

EL MODELO ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS*

José Luis GONZÁLEZ CUSSAC**

1. ASPECTOS ESENCIALES DE LA REFORMA DE 2010

La LO 5/2010 comporta un cambio trascendental del modelo español en esta materia, que siguiendo la tendencia internacional dominante, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para poder comprender mejor este nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la reforma de 2010, es preciso contextualizarlo y situarlo en relación a otros ámbitos afines, pudiéndose para ello distinguir estos tres planos básicos diferentes (ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC):

Primero, se mantiene el art. 31, si bien con la derogación del perturbador apartado segundo, para resolver los problemas de imputación en los delitos especiales, en los cuales la condición o calidad requerida en el tipo concurre en la sociedad, pero no en la persona física que actúa en su nombre. Es decir, regula las *actuaciones en nombre de otro*, esto es de la determinación de la responsabilidad penal en el marco de la representación, diferenciando entre el representante y el representado al realizar un acto jurídico calificado de delictivo. Por consiguiente, bajo esta expresión se contemplan no solo los supuestos de actuaciones en nombre de personas jurídicas, sino también los de actuación de una persona física en nombre de otra persona física.

Segundo, la reforma introduce un novedoso

sistema de *responsabilidad penal de las personas jurídicas* en el art. 31 bis, con unos criterios autónomos de imputación, clases de penas propias y reglas específicas de aplicación de estas penas. El régimen jurídico se contiene en los arts. 31 bis, 33,7º (penas imponibles a las personas jurídicas); 52 (forma de imponer la pena de multa); 66 bis (determinación de la pena aplicable); 116,3 (responsabilidad civil); 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Y, *tercero*, se mantiene el catálogo de *medidas accesorias* de los arts. 128 y 129 para los supuestos de actuaciones delictivas cometidos a través 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 art. 31 bis CP. Aquí únicamente advertir que no queda completamente delimitada el ámbito de aplicación del art. 31 bis y del art. 129, al menos en el sentido de comportar círculos totalmente secantes.

2. LA OPCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL

Por todos es conocida la célebre máxima *societas delinquere non potest*. En efecto, tradicionalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se negaba, sustentándose esta negativa en tres grandes argumentos: las sociedades no poseen capacidad de acción; tampoco tienen capacidad de culpabilidad; e igualmente carecen de capacidad de sufrir penas. De ahí que los sistemas clásicos sólo castigaban como autores de los delitos a las personas físicas.

* Publicado inicialmente en “El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango”. Liber Amicorum, en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca (coords. J L Gómez Colomer; S. Barona Vilar; y P. Calderón Cuadrado), Valencia (Tirant) 2012, págs. 1033 a 1050.

** Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, España.

Sin embargo, a lo largo de las últimas décadas esta máxima fue paulatinamente debilitándose hasta finalmente quebrarse. Resulta llamativo que el impulso del cambio siempre ha tenido su origen en instancias políticas, que con argumentos de una mayor eficacia y pragmatismo, terminaron por imponerse a consideraciones más teóricas o de mayor prudencia. Así pues, la decisión político-criminal de hacer responder criminalmente a las personas jurídicas ha ido progresivamente extendiéndose desde los países anglosajones hasta finalmente alcanzar también a los sistemas continentales. La tendencia definitivamente se ha invertido, debido a dos razones fundamentales: la necesidad de castigar los delitos socioeconómicos y financieros (delincuencia de cuello blanco) y la urgencia de buscar nuevas vías de lucha contra la criminalidad organizada (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Pero indudablemente también por razones de legalidad, sobre todo, a causa de los problemas planteados en los delitos especiales cometidos en el marco de sociedades o por sus representantes legales. Hay que recordar que más del 80% de los delitos socioeconómicos se cometen a través de empresas (TIEDEMANN).

Las razones político-criminales que inspiran el giro de orientación pueden comprenderse mejor atendiendo a las cifras de escandalosos fraudes en EEUU en fechas anteriores a la actual gran crisis financiera, bastando recordar, a título de ejemplo, los siguientes: WORLDCOM (107 billones \$); ENRON (63'3 billones \$); ADELPHIA (24'4 billones \$); GLOBAL CROSSING (25'5 billones \$). El listado tiene que completarse con los habidos en Europa, Asia y Latinoamérica. Todos estos casos evidenciaron el fracaso del modelo llamado de "autorregulación", la debilidad del sistema tradicional de responsabilidad individual en el seno de complejas estructuras societarias, así como el de las múltiples construcciones jurisprudenciales precedentes (DEL ROSAL BLASCO). La decidida opción legislativa por la intervención penal expresa, entre la que destaca la aquí comentada de posibilitar una responsabilidad criminal de las sociedades,

trata de atajar estas carencias. Es pronto para ofrecer un balance de su eficacia y eficiencia en alcanzar los objetivos, así como en evaluar los posibles "daños colaterales". En cualquier caso, no puede obviarse ni la carencia de un debate previo serio a escala internacional acerca de esta gran transformación del Derecho penal, ni tampoco la ausencia de unanimidad. En efecto, porque más allá de los diferentes modelos de implantación, muchos autores consideran innecesaria la solución penal, mostrándose partidarios de una responsabilidad administrativa o cuanto menos consideran que para alcanzar esas finalidades no basta solo con una aparente mayor intervención punitiva.

En cualquier caso, la suma de todas estas razones impulsó con vigor la conveniencia de reformas orientadas a castigar a las propias personas jurídicas. Y aunque el debate sigue en parte abierto, sin embargo, la tendencia en el panorama internacional es ahora claramente favorable a establecer modelos de responsabilidad penal de las sociedades, sobre todo en los EEUU de América, en Canadá y en el Espacio Económico Europeo. En Latinoamérica el debate también ya está totalmente abierto. Algunos ejemplos ilustran sobradamente esta línea político-criminal favorable a la responsabilidad penal de las sociedades: Holanda (1976); EEUU, Reino Unido, Noruega e Irlanda (1991); Islandia (1993); Francia (1994); Finlandia (1995); Eslovenia y Dinamarca (1996); Estonia (1998); Bélgica (1999); Suiza y Polonia (2003); Portugal (2007). Y ahora España en 2010. A ello hay que sumar numerosos acuerdos en esta dirección dentro del espacio europeo.

Pero esta opción político-criminal dominante en el Derecho comparado se traduce luego en diferentes articulaciones (HEINE). En síntesis pueden distinguirse dos grandes modelos de responsabilidad punitiva de las sociedades. El primero, en realidad, establece una *responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*. Este es el caso de Alemania, y parcialmente de Italia, pues contiene san-

ciones administrativas –junto a un complejo sistema penal–, pero aplicadas por la jurisdicción penal.

Un segundo modelo es el que ha optado por establecer *responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. A su vez, éste se subdivide en dos. El primero, el de aquéllos que han elegido la *imputación directa, propia e independiente* –esto es, no vinculada a la actuación de las personas físicas que actúan en el marco societario–, sustentado en la idea de la autorregulación, y que mayoritariamente recurre al “criterio del defecto de organización” o de control para determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Generalmente es conocido como modelo de “*responsabilidad propia u originaria*” o “*del hecho propio*”, y requiere una elaboración, o cuanto menos una adaptación específica, de todas las categorías centrales de la teoría jurídica del delito. Sobre las posibilidades de llevar a término esta reelaboración dogmática existe una viva polémica doctrinal, incluso entre sus partidarios (ver una exposición de la misma en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ; NIETO MARTÍN; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ; GÓMEZ-JARA DÍEZ). Como certeramente recuerda DEL ROSAL BLASCO, hasta ahora este modelo no había tenido un reflejo expreso en ningún ordenamiento positivo, ni siquiera, contra lo afirmado por algunos autores, en el mundo anglosajón. Sin embargo, recientemente podemos observar un ejemplo de este arquetipo de responsabilidad penal directa de las sociedades en la novedosa Ley Anticorrupción británica (The Bribery Act de 2010), si bien muy circunscrito a la delincuencia organizada.

El segundo submodelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas es el de aquéllos otros que siguen un criterio de *atribución*, o de “*responsabilidad derivada o de transferencia*”, esto es, que la actuación de determinadas personas físicas que actúan en nombre de la sociedad “contaminan” a ésta y le trasladan la responsabilidad penal bajo ciertos criterios de imputación (SILVA SÁNCHEZ).

Éste último es el históricamente aplicado en el área anglosajona y el más seguido en las legislaciones europeas continentales, entre ellas por la reciente española, denominado “*responsabilidad por atribución*”. En la tradición anglosajona, doctrina y jurisprudencia acudían a dos instancias diferentes para operar la transferencia de responsabilidad penal desde la persona física a la persona jurídica. Así, en unos casos manejaban la “*teoría de la identificación*” o del alter ego, según la cual se identificaban la voluntad de la primera con la de la segunda, “de modo que la persona que actúa no es que actúe para la corporación, es que es la corporación” (DEL ROSAL BLASCO). Más adelante se introdujo una nueva doctrina, denominada de “*responsabilidad vicaria estricta*”; mediante la cual la transferencia de responsabilidad penal a la empresa no solo cursaba por actuaciones u omisiones de sus directivos o administradores, sino también por comportamientos de empleados, aunque aquéllos hubieran dispuesto de controles y medidas preventivas si estos no se habían ejercido en el nivel operativo. No obstante, todos los sistemas, tanto el de responsabilidad administrativa, como los de responsabilidad penal, ya sea independiente o derivada, conviven con los mecanismos legales de solución de las actuaciones en nombre de otro, en particular, de la representación de las personas jurídicas en delitos especiales. Conforme a esta cuestión, se continúa castigando criminalmente sólo a las personas físicas que actúan como administradores o representantes de las mismas. Otras legislaciones han introducido medios legales para castigar indirectamente a las personas jurídicas, partiendo de la idea de que en realidad, su voluntad no se diferencia de la de sus administradores. De ahí que la solución adoptada sea, en primer lugar, posibilitar la sanción penal a los administradores de las sociedades o a los que actúan en nombre de otras personas, cuando hayan sido los representantes los que tomaron las decisiones delictivas.

En el CP español anterior a la reforma de 2010 este era el caso del art. 31. El modelo se com-

plementaba, desde 1995, con unas “medidas accesorias” que permitían disolver una sociedad, paralizar o suspender su actividad, o intervenir su administración (anterior arts. 128 y 129 CP). Sobre la naturaleza jurídica de estas últimas surgió una interesante discusión, pues aunque formalmente recibían el nombre de medidas, para un sector de la doctrina en realidad se trataba de auténticas penas impuestas a las propias sociedades. En realidad configuraba un sistema de responsabilidad penal accesoria de las personas jurídicas, que implicaba la previa responsabilidad penal principal de la persona física y de ahí, luego, se transfería a la empresa (GUARDIOLA LAGO).

3. EL MODELO ESPAÑOL DEL ART. 31 BIS CP

En este precepto se establece con claridad la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esta responsabilidad penal de la persona jurídica coexiste junto con la responsabilidad penal de las personas físicas. Pero a diferencia de la regulación anterior, para poder condenar a la persona jurídica ya no se precisa una previa declaración de culpabilidad de las personas físicas, de suerte que ambas corren autónomamente y en paralelo. De ahí que pueda hablarse de una *responsabilidad derivada y coprincipal* (QUINTERO OLIVARES). En efecto, pues el art. 31 bis 2º, contempla la posibilidad de que se impongan penas por un mismo hecho a ambas personas, jurídica y física, y que se castigue a la sociedad aunque “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. Es más, la ruptura entre ambas esferas de responsabilidad penal se confirma con lo dispuesto en el art. 31 bis 3º, al disponer que la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes en la persona física no excluye ni modifica la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sentada la posibilidad de dos vías paralelas de responsabilidad penal, lo decisivo será determinar con precisión bajo qué criterios es posible articularlas. Es claro que la responsa-

bilidad criminal de las personas físicas deberá establecerse conforme a las reglas generales. La novedad estriba pues en precisar los presupuestos que permiten trasladar la imputación penal a las personas jurídicas. Pues bien, esos presupuestos para que pueda declararse la responsabilidad penal de la persona jurídica se desarrolla conforme a las dos posibles alternativas de imputación contenidas en el art. 31 bis 1º CP.

El primer presupuesto de traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica, descrito en el apartado primero, precisa la previa realización de un hecho delictivo, cometido “en nombre o por cuenta y en provecho” de la persona jurídica, por parte de alguna de las personas físicas que ostenten el poder de representación legal, o la condición de administradores de derecho o de hecho de la misma. Aquí el criterio de imputación descansa en la atribución de poder de representación legal en la persona física que comete el delito, o en su capacidad para adoptar decisiones en nombre de la sociedad y de control en su funcionamiento. Es decir, se articula el primer instrumento de impregnación o transferencia de la responsabilidad criminal a la sociedad por el poder formal o material ejercido por personas físicas que la representan y actúan por su cuenta y beneficio social.

El segundo presupuesto de contaminación, explicitado en el apartado segundo, requiere la previa comisión de un hecho delictivo perpetrado por personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostenten “poder de dirección social”, y que la comisión de este delito tenga origen en no haberse ejercido sobre ellas “el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”. Esta segunda alternativa es más compleja al vincular a personas físicas con diferente grado de poder social en una escala vertical. En efecto, porque en este caso la traslación de la responsabilidad penal a la persona jurídica exige, de una parte, la actuación ilícita de empleados que no posean representación legal ni sean administradores, y de otra, su conexión causal con la falta del control exi-

gible a los representantes y administradores. Esta dualidad de reglas de imputación y su aparente dificultad interpretativa ha generado ya varias hipótesis acerca del fundamento de la imputación penal, alguna de ellas realmente sorprendente por su creatividad, muy alejadas del tenor literal posible descrito en el texto de la ley. Así, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de 2009, se mantiene que el primer apartado del art. 31 bis 1º CP consagra un sistema de responsabilidad vicaria pura, mientras que en el segundo apartado se instala un modelo de responsabilidad por hecho propio. En la doctrina encontramos también opiniones totalmente divergentes. Por ejemplo, para algunos autores la nueva regulación establece una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica (ZUGALDÍA ESPINAR, 2010). Desde esta perspectiva cobrarían fuerza los llamados “códigos de buena conducta corporativa”, esto es, en la idea del “defecto de organización” o de “autocontrol”. Sin embargo, para otros autores, en realidad esta regla de imputación se acerca al clásico concepto civil de “culpa in vigilando o in eligendo”, por lo que se inclinan a considerar que la reforma de 2010 instaura una suerte del modelo “mixto”, entre la responsabilidad directa y el de transferencia (CARBONELL MATEU/MORALES PRATS). Una línea ecléctica también parece abrazar MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, al calificar la nueva normativa como una responsabilidad “directa e independiente”. Sin embargo, otros autores claramente apuestan por su incardinación en la doctrina de la transferencia pura y particularmente de responsabilidad vicaria (RODRÍGUEZ MOURULLO), o incluso como un “modelo amplio de identificación” (DEL ROSAL BLASCO).

Pues bien, más allá de singulares matices y críticas a la reforma, lo más importante es determinar el criterio fijado de imputación de la persona jurídica. Y en este sentido, la exégesis de la responsabilidad directa pura, esto es, por hecho propio, no se ajusta al texto de la ley, como expone detalladamente la Circular de la

Fiscalía General del Estado 1/2011. En efecto, porque la redacción legal no habla de “falta de control o de defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos y de autorregulación, ni tampoco de una acción y de una culpabilidad autónomas e independientes de la persona moral; sino que exige que los representantes legales o administradores hayan cometido una conducta ilícita (apartado primero); o bien que los subordinados hayan realizado una previa acción u omisión típica, dolosa o imprudentemente permitida por sus superiores. Es decir, que en el caso concreto los responsables de la empresa –sus representantes legales o administradores– no han ejercido el control debido conforme al ordenamiento jurídico.

Por tanto, el parámetro que fija el precepto para medir la infracción no son los “códigos internos de buen gobierno” de la empresa, sino la legislación vigente. Lo determinante en Derecho penal no es si la empresa está mejor o peor organizada, o si posee controles o códigos internos, sino si se ha realizado la acción típica por unos sujetos subordinados en connivencia con los superiores. En similares términos se expresa DEL ROSAL BLASCO, al señalar que el haber tenido establecido un código interno de medidas preventivas de la sociedad es absolutamente irrelevante desde la exigencia legal explícita.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 lo advierte rotundamente y por su trascendencia se reproduce literalmente una parte: “...la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles –no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas–, sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulen la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto”. A lo que añade que

en la actualidad existe el riesgo de creer que “la mera formalización de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, ‘corporate defense, compliance guide’, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que se han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada (...); por consiguiente, lo importante será acreditar, y ésta es una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a la que la misma se refiere (...). En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión” (pags. 47, 48 y 49; el subrayado es mío).

Desde luego esta regulación plantea numerosas cuestiones, entre las que cabe subrayar las siguientes: a) la determinación de las características típicas del hecho de conexión cometido por la persona física; b) la entidad de la participación concreta en los hechos por parte de la sociedad, bien por acción directa o por omisión; c) los límites de la admisión de la imputación a los superiores a través de la comisión por omisión y del “autor detrás del autor”, con las dificultades consabidas de encaje en el sistema positivo español. No obstante, lamentablemente, hasta ahora, estas cuestiones se han venido resolviendo

en la práctica de una forma un tanto burda (QUINTERO OLIVARES), que quizás la reforma pudiera coadyuvar a corregir.

El nuevo modelo se complementa con las siguientes características esenciales (ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC).

El art. 31 bis 4º, aunque no contempla eximentes propias para las personas jurídicas, si contiene un catálogo específico de circunstancias atenuantes. Todas ellas operan *ex post factum* al hecho cometido y se hallan conectadas a criterios de arrepentimiento y colaboración procesal. Esquemáticamente son las siguientes: confesión ante las autoridades; colaboración con la investigación de los hechos; reparación o disminución del daño ocasionado; creación con anterioridad al juicio de mecanismos de control para evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos; y, por último se incluye una atenuante analógica.

A su vez, el art. 31 bis 5º, excluye de este precepto, es decir, no permite atribuir responsabilidad penal, “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”. Mientras que la exclusión del Estado y de las Administraciones públicas parece totalmente razonable, no lo es tanto la de ciertas sociedades participadas con capital público. También se discute la de los partidos políticos y sindicatos, aunque en ambos casos ciertamente poseen regímenes establecidos en normativas específicas.

Por otra parte, el art. 33,7º contiene el catálogo específico de penas a imponer a las personas jurídicas, mientras que el art. 66 bis disciplina las reglas también específicas para determinar las penas en este ámbito.

Por último, señalar que el nuevo modelo incorporado al Código Penal español, describe un sistema tasado de delitos en los que se admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Este sistema de *numerus clausus* se materializa en el Libro II, en el que en cada ámbito delictivo es necesario que conste una cláusula expresa para habilitar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

4. DOGMÁTICA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Con este nuevo modelo se incorpora al Derecho Penal la completa separación jurídica entre la persona jurídica y las personas físicas que la componen, de forma que nos encontramos ante sujetos de derecho completamente distintos. No obstante, es necesario insistir en que el presupuesto de la imputación de uno y otro sujeto nos son idénticos. En efecto, pues en el caso de las personas físicas el título de imputación procede de la aplicación de las reglas generales, esto es, de la realización de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible, conforme a la formulación clásica. Por el contrario, en el supuesto de las personas jurídicas la responsabilidad penal procede de uno de los dos criterios de traslación recogidos en el art. 31 bis CP.

Y como he advertido anteriormente, el legislador de 2010 ha incorporado a nuestro ordenamiento el mecanismo reflejado en la normativa europea, que comporta un criterio de transferencia de responsabilidad para los supuestos en que el delito es llevado a cabo por quienes ostentan poder societario, o por los subordinados a consecuencia de la falta de control ejercido sobre ellos por los órganos sociales, bajo circunstancias determinadas. Por consiguiente la responsabilidad penal de la empresa no surge directa e independientemente, esto es, fijada conforme a parámetros de “actuación” de los órganos societarios o de otros criterios como “la falta de control o de defecto de organización”, esto es, de la infracción de “códigos de buen gobierno”, internos

y de autorregulación. Por el contrario, la responsabilidad criminal de la persona jurídica se origina en la previa comisión de delitos por determinadas personas físicas dentro del ámbito societario y de acuerdo a ciertas condiciones taxadas legalmente. Así pues, debe hablarse de una “*derivación, traslación, atribución, o contaminación*” de la responsabilidad criminal a la sociedad por la actuación precedente ilícita de alguna persona física.

Esta opción legislativa requiere y parte de una imprescindible previa comisión de una acción típica por una persona física, como referencia de la imputación penal de la persona jurídica. De suerte que esta técnica legislativa fuerza una aproximación diferente a los dos grandes obstáculos dogmáticos tradicionalmente esgrimidos: el primero referido a la falta de capacidad de acción de las sociedades; y, el segundo a su carencia de capacidad de culpabilidad, y con ambos al principio de personalidad de la pena (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ).

En relación al primero, podría decirse que las personas jurídicas son sujetos de Derecho porque el ordenamiento jurídico les atribuye tal estatus. Al respecto no cabe duda alguna, en la medida que se les considera sujetos jurídicos plenamente independientes de las personas físicas, y su voluntad, formada a través de procedimientos legales o estatutarios, es así reconocida y posee plenos efectos jurídicos. Pero esta afirmación no significa que pueda decirse que las personas jurídicas *actúan* o que *cometan el delito* exactamente igual que una persona física. En realidad, conforme al sistema legal español esta pregunta resulta innecesaria, puesto que éste no lo exige en modo alguno en el art. 31 bis CP. El tenor literal del precepto literalmente señala que “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”. Es decir, no precisa que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que hace es consagrar un sistema de “*atribución*”, ya sea “*vicarial*”, o si se prefiere de “*identificación*”, en el cual,

bajo ciertas condiciones, traslada también la responsabilidad penal a la persona moral con fundamento y referencia a la conducta cometida por determinadas personas físicas. De modo que, en este modelo, tendrá que demostrarse -más allá de automatismos y presunciones-, la realización de un delito por las personas naturales especificadas -sin que sea necesaria la individualización de la responsabilidad de cada persona física-, y dos, verificar si se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad penal a la persona jurídica.

Pero entonces ¿qué repercusiones tiene la discusión acerca de la capacidad de acción de las personas jurídicas? En este marco resulta de interés dejar constancia de alguna de las fructíferas polémicas surgidas al efecto. Por ejemplo la decidida propuesta de CARBONELL MATEU (2009) a favor de reconocer su capacidad para ser sujetos activos de delitos por poseer capacidad de acción, a la que llega desde un desarrollo de la denominada doctrina de la “acción significativa” de VIVES ANTÓN (de la misma opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ). Sin embargo RODRÍGUEZ MOURULLO objeta que “por esta vía se pierde al final toda percepción de la realidad empírica y se incurre en una concepción ultranormativizada difícil de compartir. Porque la acción no es puro significado, sino un comportamiento humano con un determinado significado”. Por lo que concluye que esta concepción aboca a un tratamiento igualitario -con mínimos matices- para personas físicas y jurídicas, que prescinde de las diferencias que existen empíricamente entre la persona natural y la persona jurídica. Recientemente ha terciado en la disputa VIVES ANTÓN (2012) al recordar que nunca afirmó que las acciones sean puros significados, ni tampoco el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato, “y por ese camino, ni se pierde ni puede perderse `toda la percepción de la realidad empírica`, sino solo aquella percepción de la realidad empírica que la erige en núcleo definitorio de la acción. La acción se define (mal podría ser de otro modo) por su sentido”.

Tras este esencial matiz ampliamente expuesto en sus dos ediciones de los “Fundamentos del sistema penal”, a continuación desliza probablemente una guía para aproximarse mejor a la cuestión central. Advierte VIVES ANTÓN de la paradoja de operar con un concepto unitario de acción, común a todas las acciones, que de ser posible, habría de reflejar algo que todas ellas poseen en común: un significado genérico de la misma y que debería determinarse antes que responder a la pregunta de cuál es la acción específica que se enjuicia. A lo que añade que “al no haber nada que todas las acciones tengan en común ni ninguna clase de sentido genérico que todas ellas realicen, la paradoja se esfuma: la respuesta a la pregunta acerca de si algo es o no una acción ha de comenzar determinando de qué acción específica se trata”.

De aceptarse la precitada argumentación, la pregunta entonces no debería ser si las personas jurídicas tienen capacidad de acción, esto es, una capacidad genérica de actuar de forma penalmente relevante; sino más exactamente, si son capaces de realizar la acción típica específica que se enjuicia en el caso concreto. Y por tanto, en cada tipo delictivo analizado la respuesta puede ser muy diferente, pues distinto será el sentido del sustrato requerido en cada tipo de acción. De suerte que nos encontraremos con conductas que difícilmente podremos afirmar que son realizadas exactamente igual por una persona física y por una persona moral; o incluso siquiera que podamos decir que han sido cometidas por estas últimas. Luego la discusión acerca de si el sustrato psicológico u ontológico únicamente pertenece a la conducta humana individual, debe plantearse, en todo caso, respecto a cada comportamiento conforme a su descripción típica y no frente a un prejurídico concepto general de acción. Ahora bien, en el modelo adoptado por el Código Penal español en esta reforma de 2010, parece innecesario plantearse el problema de la capacidad de acción de las personas jurídicas, pues ciertamente el precepto no requiere que éstas cometan el delito directamente. Porque como ya se ha reiterado, se opta por una

técnica de transferencia de la responsabilidad penal, que siempre exige como presupuesto de la responsabilidad penal de la persona moral un hecho delictivo anterior cometido por una de las personas físicas pertenecientes al círculo descrito en la norma (RODRÍGUEZ MOURULLO; DEL ROSAL BLASCO).

Respecto al segundo problema, la superación de las concepciones morales y psicológicas de la culpabilidad, con un progresivo entendimiento en términos normativos, tendente a comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible al sujeto en las circunstancias en que cometió el hecho, son perfectamente aplicables a las personas jurídicas (CARBONELL MATEU; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ). Sin cuestionar lo anterior, nuevamente he de insistir en que no tengo la seguridad que el criterio de traslación legal del art. 31 bis CP llegue a requerir exactamente esta comprobación. Lo que indudablemente si es imprescindible, es que el régimen legal de atribución de contenido en este precepto, respete los postulados básicos de los *principios de presunción de inocencia y de culpabilidad*, esto es, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual (interdicción de la responsabilidad objetiva). Y es aquí, donde a mi juicio, se concentran los problemas del nuevo régimen. Problemas que por otra parte son los que siempre se han venido debatiendo en el seno de los modelos de transferencia o atribución, ya sea el vicarial o el de identificación. Así pues, la novedad de este nuevo modelo obliga a estar atentos para que su aplicación sea conforme con el contenido de los derechos fundamentales, en especial los relativos a legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y ne bis in idem.

Desde siempre se ha objetado a estos sistemas de transferencia vulneraciones de principios generales del Derecho penal, en particular los vinculados al de culpabilidad, así como serias dificultades aplicativas. El más grave al que se enfrenta el modelo de “responsabilidad vicaria estricta” es la denuncia de infracción del principio de responsabilidad personal, habi-

da cuenta que puede interpretarse como un supuesto de “*responsabilidad por hecho de otro (por hecho ajeno)*”. En esta línea se afirma que, en virtud del principio de personalidad, para que alguien cometa un delito es necesario que haya realizado la conducta típica. De forma que, aunque en el ámbito del Derecho privado y del Derecho administrativo es posible establecer una clase de responsabilidad vicaria, fundamentada en la capacidad de que la actuación del representante produzca consecuencias jurídicas a la sociedad representada, ello no es admisible en Derecho penal que siempre exige una responsabilidad personal. Así pues, la persona jurídica carece de capacidad de culpabilidad, al menos en el sentido requerido en nuestro Código Penal, consistente en una capacidad de comprensión y autodeterminación que únicamente posee la persona física. De ahí que RODRÍGUEZ MOURULLO concluya que “*el modelo vicarial acogido por el legislador de 2010 se quebranta, por definición, el principio de personalidad, porque la persona jurídica responde por un hecho ajeno, por el hecho que realiza la persona jurídica*”.

Por otro lado, el modelo de identificación es criticado en consideración a disfunciones aplicativas, porque aunque pueda ajustarse a estructuras empresariales pequeñas, de tamaño reducido y con estructuras jerárquicas lineales, en donde el responsable concentra competencia e información, se resiente fuertemente frente a grandes sociedades en las que su estructura es compleja, con diferenciación funcional y división de tareas, lo que dificulta extraordinariamente la individualización de responsabilidades. Además, no evita la sanción frente a conductas aisladas de personas físicas por más que la compañía haya adoptado toda clase de medidas preventivas (DEL ROSAL BLASCO).

No cabe duda que el modelo introducido por la reforma de 2010 se corresponde con el denominado de atribución, ya sea entendido como de responsabilidad vicaria o como de identificación. Y en este sentido, estimo que sea cual sea de los dos, plantean idénticos

problemas en relación al principio de culpabilidad, en la medida que en ambos late aparentemente la *responsabilidad por hecho ajeno o por una responsabilidad objetiva*. Esto es así, vuelvo a reiterar, porque el art. 31 bis CP no requiere que las personas jurídicas “cometan” el hecho delictivo, sino que se limita a señalar que “serán responsables”, bajo ciertos presupuestos y circunstancias, por los hechos realizados por determinadas personas físicas vinculadas a la sociedad. En este sentido, deben rechazarse todas las críticas vertidas enfocadas al modelo de responsabilidad “directa” o “por hecho propio”.

¿Podría entonces fundamentarse la responsabilidad de la persona moral en presupuestos diferentes a la propia comisión de un delito? ¿Sería constitucionalmente legítimo sancionar penalmente a la persona moral aunque ésta no hubiera cometido un delito, y consecuentemente sin que pudiera decirse que han actuado típica, antijurídica y culpablemente, conforme a los preceptos del CP que definen la infracción penal?.

En este contexto coincido con una reflexión general de QUINTERO OLIVARES, pues no deja de ser una paradoja las críticas que a la vez censuran la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque en puridad no es una persona sino una ficción del Derecho; y simultáneamente afirman que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas se violentan principios y garantías penales nacidos para las personas naturales. Desde este enfoque la cuestión resulta tan irresoluble como improductiva.

También comparto plenamente la siguiente consideración de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, que por su claridad transcribo y suscribo: “*En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal –pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas–, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito*

sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal” (pag. 9).

En realidad el texto del art. 31 bis CP recuerda bastante a los modelos ya implantados en otros ordenamientos europeos, especialmente el británico y el francés, consistente en un sistema de *heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas*, indirecta, subsiguiente o derivada, que posibilita la sanción a las mismas por los delitos cometidos por las personas físicas especificadas en el precepto. Se dibuja así una construcción equivalente a la clásica de “las actuaciones en nombre de otro” y que se ha venido describiendo como “*responsabilidad del hecho personal por representación*” (Circular 1/2011 de la FGE, pag. 31). Con ello se posibilita una responsabilidad de la persona moral no independiente, pero si autónoma, susceptible de apreciarse de forma exclusiva o acumulada a la de la persona natural, pero siempre requiriendo la actuación ilícita de alguna de las personas físicas pertenecientes al círculo trazado en la ley.

La reforma de 2010 no ha incorporado un modelo de imputación directa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Porque si hubiera elegido este incierto camino a día de hoy, entonces sí tendría que haber diseñado toda una arquitectura punitiva ad hoc. Algo que manifiestamente no ha hecho. Pero tampoco ha variado los criterios generales de imputación del Código Penal, especialmente los contenidos en los arts. 5 y 10, donde se contiene la definición de delito, que permanecen incólumes y referenciados al comportamiento de seres humanos. De modo que todos los mecanismos de imputación objetiva y subjetiva, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, continúan referidos a la persona física. En realidad el legislador ha optado por una vía intermedia, mediante la cual crea una suerte de *vínculo o conexión normativa* entre la conducta delictiva de las personas físicas descri-

tas legalmente y la empresa a la que sirven. La constatación en cada supuesto de la presencia de esa conexión normativa resulta básica, pues constituye el auténtico fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin duda se trata de un sistema de *responsabilidad vicaria o de identificación*, pero ello no implica necesariamente que instaure un instrumento de responsabilidad objetiva ni por hecho ajeno. La clave por tanto descansa en la exigencia de aquilatar la concurrencia de los requisitos específicos para poder efectuar la transferencia de responsabilidad, esto es, para poder fundamentarla en criterios constitucionalmente legítimos. Entre estos requisitos, el sustancial debe ser la “*identidad de intereses*” (QUINTERO OLIVARES). Este mecanismo es claro en el primer apartado del art. 31 bis 1º CP, en la medida que la transferencia atiende a la equiparación entre las personas físicas que ostentan poder formal, material y funcional de la corporación. Pero para la atribución de responsabilidad penal a la persona moral no basta con que haya actuado un representante legal o un administrador, sino que lo haya hecho “en nombre y provecho” de la misma, y que pueda articularse una relación nítida entre la conducta delictiva realizada y la actividad ordinaria de la empresa. Y lo mismo puede decirse del apartado segundo, al requerir como fundamento de la transferencia de responsabilidad, el no haber ejercido el “devido control” por parte de los representantes o administradores sobre los subordinados, dentro del ejercicio de actividades sociales, o sea, ordinarias; y que la actuación haya sido “por cuenta y en provecho” de la empresa. Y finalmente, de modo expreso, exige una relación clara entre la comisión del delito y la falta del control debido. Por tanto, de nuevo late la idea de la “identidad de intereses”.

Así pues, en este segundo apartado ni se instaure un sui generis modelo de responsabilidad directa, ni se identifica con la tenencia o cumplimiento de códigos internos, ni menos aún se corresponde con el viejo axioma civil de la culpa in vigilado. Este último resulta es-

pecialmente incompatible con el texto legal desde el momento que dibuja una responsabilidad a título de dolo, mientras que aquélla se construye esencialmente desde la categoría de la imprudencia.

En síntesis, opino que los verdaderos problemas de esta regulación no son de naturaleza dogmática, sino constitucional. Los derechos fundamentales a la legalidad y presunción de inocencia pueden verse seriamente infringidos si se continúa aplicando automáticamente una transferencia de responsabilidad, eludiendo acreditar todos y cada uno de los presupuestos exigidos en el art. 31 bis CP, o presumiendo su presencia sin una actividad probatoria suficiente. Esto es, en modo alguno puede interpretarse el precepto como un mecanismo de responsabilidad penal objetiva, sino que en todo caso deberá demostrarse la concurrencia de los requisitos legales de impregnación de la persona jurídica, que son los que permiten fundamentan su responsabilidad penal más allá de la responsabilidad individual de las personas naturales.

Recuérdese que el Tribunal Constitucional español -en la misma línea que otras jurisdicciones constitucionales europeas-, reconoce el ejercicio de determinados derechos fundamentales a las personas morales, pero como un efecto reflejo del que poseen los individuos que las integran (v. gr. STC 139/1995). Y a la vez, configura el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal (STC 150/1991), asociado a la idea de dignidad (por ejemplo STC 59/2008), excluyendo las penas exclusivamente sustentadas en la personalidad del sujeto (Derecho penal de autor) o en la mera producción del resultado (responsabilidad objetiva). Ninguna de estas exigencias se encuentra conculcada en el art. 31 bis CP. No obstante, en la medida que reconoce a la persona moral derechos de las personas naturales como un reflejo, habrá que aquilatar el mismo sobre la exigencia de que la responsabilidad penal es personal por los hechos y subjetiva: sólo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del ilí-

cito penal en el uso de su autonomía personal. Finalmente, en la medida que el sistema descansa en una atribución de responsabilidad del hecho personal por representación, podría verse afectado el derecho fundamental a no ser castigado dos veces por el mismo hecho, en los casos en donde se compruebe una identidad absoluta y sustancial entre el representante o administrador y la persona moral, y no una mera identidad de intereses. Es decir, en supuestos de total solapamiento entre la voluntad de la persona natural y de la persona jurídica, carentes de auténtica alteridad y diversidad de intereses. Aquí se produciría una confusión de sujetos, y hasta resultaría irrelevante la personalidad jurídica en ciertas figuras delictivas. La opción debería ser castigar únicamente a la persona física.

BIBLIOGRAFIA

CARBONELL MATEU: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. T. S. Vives Antón” (Carbonell Mateu/González Cussac/Orts Berenguer coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, Tomo I, pág. 307 y ss.

CARBONELL MATEU/MORALES PRATS: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Comentarios a la reforma penal de 2010” (Álvarez García y González Cussac coordinadores), Valencia (Tirant lo Blanch) 2010, pág. 55 y ss.

DEL ROSAL BLASCO: “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, La Ley, n 7670, 11 de julio de 2011.

FEIJOÓ SÁNCHEZ: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Estudios sobre la reforma del Código Penal” (Díaz-Maroto), Madrid (Civitas) 2001, pág. 65 y ss.

FOFFANI: “Bases para una imputación subje-

tiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?”, en “Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores” (Boix/Bernardi coordinadores), Madrid (Iustel), 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ: “La culpabilidad penal de la empresa”, Madrid (Marcial) Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ: “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español”, Montevideo-Buenos Aires (B de F), 2010.

GÓMEZ TOMILLO: “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español”, Valladolid (Lex Nova), 2010.

GUARDIOLA LAGO: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

HEINE: “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en “Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial” (Gómez-Jara), Pamplona (Aranzadi), 2006.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ: “Derecho penal económico y de la empresa. Parte general”, 3ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch) 2011, pág.519 y ss.

MORALES PRATS: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en “Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos”, Estudios de Derecho judicial n° 155, Madrid (CGPJ) 2010.

NIETO MARTÍN: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, Madrid (Iustel), 2008.

ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC: “Compendio de Derecho Penal. Parte general”, Valencia (Tirant lo Blanch), 3ª ed., 2011, pág. 279 y ss.

QUINTERO OLIVARES: “La regulación de

la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el Código Penal”, en Curso de incidencias de la reforma del Código Penal. Cursos de la Fiscalía General del Estado. Texto electrónico, marzo de 2011.

RAMÓN RIBAS: “*La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*”, Granada (Comares), 2009.

RODRÍGUEZ MOURULLO: “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva político-criminal y dogmática*”, Tribuna, nº 5, abril-junio 2011, pág. 7 y ss.

SILVA SÁNCHEZ: “*La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, en Derecho Penal y Criminología, vol. 29, nº. 86-87, 2008, pág. 130.

TIEDEMANN: “*Manual de Derecho penal económico. Parte general y especial*”, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

VIVES ANTÓN: “*Fundamentos del sistema penal*”, 2ª edición, Valencia (Tirant lo Blanch), 2011.

VIVES ANTÓN: “*Ley, lenguaje y libertad (sobre determinismo e indeterminismo)*”, en Teoría y Derecho (en prensa), 2012.

ZUGALDÍA ESPINAR: “*La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*”, Valencia (Tirant lo Blanch) 2008.

ZUGALDÍA ESPINAR: “*Societas delinquere non potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio)*”, en La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 76, noviembre 2010, pág. 1.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: “*Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*”, Pamplona (Aranzadi), 2009.

