, pp. 146 ss.

73 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La reforma del art. 129 CP", en Estudios sobre las reformas del Código Penal..., cit., p. 241.

74 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal...", cit., p. 66. En contra, sin embargo, ROBLES PLANAS, R., "Pena...", cit., pp. 12 ss.

75 De un "modo formal, expreso y sincero". RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención", en La Ley, núm. 7561, 2011, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, 12 pp.).

76 Para las cuestiones que suscita y, en particular, la compatibilidad de esta norma con lo dispuesto, con anterioridad, por el artículo 120.4 CP, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 193 ss.

77 "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010", en Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof.Dr.Gerardo Landrove Díaz, dir. por Muñoz Conde *et al.*, Valencia, 2011, p. 1154.

78 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., "Armonización penal en la Unión Europea", en La reforma de la justicia penal, cit., p. 146; ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal...", cit., p. 70; GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO / JUANES PECES, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", La Ley, 7501, 3 noviembre 2010, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "¿Responsabilidad penal...?", cit., pp. 118 s, SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto", La Ley, 7464, 9 septiembre 2010, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 10 pp.). En realidad, entre las

en 2012 y 2015⁷⁹ en el Código penal, se incardina en la línea seguida por no pocos legisladores hasta del marco continental europeo, conscientes de la frecuencia y trascendencia de los hechos delictivos que tienen lugar, fundamentalmente, en el ámbito de la empresa, respecto de los que no cabe esperar mayor incidencia preventiva de los instrumentos del Derecho administrativo sancionador⁸⁰ y para los que las respuestas penales tradicionales, centradas en la responsabilidad penal individual, son tantas veces ineficaces⁸¹, dada la complejidad de los mecanismos internos de división de tareas⁸².

A) El artículo 31 bis

Conforme a lo dispuesto por el vigente art. 31 bis, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión de determinados delitos en “beneficio directo o indirecto” de la entidad por parte de ciertas personas físicas⁸³.

múltiples directivas y decisiones-marco, sólo la Directiva 2009/52/CE sobre normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, alude expresamente (en el título de su artículo 12) a Sanciones “penales” aplicables a las personas jurídicas, si bien en su artículo 11, al referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas, evita la inclusión del calificativo “penal”. También, con algún matiz, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, coord. por Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, 2010, p. 12.

79 FGE, Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, Madrid, 22 enero 2016.

80 ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 1163.

81 SCHÜNEMANN, B., “Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht”, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Schünemann/Suárez González (Hrsg.), Köln, 1995, pp. 271 ss.

82 Destaca FERNÁNDEZ TERUELO la posibilidad de que la penalización de la persona jurídica pueda acabar beneficiando al delincuente económico, al “contribuir a relajar los esfuerzos por localizar al autor” (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 25, septiembre 2011, p. 11), si bien, como recuerda CARBONELL MATEU, esto puede evitarse con “la acumulación de responsabilidades”. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su ‘dogmática’ y al sistema de la reforma de 2010”, Cuadernos de Política Criminal, 101, 2010, pp. 9 s.

83 Censura CARBONELL MATEU la falta de referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por “los hechos constitutivos de delito que sean

- Estas personas físicas deben
- * presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de
 - representantes legales o sujetos “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” (art. 31 bis 1 a), o
 - personas sometidas “a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior” (art. 31 bis 1 b); y
 - * actuar, además,
 - bien en nombre o por cuenta (y, como ya se ha dicho, en beneficio directo o indirecto) de las personas jurídicas, si se trata de los representantes legales, etc.
 - bien, por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores,
 - en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta (y en beneficio directo o indirecto) de las mismas,
 - por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

La distinción expresa entre representantes legales⁸⁴ y administradores, de un lado, y personas sometidas a su autoridad, del otro, llevaba en 2010 a restringir el marco de aplicación de la primera categoría a los verdaderos administradores (de derecho o de hecho), representantes orgánicos y obligatorios, y a los representantes “no orgánicos y voluntarios”⁸⁵. La LO 1/2015 ha sustituido la referencia anterior a los “administradores de hecho o de derecho” por una fórmula más amplia –“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

consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas”, que “encaja mucho mejor con el dolo” y cuyo tratamiento penal no deja de suscitar “inconvenientes”, aunque no insuperables, desde la perspectiva del art. 31 bis. “Responsabilidad penal”, cit., p. 28.

84 Crítica la terminología empleada, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº1, del Código Penal”, Cuadernos de Política Criminal, 103, 2011, p. 54.

85 DEL ROSAL BLASCO, B., *ibidem*, 103, 2011, p. 56.

organización y control dentro de la misma” – con el fin de alcanzar a todo tipo de directivos y administradores de la entidad, en sentido amplio: aquellas personas en cuyas manos se encuentra el “control del funcionamiento”⁸⁶ de la entidad y que cuentan con “capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes (...) sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa”⁸⁷.

La categoría más problemática en este plano fue en 2010 la de los administradores de hecho, para los que –respecto del artículo 31 y los delitos societarios– mantuvo la doctrina que convenía “sustentar(se) sobre bases materiales que tengan que ver con el bien jurídico protegido y la capacidad del sujeto activo de lesionar dicho bien”⁸⁸.

Por lo que se refiere a los representantes legales, literalmente permite cubrir a los empleados que contratan con terceros participando en la actividad exterior de la entidad, lo que lleva a un mapa de posibles sujetos activos “notablemente amplio”⁸⁹, incluso de mandos intermedios⁹⁰. Para corregir lo que consideró un probable exceso, propuso DEL ROSAL BLASCO una interpretación restrictiva, que recondujera el ámbito de su aplicación al “factor”⁹¹. Sin perjuicio de la coherencia de la propuesta en la línea del “modelo amplio de identificación”⁹² defendido por este autor⁹³, desde la perspectiva que inspira este trabajo no parece, sin embargo, político-criminalmente adecuado restringir de entrada las posibilidades de autorresponsabilidad de los entes jurídicos a los hechos cometidos por apoderados generales, gerentes y directores generales⁹⁴. Máxime cuando la letra de la ley no lo exige y puesto que, aun cuando no sea en la práctica

86 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 55.

87 GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 57.

88 Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 60; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 93.

89 DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 65.

90 Expresamente a favor de su inclusión en el art. 31 bis 1, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 58 (n.35), que los considera “administradores de hecho”, Introducción..., cit., p. 76.

91 “La delimitación típica...”, cit., p. 65. A favor de que se trate tan sólo de “quien asuma la representación general”, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 94.

92 DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, La Ley, 7670, 11 julio 2011, pp. 3 s.

93 “Un doble sistema de atribución”. DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 44.

94 DEL ROSAL BLASCO, B., *ibidem*, p. 65.

lo normal⁹⁵, resulta conforme al concepto de directivos y administradores defendido (congruente con el sentido otorgado en otros pasajes del Código). Abunda igualmente en lo anterior el extenso y plural universo organizativo que encuentra amparo en la personalidad jurídica y las grandísimas distancias estructurales, de dimensión, etc., entre unas entidades y otras, que podría resultar en impunidad dada la “división del trabajo, la descentralización y la atomización de responsabilidades”⁹⁶ que caracterizan, en particular, a las grandes empresas⁹⁷. La cobertura de todos estos supuestos ha sido además, lo que ha impulsado a la evitación de la referencia a “administradores de hecho y de derecho” y su sustitución por la nueva fórmula descriptiva en la reforma penal de 2015

Siendo posible, de otra parte, la administración de una sociedad por otra persona jurídica, si concurren los requisitos legalmente exigidos⁹⁸, el representante de esta última será “el administrador de hecho de la sociedad”⁹⁹.

La actuación de estas personas debe reunir ciertas características para permitir la atribución a la persona jurídica del delito cometido: han de intervenir en nombre o por cuenta de la persona jurídica y, en todo caso, en su beneficio directo o indirecto.

La exigencia de haber actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica obliga a entender que las personas físicas han de operar en el giro o tráfico de la entidad y en el marco “formal, material y funcional” del “contenido real de su mandato, por lo que, de actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no será imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca”¹⁰⁰. La referencia al “benefi-

95 CARBONELL MATEU / MORALES PRATS / DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Personas jurídicas: artículo 31 bis CP”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 32.

96 GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción...*, cit., pp. 75 s.

97 BLANCO CORDERO, I., “Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13 (2011), r2:3.

98 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 97; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 33; GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción...*, cit., pp. 68 ss.

99 Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 64 (n.49).

100 En esta línea, incluso requiriendo que la actuación “asuma las directrices de comportamiento de la persona jurídica... no se oponga a su Código de conducta”, DE LA MATA / BILBAO / ALGORTA, “La atribución de responsabilidad

cio directo o indirecto” ha sustituido en 2015 al término “provecho”, cuya naturaleza no quedaba legalmente fijada¹⁰¹, y fue criticada por su falta de claridad¹⁰², muy en particular, en lo concerniente a la necesidad o no de un provecho económico¹⁰³. La nueva fórmula alude tanto a un beneficio directo como el indirecto (reducción de costes)¹⁰⁴, lo que debe entenderse en un sentido amplio, compatible con el provecho propio de la persona física¹⁰⁵, y abarcando todos los casos de tendencia o “idoneidad *ex ante*”¹⁰⁶ para reportar beneficio, utilidad, ventaja, interés¹⁰⁷ a la persona jurídica en un cierto plazo, y sin que se requiera su verificación o realización efectivas.

En el caso del párrafo segundo del art. 31 bis 1, se alude a las personas sometidas a la autoridad de representantes, directivos y administradores, lo que para la mayor parte de la doctrina abarca a todo aquel que actúe bajo su autoridad¹⁰⁸, sin necesidad de una vinculación o laboral o mercantil formal con la entidad¹⁰⁹. Por lo que se refiere a su actuación, debe darse “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto” de la entidad; además, es preciso que los hechos hayan podido tener lugar “por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia

penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, La Ley Penal, 87, 2011, pp. 2 s. (del texto con notas descargado de la Web, 18 pp.).

101 BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 4.

102 GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 63.

103 A favor, con razón, de su no restricción a lo “estrictamente económico(s)”, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 3. Ver también, ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa”, La Ley Penal, 81, 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web).

104 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18.

105 Destaca la irrelevancia, a estos efectos, de las “intenciones o motivaciones” de los sujetos intervinientes, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 99.

106 GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 86.

107 DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 87.

108 A juicio de FERNÁNDEZ TERUELO, “directa” (“La responsabilidad penal...”, cit., p. 33).

109 DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 89. Así, podrán estar vinculados con la entidad por alguna relación de carácter laboral, de arrendamientos de servicios, o empresa de trabajo temporal, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 79 s. FEIJÓO SÁNCHEZ entiende, con todo, que “sólo deberían ser relevantes los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica”, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 100.

y control de su actividad”¹¹⁰ y “atendidas las concretas circunstancias del caso”. Dada la amplitud del supuesto, que debería interpretarse “por exclusión”, esto es, centrándose en los casos de violación del deber de control no susceptibles de incardinación en el párrafo primero del art. 31 bis 1¹¹¹, aun cuando, literalmente, baste con la constatación del defecto de control, por mor del principio de intervención mínima habrá de exigirse que éste sea calificable al menos de grave.

B) Modelo de responsabilidad penal

La simple lectura del contenido del artículo 31 bis 1 permite enseguida destacar la importancia que el seno del nuevo sistema de imputación de la responsabilidad penal alcanzan tanto el hecho delictivo que ha de cometer la persona física, como el vínculo de conexión con la persona jurídica. Ambos se conforman como aspectos esenciales de referencia de cara a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que apuntaría a un sistema de heteroresponsabilidad, prolongación de lo que se viene calificando como “modelo de la transferencia o la atribución”¹¹², también llamado, entre otras, modelo de adhesión o de responsabilidad penal indirecta (“incluso derivada”)¹¹³, y que supone por tanto la imputación por “identificación”¹¹⁴ o por “representación”¹¹⁵ de la entidad con base

110 DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 90. Lo que, como recuerda FEIJÓO SÁNCHEZ, obliga a entender que los hechos cometidos han de constituir la “necesaria concreción o realización de la infracción de los deberes” por parte de directivos, administradores y/o representantes. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 103.

111 DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., pp. 90 ss.

112 ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., p. 9.

113 ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, 77, 2010, p. 6 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.).

114 DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 3 s.

115 DE URBANO CASTRILLO, E., “El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas”, en *La Ley penal*, núm. 61, junio 2009, p. 4 (del texto con notas descargado de la Web, 9 pp.); en sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 19. Ver también, con matizaciones BACIGALUPO SAGGESE, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. por Gómez Tomillo, 2ª ed., Valladolid, 2010, p. 272; de la misma, “Los criterios de imputación...”, cit., p. 3, donde acaba indicando que, en realidad, “el legislador no ha elaborado un modelo de imputación en sentido estricto” (p. 4).

en el hecho de otros, cuyos posibles excesos tratan de compensarse con la restricción del elenco de personas de referencia y la exigencia adicional de determinados requisitos materiales.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, otros elementos del propio artículo 31 bis afirman, por su parte, la autonomía de la responsabilidad de la entidad¹¹⁶: éste es particularmente el caso del contenido del artículo 31 ter 1 en el que se declara exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun cuando “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. A ello se añade la previsión del núm. 2 del mismo artículo, relativa a la ineficacia, de cara a la responsabilidad de la entidad, de las “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad”, así como “el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia”.

En todo caso, hay que reconocer que, aisladamente considerado, el tenor literal del artículo 31 bis 1 a) ofrece escaso margen de juego a todo lo que no sea la responsabilidad objetiva de la entidad por la actuación de otro¹¹⁷; y que sólo en el 31 bis 1 b) se alude a lo que, conforme a la teoría del defecto de organización, podría servir de fundamento para la construcción de una responsabilidad propia de la persona jurídica: la falta del debido control¹¹⁸. No faltan, por ello, autores que defienden que el sistema introducido es un sistema mixto¹¹⁹, el cual, sin perjuicio de independizar la responsabilidad penal de la persona jurídica de la de las personas físicas, se apoya claramente en la adhesión/identificación/atribución respecto de los delitos cometidos por los representantes, directivos y administrado-

116 Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 2.

117 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 22 ss; MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. (a cargo de V.Gómez Martín), Barcelona, 2011, p. 204.

118 CARBONELL MATEU / MORALES PRATS, “Responsabilidad penal...”, cit., p. 71; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18; NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Revista Xurídica Galega, núm. 63 (2009), p. 50.

119 RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas”, en La Ley penal, núm. 75, 2010, p. 5 (del texto con notas descargado de la Web, 13 pp.); SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma...” cit., pp. 6 s. Para CARBONELL MATEU / MORALES PRATS, el modelo es cercano a un sistema de transferencia, aun cuando se apoya en la “responsabilidad directa y coprincipal” de la persona jurídica. “Responsabilidad penal...”, cit., p. 72.

res, derivando hacia una mayor autorresponsabilidad (con base en el defecto de control) en los supuestos contemplados por el artículo 31 bis 1 b)¹²⁰.

En nuestra opinión, salvo que se prefiera defender que la responsabilidad proclamada “sólo es formalmente penal”¹²¹, para todo derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico¹²², fundamentador (junto a la culpabilidad) de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su “hecho propio”¹²³ y no por el “inevitable hecho de referencia”¹²⁴, p.e. de su directivo o empleado; pues, aun cuando constituya un “presupuesto” de su responsabilidad, éste no puede ser considerado su “fundamento”¹²⁵, salvo que aceptemos la responsabilidad penal por el hecho ajeno”¹²⁶. En el caso de la regulación penal introducida por la LO 5/2010, la exigencia resulta aún más acuciante a la vista de que, en la parte especial, no son pocos los delitos, calificados como menos graves si se realizan por personas físicas, que serán objeto de penas con “la consideración de graves” (art. 33.7) de ser de ellos declaradas responsables las personas jurídicas. Sin perjuicio de lo establecido por la regla 2ª del art. 66 bis (que, por otra parte, tiene una aplicación limitada, tanto por las penas afectadas como por la propia naturaleza de algunas de ellas), y al margen de las críticas que pueden derivar desde el principio de proporcionalidad, esto obliga, sin duda, a buscar aquel injusto específico que permita fundamentar el salto en la gravedad de la pena por la comisión de unos mismos delitos.

120 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 1 ss.

121 ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., p. 12.

122 Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 91.

123 Critica ROBLES PLANAS las referencias doctrinales a un supuesto “hecho propio” de la persona jurídica, por entender que es simplemente “una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad”. “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, InDret, 2, 2009, p. 5; en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

124 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 2.

125 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 4.

126 BAJO FERNÁNDEZ, M., “Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas”, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, coord. por García Valdés *et al.*, T.I, Madrid, 2008, p. 721.

De otra parte, carente el Código penal de toda norma (cuya ilegitimidad sería, por otro lado, palmaria) que permita ignorar para la persona jurídica lo dispuesto en los artículos 5 y 10 (sin que baste para ello su concurrencia en la persona física), corresponde al intérprete proceder a una lectura del contenido de los artículos 31 bis y ss. en la línea de lo requerido por aquellos preceptos, los cuales rechazan la responsabilidad penal puramente objetiva y proclaman la irresponsabilidad penal en ausencia de dolo o imprudencia.

En este sentido, resultan especialmente valiosos los esfuerzos doctrinales dirigidos a resolver las dificultades anteriores, destacando como especialmente apropiadas las propuestas que, partiendo de la idea del defecto de organización, se centran en la falta del debido control.

En efecto, a nuestro parecer y como ya se ha indicado *supra*, junto a la realización del hecho delictivo por las personas físicas de referencia, lo dogmáticamente razonable y coherente con la realidad de la “criminalidad de la empresa”¹²⁷, es construir no tanto la culpabilidad¹²⁸ cuanto el núcleo del injusto específico de la persona jurídica sobre su funcionamiento defectuoso, resultado de la inapropiada organización de la entidad; algo que no por el hecho de que la falta del debido control sólo resulte mencionada de manera expresa en el art. 31 bis 1 b), deja de ser legalmente exigible respecto de los hechos de sus directivos/administradores o representantes contemplados en el apdo. a) del mismo número¹²⁹, habida cuenta de la delimitación legal de su actuar y de la reconducción del mismo al giro propio de la entidad, esto es, al “ámbito que la persona jurídica podría y debería haber controlado”, por ser el desplegado “al amparo de su nombre y/o con la ayuda de sus recursos”¹³⁰.

La responsabilidad penal de la persona jurídica sólo debería, por tanto, surgir cuando el funcionamiento inapropiado, reflejo de un de-

127 Que conviene distinguir con claridad de la “criminalidad en la empresa” y de la “criminalidad contra la empresa” GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, *Revista General de Derecho Penal*, 16, 2011, p. 29.

128 A favor del entendimiento de que la regulación española asume el concepto de culpabilidad por defecto de organización, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción...*, cit., pp. 141 ss.

129 Por todos, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18; ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes...”, cit., p. 3.

130 GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 28.

fecto de organización o gestión (bien conocido y querido, directa o eventualmente por la persona jurídica, o bien resultado de su infracción del deber de cuidado) encuentre una conexión objetiva con la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos¹³¹, en el marco de sus actividades sociales y en el modo en cada caso exigido por el artículo 31 bis 1, el cual, en su letra b), requiere asimismo el incumplimiento grave (dolo o imprudente) de “los deberes de supervisión, vigilancia y control” de la actividad por parte de las personas físicas responsables.

Pero, puesto que todo delito ha de ser un injusto culpable, a lo anterior ha de añadirse el “merecimiento de pena”¹³²: esto es, si ratificada su capacidad individual de autoorganización y funcionamiento (imputabilidad), la entidad podía haber evitado el funcionamiento defectuoso¹³³ y no se hallaba amparada por excusa legal alguna, manifestando así, también en el momento del hecho, sus carencias en cuanto a esa “cultura de cumplimiento de la legalidad”¹³⁴ que le era individualmente exigible, dado su deber general de autoorganización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por su cuenta y en su beneficio; un deber de garantía “del cumplimiento de la legalidad y de la adecuación de la organización a lo prescrito por el Derecho”¹³⁵, que se presenta como de carácter “colectivo” y dirigido “a todos los entes dotados de personalidad jurídica”¹³⁶, y que no ha de entenderse violado si la entidad cuenta con apropiados programas de cumplimiento, adaptados a sus características y dirigidos a la prevención de sus riesgos delictivos específicos, que implementa de manera sistemática y de forma adecuada.

Ni las dificultades de aplicación de la categoría del dolo a las personas jurídicas¹³⁷, ni la proximidad del desarrollo del debido control con la observancia del debido cuidado sirven de fundamento

131 Afirma la necesidad del hecho de conexión (y relación de causalidad) y su compatibilidad con una responsabilidad independiente, esto es, no vicarial ni por el hecho de otro, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., pp. 49 ss.

132 BAJO FERNÁNDEZ, M., “Modelo...”, cit., p. 727.

133 CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 22 ss.

134 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 109.

135 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem*, p. 67.

136 GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 29.

137 Y sus riesgos para la dogmática penal tradicional, NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal..., cit., pp. 161 s.

suficiente para entender que esta responsabilidad haya de ser “de naturaleza imprudente”¹³⁸. El artículo 31 bis admite tanto la responsabilidad dolosa como la imprudente de la entidad, que no puede confundirse con el hecho de que la responsabilidad de la persona física sea dolosa o por imprudencia. Ciertamente, es de reconocer que la vía de la imprudencia puede resultar teóricamente muy adaptada a las características de la realidad de esta criminalidad, permitiendo un adecuado juego a la implantación o no de mecanismos de prevención de delitos¹³⁹. Además, el hecho de que, en la parte subjetiva del tipo del delito imprudente, la concurrencia “(d)el elemento *negativo* de no haber querido el autor cometer el hecho resultante”¹⁴⁰ pueda quedar en la práctica satisfecha con la mera constatación de la ausencia de voluntad por parte del autor de la comisión del hecho resultante, facilitaría su apreciación respecto de la persona jurídica. Ahora bien, conviene indicar que, *de lege lata*, la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal por imprudencia¹⁴¹ a las personas jurídicas se enfrenta a no pocas dificultades en el Derecho penal vigente en España:

- De un lado, para admitir el castigo de las acciones u omisiones imprudentes, el artículo 12 del Código Penal obliga a que “expresamente lo disponga la ley”, y ni en los artículos 31 bis y ss. ni en los preceptos de la parte especial alusivos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se halla referencia explícita alguna al castigo de la comisión imprudente por parte de éstas¹⁴²; por ello, la vía de la imprudencia quedará abierta a lo sumo en aquellos casos en que se encuentre expresamente prevista para la comisión imprudente del respectivo delito por parte de la persona física¹⁴³: en realidad, financia-

138 GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 35 s. Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS mantiene que el “título de imputación objetiva” ha de ser la “comisión por omisión”, debiendo ser el de “imputación subjetiva” la imprudencia, que ha de exigirse sea grave. “¿Cómo...?”, cit., pp. 3 ss.

139 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., pp. 20 s.

140 Que se añade al “elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente)”. MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. cit., p. 297.

141 Incluso si sólo se limita a la imprudencia grave, como propone DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 21.

142 Sin embargo, MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. cit., p. 206.

143 GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 13 ss; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...”, cit., p. 6; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Societas...”, cit., p. 4.

ción del terrorismo y blanqueo¹⁴⁴, conforme a la legislación en vigor¹⁴⁵.

- De otra parte, y dejando al margen la cuestión de que “el marco penal es único”¹⁴⁶, teniendo las penas para las personas jurídicas, por disposición legal, “todas la consideración de graves”, como ya se ha indicado, del repaso de las previstas por los tipos penales de la parte especial del Código se desprende que, en no pocos supuestos, las penas aplicables a las personas jurídicas serán de mayor gravedad que las susceptibles de imposición a las personas físicas por hechos dolosos, algo que no resultará fácil de justificar (desde el prisma del principio de proporcionalidad) simplemente por la presencia del injusto específico de la persona jurídica y que se convertiría en especialmente rechazable si, frente al castigo en el caso de la persona física del delito doloso, la imputación, en el caso de la persona jurídica, fuera además por vía de la imprudencia.
- El examen de lo dispuesto por el artículo 66 bis en materia de aplicación de las penas lleva también a la misma conclusión: siendo la regla general la libertad judicial en cuanto a la aplicación de las penas en los delitos imprudentes (que sólo se somete “a su prudente arbitrio”), el artículo 66 bis se ocupa de detallar las reglas de aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, declarando la plena aplicabilidad de las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66, unas reglas reservadas exclusivamente para los delitos dolosos, en el caso de las personas físicas.

Por todo lo cual, y a falta de todo apoyo legal más específico, ha de concluirse que en el Derecho penal español en vigor la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe reconducirse exclusivamente por la vía dolosa (inclusiva del dolo eventual).

En cuanto a los *programas de cumplimiento*, en 2010 se contemplaron sólo como vía de atenuación si adoptados con posterioridad a la realización de los hechos y antes del comienzo del juicio oral. Esta previsión –que parecía querer dar cauce en el plano penal al “fenó-

144 Sin que pueda mantenerse, tras la reforma de 2015, la interpretación de FEIJÓO SANCHEZ. “La responsabilidad penal...”, cit, p. 78 (n.18).

145 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis, 31.2, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)”, en La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios, dirigido por Quintero Olivares, Cizur Menor, 2010, p. 57; ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes...”, cit., p. 4.

146 MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. cit., p. 206.

meno de la autorregulación regulada¹⁴⁷– suscitó la cuestión del tratamiento a otorgar a los casos de adopción de medidas con carácter anterior o coetáneo a la realización del hecho delictivo. En general, la doctrina consideró que la no regulación expresa de las eximentes dejaba abierta la plena aplicabilidad de las previstas con carácter genérico en el Código, en particular de las contenidas en los números 4º, 5º y 6º del art. 20, siempre que fuera posible¹⁴⁸. Y partiendo de lo anterior, en cuanto a las autorregulaciones, códigos de conducta corporativa y programas de prevención o cumplimiento, tan bien valorados en el marco comparado¹⁴⁹, entendía que su adopción y exigencia de aplicación en el modo adecuado debería llevar a la no declaración de responsabilidad penal de la entidad¹⁵⁰, especialmente si colaboró con las autoridades tras la comisión del delito¹⁵¹, si bien se discutía sobre la vía adecuada de incardinación del supuesto en la estructura de la teoría del delito¹⁵².

La reforma de 2015 ha procedido a la regulación de los modelos de organización y gestión que pueden alcanzar penalmente efectos eximentes completos o incompletos, constituyendo a nuestro juicio, como ya se ha dicho, una causa de inexigibilidad incardinable en el plano de la culpabilidad.

El art. 31 bis 5 establece, así, los siguientes requisitos para los modelos de organización y gestión:

“1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

147 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

148 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 58 s.

149 ALONSO GALLO, J., “Los programas de cumplimiento”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal..., cit. pp. 143 ss; NIETO, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de empresa”, Política criminal, 5, 2008, A3-5.

150 BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 5; DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario, dir. por Juanes Peces, Madrid, 2010, p. 85; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 70, 105 y 1135; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas...”, cit., p. 21.

151 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 58.

152 Para DE LA MATA se trataría de un supuesto de “ausencia de tipicidad” (DE LA MATA *et al.*, “La atribución...”, cit., p. 4), mientras que para GÓMEZ-JARA DÍEZ, vendría a excluir la culpabilidad (“La responsabilidad penal...”, cit., p. 4).

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”

La adopción de estos modelos puede eximir de responsabilidad respecto de los hechos cometidos por representantes, directivos y administradores en sentido amplio, siempre que se cumplan las condiciones siguientes (art. 31 bis 2):

“1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a”

Se autoriza, además, a que “en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.^a del apdo. 2.^o puedan “ser asumidas directamente por el órgano de administración”, entendiéndose que “a estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada” (art. 31 bis 3).

Por su parte, en relación con los delitos cometidos por empleados (art. 31 bis 1 b), “la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión” (art. 31 bis 4).

En todo caso, cuando “las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial”, se tendrán en cuenta “a los efectos de atenuación de la pena”.

C) **Ámbito de aplicación: “Numerus clausus”**

La aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por los artículos 31 bis y ss. se refiere exclusivamente a “los supuestos previstos en este Código”. El catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica¹⁵³ es, taxativamente¹⁵⁴, el siguiente:

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 3)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis 7)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197 quinquies)
- Estafas y fraudes (art. 251 bis)
- Frustración de la ejecución (art. 258 ter)

153 Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/societas-delinquere-potest-por-jose.html>, p. 5.

154 BACIGALUPO SAGGESE, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, 2^a ed., dir. por Gómez Tomillo, Valladolid, 2011, p. 273.

- Insolvencias punibles (art. 261 bis)
- Daños informáticos (art. 264. quater)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción en los negocios (art. 288.II)
- Blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Financiación ilegal de partidos políticos (304 bis 5)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos contra el medio ambiente (art. 328)
- Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3)
- Delitos contra la salud pública (art. 366)
- Tráfico de drogas (art. 369 bis III)
- Falsificación de moneda (art. 386.5) y de medios de pago (art. 399 bis II)
- Cohecho (art. 427 bis)
- Tráfico de influencias (art. 430 II y III)
- Discriminación (art. 510 bis)
- Financiación del terrorismo (art. 576.5).

Una primera cuestión suscitada es si el “delito” cometido por la persona física debe entenderse como comportamiento típico, antijurídico y culpable. El núm.2 del art. 31 ter ordena que la falta de culpabilidad¹⁵⁵ de la persona física “no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, por lo que no será pre-

155 Los proyectos y anteproyectos anteriores se referían, en un sentido más amplio, a la ineficacia de la concurrencia de eximentes de responsabilidad en la persona física de cara a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

cisa la culpabilidad y sí un hecho típico y antijurídico¹⁵⁶; sin embargo, será difícil constatar la concurrencia de causas de justificación cuando falte la persona física sujeto activo del delito concreto, por lo que, en estos supuestos, bastará con que el hecho de la persona física sea “objetivamente típico”¹⁵⁷, apuntando, así, indiciariamente a su carácter penalmente injusto.

De otra parte, y entrando en los delitos particulares, siendo predominantes –junto a las infracciones penales en las que la personalidad jurídica es frecuentemente aprovechada por la criminalidad organizada– las directa o indirectamente reconducibles al derecho penal socioeconómico, llama la atención la presencia de figuras difícilmente aplicables a la realidad de las personas jurídicas y, simultáneamente, la ausencia de delitos destacados en este marco¹⁵⁸. En este orden de cosas, al lado de la contaminación ambiental por imprudencia y de determinadas infracciones en el campo de productos defectuosos o de riesgo, incluso resultantes en lesiones u homicidios¹⁵⁹, debían haber merecido una especial mención las infracciones penales contra los trabajadores¹⁶⁰ y en materia de seguridad en el trabajo¹⁶¹, supuesto para el que continúa vigente la previsión del artículo 318 CP, por lo que el juez podrá facultativamente adoptar alguna de las “consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito” previstas por el art. 129; ahora bien, éste expresamente queda reservado, por exigencia de su propio tenor literal, a las entidades que, por carecer de personalidad jurídica, están excluidas de los artículos 31 bis y ss.¹⁶², lo que muestra un grave problema de negligencia del legislador que se traduce en la falta de coordinación entre los diversos preceptos. Lo mismo prevé el Código penal, “con criterio inconsecuente”¹⁶³, para los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262) y negación o impedimento de la actuación inspectora o supervisora (art. 294), supuestos en los que la

156 ZÚNIGA, L., “Societas delinquere potest”, cit., p. 14.

157 GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 54.

158 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 9; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., pp. 10 s. (n.3).

159 GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 19.

160 BACIGALUPO, S., “Los criterios...” cit., p. 4.

161 Por todos, RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

162 Mantiene un entendimiento en sentido amplio, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 166.

163 GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO / JUANES PECES, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 2.

aplicación a las personas jurídicas de las consecuencias del artículo 129, respetando los requisitos del art. 31 bis, deberá serlo tan sólo con carácter facultativo¹⁶⁴.

Conviene recordar, para finalizar este punto, la experiencia del Derecho penal francés, el cual, habiendo introducido en el nuevo Código una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas limitada a los casos expresamente previstos por la ley y el reglamento (art. 121-2), por medio de la Ley Perben II (Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo) suprimió esta referencia, pasando a regir el principio de generalidad, a partir de su entrada en vigor¹⁶⁵. Esta solución resulta mucho más razonable¹⁶⁶, ya que también son imaginables supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica en otras áreas delictivas, incluso (p.e., en el ámbito sanitario)¹⁶⁷ respecto de hechos generadores de muerte y/o de lesiones.

D) Personas jurídicas responsables

La nueva responsabilidad penal es predicable de las “personas jurídicas”, sin ninguna exigencia particular respecto de su sistema de organización y complejidad¹⁶⁸. La falta de personalidad sólo deja abierta la aplicabilidad de las consecuencias accesorias del art. 129.

El concepto de persona jurídica no resulta definido por el Código penal¹⁶⁹, pero deberá ser más amplio que en el artículo 297, el cual

164 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 24.

165 Por todos, COEURET, A., “Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales”, *Revue de jurisprudence sociale*, 11, 2006, pp. 843 ss; SORDINO, M.C., “La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales: une fin espérée... adoptée dans la plus grande discrétion”, *La Gazette du Palais*, 254, 2004, pp. 13 ss.

166 Abiertamente también a favor del *numerus apertus*, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., p. 2.

167 TRESPADERNE BERACIERTO, M.I., ¿Responsabilidad del profesional e irresponsabilidad de la organización sanitaria? La necesaria revisión de la política criminal por defectuosa asistencia en el marco de la nueva organización sanitaria autorregulada (Tesis doctoral UPV/EHU), San Sebastián, 2011.

168 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 33 s.

169 Critica también ZUGALDÍA ESPINAR la falta de pronunciamiento por parte del Código sobre la “determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas”, que pone de manifiesto el “olvido de la transnacionalidad del fenómeno”. “Societas...”, cit., pp. 8 y 7. Por su parte, FEIJÓO SÁNCHEZ considera que, respecto de las personas jurídicas extranjeras que cuenten en España con sucursales o unidades sin personalidad jurídica, quedará abierta tanto la vía

sí recoge una definición de sociedad, pero referida en exclusiva a los delitos societarios¹⁷⁰.

En la línea de los “ordenamientos más intervencionistas”¹⁷¹, ciertas personas jurídicas quedan al margen del nuevo sistema, si bien, a “las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil” a las que se refirieron los textos anteriores al Anteproyecto de 2009 (que aludían a asociaciones, fundaciones y sociedades), han acabado sumándose “algunas personas jurídico-públicas”. El art. 31 quinquies declara, en efecto, la inaplicabilidad de su contenido:

- 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,
- a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Y añade que, “en el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas” de multa y de intervención judicial de la entidad, si bien la “limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

Los partidos políticos y sindicatos, incluidos inicialmente en este listado, fueron sacados de él por el artículo único, uno, de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (BOE, núm. 312, 28 de diciembre de 2012).

Las razones comúnmente aludidas para la exclusión de las entidades públicas del ámbito de la responsabilidad penal suelen recon-

del art. 31 bis como la del art. 129 CP, incluso para su aplicación simultánea. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 75.

170 En los grupos de sociedades la responsabilidad residirá en cada sociedad. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem.*, p. 78.

171 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 1.

ducirse a la relevancia de su papel constitucional o de sus funciones públicas, que podrían verse muy negativamente afectadas en caso de procesamiento de la persona jurídica o por la imposición de sanciones penales, cuya aplicación resulta en algunos supuestos (v.gr. disolución o suspensión) hasta difícilmente imaginable. También cabría aludir a su falta de capacidad de autoorganización, dada su total sujeción a la ley, pero esta objeción alcanza progresivamente un menor peso habida cuenta de las nuevas tendencias organizativas, también en el seno de la propia Administración pública¹⁷².

En todo caso, la doctrina recuerda la plena admisibilidad de las “relaciones interadministrativas de carácter sancionador”¹⁷³ y comparte ampliamente la falta de suficiente fundamento de la exclusión de algunos supuestos¹⁷⁴, que deberían ser objeto de análisis caso por caso y con un criterio restrictivo en cuanto a la exclusión.

Tampoco parece muy oportuna la regulación de las denominadas “sociedades de pantalla” (art. 31 quinquies 2)¹⁷⁵, por lo restrictivo de la fórmula a través de la cual se trata de permitir la declaración de responsabilidad penal, al exigirse que el propósito de la elección de una de las formas jurídicas excluyentes de la responsabilidad penal haya sido precisamente la elusión de “una eventual responsabilidad penal”, cuestión “de una enorme relevancia” que deberá ser apreciada por el juez penal¹⁷⁶.

Nuevamente aquí el Derecho penal francés se presenta menos cerrado que la regulación introducida en 2010 en España: dejando a

172 En este sentido, v. gr. en la Comunidad Valenciana, el Decreto 62/2010, de 16 de abril, por el que se establecen los instrumentos generales del sistema para la modernización y mejora de la calidad de los servicios públicos de los entes, organismos y entidades del sector público dependiente de la Generalitat (DOCV, n.º 6250, de 21 de abril de 2010) o, en Baleares, el Decreto 89/2010, de 9 de julio, por el cual se regula la creación del Comité de Gerencia del sistema de gestión por procesos (BOCAIB, núm. 107, de 19 de julio de 2010).

173 GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 42, quien reproduce a título ilustrativo el texto del F.J. 3º de la STS de 7 noviembre 2003 (pp. 42 s).

174 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 61. Ver también, al respecto, VALLS PRIETO, J., “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?”. Cuadernos de Política Criminal, 104, 2011, pp. 109 ss.

175 Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 16.

176 ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal...” cit., p. 6; duda el autor de que el juez pueda contar con el “conocimiento profundo de la estructura de la sociedad, su actividad y su relación con otras entidades” legalmente requerido (p. 7).

salvo al Estado, permite la declaración de responsabilidad penal de las personas de derecho público y hasta de los entes territoriales y sus agrupaciones, si bien en estos supuestos sólo por las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público (art. 121-2)¹⁷⁷.

E) Penas (y otras consecuencias)

Las penas aplicables a las personas jurídicas “tienen todas la consideración de graves” (art. 33.7). Esto, que como ya se ha indicado, no deja de suscitar agravios ante las previstas para las personas físicas por algunos delitos en particular, apunta al “carácter de ultima ratio de la intervención penal”¹⁷⁸, algo razonable dada la particular “onda expansiva del castigo”¹⁷⁹ en este ámbito, y tiene especial incidencia en cuanto a la prescripción.

El artículo 33.7 recoge las siguientes penas¹⁸⁰:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e

177 BOULOC, B., *Droit pénal général*, 22^a ed., Paris, 2011, p. 722.

178 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 1174.

179 ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., p. 287.

180 La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medidas cautelares durante la instrucción de la causa; no así otras penas, como la prohibición de determinadas actividades, cuya utilidad en esta línea podría, sin embargo, resultar de gran interés. MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 63.

incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En realidad, se trata de las sanciones ya conocidas como consecuencias accesorias por el viejo artículo 129 del Código Penal, a las que se ha añadido, como pena “fundamental”¹⁸¹, “de imposición obligatoria”¹⁸², la multa, cuya importancia destaca la doctrina¹⁸³ como la pena aparentemente más idónea en estos supuestos. La previsión de la pena de multa se acompaña por la regulación específica (art. 52.4) de su aplicación –que en principio ha de establecerse “en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, el valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida”- y extensión máxima (cinco años), cuantía¹⁸⁴ y fraccionamiento (hasta durante 5 años, si la cuantía pone su “supervivencia... o el mantenimiento de los puestos de trabajo... o cuando lo aconseje el interés general”)(art. 53.5). También se regula el sistema de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta que abre la vía (potestativa para el tribunal) de la intervención de la persona jurídica “hasta el pago total de la misma”; esto suscita la cuestión de si podrá extenderse más allá de los cinco años para los que la intervención judicial se encuentra legalmente prevista como pena¹⁸⁵, algo que debería responderse en sentido negativo.

Sólo respecto de la pena de multa se alude, además, en el último inciso del art. 31 ter 1, a una posible necesidad de modula-

181 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit, p. 13.

182 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 111.

183 Por todos, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 6; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas delinquere potest”, en *La reforma penal de 2010*, coord. por Zúñiga Rodríguez *et al.*, Salamanca, 2011, p. 17.

184 Frente a los 2 y 400 €, límites ordinarios de las cuotas diarias para las personas físicas, en el caso de las personas jurídicas, las cuotas diarias se valoran entre 30 y 5.000 € (art. 50.4). Y, por lo que respecta a la multa proporcional, el art. 52.4 establece que, en caso de imposibilidad motivada de su cálculo con base en el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, las multas previstas deberán sustituirse por: multa de 2 a 5 años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años; multa de 1 a 3 años, si la prevista es prisión de más de 2 años e inferior a 5; multa de 6 meses a 2 años, en los demás casos.

185 DE LA MATA *et al.*, “La atribución...”, cit., p. 16.

ón¹⁸⁶ de “las respectivas cuantías” en el caso de doble responsabilidad –tanto de la persona jurídica como de la persona física responsable–, una norma que persigue explícitamente que “la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad” de los delitos cometidos. Calificada de “innecesaria”¹⁸⁷ siempre que las reglas penales sean objeto de adecuada aplicación, la previsión ha sido acertadamente criticada por entender que, enfocada a encarar un posible *bis in idem*, en el supuesto de que efectivamente éste tuviera lugar, “la previsión de modulación de la cuantía de la multa sería a todas luces insuficiente para evitar los problemas de constitucionalidad”¹⁸⁸.

Se subraya, por el contrario, la buena acogida de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, por considerarse justo que una empresa desde la cual se han cometido delitos quede inhabilitada para la obtención de ayudas públicas¹⁸⁹.

En cuanto a la intervención judicial, que se aproxima a lo que pudiera ser una libertad vigilada de la persona jurídica, si bien presenta el inconveniente de la sobrecarga del aparato de la Administración de Justicia, la experiencia comparada pone de manifiesto su eficacia en este ámbito. Al igual que respecto de la multa, el Código penal –que en realidad desaprovecha en gran parte sus posibilidades¹⁹⁰– recoge para la intervención una regulación más detallada que la prevista para el resto de las penas aplicables para las personas jurídicas. Indica así el segundo párrafo de la letra g) del art. 33.7 que podrá extenderse “a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio”, lo que deberá ser objeto de exacta determinación judicial, al igual que la persona encargada y los plazos de los informes de seguimiento. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Se permite la modificación o suspensión “en todo momento” de la intervención, “previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal”, y el Código penal se remite a la vía reglamentaria en lo concerniente a la determinación de los

186 Al respecto, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 116.

187 DE LA MATA *et al.*, “La atribución...”, cit., p. 14.

188 CARBONELL MATEU, J., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 30.

189 Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 28; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas...”, cit., p. 19.

190 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 124 ss.

aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

En cualquier caso, son muchas las insuficiencias detectables en una regulación que carece de referencias sobre la ejecución de las penas interdictivas y hasta su incumplimiento¹⁹¹. De otra parte, como la comparación del listado de penas con los empleados en el marco comparado pone de manifiesto, las ausencias son relevantes¹⁹²: v.gr. la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve¹⁹³, la inscripción de la entidad en determinados registros administrativos de carácter público¹⁹⁴, la prohibición de cotizar en mercados¹⁹⁵ o la prohibición de publicitarse¹⁹⁶, de emitir obligaciones y cheques, de utilizar tarjetas, durante un cierto tiempo, y hasta la amonestación pública, la imposición de obligación de realizar actividades¹⁹⁷ o prestaciones de servicios a la comunidad¹⁹⁸, la misma “pena” de reparación¹⁹⁹... Todas estas sanciones, sin suponer un gran riesgo para la viabilidad de la entidad, por su incidencia negativa, presentan un contenido punitivo cuya eficacia preventiva no ha de tenerse por irrelevante en el caso de las personas jurídicas. Llama igualmente la atención la “ausencia de substitutivos penales”²⁰⁰, que, como en el caso de las personas físicas, permitan la suspensión condicional temporal (total o parcial) de la ejecución de la pena impuesta o incluso su sustitución, pues también en este campo la resocialización de las personas jurídicas debería constituir “una de las prioridades del Derecho Penal”²⁰¹.

191 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem*, pp. 126 ss.

192 Para un repaso de las sanciones impuestas a personas jurídicas en Derecho comparado, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Sanciones y reparación en el Derecho penal económico”, en *Cuestiones actuales...*, cit., pp. 196 ss.

193 CARBONELL MATEU *et al.*, “Personas jurídicas”, cit., p. 46.

194 ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., pp. 289 s.

195 DE LA FUENTE HONRUBIA, “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 167.

196 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 64.

197 Crítica FEIJÓO SÁNCHEZ que el art. 33.7 e) permite prohibir la realización de actividades, pero no obligar a su realización. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 123.

198 LÓPEZ PEREGRÍN, C., “La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Cp, once años después”, en *Problemas actuales...*, cit., p. 57 (n.41).

199 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Sanciones...”, cit., pp. 214 ss.

200 ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Societas...”, cit., p. 7.

201 ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., p. 288.

Como ya se ha dicho, las penas recogidas en los apdos c) a g) del art. 33.7 (esto es, todas las previstas para las personas jurídicas, salvo la multa y la disolución) operan, con el mismo contenido²⁰², como consecuencias accesorias en caso de infracciones penales cometidas “en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas” sin personalidad jurídica²⁰³, pudiendo imponerse motivadamente, al igual que “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”²⁰⁴, en los supuestos específicamente previstos por el Código, así como respecto de las infracciones penales que permiten la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas (art. 129). Frente a lo desarrollado respecto de la responsabilidad penal, para las consecuencias accesorias –que cumpliendo una “función residual”²⁰⁵, siguen siendo “de aplicación potestativa” y resultan susceptibles de imposición cautelar (art. 129.3)–, el Código penal continúa manteniendo una “grave indefinición”²⁰⁶ e “indeterminación”²⁰⁷, tanto en lo concerniente a los requisitos de imputación²⁰⁸, como sobre su naturaleza jurídica. Han desaparecido también del art. 129 las anteriores referencias a su fundamento y finalidad –prevención de la continuidad

202 Con “el mismo alcance y el mismo fundamento”, para DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 164; si bien más adelante indica que la diferencia se encuentra en “el contenido retributivo y afflictivo derivado de poder imponer las penas de multa y disolución de las personas jurídicas, una vez declarada su responsabilidad penal” (*ibidem*, pp. 164 s.).

203 Ver, con todo, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 162 s; a partir de la falta de claridad del tenor literal entiende este autor que cabe también en él que la referencia a la carencia de personalidad jurídica quede sólo referida a los “grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones”, lo que, de ser así, permitiría cubrir parcialmente por esta vía “la autoría y participación de personas jurídicas en delitos cometidos por personas jurídicas”.

204 En opinión de FEIJÓO SÁNCHEZ, el único sentido de esta referencia añadida es “dejar claro que se trata de una consecuencia que carece de límite temporal”. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 247.

205 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 67. De “cuasisupletorio” califica a su régimen DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 164.

206 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 38.

207 RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, en La Reforma Penal..., cit., p. 113.

208 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., pp. 244 s.

en la actividad delictiva y sus efectos-, actualmente recogidas en el artículo 66 bis, el cual debe seguir entendiéndose aplicable a las consecuencias accesorias²⁰⁹. La reforma mantiene el *numerus clausus* e introduce una importante precisión, que aclara el sentido de la accesoriedad de estas consecuencias. En efecto, el propio artículo 129 alude a estas consecuencias como “accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”, lo que viene a quitar todo apoyo a las tesis de quienes, en la línea defendida con base en el anterior art. 129, continúan manteniendo que basta con una accesoriedad limitada, traducida en la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico²¹⁰, debiendo entenderse ya que la accesoriedad requerida es máxima²¹¹: “sin pena (...) no hay consecuencia accesoria”²¹².

La inaplicabilidad del art. 129 a las entidades con personalidad jurídica cierra el paso a toda alternativa de intervención preventivo-especial, al margen de la pena, aun en los casos en que ésta pudiera resultar indicada²¹³. No suaviza lo anterior el hecho de que de la regulación de las penas interdictivas -las cuales, a juicio de FEIJÓO SÁNCHEZ, en realidad “sólo tienen de penas el nombre”²¹⁴- se desprenda que su orientación es la preventivo-especial indicada.

F) Reglas de aplicación de las penas

Si bien la elección de la aplicada a la concreta figura delictiva queda en manos del juez²¹⁵, el artículo 66 bis contempla un doble conjunto de criterios de aplicación de las penas.

De un lado, las reglas generales 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66.1, que declara extensibles a “la aplicación de las penas impuestas a las

209 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 38; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 243.

210 En este sentido, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 165.

211 RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias...”, cit., p. 115; también BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; con todo, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 39.

212 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 247.

213 RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias”, cit., p. 116.

214 “La reforma...”, cit., p. 113.

215 Críticamente, por vulneración del principio de legalidad, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 7; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO / JUANES PECES, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

personas jurídicas". Son éstas las relativas a la concurrencia de circunstancias modificativas, las cuales, a pesar de la dicción "un tanto engañosa" del primer párrafo del art. 66 bis, se aplicarán sólo a la pena de multa²¹⁶. El artículo 31 quater establece, además, un "sistema tasado y cerrado de atenuantes"²¹⁷, limitándolas a determinados supuestos de actuación post-delictiva de la persona jurídica, encauzada a través de sus representantes legales: confesión (con carácter previo al conocimiento de que el procedimiento se dirige contra ella); colaboración en la investigación del hecho, aportando pruebas nuevas y decisivas; reparación o disminución del daño (con anterioridad al juicio oral); y establecimiento (también con carácter previo al juicio oral) de "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"²¹⁸.

Haciendo abstracción de los programas de cumplimiento, ya aludidos más arriba, esta regulación generó desde 2010 una importante crítica doctrinal referida tanto a la limitación excesiva de las circunstancias como a su conformidad constitucional²¹⁹, a la propia naturaleza de las mismas y al alto grado de exigencia²²⁰. Así no se comprende la falta de mención de la atenuante analógica o a la de dilaciones indebidas²²¹, previstas para los hechos cometidos por las personas físicas, lo que puede ser fuente de insoportables situaciones de desigualdad²²². Y en general, la doctrina considera que la no regulación expresa de las eximentes deja abierta la plena aplicabilidad

216 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal...", cit., p. 112.

217 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem*, p. 129.

218 Indica FERNÁNDEZ TERUELO cómo la eficacia dependerá más que "del tipo de medidas (...) de la forma concreta en que en el futuro se ejecuten". "La responsabilidad penal...", cit., p. 35. Por su parte, a juicio de DEL ROSAL BLASCO, el modo en que se regula esta atenuante, de redacción "poco feliz", impide mantener que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en España, "esté basada en un hecho propio de la persona jurídica". "Responsabilidad penal...", cit., p. 4.

219 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., "La responsabilidad penal...", cit., p. 129; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La responsabilidad penal...", cit., p. 5.

220 Por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 145 ss; MORALES PRATS, F., "La responsabilidad penal...", cit., pp. 59 ss.

221 Defiende, sin embargo, y a pesar del "sólo" inicial, la aplicabilidad de otras atenuantes, como la de "dilación extraordinaria e indebida", RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo...?", cit., p. 2.

222 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Responsabilidad penal de las personas

de las previstas con carácter genérico en el Código, en particular de las contenidas en los números 4º, 5º y 6º del art. 20, siempre que sea posible²²³.

Al lado de las reglas generales explicadas, el artículo 66 bis distingue los supuestos en los que la previsión penal tenga un carácter general de aquellos que vengan ya con una duración limitada.

En el primero de los casos, de cara a la aplicación de las penas de disolución, suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial, se recogen como criterios complementarios: la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores, así como el puesto ocupado en la estructura de la persona jurídica por parte de la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Esta previsión parece responder a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo, la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común y la jerarquía, elementos todos ellos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la aplicación de la pena.

Cuando las penas anteriores (salvo la disolución) vengan ya impuestas con una duración limitada desde el tipo penal de la parte especial, la segunda regla del art. 66 bis establece, como reflejo del principio de proporcionalidad²²⁴, que “ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”, frenando así la extensión que determinadas sanciones penales podrían alcanzar con base en razones estrictamente preventivas²²⁵.

En la misma regla 2ª, precisando “indirectamente”²²⁶ las agravantes específicas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se añaden exigencias ulteriores para la imposición de esas penas por plazos superiores a dos años o a cinco años (o con carácter permanen-

jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, Madrid, 2011, p. 89; GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 84.

223 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 58 s.

224 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos”, cit., p. 124; MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 65.

225 Véanse, entre otros, MORALES PRATS, F., *ibidem*, p. 65.

226 MORALES PRATS, F., *ibidem*, p. 66.

te, en el caso de la disolución o prohibición de actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito):

- Reincidencia de la persona jurídica (condena ejecutoria previa al delinquir, por un delito del mismo título y misma naturaleza) o utilización instrumental de la misma²²⁷ para la comisión de ilícitos penales, si se trata de imponer las penas por una duración superior a dos años.
- Reincidencia cualificada (al menos por tres delitos del mismo título y la misma naturaleza: art. 66.1.5^a) o utilización instrumental de la persona jurídica con vistas a la comisión de ilícitos penales, para la imposición con carácter permanente de la disolución o de la prohibición definitiva de actividades, y para la aplicación por más de cinco años de la prohibición de actividades y la pena de inhabilitación (cuyo límite máximo es de 15 años).

La reforma de 2015 ha añadido en todo caso una disposición curiosa pues dispone que “cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años”. Ahora bien, el art. 31 bis 1 b) sólo contempla como supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas el que los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad se hayan “incumplido gravemente”, por lo que de no darse un incumplimiento grave no puede haber responsabilidad penal de la persona jurídica; esto deja sin sentido la previsión aludida, pues en el conflicto entre ambas disposiciones debería prevalecer lo dispuesto por el art. 31 bis 1 b).

G) Extinción de la responsabilidad penal: excepciones

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se cierra en el Libro I del Código penal con lo relativo a la extinción de la responsabilidad penal.

Aplicable, en principio, a las personas jurídicas lo dispuesto por el artículo 130 CP, asimilando a la muerte del reo la disolución de la persona jurídica (que curiosamente no se menciona si es auténtica,

²²⁷ Se entiende que concurre la utilización instrumental (art. 66 bis regla 2^a II b) “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”, lo que debe entenderse como sinónimo de “delictiva”. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 122 (n.87).

sino sólo para regular los supuestos de “disolución encubierta o meramente aparente”²²⁸, el art. 130.2 se ocupa de “precisar los límites y consecuencias”²²⁹ de determinadas transformaciones que jurídicamente son tratadas, con carácter general, como desaparición de la entidad, para impedir que puedan derivar sin más en extinción de la responsabilidad penal en evidente “fraude de ley”²³⁰.

Dispone así el art. 130.2 que, en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, la responsabilidad penal no se extingue, sino que “se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión”, permitiendo al juez o tribunal su moderación “en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable guarde con ella”.

Sin perjuicio de lo necesario de una solución como la prevista, dados los “problemas prácticos” que suscitará el precisar esa “proporción”²³¹, desde el prisma técnico la fórmula presenta importantes problemas en un marco regulador que no prevé la posibilidad de variación de las penas impuestas en fase de ejecución²³². De otra parte, siendo la responsabilidad penal personal²³³, no resulta fácil de admitir el “traslado” de la misma a otra(s) entidad(es), máxime cuando no se requiere la identidad “absoluta”, sino que basta con una “identidad sustancial”²³⁴. En este sentido, el establecimiento de mecanismos de “retroacción y anulación de la absorción o fusión”, con el fin de permitir el procesamiento y sanción de la persona jurídica infractora²³⁵, hubiera sido ciertamente mucho más apropiado.

228 Tampoco se alude a los casos de disolución ordenada judicialmente. QUINTERO OLIVARES, G., “La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en *La Reforma Penal...*, cit., pp. 118 s.

229 QUINTERO OLIVARES, G., *ibidem*, p. 117.

230 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 68.

231 QUINTERO OLIVARES, G., “La extinción...”, cit., p. 118.

232 FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 137.

233 Para ROBLES PLANAS, el hecho de esta regulación es, precisamente, un argumento más a favor del entendimiento de la “abierta consagración de la responsabilidad por hecho ajenos y (...) expresa renuncia a los postulados de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad” en el caso de las personas jurídicas en Derecho penal español. “Pena...”, cit., p. 10.

234 FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 36.

235 DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 37.

La misma regla de inextinción se aplica igualmente para la disolución encubierta o tan sólo aparente, entendiéndose, con base en “un criterio económico-organizativo”²³⁶, que esto concurre “cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos” (art. 130.2). Se trata de una previsión dirigida a evitar el abuso de derecho que derivaría de una desaparición meramente formal y no real, lo que ha sido objeto de crítica por la “clara inversión de la carga de la prueba”²³⁷ que supone.

IV. CONCLUSIÓN

La ruptura con el principio *societas delinquere non potest* por parte del legislador español de 2010 constituyó una decisión fundamental de política criminal y penal que se inscribe en la línea de importantes ejemplos del Derecho penal comparado europeo, los cuales, a lo largo de las últimas décadas, han ido reconociendo la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídica, como recurso fundamental para la lucha contra la criminalidad de empresa, tan relevante en el plano de la criminalidad económica o de la corrupción y como instrumento de las tramas organizadas.

En este sentido, y aun cuando las “consecuencias accesorias” introducidas en 1995 por el nuevo Código penal daban la oportunidad de construir una nueva línea de intervención penal, la decisión de 2010 supuso el banderazo de salida a nuevos debates, poniendo fin a otros anteriores.

No son pocas, en efecto, las cuestiones suscitadas por la nueva regulación, reformada en 2012 y 2015. Entre ellas destaca por su importancia, lo relativo al modelo de responsabilidad penal establecido. En efecto, si bien inicialmente, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que estamos ante un supuesto de heterorresponsabilidad, el respeto del modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en aquellos elementos que, sin olvidar la exigencia de un hecho de referencia, permitan erigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre su propio injusto; a tal objeto, el funcionamiento defectuoso de la organización se presenta como un criterio especialmente útil para fundamentar en el plano de lo típico esta responsabilidad, a cuyo efecto, a la luz del conjunto de la regulación actualmente en vigor en España, no de-

236 GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 8.

237 BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 5.

bería bastar la imprudencia. La responsabilidad penal de la persona jurídica sólo debería, por tanto, surgir en Derecho español cuando el funcionamiento defectuoso, reflejo de un defecto de organización o gestión y conocido y querido, directa o eventualmente por la persona jurídica, encuentre una conexión objetiva con la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos, en el marco de sus actividades sociales y en el modo en cada caso exigido por el artículo 31 bis 1.

Ahora bien, para ser penalmente responsable la persona jurídica ha de poder ser también declarada culpable, algo que precisa fundamentarse sobre la no evitación del funcionamiento defectuoso existiendo una capacidad individual de autoorganización y funcionamiento suficiente (imputabilidad), manifestación de las carencias de la entidad en cuanto a la cultura de cumplimiento de la legalidad que le es exigible. Por ello no deberían ser declaradas culpables aquellas entidades que se esfuerzan en asegurar ese cumplimiento de la legalidad y evitar los riesgos delictivos a través de la adopción de modelos de organización y gestión apropiados, acomodados a sus propias características específicas, y que desarrollan e implementan de una manera sistemática y adecuada. La regulación de los efectos eximentes de los modelos de organización y gestión por parte de la reforma de 2015 merece ser bien acogida.

En todo caso, la criticable exclusión de figuras delictivas muy relevantes en el ámbito laboral o económico, las discutibles limitaciones en cuanto a las entidades susceptibles de ser sujetos de responsabilidad penal, la falta de regulación de otras eximentes, la escasa imaginación desplegada en materia de penas y sus alternativas (en realidad inexistentes) justifican, entre otras²³⁸, la demanda de revisión de una regulación que, desaprovechando los seis meses de *vacatio legis*²³⁹, necesitó esperar casi un año desde su entrada en vigor para dar cobertura legal²⁴⁰ a la “notoria ausencia de regulación procesal”²⁴¹. Esto,

238 Para las insuficiencias de la regulación relativa al derecho transitorio, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 138 ss.

239 MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 69. También GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO / JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, La Ley, núm. 7501, 3 noviembre 2010, apdo. III.

240 Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 245, 11 octubre 2011).

241 DOLZ LAGO, M.J., “Sobre...”, cit., p. 1.

cuando a nadie se le ocultaba que el desarrollo del estatuto procesal penal de las personas jurídicas resultaba de todo punto imprescindible²⁴², a la vista del potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus directivos, administradores y representantes, dada la posibilidad de declaración de responsabilidad penal de ambos y, por tanto, la necesidad de que se proceda tanto contra la persona física como contra la jurídica en aquellos hechos que puedan generar su responsabilidad penal.

242 SILVA SÁNCHEZ, J.M., "La reforma...", cit., p. 5; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., "Responsabilidad penal...", cit., p. 1178 s. Ver también sobre esta cuestión, AGUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., "Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 26, 2011, pp. 79 ss; ECHARRI CASI, F.J., "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", *La Ley*, núm. 7632, 18 mayo 2011; GASCÓN INCHAUSTI, F., "Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal", en *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Expulsión de extranjeros sustitutiva de la pena. Interrupción de la prescripción. Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable. Otras modificaciones*, coord. por Gascón Inchausti, Cizur Menor. 2010, pp. 19 ss; ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., "La responsabilidad penal..." cit., p. 11.

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI
Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco
Director del Instituto Vasco de Criminología
Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho Penal

NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO PENAL



Ediciones
Olejnik

NUEVAS FRONTERAS DEL DERECHO PENAL

© JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI

© Ediciones Olejnik

Huérfanos 611, Santiago-Chile

E-mail: contacto@edicionesolejnik.com

Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

1a edición

ISBN: 978-956-392-036-9

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga

Diagramación: mmerchandisingpe@gmail.com

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina

2017

Printed in Argentina