

APROXIMACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA AL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR*

Fecha de entrada: 23/11/2010.

Fecha de publicación: 10/12/2010.

Resumen: En la actualidad, el análisis de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas debe llevarse a cabo partiendo de tres premisas fundamentales. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el debate sobre si *se debe* (desde el punto de vista político-criminal) y *se puede* (desde el punto de vista dogmático) exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas pertenece al pasado, se encuentra superado desde hace tiempo y resuelto en sentido afirmativo. En segundo término, debe reconocerse también que aún en el caso de que no hubiese sido así, está claro que los legisladores han hecho caso omiso del debate académico y, por razones de necesidad y puramente pragmáticas, han llevado a cabo una ampliación del sujeto del Derecho Penal - admitiendo a las personas jurídicas- fundamentalmente para combatir la criminalidad económica organizada. En tercer lugar, y debido a todo lo anterior, el problema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas radica hoy en la necesidad de establecer los criterios normativos de imputación que permitan atribuir un delito a una persona jurídica (esto es, en la elaboración de una teoría jurídica del delito –o teoría de la imputación- de la persona jurídica).

I. La responsabilidad administrativa y penal de las personas jurídicas: la expansión del Derecho Administrativo sancionador en el ámbito de la heterotutela

Tradicionalmente, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador a las *personas jurídicas* (sociedades, fundaciones, asociaciones, empresas) se las ha venido sancionado muy severamente, sin ningún problema, ya que se considera *que son capaces de realizar infracciones administrativas puesto que pueden violar de forma culpable las normas que disciplinan su comportamiento*. En efecto, a las personas jurídicas se les reconoce capacidad para realizar cualquier tipo de *acción*: para abrir centros sanitarios (y para hacerlo clandestinamente), para ejecutar obras (y para hacerlo en zonas no urbanizables), para recoger datos personales (y para hacerlo de manera engañosa), etc. Además, desde el punto de vista del Derecho Administrativo Sancionador, se reconoce que las personas jurídicas son capaces

* Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Granada, España.

de realizar esos actos ilícitos de forma *culpable*, ya que la STC de 19 de diciembre de 1991, entre otras, afirma que “la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad, que rige también en materia de infracciones administrativas, ya que las personas jurídicas – aunque de forma distinta a las personas físicas- son capaces de reprochabilidad o capacidad de infringir las normas a las que están sometidas”. También desde el punto de vista del Derecho Administrativo Sancionador, se considera que las personas jurídicas, como consecuencia de realizar un acto ilícito de forma culpable, son capaces de soportar una *sanción*, puesto que pueden ser disueltas, multadas, se les puede prohibir o suspender sus actividades, cerrarles centros o dependencias, amonestarlas públicamente o privadamente, etc.

Pero lo sorprendente es que, con independencia de la gravedad de los hechos y de las sanciones que se impongan, todo esto haya venido sucediendo tradicionalmente ante autoridades administrativas y absolutamente al margen del Derecho Penal y de los Tribunales Penales. Esta situación se ha venido justificando, no obstante, en base a la supuesta vigencia en nuestro Derecho Penal del principio “*societas delinquere non potest*”. Y es sorprendente porque esta construcción:

a. En primer lugar, cuestiona el carácter fragmentario del Derecho Penal y supone un funcionamiento del “mundo al revés” ya que el criterio de la gravedad para diferenciar la infracción penal frente a la administrativa se sustituye por un criterio personalista, según que el infractor sea una persona física o una persona jurídica. En efecto, cuando el autor de la infracción es una persona física, es normal que el Estado reaccione contra ella a través del Derecho Penal (aunque el hecho constituya una simple bagatela como, por ejemplo, injuriar a otro de manera leve, para lo cual se moviliza a un Juez de Instrucción y a una Audiencia Provincial que terminan imponiendo al autor una multa de 20 euros); por el contrario, cuando el autor de la infracción es una persona jurídica, el Estado reacciona frente a ella utilizando exclusivamente el Derecho Administrativo sancionador, y ello aunque se trate de hechos de extraordinaria gravedad (por llegar a afectar, por ejemplo, a la economía nacional).

b. En segundo término, provoca que el Derecho Administrativo haya invadido zonas propias del Derecho Penal, dando lugar a una intervención desmesurada de la Administración en el ámbito de la heterotutela (protección de los intereses generales).

- c. En tercer lugar, *no* comporta mayores garantías de las personas jurídicas frente al Estado, máxime si se tiene en cuenta el hecho de que hasta hace relativamente poco tiempo, el Derecho Administrativo sancionador constituía un Derecho represivo de características pre-beccarianas (*García de Enterría*).
- d. En cuarto lugar, es manifestación de una política criminal equivocada que insiste en mantener en todo caso a la persona jurídica sujeta a la ordenación administrativa de los comportamientos y apartada del ámbito de la política criminal-penal del Estado, de la que hasta ahora ha estado injustificadamente ausente.
- e. En quinto y último lugar, sustrae a los ilícitos de las personas jurídicas de la importante función simbólica que corresponde al Derecho Penal en el sentido de transmitir la percepción social del carácter delictivo de determinadas actividades de las personas jurídicas que dejarían de ser unas simples contravenciones de normas administrativas para pasar a ser etiquetadas de “criminales”, de “delictivas”.

II. La capacidad de acción y de culpabilidad (penal) de las personas jurídicas

1. Si esto es así, cabe preguntarse entonces: ¿cuáles son las causas por las que a las personas jurídicas se las ha mantenido al margen del Derecho Penal? Y *básicamente se alega* que las personas jurídicas no pueden incurrir en responsabilidad criminal porque son *incapaces de acción y de culpabilidad*, por lo que exigirles dicha responsabilidad violaría los principios constitucionales de personalidad de las penas y de culpabilidad, pues se les imputaría una acción y una culpabilidad que no es suya, sino de la persona física que la dirige o que la gestiona.

De todos modos, nunca se ha llegado a explicar por qué la imposición de penas a las personas jurídicas viola el principio de personalidad de las penas y el de culpabilidad y por qué tal cosa no ocurre igualmente cuando esas mismas sanciones (o más graves) -pero cambiadas de nombre- se les impone en vía administrativa. Si se fuera coherente, habría que admitir que las personas jurídicas *no pueden ser sancionadas en absoluto* (*Gracia Martín*). Aunque esta coherencia deja de ser tal cuando se sostiene, al mismo tiempo, en un alarde de logomaquia, que a las personas jurídicas sí se les pueden imponer

“consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción” (??) tales como multas, disoluciones, suspensiones de actividades, etc. Por lo demás, tampoco es razonable exigir en el ámbito de las personas jurídicas un grado de personalidad de las penas que no exigimos en el de las personas físicas ya que es difícilmente imaginable una pena que no afecte a terceros no implicados en la actividad delictiva (piénsese, por ejemplo, el daño que la pena privativa de libertad puede causar a la pareja o a los hijos del recluso).

2. La argumentación a la que se ha hecho referencia, sin embargo, adolece de una gran debilidad teórica por partir de un “presupuesto metodológico totalmente erróneo” (el “circulo vicioso” al que se refería *Lampe*): en efecto, las personas jurídicas son incapaces de acción (pero solo si a la acción se la define exclusivamente como comportamiento *humano*); y las personas jurídicas son también incapaces de culpabilidad (pero solo si a la culpabilidad se le entiende exclusivamente en clave *bío-psicológica*). Pero al margen de estos conceptos de acción y de culpabilidad exclusivos de la persona física, *existen también unos conceptos de acción y de culpabilidad propios de la persona jurídica* sobre los que es posible exigirle responsabilidad criminal sin violar ningún principio constitucional, lo que corrobora que el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas “*no es un problema ontológico, sino un simple problema de definición*” (*Briccola*).

A. Las personas jurídicas son *capaces de acción* en cuanto que son destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas. De ello se deduce que, al mismo tiempo, pueden ser autoras de una infracción, esto es, que pueden realizar "acciones" (contratos, adopción de acuerdos, etc.) que "se expresan" a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que son al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, "*acciones de la propia persona jurídica*" y *expresión de su específico obrar corporativo* (*Seelmann*). Y es que, dicho de otro modo -y por utilizar la fórmula de *von Liszt*- “quien puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o incumplir los contratos concluidos”.

B. Respecto de la *culpabilidad*, se admite generalizadamente que cabe hablar de una culpabilidad *propia de la persona jurídica* orientada a categorías sociales y jurídicas, aunque no exenta de valoración ético-social y que permite elaborar modelos de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. Esta culpabilidad –presupuesto de una pena orientada a fines exclusivamente

preventivos- se ha fundamentado dogmáticamente de forma plural y libre, lo mismo que ocurre respecto de la culpabilidad de las personas físicas.

a. Algunas construcciones se basan en puntos de vista funcionalistas que tienen el indudable mérito de haber recordado y fortalecido un modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad directa de las personas jurídicas-aunque no son las únicas (!)- al tiempo que proporcionan una base inmejorable para fundamentar su responsabilidad penal. Ello resulta lógico en tanto en cuanto las teorías de la pena predeterminan al sujeto del Derecho Penal y la teoría de la prevención general positiva no se caracterizaría precisamente por excluir a la persona jurídica del Derecho Penal (¡aunque esto no siempre esté claro!).

En esta línea, por ejemplo, *Heine (teoría del dominio de organización funcional sistemática)* considera que el objeto de imputación a la persona jurídica es el aumento del riesgo propio de la actividad de empresa, de la que es garante en tanto que haya incurrido en una actividad de riesgo defectuosa (administración incorrecta del riesgo o defectuoso management del riesgo) y ese riesgo se haya realizado o concretado en lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos (realización del peligro típicamente empresarial). Por ello, la imputación como culpabilidad se referiría a una malsonante “culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial” (responsabilidad integral de la empresa en el tiempo por desarrollos sistémicos defectuosos de investigación, planteamiento, desarrollo, producción y organización). Los desarrollos de la culpabilidad empresarial proactiva (CEP) -las prácticas y los comportamientos corporativos son inadecuados para prevenir la comisión del delito- y la culpabilidad empresarial reactiva (CER) -reacción o respuesta corporativa frente al hecho delictivo- encajarían y serían coherentes con el modelo indicado. La *teoría de los sistemas sociales autopoiéticos (Gómez-Jara/Bajo Fernández)*, considera que los sistemas jurídicos no se componen de personas y de acciones, sino de comunicaciones y al considerar a la empresa como un sistema competente para la comunicación y la autoorganización, debe comportarse como un buen ciudadano corporativo y se hace culpable cuando incurre en una falta de fidelidad al Derecho. Desde la *teoría de la acción comunicativa* se considera que el reproche de culpabilidad a la empresa se fundamentaría en la pretensión de obligatoriedad personal de las normas penales también respecto de las personas jurídicas, por lo que una persona jurídica sería culpable cuando en el momento de la infracción normativa se pueda comprobar que a la persona jurídica le siguen siendo exigibles sus obligaciones por no haberse producido ninguna alteración imprevista y subsiguiente que haya convertido en imposible o, al menos, en inexigible personalmente – “empresarialmente”- la obligación adquirida (*Carbonell Mateu*). De todos modos debe recordarse y reconocerse aquí que la responsabilidad criminal directa de las personas jurídicas según su propia culpabilidad, ni tiene una fundamentación obvia, *ni está subordinada al seguimiento de un esquema de*

pensamiento funcionalista: baste pensar que el exponente más característico del funcionalismo en materia penal, *Günther Jakobs*, considera que las personas jurídicas no pueden delinquir por no ser autoconscientes ni tener competencia comunicativa.

b. Sin embargo, los puntos de vista dominantes en esta materia se inclinan por lo que *Tiedemann* ha denominado "*culpabilidad por defecto de organización*" considerando, en una combinación armoniosa de la prevención general, tanto en la forma de disuasión frente a la colectividad, como en la forma del reforzamiento de la conciencia jurídica, que el objeto de imputación es el hecho típico de conexión o de referencia de la persona física y que la persona jurídica será culpable siempre que -a través de sus órganos o sus representantes- haya omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad de empresa (se trataría de la infracción del deber de evitar que la actividad de empresa se concrete en la realización de hechos delictivos). Paralelamente, *Brender* hace suyo el pensamiento de la culpabilidad por la organización aunque para él, el fundamento de la imputación son aquellos hechos que en el ámbito de la asociación signifiquen una organización deficiente.

No obstante, si bien se piensa, con las diferencias entre el “desarrollo sistémico defectuoso” (Heine), la “falta de fidelidad al Derecho” (Gómez-Jara), el “incumplimiento de la obligación de respetar el Derecho” (Carbonell Mateu) y el “desarrollo desordenado de la actividad de empresa” (Tiedemann), posiblemente sean mas aparentes que reales y que, en todo caso, se esté diciendo que la persona jurídica deviene en culpable cuando infringe el deber de evitar que su actividad se concrete en la realización de hechos delictivos. Ocurre aquí algo paralelo a lo que sucede con la culpabilidad de la persona física que, pese a fundamentarse de formas diversas, viene a exigir los mismos requisitos.

3. Por todo lo expuesto es lícito pensar que, *en el fondo*, en la negativa a admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas tienen un peso *decisivo* razones de cultura y tradición jurídicas que explican la “reserva mental” o la “reticencia cultural” a abrir nuestro Derecho Penal (de cuño ético-moralizante) a espacios hasta ahora inexplorados. Porque como recuerda *Paliero*, en este modelo de Derecho Penal que se dirige al “homo humanisticus” que es “sensible” a la pena, no tiene cabida la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por ser algo ajeno a *las categorías del espíritu*, debiendo ser existencialmente rechazada como algo *irritante* y capaz de producir en el Derecho Penal mismo una *crisis de identidad*.

Sin embargo, las necesidades sociales son cambiantes y las categorías dogmáticas y culturales deberían adaptarse a esas nuevas situaciones: lo mismo que el Derecho Penal tradicional se abrió (con todas las garantías) al Derecho Penal de inimputables adultos renunciando al principio de culpabilidad y sustituyéndolo por el de proporcionalidad (dando entrada en el Derecho penal a las medidas de seguridad) y lo mismo que el Derecho Penal tradicional se abrió (con todas las garantías) a la delincuencia de menores renunciando a imponer las penas de los adultos, ahora debería abrirse a modelos racionalistas-pragmáticos que pensarán también en el “homo economicus” sin renunciar a las garantías tradicionales del Derecho Penal (*Paliero*). Se trataría de reconocer una *nueva especialidad* del Derecho Penal (el Derecho Penal de las personas jurídicas, vinculado al *Derecho Penal económico* –en el sentido amplio en el que lo concibe *Tiedemann*) para el que se llevaría a cabo una ampliación del sujeto del Derecho Penal dando entrada al principio “*Societas delinquere potest*” (!) .

III. La ampliación del sujeto del Derecho Penal en el ámbito de la criminalidad económica como exigencia político criminal.

A la ampliación del sujeto del Derecho Penal se ha referido recientemente *Roxin* al señalar que una de las características fundamentales del Derecho penal del siglo XXI va a ser la ampliación del sujeto a las personas jurídicas, pues las formas sociales dañosas de la criminalidad económica tienen su origen en empresas grandes y poderosas y no pueden afrontarse eficazmente sus peligros pensando a una sola persona física que puede fácilmente ser reemplazada (en el mismo sentido: *Bacigalupo Saggese*). Y es que, aunque la persona física vaya a seguir siendo el sujeto principal del Derecho Penal, el Derecho Penal de la persona física, por sí solo, no está en condiciones de asumir los retos que supone la criminalidad organizada y económica. Las sociedades mercantiles juegan un papel fundamental, de modo que sólo su castigo asegura una eficaz prevención de los hechos socialmente dañosos que realicen (*Tiedemann*). En definitiva, y expresado con palabras del Consejo General del Poder Judicial (2006) “ante el incremento de la delincuencia organizada y la utilización de personas jurídicas en la comisión de hechos delictivos, es preciso adoptar medidas eficaces para prevenir y combatir este tipo de fenómenos, desarrollando programas que

incluyan medidas de carácter penal sobre las actividades o la estructura de las personas jurídicas”. Y es que la tesis de la ficción, en la actualidad, cuando existen sociedades con más poder que los Estados (“*corporate power*”), es de escaso poder de convicción. Ya no se puede mantener más la tesis de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas alegando que su existencia es puramente ficticia, como una construcción jurídica, como algo creado por la ley, sin mayor respaldo en la realidad. La mencionada tesis está absolutamente abandonada y se entiende hoy que las personas jurídicas, lejos de ser puras ficciones, son una auténtica realidad social con una existencia distinta de la de los miembros que la componen, y una voluntad también propia, constituyendo auténticos actores económicos de un mundo globalizado y de la sociedad del riesgo.

Por ello, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha propugnado desde Naciones Unidas (“*Global Compact*” o “Pacto Mundial” para promover una ciudadanía corporativa global) y el Consejo de Europa (Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros). También en el ámbito de la Unión Europea son innumerables los Protocolos de Convenios, las Decisiones Marco, y últimamente las Directivas, en las que se obliga a los Estados miembros a imponer a las personas jurídicas *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias de carácter penal o administrativo*, en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión, los fraudes y falsificaciones de los medios de pago, la trata de seres humanos, los delitos contra el medio ambiente, el tráfico de drogas, los delitos contra los sistemas informáticos, la contaminación procedente de buques, la explotación sexual de niños o el terrorismo. Por ello no debe extrañar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas esté admitida ya en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno (Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza). Se admite también en el Corpus Iuris para la protección de intereses financieros la Unión Europea, en el Código Penal Tipo para Latinoamérica (desde la reunión de Panamá, 1998) y, de una u otra forma, en numerosos países latinoamericanos (Argentina, Chile, Cuba, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela).

IV. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español

La introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español se ha llevado a cabo de forma progresiva. El primer paso lo supuso ya el CP-1995, que introdujo las llamadas “consecuencias accesorias” del art. 129 CP. El segundo paso lo dio la

LO. 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo el art. 31, 2 CP que establecía que en los supuestos de actuación en nombre o representación de una persona jurídica, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma la persona jurídica en cuyo nombre actuó. El paso definitivo ha venido de la mano de la LO. 5/2010, de 22 de junio que ha dado entrada definitivamente y sin tapujos a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español admitiendo el principio "Societas delinquere potest" (art. 31 bis CP), precepto que entrará en vigor el día 23 de diciembre de 2010.

1. Las primeras reformas

A. La introducción de las "consecuencias accesorias" del antiguo art. 129 CP

a. El debate sobre su naturaleza jurídica

Al movimiento de reforma a favor de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se unió ya el legislador español de 1995 al introducir las así llamadas "*consecuencias accesorias*" del antiguo art. 129 CP. Establecía el precepto que los jueces y tribunales, en los supuestos previstos en el Código Penal, podrían imponer, motivadamente, a las empresas, sociedades, fundaciones y asociaciones las siguientes consecuencias accesorias: clausura de la empresa; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión o prohibición de sus actividades o la intervención de empresa para salvaguardar los derechos de trabajadores o de los acreedores.

A. El art. 129 CP tuvo sobre la dogmática penal española el efecto de un fuerte directo al mentón. Permítaseme el símil pugilístico, pero solo así se puede explicar la reacción de desconcierto y estupefacción de la doctrina frente a un precepto muy poco sorpresivo (por haber sido previsto sin excepción en todos los proyectos de Código Penal desde 1980).

Ello explica que la naturaleza jurídica de estas "consecuencias accesorias" no estuviera nunca libre de polémica. Así, hubo autores que llevaron a cabo un profundo estudio del art. 129 CP, aunque sin entrar en absoluto en el tema de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias

previstas en el mismo; otros las consideraron instrumentos reparatorios civiles; otros se afanaron en demostrar que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no eran ni penas ni medidas de seguridad y, supuestamente demostrado esto, no ofrecieron la más mínima pista sobre "qué eran" en realidad; no faltaron quienes consideraron a las consecuencias accesorias como una tercera modalidad de sanciones penales "peculiares", híbridas o inclasificables. También se defendió la óptica procesal para calificar a las consecuencias accesorias de "circunstancias accesorias de la sentencia condenatoria", sin que falten quienes prefirieron distinguir entre la teoría y la práctica para afirmar que, en teoría, las consecuencias accesorias no eran ni penas ni medidas de seguridad aunque, en la práctica, su naturaleza de consecuencias accesorias a la pena principal hacía que funcionaran como penas accesorias. Hubo también autores que las calificaron de consecuencias accesorias "especiales" que, como el comiso, privaban a la persona física del instrumento peligroso que representa en sus manos la persona jurídica. Otros consideraron que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no eran ni siquiera sanciones (ni penales ni administrativas), sino simples consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas desprovistas de la naturaleza de sanción. No faltaron, por último, quienes consideraron que las consecuencias accesorias eran medidas de carácter administrativo dada la imposibilidad de que las personas jurídicas realizaran acciones típicas y antijurídicas. Ocho posiciones doctrinales totalmente divergentes.

B. Este desconcertante panorama dejó abierta la discusión sobre su auténtica naturaleza. Una discusión que no se planteó por puro deleite intelectual o dogmático a modo de discusión sobre el sexo de los ángeles, sino porque la opción que conllevaba tenía importantes consecuencias prácticas y en la que había que reconocer que la cuestión no tenía una respuesta única y verdadera (ya que era imposible acceder al ADN de las consecuencias accesorias). En mi opinión, las consecuencias accesorias del art. 129 CP debían merecer la consideración de sanciones penales y, dentro de estas, incluirse en la categoría de las penas .Y era lógico que así fuera: se trataba de *sanciones impuestas conforme al Código Penal, por un juez penal, en el transcurso de un proceso penal, como consecuencia de la realización de una infracción penal, fundamentadas en la necesidad (como la pena de la persona física), sobre la base del presupuesto de la culpabilidad de la propia persona jurídica y orientadas, como cualquier pena, a la prevención, esto es, a prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la empresa (por utilizar terminología del núm. 3 del antiguo art. 129 CP) (de la misma opinión:*

Rodríguez Ramos, Bacigalupo Saggese, Carmona Ruano, Arroyo Zapatero, Muñoz Conde).

En cualquier caso, lo que no podía hacerse era vincular la cuestión dogmática de si nuestro Código Penal admitía o no la responsabilidad criminal de las personas jurídicas al dato de cómo llamara el legislador a las sanciones previstas para ellas, ya que la dogmática debe trascender este nivel (ínfimo) de razonamiento. Por ejemplo, que nuestro Derecho Penal sea o no un Derecho Penal de culpabilidad no depende precisamente de que la palabra “culpabilidad” aparezca o no en el Código Penal (ya que aparecía sólo una vez –art. 65, 3 CP- y, por cierto, mal empleada).

b. Aplicación jurisprudencial del antiguo art.129 CP

1. El Tribunal Supremo español no ha dictado ninguna sentencia en la que haya sentado doctrina sobre el antiguo art. 129 CP –un precepto que ha pasado prácticamente desapercibido. Es más: algunas sentencias anecdóticas ponen de relieve la existencia de cierta desorientación en esta materia (el Juzgado de Tafalla, por ejemplo, condenó al Ayuntamiento de Peralta como autor de la falta del art. 636 CP, como propietario de un ciclomotor que circulaba sin seguro).

Los tribunales inferiores han aplicado las consecuencias accesorias del antiguo art. 129 CP tanto con carácter cautelar, como en sentencia, básicamente en cinco grupos de delitos: delitos contra el medio ambiente, delitos relativos a la prostitución, tráfico de estupefacientes, delitos contra la propiedad intelectual y asociación ilícita (*Silva Sánchez*).

2. En aplicación del antiguo art. 129 CP, se estableció que la persona jurídica debía ser parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado (SAP de Barcelona, Penal Sec. 5ª, de 1 de febrero de 2000 y SAP de Segovia, Penal Sec. 1ª, de 28 de junio de 2004). Además, para la adopción de las consecuencias accesorias como medidas cautelares, la jurisprudencia exigió el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad. Ello se expresa en el AAN, Penal Sec. 4ª, de 12 de enero de 1999 y en el AAN, Penal Sec. 4ª, de 26 de julio de 1999, relativos al caso del diario Egin, y se acoge en otras resoluciones de modo explícito (AAP Barcelona, Penal Sec. 3ª, de 25 de abril de 2000). Por su parte, el AAP Barcelona, Penal Sec. 6ª, de 25 de octubre de 2001 estimó el recurso de queja interpuesto contra la resolución de imposición cautelar de la consecuencia accesoria de intervención judicial de una sociedad, pues esta consecuencia accesoria no admite en el art. 129 CP su imposición cautelar por el

Juez de Instrucción, sino sólo en sede de sentencia. Este Auto rechazó la cobertura que podría proporcionar al respecto el Decreto Ley 18/1969 de 20 de octubre, sobre Administración judicial en caso de embargo de empresas al observar que había sido expresamente derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*Silva Sánchez*). Este había sido el precepto sobre el que se sustentó la imposición cautelar de la Administración judicial del Club Atlético de Madrid (AAN. de 7 de abril de 2000).

B. La reforma de 25 de noviembre de 2003

En línea de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas *se profundizó* posteriormente en el Derecho Penal español con la reforma operada por LO. 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo el art. 31, 2 CP, que establecía que en los supuestos de actuación en nombre o representación legal o voluntaria de una persona jurídica, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

La finalidad del precepto -según la Exposición de Motivos de la LO. 15/2003- era la de “*ampliar sensiblemente la proyección de la responsabilidad criminal sobre las personas jurídicas*” y para ello “*se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”: la verdad es que estas expresiones no dejan lugar a dudas sobre cual era la voluntad del legislador en el sentido de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

2. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO. 5/2010

Pero finalmente ha sido la reforma del Código Penal operada por la LO. 5/2010, de 22 de junio la que ha dado entrada definitivamente, a las claras, y sin tapujos vergonzantes, a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español admitiendo el principio “*Societas delinquere potest*” (art. 31 bis CP). El Preámbulo de la reforma –sin duda ambiciosa- afirma en este sentido que “*se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución*

infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal o ataques a sistemas informáticos)”. La fórmula elegida, sin duda sólo una de las posibles, y que entrará en vigor el 23 de diciembre de 2010, es la siguiente:

“En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

El precepto establece una *responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica*. Ello se deduce, en primer lugar, del hecho de que la atribución de responsabilidad criminal a la persona jurídica se realiza con *total y absoluta independencia* de que se identifique o no (“levantamiento del velo”) a la persona física que ha actuado en su seno (no se trata, pues, de un sistema basado en el “modelo vicarial” en el que la responsabilidad criminal de la persona jurídica depende de la previa responsabilidad criminal de la persona física que delinque en su seno); se deduce también, en segundo lugar, del hecho de que la culpabilidad de la persona jurídica –a la que se refiere el legislador expresamente y por ese nombre- sea total y absolutamente independiente de la culpabilidad de la persona física que realiza el hecho de referencia o de conexión (art. 31 bis, 3 CP). Y se deduce, sobre todo, en tercer lugar, de una interpretación constitucionalmente conforme del precepto, ya que no es posible imponer una pena a una persona jurídica sin fundamentarla en un reproche frente a la misma (STC. de 11 de noviembre de 1991, *Cuerda Riezu*).

A. Los criterios normativos de imputación

Así las cosas es necesario preguntarse: ¿cuáles son los criterios de imputación de un delito a una persona jurídica? O lo que es lo mismo: ¿cuáles son las líneas fundamentales de la teoría jurídica del delito de la persona jurídica? Pues bien: los criterios de imputación de un delito a una persona jurídica han sido ya elaborados en buena medida constitucional, doctrinalmente y legislativamente en el ámbito del derecho comparado y de las instancias internacionales. Sin

carácter monopolístico ni excluyente (también respecto de las personas físicas hay prácticamente tantas teorías jurídicas del delito como autores), ofreciendo solo una posibilidad interpretativa y de forma paralela, en parte, a la teoría jurídica del delito de las personas físicas, para el Derecho Penal español puede afirmarse que la responsabilidad criminal de la persona jurídica exige:

1. Que una persona física (o varias integradas en un órgano social) lleve a cabo el inevitable hecho de referencia (o de conexión) -firma documento, acciona la llave o adopta el acuerdo- que realice un tipo penal.
2. Que ese hecho se pueda imputar (atribuir) a una persona jurídica sobre la base de la infracción por parte de ésta del deber que le compete de garantizar un desarrollo lícito de su actividad.

Veamos esto con más detenimiento y sobre la base de los requisitos establecidos en el art. 31 bis, 1 CP.

1. En primer lugar, es necesario comprobar *la imputación como ilícito* analizando la tipicidad del hecho.

A. La vertiente objetiva del tipo penal.

a. Es necesaria la existencia de una o varias *personas físicas competentes* (directivos o subordinados, individualmente o constituidos en órgano) vinculadas a la persona jurídica. Para imputar un delito a una persona jurídica no basta solamente con que haya delinuido quien se encuentre en el vértice o en la cima de la dirección de la misma. Si así fuera, recuerda *Paliero*, se violarían los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad -ocurriría aquí algo paralelo a lo que impide que el art. 31 CP (que regula el actuar en nombre de otro) pueda ser interpretado en el sentido de que de los delitos cometidos en el marco de una empresa respondan sus directivos.

b. La persona o personas físicas competentes deben realizar la vertiente objetiva de un tipo

penal de acción o de omisión respecto del que esté prevista la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, con todos los elementos (acción, resultado, imputación objetiva ...) exigidos, en su caso, por el tipo.

c. La persona competente debe haber infringido los deberes que le competen, no solo como ciudadano, sino como miembro de la empresa. Significa esto que una *acción de exceso* no es expresión del poder de la persona jurídica ni puede ser finalidad de la sanción penal la evitación de acciones de exceso que el autor lleve a cabo con ocasión de su pertenencia a la organización: el delito de la persona jurídica no se caracteriza por el aprovechamiento del poder de la sociedad por parte del autor, sino por el contrario, por la influencia del autor como consecuencia del poder de la persona jurídica (v. gr. el sujeto comete una estafa en su propio beneficio haciendo creer que actúa en nombre de la empresa). Con relación a los órganos con pluralidad de miembros debe regir la regla según la cual, cumplidos los restantes requisitos, la responsabilidad de la persona jurídica debe mantenerse aunque el autor del hecho haya vulnerado la división de competencias internas dentro de la empresa (v. gr. el empleado falsifica la forma del directivo o se hace pasar por él).

d. Deben vulnerarse los deberes de la persona jurídica en el ejercicio de las actividades sociales (*giro de la empresa*), esto es, con el tipo de tareas propias de la persona jurídica.

e. Es necesario que se actúe *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica. La persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario, pues solo de este modo se podrá afirmar que estamos ante el ejercicio de actividades sociales. Ello hará posible, además, que la acción de la persona física aparezca en el contexto social como de la persona jurídica.

f. Todo ello debe hacerse en *interés de la persona jurídica*. Esta línea, que es la que prevalece en el campo del Derecho Comparado, se ha defendido también en la doctrina por *Schünemann* que destaca este criterio como delimitador de la responsabilidad de la persona jurídica. Distingue el autor citado entre la criminalidad de empresa (delitos que se cometen para la empresa, lesionando bienes jurídicos e intereses externos) y la criminalidad en la empresa (delitos que se cometen en el seno de una empresa contra ésta, contra otro trabajador

o incluso contra un tercero –que puede ser la colectividad- en beneficio del autor), sosteniendo que únicamente el primero de los casos es susceptible de generar la responsabilidad del ente colectivo. Este criterio supone en definitiva trasladar en los criterios de imputación la fenomenología criminal más habitual en los delitos económicos dónde es normal que se produzca un desdoblamiento entre el autor del hecho de referencia y el sujeto titular de los intereses, que normalmente es una empresa. No tiene sentido, por ejemplo, criminalizar a una empresa por la actividad de lavado de dinero que, burlando los mecanismos de control de la misma empresa, realiza un empleado en beneficio propio. Tampoco tiene sentido castigar a la empresa de alimentación en la que un trabajador descontento con las condiciones de trabajo, para perjudicar el crédito y buen nombre de la empresa, introduce en diversos envases unos ratones o unas cucarachas.

La actuación en beneficio de la empresa no debe entenderse en términos estrictamente económicos, sino en el sentido de que la actividad delictiva facilite de algún modo el funcionamiento de la persona jurídica o la consecución de su objeto social (*actuación en su interés*). El beneficio para la persona jurídica no tiene que concretarse necesariamente (aunque será lo mas probable y usual) en la obtención de ventajas financieras o ganancias económicas, bastando, v. gr. con la intención de conseguir una posición de ventaja para evitar la libre competencia –se logra que la competencia retrase el lanzamiento de un producto- o con la intención de asegurar el funcionamiento o los objetivos de la empresa de una manera menos costosa, por ejemplo, mediante la omisión de medidas de seguridad para los trabajadores. En el enriquecimiento, sin embargo, no se debe exigir necesariamente la existencia de una relación funcional con el giro de empresa ya que una de las finalidades de las sanciones a las personas jurídicas es la de privarlas de las ganancias ilícitamente obtenidas y, en este sentido, resulta indiferente que *el beneficio* esté o no relacionado con el giro de empresa (se utilizan contenedores de muebles metálicos para introducir droga en España). Tampoco se deberá excluir el enriquecimiento -sostiene *Bacigalupo Saggese*- si el hecho que da lugar al enriquecimiento genera la responsabilidad de la persona jurídica frente a terceros, es decir, si la persona jurídica incurre debido al hecho antijurídico en responsabilidad civil frente a terceros -aunque algunos autores proponen en estos supuestos la posibilidad de que ello sea tenido en cuenta en el momento de la determinación de la pena.

El requisito se cumple con tal de que la acción tienda a la obtención del beneficio, siendo a este respecto irrelevante que el beneficio se haya obtenido o no efectivamente.

B. La vertiente subjetiva del tipo penal.

La exigencia de dolo o imprudencia por parte de la persona jurídica se deriva del principio de responsabilidad subjetiva (art. 5 CP). La regla debe ser que la persona jurídica responderá dolosamente o imprudentemente según el conocimiento (dolo) o desconocimiento evitable (imprudencia) de quien realiza el hecho de referencia (art. 14, 1 CP).

La exigencia de dolo o imprudencia debe vincularse también al sistema de *numerus clausus* en la punición de la imprudencia (art. 12 CP). Si la persona física realiza un hecho de referencia que lesiona de forma imprudente un bien jurídico y el delito en cuestión no es punible en su modalidad imprudente, aunque haya existido, además, culpa *in eligendo* o *in vigilando*, el hecho debe permanecer impune para la persona jurídica. Con ello *se evita tratar a la persona jurídica peor que a la persona física*.

2. En segundo lugar, es necesario comprobar *la imputación como culpabilidad*. La culpabilidad de la persona jurídica requiere la comprobación de que *la persona jurídica ha omitido -de forma contraria al deber- la adopción* de alguna de las medidas de precaución y de control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de empresa. Se trata de que alguien no ha prestado la debida y razonable diligencia, conforme a las circunstancias del caso, para aplicar las medidas técnicas, organizativas y personales fundamentales para impedir la realización de los hechos (tanto de los superiores como de los subordinados).

No puede considerarse que ha existido un déficit organizativo en los casos en los que el deber de vigilar el funcionamiento y la observación de los modelos de diligencia ha sido confiado a una empresa cualificada externa o a un organismo de la persona jurídica dotado de poderes autónomos de iniciativa y control; cuando no ha habido omisión del deber de vigilancia ni ésta ha sido insuficiente por parte de los encargados de controlar la legalidad de la actividad de la empresa; cuando el hecho se ha llevado a cabo burlando fraudulentamente el control de legalidad llevado a cabo por los superiores; cuando los órganos de dirección de la persona jurídica han actuado ilícitamente pero con error de prohibición invencible (por haber sido mal asesorados tras solicitar

un informe jurídico sobre sus posibilidades de actuación); cuando quien realiza el hecho de referencia no ha sido elegido por la persona jurídica sino impuesto por un tercero (v. gr. en el curso de una intervención judicial); cuando el hecho se ha llevado a cabo en contra de las órdenes de respetar la legalidad impartidas por los superiores o cuando la persona jurídica no es tal y sí sólo una organización ilícita o un grupo criminal (*Nieto Martín*). Naturalmente, *la gravedad de la culpabilidad es graduable* por lo que no es lo mismo, en lo que a la falta de adopción de medidas de precaución se refiere (“culpa in vigilando”), no haber sido consciente de su necesidad, no haberlas adoptado por considerarlas equivocadamente innecesarias o que las adoptadas hayan resultado insuficientes.

Lógicamente, si la culpabilidad de la persona jurídica se refiere a un momento omisivo en el que no se adoptan las medidas de precaución necesarias para evitar la actividad delictiva (“culpa in vigilando”), no habría culpabilidad de la persona jurídica cuando las medidas de precaución se han evitado (digamos “dolosamente”) para hacer posible o facilitar la comisión de hechos delictivos. En estos casos, que *NietoMartín* ha considerado como de inimputabilidad de la persona jurídica, en realidad, no estamos ante auténticas personas jurídicas (o empresas) que delincan, sino ante asociaciones ilícitas que deben simplemente ser disueltas (art. 520 CP).

Significa esto que el dominio del hecho o la infracción del deber (respecto del tipo objetivo) y el dolo y la imprudencia (respecto del tipo subjetivo) son cuestiones que tiene que analizarse respecto de la acción de la persona física que realiza el "hecho de referencia" (o de conexión). Por el contrario, la culpabilidad (de la persona jurídica) se refiere siempre al momento en el que dejaron de adoptarse de forma contraria al deber (digamos “imprudentemente”) las medidas tendentes a garantizar la legalidad de la actividad de la persona jurídica. Solo en este sentido se puede decir que la persona jurídica sea garante -estaba obligada a conjurar peligros- y solo en este sentido puede decirse que la persona jurídica infringió un deber -no hizo lo que estaba obligada a hacer. Pero de ello no puede deducirse ni que los delitos de empresa sean delitos de infracción de deber ni que respondan a la estructura típica de los impropios delitos de omisión, con todas las consecuencias dogmáticas que de ello derivarían.

En la medida en que la culpabilidad de la organización sea un presupuesto para la responsabilidad criminal de la persona jurídica, la cuestión estará vinculada a los protocolos de minimización de riesgos delictivos, a los códigos de ética y conducta empresariales, a los modelos de organización a los protocolos de evitación de desviaciones de riesgo (*Paliero*), a los códigos de prevención

(*Nieto Martín*) o a los programas de cumplimiento efectivo –en definitiva, a la denominada “responsabilidad social corporativa”. Y es que, en todo caso, prevenir los riesgos de imputación, esto es, para prevenir la aplicación del art. 31 bis CP se requerirá, en opinión de *Bacigalupo Zapater*, que las personas jurídicas organicen un sistema/gabinete de control interno de juridicidad de la actuación de los órganos y de las personas a ellos subordinadas (programas de cumplimiento o “*compliance programme*”) dirigido por un responsable (“*compliance officer*”) con funciones de vigilancia, asesoramiento, advertencia y evaluación de los riesgos legales de gestión según los standards de conducta nacionales e internacionales.

Es lícito y lógico, desde luego, que las personas jurídicas intenten no incurrir en responsabilidad criminal evitando déficits organizativos. Pero en tanto esta labor se delegue en un órgano interno de la persona jurídica o externo (contratado por ella), debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que el acto de delegación constituye una nueva posición de garantía sobre la persona en la que se delega, la delegación en sí no cancela la posición de garantía que ostentaba el delegante. Por el contrario, el delegante mantiene una posición de responsabilidad residual (resto de su posición originaria de responsabilidad) en la medida en que también retenga algunas competencias. Ello dará lugar a la apreciación de algunas hipótesis de responsabilidad cumulativa del delegante y del delegado, éste último en base a las competencias asumidas (asunción de funciones de control de riesgos) y el primero con base en las competencias retenidas.

B. Características del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español

1. Se trata de un sistema de *responsabilidad criminal acumulativa*. Esto es, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa, ya que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas *no tiene por finalidad, ni está pensada*, para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas (como es la empresa).

Lógicamente, cuando se trate de delitos especiales, la autoría de la persona física que actúe como administrador o en representación de la persona jurídica exigirá la aplicación del art. 31CP.

2. Como hemos visto, se trata de un sistema de *responsabilidad criminal directa*. Por ello, la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la

comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el art. 31 bis, 1, aún cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Además, la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que excluyan su culpabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 2 y 3 CP).

Precisamente por ello, la persona jurídica puede ser perseguida a través de una denuncia o una querrela dirigida sólo contra ella, esto es, sin necesidad de dirigir dicha denuncia o querrela, al mismo tiempo, contra alguna de las personas físicas a las que se refiere el art. 31 bis CP.

3. El catálogo de posibles *sujetos activos es limitado* ya que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal (art. 31 bis, 5 CP).

En mi opinión, y por lo que a partidos políticos y sindicatos se refiere, la exclusión no abarcaría a las empresas participadas por ellos.

4. Es un sistema de *numerus clausus*. Solamente se puede exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas respecto de un reducido número de delitos (vinculados básicamente al Derecho Penal económico) previstos expresamente en el Código Penal. Salvo error u omisión, se trata de las siguientes figuras delictivas: tráfico ilegal de órganos humanos (156 bis); trata de seres humanos (177 bis); prostitución y corrupción de menores (189 bis); descubrimiento y revelación de secretos (197); estafa (251 bis); insolvencias punibles (261 bis); daños

informáticos (264); delitos contra la propiedad intelectual, el mercado y los consumidores (288); lavado de dinero (302); delitos contra la hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis); delitos urbanísticos (319); delitos contra los recursos naturales y medio ambiente (327 y 328); delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (343); delitos relativos a las sustancias que pueden causar estragos (348); delitos contra la salud pública (369 bis); falsificación de tarjetas y cheques (399 bis); cohecho (427); tráfico de influencias (430); corrupción de funcionarios públicos extranjeros e internacionales (445) y terrorismo (570 quáter y 576 bis).

Aunque no se prevea expresamente la aplicación del art. 31 bis CP, la referencia a “establecimientos” o “locales” en los delitos de venta de niños (art. 221 CP) y receptación (arts. 298 y 299 CP) lleva a pensar que en ellos, siempre que se cumplan los requisitos del mencionado precepto –que deben entenderse exigibles tácitamente- es posible exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas. No ocurriría lo mismo –sin que se acierte a comprender la razón- en los delitos de manipulación genética (art. 162 CP), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP), resistencia a entidades u organismos inspectores (art. 294 CP) y delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP), donde el Código Penal sólo contiene una referencia expresa al art. 129 CP (reformado).

5. El sistema cuenta con su *propio catálogo de penas*. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el artículo 66 bis. Debe tenerse en cuenta que cuando una persona jurídica comete un delito, debe ser castigada *en todo caso* con una pena. Aunque para la determinación de dicha pena se admite cierto arbitrio judicial (elección de la pena, duración de la misma, etc.), el castigo en sí de la persona jurídica no es facultativo. Por utilizar terminología legal, la expresión “podrá imponer” del antiguo art. 129 CP ha dejado su lugar a la de “se le impondrá” en los tipos de la Parte Especial.

En particular, el art. 33, 7 CP establece las penas que se pueden aplicar a las personas jurídicas. (penas todas ellas graves y a las que, en un lapsus, el art. 570 quáter llama “consecuencias”). La pena de multa puede ser proporcional o impuesta por el sistema de días multa. Cuando se impone con arreglo a este último sistema, el máximo es de 5 años-multa con

cuotas diarias que oscilan entre los 30 y los 5.000 euros, lo que significa que el máximo de pena que se puede imponer por el sistema de días multa es de 9.000.000 de euros (1.500.000 millones de las antiguas pesetas). Un máximo quizás demasiado bajo si se tiene en cuenta la gravedad de las multas que puede imponer la Administración Pública: por ejemplo, el art. 56 de la Ley 10/2010, de prevención del Blanqueo de Capitales permite imponer multas cuyo importe máximo podrá ascender hasta el 5 % del patrimonio neto del sujeto obligado, el duplo del contenido económico de la operación, o 1.500.000 euros.

Las restantes penas son para casos cualificados mas graves (la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores).

El art. 53, 5 CP establece que podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma. Es decir: el legislador español ha sido muy cuidadoso para evitar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas pueda afectar a terceros no implicados en la actividad delictiva. 1. Los derechos de *trabajadores y acreedores* se salvaguardan con la pena de intervención de la empresa o el fraccionando el pago de la pena de multa cuando su cuantía ponga en peligro la supervivencia de aquella o la estabilidad de los puestos de trabajo. 2. Los derechos de los *accionistas* se protegen a través de la acción social o individual de resarcimiento por el incumplimiento de los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad de los administradores respecto de la sociedad (art. 133 LSA). 3. Los derechos de los *terceristas* (el propietario del local que se clausura a la empresa arrendataria) se protegen (evitando la “sanción de local”) ya que, v. gr., se otorga al arrendador la facultad de resolver de pleno derecho el contrato de arrendamiento (art. 35 LAU).

6. Para la *determinación de la pena*, el art. 66 bis CP establece reglas específicas entre las que destacan su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos;

sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control; si la persona jurídica es reincidente y si se la utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales (entendiéndose que se está ante este supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal).

El hecho de que el legislador no haya hecho una remisión expresa a la Sección 1ª del Capítulo II del Libro I CP no significa que en los delitos de las personas jurídicas no quepan las formas imperfectas de ejecución (tentativa) o la coautoría y la participación criminal. Ambas cosas serán posibles (la estafa no llega a consumarse o el vertido contaminante lo llevan a cabo conjuntamente dos empresas) y se penarán conforme a las reglas generales.

7. Al mismo tiempo, se prevé que en el delito de la persona jurídica puedan concurrir *circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal*. En este sentido, el art. 31 bis, 4 CP establece que *sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el haber confesado la infracción, el haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas nuevas y decisivas, el haber reparado o disminuido el daño causado por el delito y el haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

La referencia a que “solo podrán considerarse” circunstancias atenuantes las previstas en el art. 31 bis 4 debe interpretarse en el sentido de que sólo esas son las circunstancias atenuantes que prevé expresamente el legislador para las personas jurídicas. Y es que no tiene sentido que para las personas jurídicas se impida la aplicación de la analogía a favor del reo y se excluya la posibilidad de aplicar tanto otras atenuantes (como por ejemplo, la de dilaciones indebidas) como eximentes incompletas (como lo es, en el fondo, el error de prohibición vencible). Y ello porque las personas jurídicas no deben ser tratadas peor que las personas físicas negándoles incluso las consecuencias que se derivan del principio constitucional de culpabilidad.

8. Al objeto de *evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada* por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se

mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión (art. 130, 2 CP).

9. Respecto de la *responsabilidad civil ex delicto*, el art. 116, 3 CP establece que la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil en los términos establecidos en el art. 110 CP de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos.

C. Funcionamiento práctico del sistema

PROBADO Y ASÍ SE DECLARA: “Que la empresa FREM, S.A., dedicada a la elaboración de productos químicos, venía atravesando desde mediados del año ... una crisis económica que se había ido acentuando a lo largo del año Ante ello, el Consejo de Administración de la empresa, en su reunión del día .. de de, aprobó un plan de saneamiento y drástica reducción del gasto que comprendía, entre otras medidas, la de dejar en suspenso la adquisición de diez contenedores-cisterna de los que normalmente se utilizaban para almacenar, en espera de su destrucción, determinados residuos tóxicos producidos por la empresa. En lugar de ello, se acordó que cantidades importantes de dichos residuos (en cuya composición intervenía, junto a otros isómeros, el lindano, producto cuya ingesta por aves y mamíferos produce la muerte y, en cuanto a las personas, irrita la piel y los ojos y cuyo hipotético consumo puede producir excitación, posterior depresión y shock) fueran vertidos en un terreno próximo propiedad de la empresa. Las características del terreno en el que se realizó el vertido —no analizadas previamente, y que era permeable primero y después impermeable— determinaron que las filtraciones de los residuos tóxicos surgieran a modo de manantiales en el río X, produciendo en el mismo una importante contaminación y la consiguiente y elevada mortandad de peces. Los vertidos fueron ordenados a mediados de de por Julián N. N., Director de la explotación, siguiendo instrucciones recibidas de Mateo N. N., Consejero Delegado y Director General de la empresa FREM, S.A. y fueron ejecutados materialmente por los trabajadores de la empresa Javier N. N., Jesús N. N. (conductores), Prudencio N. N. y Rodolfo N. N. (encargados de la manipulación de residuos),

conociendo todos ellos el daño que de su forma de proceder podía derivarse. El Consejo de Administración de dicha empresa (del que surgió originariamente la orden de realizar los vertidos) está integrado por siete miembros que, en la reunión de ... de de, votaron del siguiente modo: Bruno N. N., Presidente del Consejo de Administración, Simeón N. N., Rosario N. N. y Paulino N. N. votaron a favor del acuerdo; Antonio N. N. votó en contra del acuerdo formalizando su disensión por escrito en el libro de actas; José Luís N.N. se abstuvo. Manuel N. N. no asistió a la reunión por encontrarse enfermo. Ni Antonio N. N., ni José Luís N. N. denunciaron o impugnaron el acuerdo del Consejo de Administración del que formaban parte. Manuel N. N. tampoco lo hizo ya que tuvo conocimiento del mismo una vez realizado el vertido”.

La responsabilidad criminal de los ejecutores materiales del hecho, de los mandos intermedios que transmitieron las órdenes y de los directivos que las dieron *no necesita ser fundamentada, en ningún caso, en el art. 31, 1 CP – actuación en nombre de otro- al ser el delito ecológico un delito común. Se trata de un caso de coautoría ya que cuando se aprovechan las estructuras jerárquicamente organizadas para cometer delitos, con división de funciones, teniendo unos el papel de diseñar el hecho, otros de transmitirlo y otros de ejecutarlo, cada uno cumpliendo su rol o función dentro de la estructura organizada, con conocimiento de que con su conducta se producirá la lesión del bien jurídico, es difícil negar, en cada una de esas fases, el dominio del hecho y que el mismo se ha realizado “conjuntamente” (art. 28, 1 CP) (Marín de Espinosa Ceballos). En la realización de delitos fraccionadamente, el hombre de atrás o dirigente que planifica y emite la orden domina el hecho porque *configura su ejecución*, igual que el que la trasmite, siempre que tenga mando de decisión o funciones directivas, porque ambos determinan el desarrollo del hecho desde el inicio de la acción hasta su consumación. Finalmente, el que ejecuta el hecho, cumpliendo la orden emitida por el directivo y con conocimiento de su ilicitud, también tiene el dominio del hecho. Por consiguiente, en las estructuras jerárquicamente organizadas, si concurren las características señaladas, todos deberán responder como coautores. En este caso concreto, y teniendo presente que todos los consejeros tienen posición de garante en virtud de la configuración de su organización, hay que afirmar que los distintos miembros del Consejo de Administración deberían responder del siguiente modo: los miembros que votaron a favor del acuerdo delictivo - Bruno (Presidente), Simeón, Rosario, Paulino- responderán como coautores de un delito del art. 325 del CP. El miembro que vota en contra –Antonio- pese a que lo haga constar en el acta, al tener posición de garante específica, responderá (art. 11 CP) como autor de un delito de del art. 325 CP. El miembro del Consejo de Administración que se abstiene –Luis- responderá de la misma forma, ya que el sentido del voto es irrelevante para imputar el acuerdo colegiado porque éste representa una única voluntad: la de la*

empresa. Esto es: sólo puede quedar exento de responsabilidad el consejero que impida la ejecución del acuerdo (porque es garante de la producción del resultado). Finalmente, el consejero ausente a la sesión –Manuel- al ausentarse por una causa justificada -estaba enfermo- y teniendo presente que desconoce el contenido del acuerdo delictivo, estará exento de responsabilidad criminal (Marín de Espinosa Ceballos).

Pero lo verdaderamente importante es que dichas responsabilidades individuales *no impiden tener que analizar* —sobre la base del art. 31 bis CP— la posible responsabilidad penal en la que haya podido incurrir la propia empresa (la Sociedad Anónima FREM) en cuyo seno se ha llevado a cabo la actividad delictiva. Para ello *deben comprobarse* los criterios de imputación de un delito a una persona jurídica analizando si concurren los requisitos del art. 31 bis CP. En el presente caso está probado que diversas *personas físicas competentes* (directivos y trabajadores) vinculados a FREM S.A. han realizado como *hecho de referencia* la vertiente objetiva del tipo penal del art. 325 CP en el ejercicio de actividades sociales (*giro de la empresa*) y en *interés* de FREM S.A.; todos los intervinientes sabían que con su comportamiento creaban un peligro concreto de realización de la vertiente objetiva del tipo penal del art. 325 CP; no concurren causas que justifiquen el comportamiento y todo ello ocurre como consecuencia de haberse *omitido la adopción* de las medidas de precaución y control que son exigibles para garantizar el desarrollo legal de la actividad de empresa, no constando que FREM S.A. dispusiera de protocolos de minimización de riesgos delictivos o de códigos de ética y conducta empresariales. *En atención a ello*, FREM S.A. es *criminalmente responsable* de un delito contra el medio ambiente (art. 327 CP) y debe ser castigada con la pena de multa de uno a tres años (mínimo 10.800 euros y máximo 5.400.000 euros). De conformidad con las *reglas del art. 66 bis CP*, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer a la empresa FREM S.A. las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33, 7 CP (disolución; suspensión de actividades; clausura de locales; prohibición de realizar actividades; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas e intervención judicial).

D. Valoración global de la reforma

La reforma del Código Penal, en lo que a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se refiere, merece una *valoración global positiva*. Analizaremos por separado lo que consideramos

sus puntos fuertes (sus aciertos) y sus puntos débiles (errores en los que parece haber incurrido).

a. Puntos fuertes de la reforma

a'. Desde el punto de vista político criminal, la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas era necesaria para llevar a cabo un intento serio de lucha contra la corrupción y la criminalidad económica organizada, máxime si se tiene en cuenta que la actual crisis económica tiene su origen en el “vacío de Derecho” a nivel de los Estados y a nivel internacional y que una empresa que delinque no crea riqueza (o no lo hace de una forma asumible y sostenible).

b'. La reforma da satisfacción a los compromisos internacionales contraídos por España en esta materia (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea).

c'. Desde una óptica constitucional, la persona jurídica responde por su propia acción y por su propia culpabilidad –respetándose así los principios de personalidad de las penas y de culpabilidad. Ni se responde por el hecho de otro, ni la responsabilidad es objetiva.

d'. También merece una valoración positiva la derogación del art. 31, 2 CP ya que en el contexto de una reforma que admite la responsabilidad criminal directa de las personas jurídicas, este precepto carece de sentido.

Por todo ello es deseable que el nuevo art. 31 bis CP no constituya, como el antiguo art. 129 CP, un absoluto y rotundo fracaso de aplicación que, en buena parte, fue debido: 1) a la falta de tradición jurídica en España en la exigencia de responsabilidad criminal a las personas jurídicas; 2) a la ausencia de doctrina y orientación por parte del TS –factor que ahora se corrige, como veremos; 3) a las dudas y a la confusión provocadas por un debate académico que no ha estado a la altura; 4) a la oscuridad del propio precepto.

b. Puntos débiles de la reforma

a. Sistema de doble vía sin consecuencias prácticas adecuadas.

El art. 31 bis CP establece lo que se conoce con el nombre de “doble vía”. En efecto, el precepto diferencia según se trate de un hecho realizado por los representantes o administradores de la persona jurídica que, por ejemplo, realizan un delito fiscal o de lavado de dinero (art. 31 bis, 1, inciso 1) o de un hecho realizado por un subordinado al que no se ha controlado y que, por ejemplo, ha podido planificar y llevar a cabo un vertido tóxico a un río (art. 31 bis, 1, inciso 2). Esta “propuesta dualista” tiene su origen en las Decisiones Marco de la Unión Europea, porque en las mismas se quiere diferenciar dos regímenes sancionatorios diferentes: uno más grave, cuando el hecho se ha realizado por directivos de la persona jurídica, y otro menos grave, cuando el hecho se ha realizado por otros empleados. Pero el caso es que esta diferencia penológica no aparece recogida en la reforma de un modo congruente.

No alcanza a colmar esta exigencia la previsión del art. 66 bis, 1ª c) CP en el que se establece, como criterio para determinar la gravedad de la pena, “el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”. En primer lugar, porque el sistema de doble vía no está pensado para que el juez *pueda* atenuar facultativamente la pena de los subordinados con relación a la de los superiores, sino para que aquella sea siempre menos grave que ésta; en segundo término, porque las personas que incumplen el deber de control son siempre personas competentes del art. 31 bis, 1, inciso 1º y no del inciso 2º del precepto (que se refiere a las personas sobre las que no se ha ejercido el debido control).

b'. Defectuoso desarrollo del sistema de *numerus clausus*.

Como hemos tenido ocasión de ver, resulta dudosa la normativa aplicable a las personas jurídicas en los delitos de venta de niños y de receptación. Por otro lado, se ha excluido la aplicación del art. 31 bis CP –sin duda por error– en los delitos de manipulación genética, alteración de precios en concursos y subastas públicas, resistencia a entidades u organismos inspectores y delitos contra los derechos de los trabajadores (¡!).

La única forma de considerar que en estos delitos también puede exigirse responsabilidad criminal a las personas jurídicas –aunque limitada en el catálogo de penas a imponer, ya que nunca se podría imponer la pena de multas– entender que la referencia al (nuevo) art. 129 CP no es a sus presupuestos (que son los “entes sin personalidad”) sino a sus consecuencias jurídicas, esto es, a sus sanciones. En todo caso, aunque no se exija expresamente, por razones constitucionales, tácitamente sería exigible la concurrencia de los requisitos del art. 31 bis CP.

Por lo demás, el legislador parece haber olvidado incluir en el catálogo de delitos de los que puede ser autora una persona jurídica, algunos delitos ciertamente relacionados con el Derecho Penal económico, como pueden ser, por ejemplo, los delitos de contrabando.

c'. No se prevé la creación del delito de "testaferría" como garantía del funcionamiento del sistema.

La reforma no ha creado el delito de "testaferría" (que sí se preveía en el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2007). Se trata de una figura en el que destaca prioritariamente, no la responsabilidad criminal de la persona jurídica, sino la que se establecía para las personas físicas (administradores de hecho o de derecho) que abusaran del Derecho creando sociedades, empresas, asociaciones o fundaciones "pantallas" o "fantasmas" para encubrir actividades ilícitas. A través de esta figura delictiva se intentaba constituir una *garantía del funcionamiento del sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas* (Quintero Olivares), ya que la impunidad de la conducta hace perder fuerza a cualquier sanción penal que se amenace o se adopte respecto de dichas sociedades.

d'. Errónea y contraproducente previsión del "ne bis in idem".

Aunque siempre es plausible que el legislador se preocupe por el principio de proporcionalidad de las penas, en el caso del art. 31 bis, 2, in fine CP, dicha preocupación resulta innecesaria, errónea y contraproducente ya que la desproporción del castigo de un hecho valorada sobre la base de la acumulación dos sanciones, exige que dichas sanciones hayan recaído por los mismos hechos, con idéntico fundamento y sobre la misma persona. Y eso no ocurrirá cuando por los mismos hechos e incluso con idéntico fundamento se imponga una pena (de multa) a una persona física y otra pena (también de multa) a una persona jurídica (aunque se trate de una sociedad mercantil con un solo socio) ya que, por definición, en estos supuestos no puede existir identidad de sujetos (ni de bolsillos con los que proveer al pago de la multa, dado que se trata de patrimonios jurídicamente diferentes). A la misma conclusión llegó el Consejo General de Poder Judicial cuando -en su Informe al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 14 de julio de 2006, y ante la misma previsión legislativa- afirmó que "parece que con esto se pretende evitar, más que la desproporción entre la pena y la gravedad del hecho, la posibilidad de incurrir en el bis in idem.

Siendo la pena individual y personal, su proporcionalidad no se pondera en función de las penas que se impongan a otros sujetos, como sucede en los supuestos de coautoría o de coparticipación, sino en sí misma considerada. Así, es evidente que a la hora de individualizar las penas de multa a imponer a cada uno de los acusados, no se tiene en cuenta si la suma de todas ellas da un resultado desproporcionado”.

No puedo compartir, por consiguiente, la tesis de *Nieto Martín* quien, en aras de la salvaguarda del principio *ne bis in idem*, propone considerar *inimputables* a las empresas con menos de 50 trabajadores y un único accionista. El problema solo surgiría respecto de aquellas situaciones en las que pudiera existir una comunicación entre los patrimonios de la persona jurídica y de las personas físicas que la integren (sociedades colectivas y socios colectivos de la sociedades comanditarias -art. 127 del Código de Comercio). Pero estas situaciones excepcionales no justifican la previsión del legislador, que carece de fundamento en la generalidad de los casos.

e'. Ausencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal.

No se prevén causas de exclusión de la responsabilidad criminal específicas para las personas jurídicas como sería, por ejemplo, la *posible* virtualidad excluyente de la previa adopción de normas eficaces de prevención de delitos, ya que al contemplarse como atenuante (art. 31 bis, 4, d) CP), nada impediría que dependiendo de su intensidad pudiera tener efectos eximentes. Se trataría de potenciar la utilización de Protocolos de minimización de riesgos delictivos o Códigos de Ética y Conducta en la empresa. Concretamente, el Decreto Legislativo que Disciplina la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Italia, establece en su art. 6 que “si la infracción se ha cometido (por sujetos que no están en posición cúspide), el ente no responde si se prueba que el órgano dirigente ha adoptado, antes de la comisión del hecho, modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir las infracciones penales de la clase que se han verificado”.

f'. Pobreza del sistema de penas aplicables.

El catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas se podría haber ampliado con las penas de amonestación pública o privada o publicación de la sentencia. No se ha decidido tampoco el legislador por la previsión de otras penas como las de caución de conducta, la vigilancia judicial o

la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción que ha originado la responsabilidad (algunas de las cuales están previstas en determinadas Decisiones Marco).

g'. Complejidad del sistema de determinación de la pena.

Resulta criticable que el art. 66 bis CP, que establece el sistema de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas, se haya contagiado (o inspirado) del *casuismo desafortado* del correspondiente art. 66 CP (para personas físicas). El sistema de determinación de la pena previsto en el art. 66 bis CP es, en efecto, de una gran complejidad y persigue más un trasnochado automatismo (tipo “dosimetría penal”) que el razonable (y razonado) arbitrio judicial.

También se ha deslizado en la reforma alguna falta de coordinación en el establecimiento de las penas. Por ejemplo, respecto del delito fiscal, mientras que la pena que corresponde a la persona física que realiza el hecho de referencia es de multa del tanto al séxtuplo de la cantidad defraudada (art. 305 CP), la pena que le corresponde a la persona jurídica por el mismo hecho es de multa del doble al cuádruple de la cuantía defraudada (art. 310 bis CP). Esta disparidad penológica puede ser corregida en parte, de todos modos, a través de la aplicación de la cláusula atenuatoria del art. 65, 3 CP.

h'. Ausencia de substitutivos penales.

Se echa en falta por parte del legislador penal español la previsión de algún tipo de substitutivo penal o de mecanismo (v. gr. revisión condicionada de la sanción) que permita en determinados casos dejar total o parcialmente en suspenso durante algún tiempo la ejecución de la pena impuesta a la persona jurídica (o sustituirla por otra) -medida que podría ir acompañada de órdenes o reglas de conducta (modelo de los parágrafos 6 y ss. de la Ley austriaca sobre responsabilidad criminal de personas jurídicas de 2006).

La previsión del fraccionamiento del pago de la multa impuesta a una persona jurídica (art. 53, 5 CP) es una modalidad de ejecución de la pena que no alcanza a conseguir los fines de los substitutivos penales.

i'. Ausencia de un estatuto procesal-penal de la persona jurídica.

En el ámbito del Derecho Procesal Penal, la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas abre unas perspectivas amplísimas relacionadas con temas capitales del proceso penal (representación, capacidad en juicio, garantías del debido proceso, etc.). Sin embargo, la reforma no contempla ningún tipo de previsión procesal para llevar a la práctica la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Tal ausencia explicó que el Consejo General de Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 2006, pusiera de manifiesto la inadaptación del conjunto de las instituciones procesales penales al fenómeno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una reforma del Código Penal de esta importancia debiera ir acompañada, se afirmaba, de una modificación de la LECrim. que adaptara los procesos penales al fenómeno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al presentar unas peculiaridades propias que presumiblemente van a plantear problemas a los Tribunales para los que serán insuficientes las previsiones de la LECrim. y del derecho supletorio -la LECivil, principalmente.

Es cierto que normalmente, en todos los países, las reformas penales para admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas han ido acompañadas de paralelas reformas procesales para procurar que el sistema ofrezca soluciones a los problemas que esa nueva realidad plantea. En algunos casos, las reformas fueron tremendamente parcas (el Derecho Penal francés se limitó a señalar que *las personas jurídicas deben ser tratadas procesalmente, en la medida de lo posible, como si se tratase de personas físicas*). En el polo opuesto, mucho más detallados fueron los modelos de las leyes austriaca (Ley Federal de 1 de enero de 2006) e italiana (Decreto Legislativo de 8 de junio de 2001). Pero aún así, debe reconocerse que, aunque no sea imprescindible, la citada reforma procesal sería muy conveniente para poder aplicar la reforma que se ha llevado a cabo, como lo demuestra el hecho de que los Jueces y Tribunales hayan podido aplicar -recurriendo a *principios y reglas generales*- las previsiones sobre responsabilidad criminal de las personas jurídicas establecidas en los antiguos arts. 129 y 31, 2 CP con todas las garantías constitucionales.

Pese al silencio legal, cabe concluir que para el conocimiento de las causas contra las personas jurídicas rigen las normas generales: 1) en algunos casos, será competente el Tribunal del Jurado (LO. 5/1995, de 22 de mayo): v. gr. para el conocimiento de los delitos de cohecho; 2) en los casos en los que el delito esté conminado sólo con la pena de multa, serán competentes los Juzgados de lo Penal; 3) en los demás casos, será competente la Audiencia Provincial respectiva (art. 14, 3 LECrim.). En este caso, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial podrá interponerse –y esto es una buena noticia- el recurso de casación ante la Sala

2ª del Tribunal Supremo. Este extremo debe subrayarse ya que, estando la teoría jurídica del delito de la persona jurídica en buena medida todavía por hacer, y siendo la jurisprudencia fuente material (que no formal) del Derecho, los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre el particular van a resultar de trascendental importancia.

j'. Olvido de la transnacionalidad del fenómeno.

La reforma omite considerar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas está íntimamente vinculada a la prevención de la delincuencia económica y la corrupción que son, básicamente, fenómenos transnacionales y multinacionales.

Si tendemos –en la línea preconizada por *Fernando de los Ríos*- a una comunidad de hombres libres en una sociedad económicamente disciplinada, resulta imprescindible el control de las operaciones económicas y financieras para prevenir los riesgos que genera evitando que los mercados desplacen a los poderes públicos. Esto se hace ya a nivel nacional a través de autoridades administrativas (Ministerio de Hacienda, Banco de España, CNMV, etc.) y judiciales (ahora con mayor intensidad gracias a la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas). Pero a nivel internacional (global), el tema está básicamente desregulado, esto es, falto de Derecho y disciplina. El Banco Mundial es solo un banco; el FMI no tiene capacidad sancionadora. Por eso, lo más cercano a esta disciplina de lo que disponemos hoy en día es lo que se denomina la “gobernanza global”, que no equivale a un gobierno mundial, sino que es el resultado de un sistema internacional en el que pervive el modelo de los Estados soberanos pero combinado con un conjunto de instituciones multilaterales cuya capacidad decisoria sobre los temas internacionales varía significativamente. Es en este ámbito en el que deben encuadrarse los acuerdos de la Comisión Europea sobre el control de los mercados financieros o las Recomendaciones del Comité de Expertos que ha dado lugar al Basilea-3. El futuro no debe excluir, además, la creación de Tribunales Penales Internacionales también para la criminalidad económica internacional.

No podía ir nuestro Código Penal tan lejos. Pero sí al menos, considerando que son españolas las personas jurídicas constituidas y domiciliadas en España (arts. 28 Cciv. Y 15 Cco.), ha debido adoptar reglas de Derecho Internacional Penal que disciplinaran la aplicación del art 31 bis en el espacio ante los problemas específicos que se pudieran presentar (en el entendimiento de que para el conocimiento de los delitos cometidos por personas jurídicas extranjeras en España o en el extranjero y de los delitos cometidos por personas jurídicas

españolas en el extranjero serían de aplicación las reglas generales del art. 23 LOPJ).

V. El nuevo art. 129 y las entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica

Establecido un nuevo sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, era previsible que el art. 129 CP hubiera sido derogado. Sin embargo, no ha sido así. En su nueva redacción, el precepto establece que en caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de *empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código*, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33, 7 CP. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

A esto se añade (sistema de *numerus clausus*) que dichas consecuencias accesorias sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. De esta forma, las “consecuencias accesorias” del art. 129 CP *se pueden aplicar a más delitos* que aquéllos en los que cabe la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, ya que a los casos en los que está prevista la aplicación del art. 31 bis CP, hay que sumar los supuestos en los que está prevista la aplicación específica del art. 129 CP. Las consecuencias accesorias, concluye el precepto, podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como *medida cautelar* durante la instrucción de la causa.

El precepto se refiere a una pluralidad de figuras jurídicas entre las que cabe destacar: a) Las *sociedades de hecho* (v. gr. peñas o agrupaciones deportivas, grupo de amigos de la buena mesa que ponen un fondo común —administrado por un “secretario”— para irse a comer a lugares seleccionados por un “presidente”). b) Las *sociedades irregulares* (se gestan en escritura pública, pero no llegan a nacer por no inscribirse). Si pese a ello actúan, se les aplican las normas de la sociedad colectiva (art. 16 LSA), no porque lo sean, que no lo son al

carecer de personalidad jurídica, sino a efectos de asignarles un régimen jurídico. c) Las *comunidades de bienes*. A diferencia de la sociedad mercantil, la comunidad de bienes no tiene personalidad jurídica propia, esto es, no tiene más personalidad que la de los comuneros. Su constitución —para la que hacen falta, al menos, dos comuneros— puede hacerse en documento privado, salvo que se aporten inmuebles. La comunidad de bienes, a la que sólo pueden obligar los comuneros (al no poder hacerlo ella misma), responde frente a terceros no sólo con los bienes que posea, sino con el patrimonio personal de los comuneros si los bienes comunes no fueran suficientes. Es decir, que cada comunero tiene una responsabilidad ilimitada (art. 392 y ss. Cciv). Esta es la gran “desventaja” de la comunidad de bienes, junto a la ventaja de la economía de su constitución.

Un ejemplo de comunidades de bienes lo constituyen las UTE (Uniones Temporales de Empresas). Una UTE puede alquilar un local donde organizar su actividad o concurrir a un concurso para la adjudicación de una obra pública. Eso sí, en ambos casos sólo puede obligarse a través del representante legal (gerente) de las empresas que la integran.

Todas las figuras jurídicas indicadas tienen en común que una pluralidad de personas, con un fondo común, intentan alcanzar un fin también común asociándose de forma más o menos estable. Pero tienen en común también su *incapacidad para realizar acciones jurídicamente relevantes* —tampoco para realizarlas culpablemente— ya que, salvo a efectos fiscales, *no existen* como tales formalmente. Prueba de ello es que a los entes sin personalidad jurídica no se les pueda imponer —por la vía del art. 129 CP— las “consecuencias accesorias” de las letras a) y b) del art. 33, 7 CP (ni se les puede multar, ya que carecen de un patrimonio propio, ni se las puede disolver, ya que no se les puede hacer perder una personalidad jurídica de la que carecen). Por ello se admite generalizadamente, por ejemplo, que cuando una UTE debe ser sancionada de conformidad con el Real Decreto Legislativo 5/2000, de infracciones y sanciones en el orden social, la sanción debe recaer sobre los comuneros. Por otra parte, dado que los entes carentes de personalidad jurídica carecen de un patrimonio propio (cada comunero es titular de su aportación y se beneficia de la comunidad en proporción a sus cuotas), es fácil comprender que para imponer a uno de estos entes una consecuencia accesoria por la vía del art. 129 CP, no se pueden exigir que concurren los requisitos de imputación previstos en el art. 31 bis para las personas jurídicas (v. gr. no es posible que un comunero actúe *en interés de la comunidad de bienes*).

De ambas cosas (*incapacidad para realizar acciones jurídicamente relevante e imposibilidad de subordinar la aplicación del art. 129 CP a la concurrencia de los requisitos previstos para el art. 31 bis CP*) se deduce que las consecuencias accesorias del art. 129 CP no pueden ser ni penas, ni medidas de seguridad (ambas exigen la realización de un acto ilícito) y que se encuentran más próximas a la categoría de una *modalidad específica de comiso* a través de la cual se priva al autor (persona física) de los instrumentos (ente sin personalidad) con que cometió el delito (suspendiendo o prohibiendo sus actividades, clausurando sus locales y establecimientos, inhabilitándolo para obtener subvenciones y ayudas públicas o interviniéndolo). Piénsese que A y B constituyen una comunidad de bienes para la que A alquila un bajo comercial donde piensan colocar unas mesas de billar para su uso público. Si llega a probarse que aprovechando esta actividad A vende droga en el local, aparte de castigar a A como autor responsable de un delito del art. 368 CP, es posible, por la vía del art. 129 CP, acordar motivadamente la clausura del local. Que B no haya participado en el hecho no impediría dicha clausura.

Aunque no se diga expresamente, a la hora de motivar la imposición o no de las consecuencias accesorias, el Juez o Tribunal deberá tener en cuenta, aunque ya no lo diga el art. 129 CP, hasta qué punto ello resulta necesario para prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.