

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

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

La gestación de esta importante decisión de

política criminal y penal viene, en todo caso, de lejos. Ya el nuevo Código Penal de 1995 –en cuyo artículo 31 se mantuvo la norma del actuar en nombre de otro– aludió en su art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) a la imposición, entre otros, a la empresa de la pena de inhabilitación especial (inclusiva de la prohibición de contratar con las Administraciones públicas), algo que, si para Zugaldía Espinar⁴ constituía una prueba del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pasó por lo general como anecdótico: un mero descuido del legislador⁵.

Pero, sobre todo, el elenco de reacciones penales tradicionales –penas y medidas de seguridad– se completó en el nuevo Código con las llamadas consecuencias accesorias. Entre éstas, al lado del comiso, ocupaban una posición de relevancia las previstas por el artículo 129, dirigidas a sociedades, asociaciones, fundaciones o empresas (tanto de titularidad individual, como con personali-

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP-IAPL). El presente trabajo forma parte del Proyecto de investigación DER2010-21164 (Subprograma JUR), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es investigador principal.

¹ Con todo, no faltaron autores favorables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España como Saldaña (Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación), Madrid, 1927) o Massaveu (“La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación”, Revista de Estudios Penales, II, 1945, pp. 50 ss.), y al igual que Barbero Santos (“¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?”, Revista Española de Derecho Mercantil, 1957, pp. 1304 ss.).

² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero, dir. por Díaz-Maroto y Villarejo, Cizur Menor, 2011, p. 66.

³ En contra, sin embargo, por entender que “la responsabilidad de la persona jurídica sólo es formalmente penal”, ROBLES PLANAS, R., “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, La Ley, 7705, D-359, 29 septiembre 2011 (pdf), pp. 12 ss.

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

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

dad jurídica propia)⁶ y “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” (art. 129.3). La nueva regulación suscitó un importante debate doctrinal, que se vio acentuado cuando la LO 15/2003 afirmó su voluntad expresa de abordaje de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷.

A. LAS LLAMADAS “CONSECUENCIAS ACCESORIAS”

En la línea de otros ejemplos del Derecho Comparado⁸ (pero sin incluir la multa)⁹, el artículo 129 contempló como “consecuencias accesorias” aplicables a las personas jurídicas: la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la sociedad, asociación o fundación; la suspensión

de las actividades; la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores¹⁰; pudiendo la clausura temporal y la suspensión ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa (art. 129.2 CP).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, dir. por Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, vol. I, Cuenca, 2001, p. 977.

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

Para otros autores²¹, las consecuencias accesorias debían considerarse propias y verdaderas penas, por rellenar los requisitos sustantivos propios de éstas y tratarse de respuestas a la comisión de un hecho delictivo, de carácter preventivo (general y especial), legalmente previstas y destinadas a ser impuestas por el juez penal, con respeto de todas las garantías. También aquí (al lado de la falta de inclusión en el catálogo general de penas) las evidentes distancias entre penas y consecuencias accesorias²², a pesar de su proximidad en algunos aspectos²³, unida al hecho de su imposición potestativa y no obligatoria, cuestionaban decisivamente esta posición.

Por todo ello, la mayor parte de los autores, apoyados en su “naturaleza peculiar”²⁴, acabaron inclinándose a favor de su configuración como una “tercera vía” penal, distinta de la propia de las penas y de las medidas de seguridad, las cuales, basadas respectivamente en

- ¹⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, en *El nuevo Derecho Penal español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coord. por Quintero Olivares/Morales Prats, Pamplona, 2001, p. 279.
- ¹⁶ Para una reformulación en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal”, en *Derecho penal económico. Manuales de Formación Continuada del C.G.P.J.*, nº 14, Madrid, 2001, pp. 342 ss.
- ¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Sanciones...*, cit., pp. 142 ss.
- ¹⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español. (requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas por el art. 129 del Código Penal)”, en *El nuevo Derecho Penal español*, cit., p. 888.
- ¹⁹ LUZÓN PEÑA, D.M., “Las consecuencias accesorias como tercera vía de las sanciones penales”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, coord. por Octavio de Toledo et al, Valencia, 2004, pp. 545 s.
- ²⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., cit., p. 280; SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 884.
- ²¹ BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, 1998, pp. 284 s. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión”, *La Ley*, 3 octubre 1996, pp. 1 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Artículo 129”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. por Cobo del Rosal, Madrid, 1999, p. 1051; ZÚÑIGA, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2003, p. 213.
- ²² MAPELLI CAFFARENA, B., “Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal”, *Revista Penal*, 1, 1998, p. 48.
- ²³ ARROYO ZAPATERO, L., “Derecho Penal Económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1, 1998, p. 14; MUÑOZ CONDE, F., *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, *Revista Penal*, 1, 1998, p. 70.
- ²⁴ LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed., Madrid, 2005, p. 127.

la culpabilidad y en la peligrosidad individuales, quedaban reservadas para las personas físicas²⁵. Con todo, en este mismo marco, y compartida plenamente la necesidad de su imposición con todas las garantías, siguió debatiéndose en torno a la naturaleza jurídica de las mismas, y así, para algunos, aun aplicadas por el Juez penal, tenían naturaleza administrativa²⁶. La mayoría de los autores integrados en esta línea entendía, sin embargo, que se trataba de consecuencias penales, derivadas de la comisión de un hecho típicamente antijurídico impuestas no como accesorias a la pena, sino a partir de la constatación judicial de esa peligrosidad derivada del hecho de la comisión de un hecho típico por parte de las personas físicas a ellas vinculadas. No obstante, la falta de regulación suficiente del vínculo de conexión²⁷ y las demás insuficiencias y defectos técnicos oscurecían su vocación de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito²⁸, dirigida a asegurar una respuesta para las personas jurídicas y/o empresas, eludiendo las dificultades inherentes, desde el principio de culpabilidad personal, a la imposición de verdaderas penas a las mismas.

B) LA REFORMA DE 2003: NUEVAS DISPOSICIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

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

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

La primera, en la parte general del Código, declarando a la persona jurídica responsable directa y solidaria de la multa impuesta al administrador de hecho o de derecho que hubiera actuado en su nombre, sin concurrir en él (y sí en la entidad) “las condiciones, cualidades o relaciones” requeridas por la correspondiente figura de delito o falta (art. 31.2).

²⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea de intervención penal: el derecho penal de las personas jurídicas”, en *La Administración de Justicia en los albores del Tercer milenio*, comp. por Messuti/Sampedro Arrubla, Buenos Aires, 2001 p. 981; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *ICADE*, 42, 1997, p. 26; FERNÁNDEZ TERUELO, “Las consecuencias accesorias artículo 129 CP”, en *El nuevo Derecho Penal español*, cit., p. 280; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 1129; TAMARIT SUMALLA, J.M., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, cit., p. 1163.

²⁶ GARCÍA ARÁN, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Angel Torío López*, ed. por Cerezo Mir et al, Granada, 1999, p. 327; medidas asegurativas, reparadoras o preventivas, para ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Pamplona, 2003, p. 111; GRACIA MARTIN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas”, en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad penal por el producto*, coord. por Mir Puig/Luzón Peña, Barcelona, 1996, p. 69.

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

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

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

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

a) Responsabilidad directa y solidaria del pago de la multa

Incardinada en el marco de la regulación del actuar en nombre de otro³⁰, el nuevo artículo 31.2 no era de aplicación general, sino que venía sólo referido a los supuestos estrictamente previstos por el número 1 del artículo 31: esto es, aquellos delitos especiales en los que la no concurrencia de las condiciones, cualidades o relaciones típicas en el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica (en la que sí concurrían) llevaría a la impunidad³¹. En estos casos, de imponerse a la persona física interviniente la pena de multa “como

autor del delito”³², en virtud de lo dispuesto por el art. 31.2, la persona jurídica “en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó” quedaba sujeta a la responsabilidad directa y solidaria del pago de la misma.

La doctrina criticó los evidentes defectos³³ de una regulación carente de claridad³⁴, “mezcla de tendencias”, pues en realidad se declaraba a la persona jurídica “responsable del pago [naturaleza civil] de la pena de multa [naturaleza penal]”³⁵, y nada compatible con principios penales elementales, como la personalidad³⁶, la igualdad³⁷ y hasta la inderogabilidad de las penas³⁸. De todos modos, el debate más importante se centró en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad –legalmente descrita con términos más civiles que penales e inhabituales en el plano penológico–, extendiéndose la opinión de que, más que introducir una propia y verdadera sanción penal (o de naturaleza civil o administrativa) o, en su caso, una consecuencia accesoria³⁹, la fórmula legal buscaba sólo el “aseguramiento patrimonial

³⁰ Críticamente, CARRASCO ANDRINO, M.M., *ibidem*, p. 153; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo art. 31.2 del Código Penal: cuestiones de “lege lata” y de “lege ferenda”, *La Ley*, 6548, 13 septiembre 2006, p. 2; GALÁN MUÑOZ, A., “¿Societas delinquere nec punire potest? Algunas consideraciones críticas sobre el artículo 31.2 CP”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 18, 2006, pp. 266 ss.

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

³² A favor de su interpretación en sentido estricto, SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2...”, *cit.*, pp. 5 s.

³³ ALVAREZ GARCÍA, F.J., “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, *Revista de Derecho Penal*, 12, 2004, pp. 141 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, *cit.*, pp. 38 s.

³⁴ Por todos, LUZÓN PEÑA, D.M., “Las consecuencias accesorias...”, *cit.*, p. 549 (n.7).

³⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo...”, *cit.*, p. 2.

³⁶ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal*, Valladolid, 2004, pp. 71 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, *cit.*, pp. 37 ss.

³⁷ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, *cit.*, pp. 154 s.

³⁸ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias...*, *cit.*, pp. 71 s; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Obligación solidaria...”, *cit.*, pp. 37 ss.

³⁹ MIR PUIG, S., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, *cit.*, 762.

de una deuda de Derecho público⁴⁰, sin que de ello pudiera derivarse ninguna regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español.

En cualquier caso, una posición minoritaria, resistiéndose a la asimilación de lo dispuesto por el art. 31.2 con la obligación directa y solidaria del pago de la responsabilidad civil ex delicto⁴¹, y partiendo de la admisibilidad de “reglas jurídico-civiles de atribución de una consecuencia jurídico-penal”⁴², trató de elaborar de un modo constitucionalmente aceptable los presupuestos de la que consideraban una responsabilidad penal generada a partir de “un hecho de conexión”⁴³. Así, a juicio de Gómez-Jara Díez, la extensión de la responsabilidad penal a la persona jurídica a través del art. 31.2 podía hallar su fundamento en la infracción del deber de garantía propio de la persona jurídica respecto de las actuaciones de sus empleados, que le exige “configurar su ámbito de organización de manera idónea para evitar la actuación delictiva de éstos”⁴⁴. Por su parte, para Galán Muñoz, el art. 31.2 CP suponía la identidad entre “la persona física actuante y la jurídica” y, con base en este entendimiento, fundamentaba “la culpabilidad de la persona jurídica atendiendo a la propia de su alter ego”, eludiendo toda infracción del principio de personalidad de las penas.

La efectiva condena de la persona física tenía sentido porque sólo entonces cabía asegurar la presencia de todos los elementos precisos para responsabilizar a la persona jurídica; y, para no infringir el principio *ne bis in idem*, se entendía que la responsabilidad del pago de la multa fuera declarada de modo solidario⁴⁵.

b) Tráfico organizado de drogas: art. 369.2

Si en 1995 el art. 262 (alteración de precios en concursos y subastas públicas) incluyó una alusión a la imposición al agente y a la persona o empresa por él representada de la pena de inhabilitación especial, la reforma de 2003 mantuvo la referencia y también puntualmente permitió imponer en los delitos cualificados de tráfico organizado de drogas una multa del tanto al triplo de la droga objeto del delito⁴⁶, aplicable a “la organización, asociación o persona titular del establecimiento” (art. 369.2).

Respecto del artículo 262, la conclusión generalizada siguió siendo el rechazo de la naturaleza de pena de la prohibición de contratar con las administraciones públicas impuesta a la empresa⁴⁷.

En el caso del art. 369.2, importantes autores defendieron la naturaleza de consecuencias accesorias⁴⁸ de todas las calificadas por aquél

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, “El artículo 31.2...”, cit., p. 39.

⁴¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J., “Organización delictiva, comisión concertada u organizada”, Libro Homenaje a D. Gonzalo Rodríguez Mourullo, ed. por Bajo Fernández et al, Madrid, 2005, p. 1786.

⁴² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El nuevo...”, cit., p. 3.

⁴³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *ibidem*, p. 5. También GALÁN MUÑOZ A., “¿Societas...?”, cit., p. 269.

⁴⁴ Lo que no impediría excluir su culpabilidad, conforme a un concepto constructivista de responsabilidad empresarial, si pudiera demostrar que el cumplimiento de la fidelidad al Derecho se integra firmemente en su cultura empresarial. La culpabilidad de la empresa, Madrid, 2005, p. 312; ver también del mismo autor, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8, 2006, 05:21 ss.

⁴⁵ “¿Societas...?”, cit., p. 271

⁴⁶ Esto, junto al comiso y la clausura, suspensión, disolución o intervención, la privación del derecho a obtener beneficios fiscales, a la sociedad u organización a través de la cual el delito se hubiera cometido, a las que el art. 369.2 (como a las demás del art. 129) llamaba “medidas”.

⁴⁷ Que Quintero Olivares calificó de consecuencia accesoria a pesar de su falta de previsión por el art. 129. Comentarios al nuevo Código Penal, dir. por Quintero Olivares, cit., p. 1320.

⁴⁸ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Acerca...”, cit., pp. 157.

como “medidas”, si bien no faltaron quienes lo consideraron algo particularmente dudoso tanto respecto de la inhabilitación especial, como, sobre todo, en el caso de la multa⁴⁹, la cual podía imponerse de manera directa y acumulativa, sin exigir, además, de las personas físicas intervinientes una actuación por cuenta de la “organización⁵⁰, asociación o persona titular del establecimiento”.

C) *Recapitulación*

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

damentalmente económicas) de la misma.

II. ALTERNATIVAS BÁSICAS: POSICIÓN PERSONAL

En realidad, adoptada la decisión de intervención por parte del Derecho penal, la primera cuestión que debería plantearse todo legislador es la del modelo a seguir para instrumentar esta responsabilidad, a cuyo efecto se abren al menos como alternativas más básicas⁵¹: el sometimiento de las personas jurídicas a un régimen de responsabilidad penal ligado y dependiente del de las personas físicas; y la construcción de una nueva línea de intervención penal específica para los entes dotados de personalidad jurídica, que –con plenas garantías y límites claros– permita incidir sobre éstos de un modo directo, a partir de la delimitación de su propia y característica responsabilidad, y sin perjuicio de la oportuna exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas intervinientes. Todo ello, bien respecto de cualquier hecho delictivo o tan sólo por aquellas figuras criminales más cercanas al actuar empresarial, y modulando, en su caso, las diversas categorías dogmáticas⁵² para posibilitar su

⁴⁹ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *Derecho penal*, cit., p. 956.

⁵⁰ Contra la posibilidad de que pudiera imponerse una pena a una “organización”, concepto que no exige la personalidad jurídica, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Barcelona, 2008, p. 198.

⁵¹ Para una descripción general de los principales modelos teóricos, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 88 ss. Ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp.80 ss; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 233 ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, 86-87, 2008, pp. 129 ss.

⁵² BACIGALUPO, S., “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, en *La Ley*, núm. 7541, 5 enero 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 13 pp.). En sentido similar, BAJO FERNÁNDEZ, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho administrativo español”, en *Responsabilidad penal de las empresas*, cit., p. 26; ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...*, cit., p. 39; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 79; y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del Principio Societas delinquere potest”, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, cit., p. 175. Advierte, con todo, de sus posibles consecuencias negativas para la propia dogmática jurídico-penal, ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *InDret*, 344, 2006, p. 5.

adaptación a las características propias de aquellas entidades.

La segunda de las alternativas apunta al régimen de autorresponsabilidad, un modelo que alcanza una importancia cada vez más relevante en el plano científico y doctrinal⁵³.

Por su parte, el sistema de heterorresponsabilidad se basa en la “responsabilidad por atribución”⁵⁴ de los delitos cometidos por quienes operan finalmente como recursos personales e instrumentos para la realización de las actividades de las entidades.

Con todo, debido en gran parte a las dificultades que para la persecución penal suscita lo anterior, incluso en este plano se han ido abriendo camino los llamados modelos estructurados sobre el principio de agregación⁵⁵. Esta perspectiva, sabedora de que la integración de determinados tipos penales no puede apreciarse sino a través de la valoración del

conjunto de lo actuado, busca llegar a una exigencia de responsabilidad penal que no dependa de la suerte de los comportamientos de determinados sujetos individuales, por muy relevantes que éstos sean en la estructura directiva u organizativa de la entidad.

En los modelos de atribución el examen y delimitación de los vínculos de conexión constituye, naturalmente, una cuestión de la mayor relevancia⁵⁶. Ahora bien, siendo la responsabilidad penal lo opuesto a una responsabilidad puramente objetiva, tampoco en estos modelos puede evitarse el debate en torno a la fundamentación material de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En esta línea, entre otras propuestas⁵⁷, la doctrina del defecto de organización, formulada hace más de dos décadas por Tiedemann⁵⁸, sigue constituyendo un punto de referencia esencial, aun cuando su incardinación preferible en la estructura del delito no sea, a nuestro juicio, la culpabilidad⁵⁹. En efecto, presupuesta la capacidad ge-

⁵³ HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhalten zu Kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden, 1995; LAMPE, J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *ZStW* 106, 1994, pp. 684 ss.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 321 ss.

⁵⁵ VERVAELE, J.A.E., “La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 1998, p. 167.

⁵⁶ BACIGALUPO SAGESSE, S., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 379 ss., en especial pp. 390 ss.

⁵⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea...”, cit., pp. 72 ss.

⁵⁸ TIEDEMANN, K., “Die Bebüssung von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, pp. 1169 ss. También, DANNECKER, G., “Zur Notwendigkeit der Einführung Kriminalrechtlicher sanktionen gegen Verbände”, en *Goldtdammers Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 101 ss. Críticamente, ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos...?”, cit., p. 19; HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, cit; HIRSCH, H., *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbände, Leverkusen*, 1993; VOLK, K., “Zur Bestrafung von Unternehmen”, en *Juristische Zeitung*, 1992, pp. 429 ss; SCHÜNEMANN, B., “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo/Jornadas en honor al Profesor Klaus Tiedemann*, ed. por Arroyo Zapatero, Madrid, 1995, pp. 565 ss.

⁵⁹ También, entre otros, GÓMEZ JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *La Ley*, núm. 7534, 2010 (pdf), p. 9; GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión...”, cit., pp. 132 s; PÉREZ MANZANO, M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Actualidad Penal*, 2, 1995, pp. 21 ss. A favor, sin embargo, de su pertenencia a la culpabilidad, en la línea originaria de Tiedemann, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2010, pp. 104 ss.

neral de autoorganización o funcionamiento de las entidades jurídicas, en el propio plano del injusto típico –bien directamente o como reflejo de la infracción por parte de la persona jurídica de su deber de garantía en la evitación de la comisión en su seno de hechos delictivos–, el defecto de organización o funcionamiento, ligado al incremento de riesgo⁶⁰, constituye un elemento clave del injusto propio de la persona jurídica⁶¹, facilitando la exclusión de la tipicidad respecto de resultados (delitos) imprevisibles o inevitables y, en general, cuando su producción sea completamente ajena al defecto de organización apreciado⁶².

En un Derecho penal respetuoso de los principios limitadores de la potestad punitiva del Estado, la imputación típica (objetiva y subjetiva) no basta para la proclamación de la responsabilidad penal. Esta, como responsabilidad personal, requiere también la atribución del hecho típico al sujeto individual y la confirmación de la necesidad de intervención penal respecto del mismo, en este caso, respecto de la propia persona jurídica. La imputabilidad de las personas jurídicas⁶³ no deja de ser problemática; y lo mismo cabe decir de las propuestas de dotar de contenido específico a la culpabilidad de las personas jurídicas⁶⁴, entre las que la culpabilidad por la dirección de la empresa⁶⁵ destaca entre los criterios de culpabilidad organizativa⁶⁶, si bien presenta de-

masiadas afinidades con la culpabilidad por el modo de vida, nada compatible con un Derecho penal del hecho. También parecen de gran interés los ensayos de construcción de la culpabilidad de la persona jurídica con base en la “cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad”⁶⁷. Tiene, no obstante razón Gómez Tomillo al criticar estas posturas por restringir excesivamente “las posibilidades sancionatorias”, que quedan “reducidas al ámbito de lo excepcional”, pues “una cultura tal es más propia de las organizaciones criminales que de las personas jurídicas que operan en el mercado y que excepcionalmente incurrir en un delito”⁶⁸. Resulta, por ello, más razonable fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica en “su disposición jurídica en el momento del hecho”, expresiva, como recuerda Feijóo Sánchez, no de la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, sino de la falta de (o carencias que presenta en la entidad) esa “cultura de cumplimiento de la legalidad” que le es legal e individualmente exigible⁶⁹.

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

En todo caso, la reforma de 2003 no supuso un punto final en el proceso de regulación de la responsabilidad penal de las personas jurí-

⁶⁰ HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit* pp. 311 ss.

⁶¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 80 ss. Crítica, sin embargo, la “debilidad del modelo”, ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., pp. 1 ss.

⁶² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Una nueva línea...”, cit., p. 79.

⁶³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Imputabilidad de las personas jurídicas”, en Libro homenaje al Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, cit., pp. 425 ss.

⁶⁴ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 91 ss; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal...*, cit., pp. 116 ss. y 151 ss.

⁶⁵ HEINE, G., *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit...*, cit., p. 313.

⁶⁶ CUADRADO RUIZ, M.A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia delante ¿un paso hacia atrás?”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 12, 2007, p. 138.

⁶⁷ Por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad...*, cit., en particular, pp. 208 ss; y del mismo autor, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 9.

⁶⁸ “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 25, 2011, p. 71.

⁶⁹ “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 107-109.

dicas en el Derecho español. Confirmada esa voluntad por los posteriores anteproyectos y proyectos de reforma (desde 2006)⁷⁰, antes de finalizar la primera década del siglo XXI, se ha aprobado la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, entrada en vigor el 23 de diciembre del mismo año tras una *vacatio* de seis meses.

La reforma deroga tanto lo previsto por el artículo 31.2, como por el artículo 369.2 (no así el art. 262.2, que no resulta afectado). Respondiendo a un creciente consenso doctrinal⁷¹—que, partiendo de la crítica al sistema de

las consecuencias accesorias, cuya “relevancia práctica” fue tan sólo “marginal”⁷², reclamaba la estructuración apropiada del sistema adecuado de intervención sobre las personas jurídicas, hace tiempo propugnada en el plano europeo por la Rec. (18)88—, rompe ya sin matices con el principio *societas delinquere non potest*⁷³. Y regula explícitamente⁷⁴ la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español, que, naturalmente, lleva aparejada la correspondiente responsabilidad civil directa de la entidad, “en los términos establecidos en el artículo 110”

⁷⁰ JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al Proyecto de modificación del Código Penal de 2006”, en *La reforma de la Justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, coord. por Arangüena Fanego/Sanz Morán, Valladolid, 2008, pp. 51 ss; MORALES PRATS, F., “La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español: de lo accesorio a lo principal”, en *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, dir. por Muñoz Conde, Valencia, 2008, pp. 595 ss; y, del mismo autor, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas; perspectivas de reforma en el Derecho penal español”, *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, dir. por Álvarez García, Valencia, 2009, pp. 47 ss. Ver también, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado”, en *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos. Cuadernos penales José María Lidón*, núm. 6, 2009, pp. 291 ss; FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *La reforma de la Justicia penal*, cit., pp. 23 ss; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”, en *El Anteproyecto...*, cit., pp. 203 ss; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Responsabilidad penal para los entes sociales?”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXII, 2009, pp. 126 ss; ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, dir. por Luzón Peña, Madrid, 2010, pp. 279 ss. y 284 ss; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones”, en *El Anteproyecto...*, cit., pp. 303 ss.

⁷¹ Traducido hasta en propuestas articuladas, entre las que cabe destacar por su desarrollo e importancia la de NIETO MARTÍN, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal”, en *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, dir. por Serrano-Piedecabras/Demetrio Crespo, Madrid, 2008, pp. 146 ss.

⁷² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma del art. 129 CP”, en *Estudios sobre las reformas del Código Penal...*, cit., p. 241.

⁷³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 66. En contra, sin embargo, ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., pp. 12 ss.

⁷⁴ De un “modo formal, expreso y sincero”. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, en *La Ley*, núm. 7561, 2011, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, 12 pp.).

y “de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos” (art. 116.3 CP)⁷⁵. Como expresa Zúñiga Rodríguez, se supera de este modo “la etapa del si de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para adentrarnos en el cómo hacerlo”⁷⁶.

La decisión, justificada por el Preámbulo con base en una amplia lista de textos normativos de la Unión Europea (los cuales, sin embargo, salvo alguna curiosa excepción, no exigen que la responsabilidad que demandan para la persona jurídica tenga que ser de naturaleza estrictamente “penal”)⁷⁷, se incardina en la línea seguida por no pocos legisladores hasta del marco continental europeo, conscientes de la

frecuencia y trascendencia de los hechos delictivos que tienen lugar, fundamentalmente, en el ámbito de la empresa, respecto de los que no cabe esperar mayor incidencia preventiva de los instrumentos del Derecho administrativo sancionador⁷⁸ y para los que las respuestas penales tradicionales, centradas en la responsabilidad penal individual, son tantas veces ineficaces⁷⁹, dada la complejidad de los mecanismos internos de división de tareas⁸⁰.

A) EL NUEVO ARTÍCULO 31 BIS

Conforme a lo dispuesto por el nuevo art. 31 bis, en los supuestos expresamente previstos por la ley, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede derivar de la comisión

⁷⁵ Para las cuestiones que suscita y, en particular, la compatibilidad de esta norma con lo dispuesto, con anterioridad, por el artículo 120.4 CP, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 193 ss.

⁷⁶ “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010”, en Un Derecho penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz, dir. por Muñoz Conde et al, Valencia, 2011, p. 1154.

⁷⁷ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “Armonización penal en la Unión Europea”, en La reforma de la justicia penal, cit., p. 146; ver también, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 70; GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, La Ley, 7501, 3 noviembre 2010, p. 1 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “¿Responsabilidad penal...?”, cit., pp. 118 s, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, La Ley, 7464, 9 septiembre 2010, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 10 pp.). En realidad, entre las múltiples directivas y decisiones-marco, sólo la Directiva 2009/52/CE sobre normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, alude expresamente (en el título de su artículo 12) a Sanciones “penales” aplicables a las personas jurídicas, si bien en su artículo 11, al referirse a la responsabilidad de las personas jurídicas, evita la inclusión del calificativo “penal”. También, con algún matiz, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, en Memento Experto. Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010, coord. por Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, 2010, p. 12.

⁷⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 1163.

⁷⁹ SCHÜNEMANN, B., “Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht”, en Bausteine des europäisches Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, Schünemann/Suarez Gonzalez (Hrsg.), Köln, 1995, pp. 271 ss.

⁸⁰ Destaca Fernández Teruelo la posibilidad de que la penalización de la persona jurídica pueda acabar beneficiando al delincuente económico, al “contribuir a relajar los esfuerzos por localizar al autor” (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, en Revista Jurídica de Castilla y León, núm. 25, septiembre 2011, p. 11), si bien, como recuerda Carbonell Mateu, esto puede evitarse con “la acumulación de responsabilidades”. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su ‘dogmática’ y al sistema de la reforma de 2010”, Cuadernos de Política Criminal, 101, 2010, pp. 9 s.

de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas⁸¹.

Estas personas físicas deben:

* presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de:

- representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la misma, o
- personas sometidas a la autoridad de los anteriores; y

* actuar, además,

- bien en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, si se trata de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho;
- bien, por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores,
 - en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica, y
 - por no haberse ejercido sobre ellas el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

La distinción expresa entre representantes legales⁸² y administradores, de un lado, y personas sometidas a su autoridad, del otro, lleva a restringir el marco de aplicación de la primera

categoría a los verdaderos administradores (de derecho o de hecho), representantes orgánicos y obligatorios, y a los representantes “no orgánicos y voluntarios”⁸³. Son administradores aquellas personas en cuyas manos se encuentra el “control del funcionamiento”⁸⁴ de la entidad y que cuentan con “capacidad real de tomar decisiones socialmente relevantes (...) sobre las cuestiones atinentes al giro de la empresa”⁸⁵, actuando bajo la sujeción directa de los órganos de gobierno de la entidad.

La categoría más problemática en este plano es la de los administradores de hecho, para los que –respecto del artículo 31 y los delitos societarios– mantiene la doctrina que conviene “sustentar(se) sobre bases materiales que tengan que ver con el bien jurídico protegido y la capacidad del sujeto activo de lesionar dicho bien”⁸⁶, algo que, coherentemente, ha de ser también aplicable al primer párrafo del número 1º del artículo 31 bis⁸⁷.

Por lo que se refiere a los representantes legales, literalmente cubriría a los empleados que contratan con terceros participando en la actividad exterior de la entidad, lo que lleva a un mapa de posibles sujetos activos “notablemente amplio”⁸⁸, inclusivo de mandos intermedios⁸⁹.

⁸¹ Censura Carbonell Mateu la falta de referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas por “los hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales a los que, legal o estatutariamente corresponda la adopción de decisiones ejecutivas”, que “encaja mucho mejor con el dolo” y cuyo tratamiento penal no deja de suscitar “inconvenientes”, aunque no insuperables, desde la perspectiva del art. 31 bis. “Responsabilidad penal”, cit., p. 28.

⁸² Critica la terminología empleada, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº1, del Código Penal”, Cuadernos de Política Criminal, 103, 2011, p. 54.

⁸³ DEL ROSAL BLASCO, B., *ibidem*, 103, 2011, p. 56.

⁸⁴ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 55.

⁸⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 57.

⁸⁶ Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 60.

⁸⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 93.

⁸⁸ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 65.

⁸⁹ Expresamente a favor de su inclusión en el art. 31 bis 1, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 58 (n.35), que los considera “administradores de hecho”, Introducción..., cit., p. 76. En contra, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, Madrid, 1 junio 2011, p. 50.

Para corregir lo que considera un probable exceso, propone Del Rosal Blasco una interpretación restrictiva, que reconduzca el ámbito de su aplicación al “factor”⁹⁰. Sin perjuicio de que la coherencia de la propuesta en la línea del “modelo amplio de identificación”⁹¹ defendido por este autor (un sistema, en definitiva, de atribución)⁹², desde la perspectiva que inspira este trabajo no parece, sin embargo, político-criminalmente adecuado restringir de entrada las posibilidades de autorresponsabilidad de los entes jurídicos a los hechos cometidos por apoderados generales, gerentes y directores generales⁹³. Máxime cuando la letra de la ley no lo exige y puesto que, aun cuando no sea en la práctica lo normal⁹⁴, conforme al concepto de administradores de hecho y de derecho defendido (congruente con el sentido otorgado en otros pasajes del Código) y a los solos efectos del primer párrafo del art. 31 bis 1 primero, podrá haber representantes legales que no sean administradores de hecho o de derecho en el sentido restrictivo mantenido. Abunda igualmente en lo anterior el extenso y plural universo organizativo que encuentra amparo en la personalidad jurídica y las grandísimas distancias estructurales, de dimensión, etc.,

entre unas entidades y otras, que podría resultar en impunidad dada la “división del trabajo, la descentralización y la atomización de responsabilidades”⁹⁵ que caracterizan, en particular, a las grandes empresas⁹⁶.

Siendo posible, de otra parte, la administración de una sociedad por otra persona jurídica, si concurren los requisitos legalmente exigidos⁹⁷, el representante de esta última será “el administrador de hecho de la sociedad”⁹⁸.

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

La exigencia de haber actuado en nombre y por cuenta de la persona jurídica obliga a entender que las personas físicas han de operar en el giro o tráfico de la entidad y en el marco “formal, material y funcional” del “contenido real de su mandato, por lo que, de actuar la persona física fuera de su ámbito, el delito no será imputable a la persona jurídica, aunque le favorezca”⁹⁹,

⁹⁰ “La delimitación típica...”, cit., p. 65. A favor de que se trate tan sólo de “quien asuma la representación general”, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 94.

⁹¹ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa”, *La Ley*, 7670, 11 julio 2011, pp. 3 s.

⁹² “Un doble sistema de atribución”. DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 44.

⁹³ DEL ROSAL BLASCO, B., *ibidem*, p. 65.

⁹⁴ CARBONELL MATEU/MORALES PRATS/DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Personas jurídicas: artículo 31 bis CP”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 32.

⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción...*, cit., pp. 75 s.

⁹⁶ BLANCO CORDERO, I., “Recensión del libro de Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13 (2011), r2:3.

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

⁹⁸ Por todos, DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 64 (n.49). Ver también

⁹⁹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 50.

En esta línea, incluso requiriendo que la actuación “asuma las directrices de comportamiento de la persona jurídica... no se oponga a su Código de conducta”, DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, 87, 2011, pp. 2 s. (del texto con notas descargado de la Web, 18 pp.).

pudiendo las “extralimitaciones” puntuales llevar, en el plano penal, a “excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta”¹⁰⁰. La referencia al provecho, cuya naturaleza no queda legalmente fijada¹⁰¹, ha sido criticada por su falta de claridad¹⁰² –muy en particular, en lo que concierne a la necesidad o no de que se trate de un provecho económico¹⁰³– y ha de entenderse en sentido amplio, compatible con el provecho propio de la persona física¹⁰⁴, y de forma objetiva: como “efectiva tendencia”¹⁰⁵ o “idoneidad ex ante”¹⁰⁶ para reportar beneficio, utilidad, ventaja, interés¹⁰⁷ a la persona jurídica en un cierto plazo, lo que incluye tanto el provecho directo como el indirecto (reducción de costes)¹⁰⁸ y sin que se requiera su verificación o realización efectiva.

En el caso del párrafo segundo del art. 31 bis

1, se alude a las personas sometidas a la autoridad de representantes y administradores, lo que para la mayor parte de la doctrina abarca a todo aquel que actúe bajo la autoridad¹⁰⁹ de administradores y/o representantes, sin necesidad de una vinculación o laboral o mercantil formal con la entidad¹¹⁰. Por lo que se refiere a su actuación, debe darse “en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho” de la entidad; además, es preciso que los hechos hayan podido tener lugar “por no haberse ejercido sobre ellos el debido control” por parte de los administradores y/o representantes legales¹¹¹ y “atendidas las concretas circunstancias del caso”. Dada la amplitud del supuesto, que debería interpretarse “por exclusión”, esto es, centrándose en los casos de violación del deber de control no susceptibles de incardinación en el párrafo primero del art. 31 bis 1¹¹², aun cuan-

¹⁰⁰ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 34. También BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 86; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)”, La Ley Penal, 76, 2010, p. 3 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.).

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

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

¹⁰³ A favor, con razón, de su no restricción a lo “estrictamente económico(s)”, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 3. Ver también, ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa”, La Ley Penal, 81, 2011, p. 2 (del texto con notas descargado de la Web, 7 pp.).

¹⁰⁴ Destaca la irrelevancia, a estos efectos, de las “intenciones o motivaciones” de los sujetos intervinientes, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 99.

¹⁰⁵ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 43.

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

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

¹⁰⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18.

¹⁰⁹ A juicio de Fernández Teruelo, “directa” (“La responsabilidad penal...”, cit., p. 33); sin embargo la FGE admite la falta del debido control “a través de la cadena de delegaciones que se haya previsto a tal fin”, Circular 1/2011, cit., p. 46.

¹¹⁰ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 89. Así, podrán estar vinculados con la entidad por alguna relación de carácter laboral, de arrendamientos de servicios, o empresa de trabajo temporal, FGE, Circular 1/2011, cit., p. 46; también GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 79 s. Feijóo Sánchez entiende, con todo, que “sólo deberían ser relevantes los comportamientos de aquellas personas que tengan una relación laboral o de Alta Dirección con la persona jurídica”, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 100.

¹¹¹ DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., p. 90. Lo que, como recuerda Feijóo Sánchez, obliga a entender que los hechos cometidos han de constituir la “necesaria concreción o realización de la infracción de los deberes” por parte de los administradores y/o representantes. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 103.

¹¹² DEL ROSAL BLASCO, B., “La delimitación típica...”, cit., pp. 90 ss.

do, literalmente, baste con la constatación del defecto de control, por mor del principio de intervención mínima habrá de exigirse que éste sea calificable al menos de grave.

B) MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL

La simple lectura del contenido del artículo 31 bis 1 permite enseguida destacar la importancia que el seno del nuevo sistema de imputación de la responsabilidad penal alcanzan tanto el hecho delictivo que ha de cometer la persona física, como el vínculo de conexión con la persona jurídica. Ambos se conforman como aspectos esenciales de referencia de cara a la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, configurando aparentemente un sistema de heterorresponsabilidad, prolongación de lo que, en la línea “del sistema anglosajón del alter ego”, se viene calificando como “modelo de la transferencia o la atribución”¹¹³, también llamado, entre otras, modelo de adhesión o de responsabilidad penal indirecta (“incluso derivada”)¹¹⁴, y que supone por tanto la imputación por “identificación”¹¹⁵ o por “representación”¹¹⁶ de la entidad con base en el hecho de otros, cuyos posibles excesos tratan de compensarse con la restricción del elenco de personas de referencia y la exigencia adi-

cional de determinados requisitos materiales.

Otros elementos del propio artículo 31 bis apuntan, por su parte, una responsabilidad propia y directa de la entidad¹¹⁷: éste es particularmente el caso del contenido del artículo 31 bis 2, en el que se declara exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica, aun cuando “la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”. A ello se añade la previsión del número 3, relativa a la ineficacia de cara a la responsabilidad de la entidad de las “circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad”, así como “el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia”.

En todo caso y a pesar de lo anterior, se diría que, aisladamente considerado, el tenor literal del párrafo 1 del artículo 31 bis 1 ofrece escaso margen de juego a todo lo que no sea la responsabilidad objetiva de la entidad por la actuación de otro¹¹⁸; y que sólo en el párrafo segundo se alude a lo que, conforme a la teoría del defecto de organización, podría servir de fundamento para la construcción de una responsabilidad propia de la persona jurídica: la falta del debido control¹¹⁹. No faltan, por

¹¹³ ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., p. 9.

¹¹⁴ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio”, *La Ley Penal*, 77, 2010, p. 6 (del texto con notas descargado de la Web, 8 pp.).

¹¹⁵ DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 3 s.

¹¹⁶ DE URBANO CASTRILLO, E., “El impacto de la reforma del Código Penal, en relación a las personas jurídicas”, en *La Ley penal*, núm. 61, junio 2009, p. 4 (del texto con notas descargado de la Web, 9 pp.); en sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 19. Ver también, con matizaciones BACIGALUPO SAGESSE, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, dir. por Gómez Tomillo, 2ª ed., Valladolid, 2010, p. 272; de la misma, “Los criterios de imputación...”, cit., p. 3, donde acaba indicando que, en realidad, “el legislador no ha elaborado un modelo de imputación en sentido estricto” (p. 4).

¹¹⁷ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 2.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 22 ss; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. (a cargo de V.Gómez Martín), Barcelona, 2011, p. 204.

¹¹⁹ CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, “Responsabilidad penal...”, cit., p. 71; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18; NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Jurídica Galega*, núm. 63 (2009), p. 50.

ello, autores que defienden que el sistema introducido es un sistema mixto¹²⁰, el cual, sin perjuicio de independizar la responsabilidad penal de la persona jurídica de la de las personas físicas, se apoya claramente en la adhesión/identificación/atribución respecto de los delitos cometidos por los representantes y administradores, derivando hacia una mayor autorresponsabilidad (con base en el defecto de control) en los supuestos contemplados por el segundo párrafo del artículo 31 bis 1¹²¹.

Ahora bien, salvo que se prefiera defender que la responsabilidad proclamada “sólo es formalmente penal”¹²², para un derecho penal que quiera seguir siendo fiel a sus más elementales principios no deja de ser una exigencia principal la búsqueda de aquello que pueda constituir el núcleo del injusto específico¹²³, fundamentador (junto a la culpabilidad) de la responsabilidad penal propia de la persona jurídica, con base en su “hecho propio”¹²⁴ y no por el “inevitable hecho de referencia”¹²⁵, p.e. de su directivo o empleado; pues, aun cuando constituya un “presupuesto” de su responsabilidad, éste no puede ser considerado su “fundamento”¹²⁶, salvo que aceptemos la responsabilidad penal por el hecho ajeno¹²⁷. En el caso de la regulación penal introducida por la LO 5/2010, la exigen-

cia resulta aún más acuciante a la vista de que, en la parte especial, no son pocos los delitos, calificados como menos graves si se realizan por personas físicas, que serán objeto de penas con “la consideración de graves” (art. 33.7) de ser de ellos declaradas responsables las personas jurídicas. Sin perjuicio de lo establecido por la regla 2ª del art. 66 bis (que, por otra parte, tiene una aplicación limitada, tanto por las penas afectadas como por la propia naturaleza de algunas de ellas), y al margen de las críticas que pueden derivar desde el principio de proporcionalidad, esto obliga, sin duda, a buscar aquel injusto específico que permita fundamentar el salto en la gravedad de la pena por la comisión de unos mismos delitos.

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

¹²⁰ RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: problemas dogmáticos y soluciones legislativas”, en *La Ley penal*, núm. 75, 2010, p. 5 (del texto con notas descargado de la Web, 13 pp.); SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma...” cit., pp. 6 s. Para Carbonell Mateu/Morales Prats, el modelo es cercano a un sistema de transferencia, aun cuando se apoya en la “responsabilidad directa y coprincipal” de la persona jurídica. “Responsabilidad penal...”, cit., p. 72.

¹²¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...” cit., pp. 1 ss.

¹²² ROBLES PLANAS, R., “Pena...”, cit., p. 12.

¹²³ Por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...” cit., p. 91.

¹²⁴ Critica Robles Planas las referencias doctrinales a un supuesto “hecho propio” de la persona jurídica, por entender que es simplemente “una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad”. “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *InDret*, 2, 2009, p. 5; en el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...” cit., p. 5.

¹²⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Societas...”, cit., p. 2.

¹²⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...” cit., p. 4.

¹²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Modelo para un Derecho penal de las personas jurídicas”, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, coord. por García Valdés et al, T.I, Madrid, 2008, p. 721.

Frente al pronunciamiento de la Circular 1/2010 en el sentido de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es propiamente una forma de “heterorresponsabilidad”, “responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial” y que, sin perjuicio de su carácter autónomo, presenta una “naturaleza indirecta o subsiguiente”¹²⁸, resultan, por todo ello, especialmente valiosos los esfuerzos doctrinales dirigidos a resolver las dificultades anteriores, destacando como especialmente apropiadas las propuestas que, partiendo de la idea del defecto de organización, se centran en la falta del debido contro.

En efecto, a nuestro parecer y como ya se ha indicado supra, junto a la realización del hecho delictivo por las personas físicas de referencia, lo dogmáticamente razonable y coherente con la realidad de la “criminalidad de la empresa”¹²⁹, es construir no tanto la culpabilidad¹³⁰ cuanto el núcleo del injusto específico de la persona jurídica sobre la violación por ésta de su posición de garantía, o lo que es lo mismo de su deber de autoorganización de un modo adecuado para la evitación de delitos en el marco de las actividades sociales realizadas por cuenta y provecho; un deber de garantía “del cumplimiento de la legalidad y de la ade-

cuación de la organización a lo prescrito por el Derecho”¹³¹, que se presenta como de carácter “colectivo”, dirigido “a todos los entes dotados de personalidad jurídica”¹³², y que no por el hecho de que sólo resulte mencionado de manera expresa en el párrafo segundo del art. 31 bis 1, deja de ser legalmente exigible respecto de los hechos de sus administradores o representantes contemplados en el párrafo primero¹³³, habida cuenta de la delimitación legal de su actuar y de la reconducción del mismo al giro propio de la entidad, esto es, al “ámbito que la persona jurídica podría y debería haber controlado”, por ser el desplegado “al amparo de su nombre y/o con la ayuda de sus recursos”¹³⁴.

La responsabilidad penal de la persona jurídica sólo debería, por tanto, surgir cuando a la infracción del mencionado deber por parte de la entidad pueda objetivamente imputarse la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos¹³⁵, en el marco de sus actividades sociales y en el modo en cada caso exigido por el artículo 31 bis 1, el cual, en su párrafo segundo, requiere asimismo la falta de aplicación del debido control (doloso o imprudentemente)¹³⁶ por parte de las perso-

¹²⁸ Circular 1/2010, cit., pp. 30 y 107. Para una crítica en este punto de la Circular, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El ‘delito de sospecha blindado’ y la responsabilidad objetiva ‘impura’ en la Circular 1/2010 de la FGE”, *La Ley*, núm. 7694, 14 septiembre 2011, pp. 1 ss.

¹²⁹ Que conviene distinguir con claridad de la “criminalidad en la empresa” y de la “criminalidad contra la empresa” GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, *Revista General de Derecho Penal*, 16, 2011, p. 29.

¹³⁰ A favor del entendimiento de que la regulación española asume el concepto de culpabilidad por defecto de organización, por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción...*, cit., pp. 141 ss.

¹³¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 67.

¹³² GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 29.

¹³³ Por todos, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 18; ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes...”, cit., p. 3.

¹³⁴ GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 28.

¹³⁵ Afirma la necesidad del hecho de conexión (y relación de causalidad) y su compatibilidad con una responsabilidad independiente, esto es, no vicarial ni por el hecho de otro, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., pp. 49 ss.

¹³⁶ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 47. En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos...*, cit., p. 489; GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 60.

nas físicas responsables; todo ello, siempre que concurra también el “merecimiento de pena”¹³⁷: esto es, si ratificada su capacidad individual de autoorganización y funcionamiento (imputabilidad), podía evitarlo¹³⁸ y no se hallaba amparada por excusa legal alguna (culpabilidad), manifestando así, también, en el momento del hecho las carencias de la entidad en cuanto a esa “cultura de cumplimiento de la legalidad”¹³⁹ que le era individualmente exigible.

Ni las dificultades de aplicación de la categoría del dolo a las personas jurídicas¹⁴⁰, ni la proximidad del desarrollo del debido control con la observancia del debido cuidado sirven de fundamento suficiente para entender que esta responsabilidad haya de ser “de naturaleza imprudente”¹⁴¹. El artículo 31 bis admite tanto la responsabilidad dolosa como la imprudente de la entidad, que no puede confundirse con el hecho de que la responsabilidad de la persona física sea dolosa o por imprudencia. Ciertamente, es de reconocer que la vía de la imprudencia puede resultar muy adaptada a las características de la realidad de esta criminalidad, permitiendo un adecuado juego a la implantación o no de mecanismos de preven-

ción de delitos¹⁴². Además, el hecho de que, en la parte subjetiva del tipo del delito imprudente, la concurrencia “(d)el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante”¹⁴³ pueda quedar en la práctica satisfecha con la mera constatación de la ausencia de voluntad del autor de comisión del hecho resultante, facilitaría su apreciación respecto de la persona jurídica. Ahora bien, conviene indicar que, de lege lata, la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal por imprudencia¹⁴⁴ a las personas jurídicas se enfrenta a no pocas dificultades en el Derecho penal vigente en España:

- De un lado, para admitir el castigo de las acciones u omisiones imprudentes, el artículo 12 del Código Penal obliga a que “expresamente lo disponga la ley”, y ni en el artículo 31 bis ni en los preceptos de la parte especial alusivos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se halla referencia explícita alguna al castigo de la comisión imprudente por parte de éstas¹⁴⁵; por ello, la vía de la imprudencia quedará abierta a lo sumo en aquellos casos en que se encuentre expresamente prevista para la comisión imprudente del respectivo delito por parte de la persona física¹⁴⁶:

¹³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Modelo...”, cit., p. 727.

¹³⁸ CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 22 ss.

¹³⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 109.

¹⁴⁰ Y sus riesgos para la dogmática penal tradicional, NIETO MARTÍN, A., La responsabilidad penal..., cit., pp. 161 s.

¹⁴¹ GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 35 s. Por su parte, Rodríguez Ramos mantiene que el “título de imputación objetiva” ha de ser la “comisión por omisión”, debiendo ser el de “imputación subjetiva” la imprudencia, que ha de exigirse sea grave. “¿Cómo...?”, cit., pp. 3 ss.

¹⁴² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., pp. 20 s.

¹⁴³ Que se añade al “elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente)”. MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. cit., p. 297.

¹⁴⁴ Incluso si sólo se limita a la imprudencia grave, como propone DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad...”, cit., p. 21.

¹⁴⁵ Sin embargo, MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, 9ª ed. cit., p. 206.

¹⁴⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 13 ss; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...”, cit., p. 6; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Societas...”, cit., p. 4.

en realidad, financiación del terrorismo y blanqueo¹⁴⁷, conforme a la legislación en vigor¹⁴⁸.

- De otra parte, y dejando al margen la cuestión de que “el marco penal es único”¹⁴⁹, teniendo las penas para las personas jurídicas, por disposición legal, “todas la consideración de graves”, como ya se ha indicado, del repaso de las previstas por los tipos penales de la parte especial del Código se desprende que, en no pocos supuestos, las penas aplicables a las personas jurídicas serán de mayor gravedad que las susceptibles de imposición a las personas físicas por hechos dolosos, algo que no resultará fácil de justificar (desde el prisma del principio de proporcionalidad) simplemente por la presencia del injusto específico de la persona jurídica y que se convertiría en especialmente rechazable si, frente al castigo en el caso de la persona física del delito doloso, el título de imputación, en el caso de la persona jurídica, fuera además, la imprudencia.

- El examen de lo dispuesto por el artículo 66 bis en materia de aplicación de las penas lleva también a la misma conclusión: siendo la regla general la libertad judicial en cuanto a la aplicación de las penas en los delitos imprudentes (que, frente al criterio seguido por el proyecto y anteproyectos que le precedieron –los cuales mantuvieron igualmente este mismo criterio para las penas aplicables a las personas jurídicas–, sólo se somete “a su prudente arbitrio”), el artículo 66 bis, in-

troducido por la reforma de 2010, se ocupa de detallar las reglas de aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas, declarando la plena aplicabilidad de las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66, unas reglas reservadas exclusivamente para los delitos dolosos, en el caso de las personas físicas.

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

C) ÁMBITO DE APLICACIÓN: “NUMERUS CLAUSUS”

La aplicación del sistema de responsabilidad penal definido por el artículo 31 bis se refiere exclusivamente a “los supuestos previstos en este Código”. La reforma limita en exceso el catálogo de delitos imputables jurídicamente a la persona jurídica¹⁵⁰, taxativamente¹⁵¹, los siguientes:

- Tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis)
- Trata de seres humanos (art. 177 bis 7)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197.3 segundo párrafo)
- Estafas y fraudes (art. 251 bis)
- Insolvencias punibles (art. 261 bis)
- Daños informáticos (art. 264.4)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la

¹⁴⁷ Respecto del blanqueo, advierte, en todo caso, Feijóo Sánchez que, de interpretarse el “en tales casos” del art. 302.2 en el sentido de que se refiere exclusivamente a los supuestos “de existencia de una organización dedicada al blanqueo (...) no cabrían supuestos de imprudencia”. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 78 (n.18).

¹⁴⁸ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (artículos 31 bis, 31.2, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)”, en *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, dirigido por Quintero Olivares, Cizur Menor, 2010, p. 57; ROSO CAÑADILLAS, R., “Las fuentes...”, cit., p. 4.

¹⁴⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. cit., p. 206.

¹⁵⁰ Por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en <http://resp-pj.blogspot.com/2011/03/societas-delinquere-potest-por-jose.html>, p. 5.

¹⁵¹ BACIGALUPO SAGESSE, S., “Artículo 31 bis”, en *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., dir. por Gómez Tomillo, Valladolid, 2011, p. 273.

corrupción entre particulares (art. 288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis)

- Blanqueo de capitales (art. 302.2)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 4)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4)
- Delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6)
- Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3)
- Delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3)
- Delitos contra la salud pública: tráfico de drogas (art. 369 bis)
- Falsificación de medios de pago (art. 399 bis)
- Cohecho (art. 427.2)
- Tráfico de influencias (art. 430)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2)
- Organizaciones y grupos criminales (art. 570 quater)
- Financiación del terrorismo (art. 576 bis 2)

Una primera cuestión suscitada es si el “delito” cometido por la persona física debe entenderse como comportamiento típico, antijurídico y culpable. El párrafo 3 del art. 31 ordena que la falta de culpabilidad¹⁵² de la persona física “no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, lo que lleva a entender que no será precisa la culpabilidad

y sí un hecho típico y antijurídico¹⁵³; sin embargo, será difícil constatar la concurrencia de causas de justificación cuando falte la persona física sujeto activo del delito concreto, por lo que, en estos supuestos, bastará con que el hecho de la persona física sea “objetivamente típico”¹⁵⁴, apuntando, así, indiciariamente a su carácter penalmente injusto.

De otra parte, y entrando en los delitos particulares, siendo predominantes –junto a las infracciones penales en las que la personalidad jurídica es frecuentemente aprovechada por la criminalidad organizada– las directa o indirectamente reconducibles al derecho penal socioeconómico, llama la atención la presencia de figuras difícilmente aplicables a la realidad de las personas jurídicas y, simultáneamente, la ausencia de delitos destacados en este marco¹⁵⁵. En este orden de cosas, al lado de la contaminación ambiental por imprudencia y de determinadas infracciones en el campo de productos defectuosos o de riesgo, incluso resultantes en lesiones u homicidios¹⁵⁶, debían haber merecido una especial mención las infracciones penales contra los trabajadores¹⁵⁷ y en materia de seguridad en el trabajo¹⁵⁸, supuesto para el que continúa vigente la previsión del artículo 318 CP, por lo que el juez podrá facultativamente adoptar alguna de las “consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito” previstas por el art. 129; ahora bien, éste expresamente queda reservado, por exigencia de su propio tenor literal, a las entidades que, por carecer de personalidad jurídica, están excluidas del artículo 31 bis¹⁵⁹,

¹⁵² Los proyectos y anteproyectos anteriores se referían, en un sentido más amplio, a la ineficacia de la concurrencia de eximentes de responsabilidad en la persona física de cara a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

¹⁵³ ZÚÑIGA, L., “Societas delinquere potest”, cit., p. 14.

¹⁵⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 54.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 9; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., pp. 10 s. (n.3).

¹⁵⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 19.

¹⁵⁷ BACIGALUPO, S., “Los criterios...” cit., p. 4.

¹⁵⁸ Por todos, RIVAS-VERDES MONTENEGRO, C., “La responsabilidad penal...” cit., p. 5.

¹⁵⁹ Mantiene un entendimiento en sentido amplio, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...” cit., p. 166.

lo que muestra un grave problema de negligencia del legislador que se traduce en la falta de coordinación entre los diversos preceptos. Lo mismo prevé el Código penal, “con criterio inconsecuente”¹⁶⁰, para los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), negación o impedimento de la actuación inspectora o supervisora (art. 294), delitos de riesgos producidos por explosivos y otros agentes (art. 348), delitos contra la salud pública distintos del tráfico de drogas (art. 366) y falsificación de moneda (art. 386), supuestos en los que la aplicación a las personas jurídicas de las consecuencias del artículo 129, respetando los requisitos del art. 31bis, deberá serlo tan sólo con carácter facultativo¹⁶¹.

Conviene recordar, para finalizar este punto, la experiencia del Derecho penal francés, el cual, habiendo introducido en el nuevo Código una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas limitada a los casos expresamente previstos por la ley y el reglamento (art. 121-2), por medio de la Ley Perben II (Ley núm. 2004-204, de 9 de marzo) suprimió esta referencia, pasando a regir el principio de

generalidad, a partir de su entrada en vigor¹⁶². Esta solución resulta mucho más razonable¹⁶³, ya que también son imaginables supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica en otras áreas delictivas, incluso (p.e., en el ámbito sanitario)¹⁶⁴ respecto de hechos generadores de muerte y/o de lesiones.

D) PERSONAS JURÍDICAS RESPON-SABLES:

La nueva responsabilidad penal es predicable de las “personas jurídicas”, sin ninguna exigencia particular respecto de su sistema de organización y complejidad¹⁶⁵. La falta de personalidad sólo deja abierta la aplicabilidad de las consecuencias accesorias del art. 129.

El concepto de persona jurídica no resulta definido por el Código penal¹⁶⁶, pero deberá ser más amplio que en el artículo 297, el cual sí recoge una definición de sociedad, pero referida en exclusiva a los delitos societarios¹⁶⁷.

En la línea de los “ordenamientos más intervencionistas”¹⁶⁸, ciertas personas jurídicas quedan al margen del nuevo sistema, si bien,

¹⁶⁰ GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 2.

¹⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 24.

¹⁶² Por todos, COEURET, A., « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales », *Revue de jurisprudence sociale*, 11, 2006, pp. 843 ss; SORDINO, M.Ch., « La disparition du principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales : une fin espérée... adoptée dans la plus grande discrétion », *La Gazette du Palais*, 254, 2004, pp. 13 ss.

¹⁶³ Abiertamente también a favor del *numerus apertus*, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., p. 2. Demanda también la ampliación del listado de delitos, FGE, Circular 1/2011, cit., pp. 59 s.

¹⁶⁴ TRESPADERNE BERACIERTO, M.I., ¿Responsabilidad del profesional e irresponsabilidad de la organización sanitaria? La necesaria revisión de la política criminal por defectuosa asistencia en el marco de la nueva organización sanitaria autorregulada (Tesis doctoral UPV/EHU), San Sebastián, 2011.

¹⁶⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 33 s.

¹⁶⁶ Critica también Zugaldía Espinar la falta de pronunciamiento por parte del Código sobre la “determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas”, que pone de manifiesto el “olvido de la transnacionalidad del fenómeno”. “Societas...”, cit., pp. 8 y 7. Ver, por su parte, Feijóo Sánchez, quien considera que, respecto de las personas jurídicas extranjeras que cuenten en España con sucursales o unidades sin personalidad jurídica, quedará abierta tanto la vía del art. 31 bis como la del art. 129 CP, incluso para su aplicación simultánea. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 75.

¹⁶⁷ En los grupos de sociedades la responsabilidad residirá en cada sociedad. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem.*, p. 78.

¹⁶⁸ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 16 y, en general, pp. 14 ss.

a “las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil” a las que se refirieron los textos anteriores al Anteproyecto de 2009 (que aludían a asociaciones, fundaciones y sociedades), han acabado sumándose “algunas personas jurídico-públicas”¹⁶⁹. El art. 31 bis 5 declara, en efecto, la inaplicabilidad de su contenido a:

Las entidades de Derecho público y asimiladas: en particular, el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, y las organizaciones internacionales de derecho público.

- Las entidades estatales¹⁷⁰ mercantiles: Agencias y Entidades Públicas Empresariales, organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas, Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

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

Las razones comúnmente aludidas para la exclusión de las entidades públicas del ámbito de la responsabilidad penal suelen reconducirse a la relevancia de su papel constitucional o de sus funciones públicas, que podrían verse muy negativamente afectadas en caso de procesamiento de la persona jurídica o por la imposición de sanciones penales, cuya aplicación resulta en algunos supuestos (v.gr. disolución o suspensión) hasta difícilmente imaginable. También cabría aludir a su falta de capacidad de autoorganización, dada su total sujeción a la ley, pero esta objeción alcanza progresivamente un menor peso habida cuenta de las nuevas tendencias organizativas, también en el seno de la propia Administración pública¹⁷¹.

En todo caso, la doctrina recuerda la plena admisibilidad de las “relaciones interadministrativas de carácter sancionador”¹⁷² y comparte ampliamente la falta de suficiente fundamento de la exclusión de algunos supuestos: como las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales y, en particular, las sociedades mercantiles públicas (también lo hizo respecto de los sindicatos y los partidos políticos, sacados ya de la lista de exclusiones por la reforma de 2012)¹⁷³. Por su parte, la Circular 1/2011 considera que la exclusión de las Cámaras de Comercio o Colegios profesionales deberá quedar sujeta a una “valoración jurídica casuística”¹⁷⁴ y, en el caso de las organizaciones que ejerzan po-

¹⁶⁹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 16 y, en general, pp. 14 ss.

¹⁷⁰ ¿Y las autonómicas, provinciales y locales? A favor de su asimilación a las estatales, por todos, FGE, Circular 1/2011, cit., p. 21.

¹⁷¹ En este sentido, v. gr. en la Comunidad Valenciana, el Decreto 62/2010, de 16 de abril, por el que se establecen los instrumentos generales del sistema para la modernización y mejora de la calidad de los servicios públicos de los entes, organismos y entidades del sector público dependiente de la Generalitat (DOCV, n.º 6250, de 21 de abril de 2010) o, en Baleares, el Decreto 89/2010, de 9 de julio, por el cual se regula la creación del Comité de Gerencia del sistema de gestión por procesos (BOCAIB, núm. 107, de 19 de julio de 2010).

¹⁷² GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 42, quien reproduce a título ilustrativo el texto del F.J. 3º de la STS de 7 noviembre 2003 (pp. 42 s).

¹⁷³ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 61. Ver también, al respecto, VALLS PRIETO, J., “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y sindicatos?”. Cuadernos de Política Criminal, 104, 2011, pp. 109 ss.

¹⁷⁴ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 21. A favor de un “régimen híbrido” para estos supuestos, también DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 16.

testades públicas de soberanía y administrativas, mantiene que deberá procederse a un entendimiento restrictivo de la exclusión, que resultará aplicable tan sólo “en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas” y, si se trata de las sociedades estatales, cuando efectivamente estén ejecutando políticas públicas o prestando servicios de interés económico general¹⁷⁵.

Tampoco parece muy oportuna la regulación de las denominadas “sociedades de pantalla” (art. 31 bis 5)¹⁷⁶, por lo restrictivo de la fórmula a través de la cual se trata de permitir la declaración de responsabilidad penal, al exigirse que el propósito de la elección de una de las formas jurídicas excluyentes de la responsabilidad penal haya sido precisamente la elusión de “una eventual responsabilidad penal”, cuestión “de una enorme relevancia” que deberá ser apreciada por el juez penal¹⁷⁷.

Nuevamente aquí el Derecho penal francés se presenta menos cerrado que la regulación introducida en 2010 en España: dejando a salvo al Estado, permite la declaración de responsabilidad penal de las personas de derecho público y hasta de los entes territoriales y sus agrupaciones, si bien en estos supuestos sólo por las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de

servicio público (art. 121-2)¹⁷⁸.

E) PENAS (Y OTRAS CONSECUENCIAS)

Las penas aplicables a las personas jurídicas “tienen todas la consideración de graves” (art. 33.7). Esto, que como ya se ha indicado, no deja de suscitar agravios ante las previstas para las personas físicas por algunos delitos en particular, apunta al “carácter de ultima ratio de la intervención penal”¹⁷⁹, algo razonable dada la particular “onda expansiva del castigo”¹⁸⁰ en este ámbito, y tiene especial incidencia en cuanto a la prescripción¹⁸¹.

El artículo 33.7 recoge las siguientes penas¹⁸²:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

¹⁷⁵ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 21

¹⁷⁶ Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 16.

¹⁷⁷ ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal...” cit., p. 6; duda el autor de que el juez pueda contar con el “conocimiento profundo de la estructura de la sociedad, su actividad y su relación con otras entidades” legalmente requerido (p. 7).

¹⁷⁸ BOULOC, B., *Droit pénal général*, 22ª ed., Paris, 2011, p. 722.

¹⁷⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...” cit., p. 1174.

¹⁸⁰ ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...” cit., p. 287.

¹⁸¹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 62.

¹⁸² La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medidas cautelares durante la instrucción de la causa; no así otras penas, como la prohibición de determinadas actividades, cuya utilidad en esta línea podría, sin embargo, resultar de gran interés. MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...” cit., p. 63.

e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.

f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

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

En realidad, se trata de las sanciones ya conocidas como consecuencias accesorias por el viejo artículo 129 del Código Penal, a las que se ha añadido, como pena “fundamental”¹⁸³, “de imposición obligatoria”¹⁸⁴, la multa, cuya importancia destaca la doctrina¹⁸⁵ como la pena aparentemente más idónea en estos supuestos. La previsión de la pena de multa –que en principio ha de establecerse “en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, el valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida” (art. 52.4)– se ha visto acompañada por la introducción de una regulación específica de su extensión máxima (cinco años), cuantía¹⁸⁶ y

fraccionamiento (hasta durante 5 años, si la cuantía pone su “supervivencia... o el mantenimiento de los puestos de trabajo... o cuando lo aconseje el interés general”)(art. 53.5), así como del sistema de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta que, en el caso de la persona jurídica, abre la vía (potestativa para el tribunal) de la “intervención hasta el pago total de la misma”; esto suscita la cuestión de si podrá extenderse más allá de los cinco años para los que la intervención judicial se encuentra legalmente prevista como pena¹⁸⁷, algo que debería responderse en sentido negativo.

Sólo respecto de la pena de multa se alude, además, en el último inciso del art. 31 bis 2, a una posible necesidad de modulación¹⁸⁸ de “las respectivas cuantías” en el caso de doble responsabilidad –tanto de la persona jurídica como de la persona física responsable–, una norma que persigue explícitamente que “la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad” de los delitos cometidos. Calificada de “innecesaria”¹⁸⁹ siempre que las reglas penales sean objeto de adecuada aplicación, la previsión ha sido acertadamente criticada por entender que, enfocada a encarar un posible bis in idem, en el supuesto de que efectivamente éste tuviera lugar, “la previsión de modulación de la cuantía de la multa sería a todas

¹⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit, p. 13.

¹⁸⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 111.

¹⁸⁵ Por todos, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 6; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, I., “Societas delinquere potest”, en *La reforma penal de 2010*, coord. por Zúñiga Rodríguez et al, Salamanca, 2011, p. 17.

¹⁸⁶ Frente a los 2 y 400 €, límites ordinarios de las cuotas diarias para las personas físicas, en el caso de las personas jurídicas, las cuotas diarias se valoran entre 30 y 5.000 € (art. 50.4). Y, por lo que respecta a la multa proporcional, el art. 52.4 establece que, en caso de imposibilidad motivada de su cálculo con base en el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, las multas previstas deberán sustituirse por: multa de 2 a 5 años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años; multa de 1 a 3 años, si la prevista es prisión de más de 2 años e inferior a 5; multa de 6 meses a 2 años, en los demás casos.

¹⁸⁷ DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, “La atribución...”, cit., p. 16.

¹⁸⁸ Al respecto, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 116.

¹⁸⁹ DE LA MATA/BILBAO/ALGORTA, “La atribución...”, cit., p. 14.

luces insuficiente para evitar los problemas de constitucionalidad”¹⁹⁰.

Se subraya, por el contrario, la buena acogida de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, por considerarse justo que una empresa desde la cual se han cometido delitos quede inhabilitada para la obtención de ayudas públicas¹⁹¹.

En cuanto a la intervención judicial, que se aproxima a lo que pudiera ser una libertad vigilada de la persona jurídica, si bien presenta el inconveniente de la sobrecarga del aparato de la Administración de Justicia, la experiencia comparada pone de manifiesto su eficacia en este ámbito. Al igual que respecto de la multa, el Código penal –que en realidad desaprovecha en gran parte sus posibilidades¹⁹²– recoge para la intervención una regulación más detallada que la prevista para el resto de las penas aplicables para las personas jurídicas. Indica así el segundo párrafo de la letra g) del art. 33.7 que podrá extenderse “a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio”, lo que deberá ser objeto de exacta determinación judicial, al igual que la persona encargada y los plazos de los informes de seguimiento. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y

locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Se permite la modificación o suspensión “en todo momento” de la intervención, “previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal”, y el Código penal se remite a la vía reglamentaria en lo concerniente a la determinación de los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

En cualquier caso, son muchas las insuficiencias detectables en una regulación que carece de referencias sobre la ejecución de las penas interdictivas y hasta su incumplimiento¹⁹³. De otra parte, como la comparación del listado de penas con los empleados en el marco comparado pone de manifiesto, las ausencias son relevantes¹⁹⁴; v.gr. la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve¹⁹⁵, la inscripción de la entidad en determinados registros administrativos de carácter público¹⁹⁶, la prohibición de cotizar en mercados¹⁹⁷ o la prohibición de publicitarse¹⁹⁸, de emitir obligaciones y cheques, de utilizar tarjetas, durante un cierto tiempo, y hasta la amonestación pública, la imposición de obligación de realizar actividades¹⁹⁹ o prestaciones de servicios a la comunidad²⁰⁰, la misma “pena”

¹⁹⁰ CARBONELL MATEU, J., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 30.

¹⁹¹ Por todos, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 28; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas...”, cit., p. 19.

¹⁹² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 124 ss.

¹⁹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem*, pp. 126 ss.

¹⁹⁴ Para un repaso de las sanciones impuestas a personas jurídicas en Derecho comparado, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Sanciones y reparación en el Derecho penal económico”, en *Cuestiones actuales...*, cit., pp. 196 ss.

¹⁹⁵ CARBONELL MATEU/MORALES PRATS/DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Personas jurídicas”, cit., p. 46.

¹⁹⁶ ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., pp. 289 s.

¹⁹⁷ DE LA FUENTE HONRUBIA, “Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, cit., p. 167.

¹⁹⁸ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 64.

¹⁹⁹ Crítica Feijóo Sánchez que el art. 33.7 e) permite prohibir la realización de actividades, pero no obligar a su realización. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 123.

²⁰⁰ LÓPEZ PEREGRIN, C., “La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 Cp, once años después”, en *Problemas actuales...*, cit., p. 57 (n.41).

de reparación²⁰¹... Todas estas sanciones, sin suponer un gran riesgo para la viabilidad de la entidad, por su incidencia negativa, presentan un contenido punitivo cuya eficacia preventiva no ha de tenerse por irrelevante en el caso de las personas jurídicas. Llama igualmente la atención la “ausencia de substitutivos penales”²⁰², que, como en el caso de las personas físicas, permitan la suspensión condicional temporal (total o parcial) de la ejecución de la pena impuesta o incluso su sustitución, pues también en este campo la resocialización de las personas jurídicas debería constituir “una de las prioridades del Derecho Penal”²⁰³.

Como ya se ha dicho, las penas recogidas en los apartados c) a g) del art. 33.7 (esto es, todas las previstas para las personas jurídicas, salvo la multa y la disolución) operan, con el mismo contenido²⁰⁴, como consecuencias accesorias “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” sin personalidad jurídica²⁰⁵, pudiendo imponerse motivadamente, al igual que “la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”²⁰⁶, en

los supuestos específicamente previstos por el Código, así como respecto de las infracciones penales que permiten la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas (art. 129). Frente a lo desarrollado respecto de la responsabilidad penal, para las consecuencias accesorias –que cumpliendo una “función residual”²⁰⁷, siguen siendo “de aplicación potestativa” y resultan susceptibles de imposición cautelar (art. 129.3)–, el Código penal continúa manteniendo una “grave indefinición”²⁰⁸ e “indeterminación”²⁰⁹, tanto en lo concerniente a los requisitos de imputación²¹⁰, como sobre su naturaleza jurídica; han desaparecido también del art. 129 las anteriores referencias a su fundamento y finalidad –prevención de la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos–, actualmente recogidas en el artículo 66 bis, el cual debe seguir entendiéndose aplicable a las consecuencias accesorias²¹¹. La reforma mantiene el *numerus clausus* e introduce una importante precisión, que aclara el sentido de la accesoriedad de estas consecuencias. En efecto, el propio artículo 129 alude a estas consecuencias como “accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”, lo que viene a quitar todo apoyo a las tesis de quienes, en la línea defendida con base en el

²⁰¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Sanciones...”, cit., pp. 214 ss.

²⁰² ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. “Societas...”, cit., p. 7.

²⁰³ ROSO CAÑADILLAS, R., “Derecho Penal...”, cit., p. 288.

²⁰⁴ Con “el mismo alcance y el mismo fundamento”, para DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 164; si bien más adelante indica que la diferencia se encuentra en “el contenido retributivo y aflictivo derivado de poder imponer las penas de multa y disolución de las personas jurídicas, una vez declarada su responsabilidad penal” (ibidem, pp. 164 s.).

²⁰⁵ Ver, con todo, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 162 s; a partir de la falta de claridad del tenor literal entiende este autor que cabe también en él que la referencia a la carencia de personalidad jurídica quede sólo referida a los “grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones”, lo que, de ser así, permitiría cubrir parcialmente por esta vía “la autoría y participación de personas jurídicas en delitos cometidos por personas jurídicas”.

²⁰⁶ En opinión de Feijóo Sánchez, el único sentido de esta referencia añadida es “dejar claro que se trata de una consecuencia que carece de límite temporal”. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 247.

²⁰⁷ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 67. De “cuasisupletorio” califica a su régimen DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 164.

²⁰⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 38.

²⁰⁹ RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias (art. 129 CP)”, en La Reforma Penal..., cit., p. 113.

²¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., pp. 244 s.

²¹¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 38; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 243.

anterior art. 129, continúan manteniendo que basta con una accesoriadad limitada, traducida en la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico²¹², debiendo entenderse ya que la accesoriadad requerida es máxima²¹³: “sin pena (...) no hay consecuencia accesoria”²¹⁴.

La inaplicabilidad del art. 129 a las entidades con personalidad jurídica cierra el paso a toda alternativa de intervención preventivo-especial, al margen de la pena aun en los casos en que ésta pudiera resultar indicada²¹⁵. Algo que no se suaviza por el hecho de que de la regulación de las penas interdictivas –las cuales, a juicio de Feijóo Sánchez, en realidad “sólo tienen de penas el nombre”²¹⁶ – se desprenda que su orientación es la preventivo-especial indicada.

F) REGLAS DE APLICACIÓN DE LAS PENAS

Si bien la elección de la aplicada a la concreta figura delictiva queda en manos del juez²¹⁷, el artículo 66 bis contempla un doble conjunto de criterios de aplicación de las penas.

De un lado, las reglas generales 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66.1, que declara extensibles a “la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas”. Son éstas las relativas a la concurrencia de circunstancias modificativas,

las cuales, a pesar de la dicción “un tanto engañosa” del primer párrafo del art. 66 bis, se aplicarán sólo a la pena de multa²¹⁸. El artículo 31 bis 4 establece, además, un “sistema tasado y cerrado de Si bien la elección de la aplicada a la concreta figura delictiva queda en manos del juez¹, el artículo 66 bis contempla un doble conjunto de criterios de aplicación de las penas.

De un lado, las reglas generales 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del artículo 66.1, que declara extensibles a “la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas”. Son éstas las relativas a la concurrencia de circunstancias modificativas, las cuales, a pesar de la dicción “un tanto engañosa” del primer párrafo del art. 66 bis, se aplicarán sólo a la pena de multa². El artículo 31 bis 4 establece, además, un “sistema tasado y cerrado de atenuantes”²¹⁹, limitándolas a determinados supuestos de actuación post-delictiva de la persona jurídica, encauzada a través de sus representantes legales: confesión (con carácter previo al conocimiento de que el procedimiento se dirige contra ella); colaboración en la investigación del hecho, aportando pruebas nuevas y decisivas; reparación o disminución del daño (con anterioridad al juicio oral); y establecimiento (también con carácter previo al juicio oral) de “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”²²⁰.

²¹² En este sentido, DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias...”, cit., p. 165.

²¹³ RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias...”, cit., p. 115; también BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 3; con todo, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., p. 39.

²¹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 247.

²¹⁵ RAMÓN RIBAS, E., “Consecuencias accesorias”, cit., p. 116.

²¹⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La reforma...”, cit., p. 113.

²¹⁷ Críticamente, por vulneración del principio de legalidad, BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 7; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO/JUANES PECES, “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

²¹⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 112.

²¹⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *ibidem*, p. 129.

²²⁰ Indica Fernández Teruelo cómo la eficacia dependerá más que “del tipo de medidas (...) de la forma concreta en que en el futuro se ejecuten”. “La responsabilidad penal...”, cit., p. 35. Por su parte, a juicio de Del Rosal Blasco, el modo en que se regula esta atenuante, de redacción “poco feliz”, impide mantener que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en España, “esté basada en un hecho propio de la persona jurídica”. “Responsabilidad penal...”, cit., p. 4.

Esta regulación –que parece querer dar cauce en el plano penal al “fenómeno de la autorregulación regulada”²²¹– ha generado una importante crítica doctrinal referida tanto a la limitación excesiva de las circunstancias como a su conformidad constitucional²²², a la propia naturaleza de las mismas y al alto grado de exigencia²²³. Así no se comprende la falta de mención a la atenuante analógica o a la de dilaciones indebidas²²⁴, previstas para los hechos cometidos por las personas físicas, lo que puede ser fuente de insoportables situaciones de desigualdad²²⁵. De otra parte, la naturaleza ex post de la atenuante del artículo 31 bis 4 d) suscita la cuestión del tratamiento a otorgar a los casos de adopción de medidas con carácter anterior o coetáneo a la realización del hecho delictivo. En general, la doctrina considera que la no regulación expresa de las eximentes deja abierta la plena aplicabilidad de las pre-

vistas con carácter genérico en el Código, en particular de las contenidas en los números 4º, 5º y 6º del art. 20, siempre que sea posible²²⁶. Y partiendo de lo anterior, en cuanto a las autorregulaciones, códigos de conducta corporativa y programas de prevención o cumplimiento, tan bien valorados en el marco comparado²²⁷, se entiende que su adopción y exigencia de aplicación en el modo adecuado debería llevar a la no declaración de responsabilidad penal de la entidad²²⁸, especialmente si colabora con las autoridades tras la comisión del delito²²⁹, si bien se discute sobre la vía adecuada de incardinación del supuesto en la estructura de la teoría del delito²³⁰. En contra de esta posición, sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, expresamente afirma que “las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, sólo son relevantes en la medida en que traduzcan

²²¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

²²² FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 129; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 5.

²²³ Por todos, GÓMEZ TOMILLO, M., Introducción..., cit., pp. 145 ss; MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 59 ss. Ver también FGE, Circular 1/2011, cit., p. 52.

²²⁴ Defiende, sin embargo, y a pesar del “sólo” inicial, la aplicabilidad de otras atenuantes, como la de “dilación extraordinaria e indebida”, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo...?”, cit., p. 2. En contra, FGE, Circular 1/2011, cit., p. 51, que no excluye que por parte de los órganos jurisdiccionales se aplique “una interpretación análoga in bonam partem” (p. 52).

²²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, Madrid, 2011, p. 89; GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 84.

²²⁶ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 58 s.

²²⁷ ALONSO GALLO, J., “Los programas de cumplimiento”, en Estudios sobre las reformas del Código Penal..., cit. pp. 143 ss; NIETO, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de empresa”, Política criminal, 5, 2008, A3-5.

²²⁸ BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 5; DE LA MATA BARRANCO, N.J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario, dir. por Juanes Peces, Madrid, 2010, p. 85; FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 70, 105 y 1135; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Societas...”, cit., p. 21.

²²⁹ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 58.

²³⁰ Para De la Mata/Bilbao/Algorta, sería un supuesto de “ausencia de tipicidad” (“La atribución...”, cit., p. 4), mientras que para Gómez-Jara Díez, excluiría la culpabilidad (“La responsabilidad penal...”, cit., p. 4).

una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal²³¹.

Al lado de las reglas generales explicadas, el artículo 66 bis distingue los supuestos en los que la previsión penal tenga un carácter general de aquellos que vengan ya con una duración limitada. En el primero de los casos, de cara a la aplicación de las penas de disolución, suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial, se recogen como criterios complementarios: la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos, las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores, así como el puesto ocupado en la estructura de la persona jurídica por parte de la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Esta previsión parece responder a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo, la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común y la jerarquía, elementos todos ellos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la aplicación de la pena.

Cuando las penas anteriores (salvo la disolución) vengan ya impuestas con una duración limitada desde el tipo penal de la parte especial, la segunda regla del art. 66 bis establece, como reflejo del principio de proporcionalidad²³², que “ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”, frenando así la extensión que determinadas sanciones penales podrían alcanzar con base en razones estrictamente preventivas²³³.

En la misma regla 2ª, precisando “indirectamente”²³⁴ las agravantes específicas de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se añaden exigencias ulteriores para la imposición de esas penas por plazos superiores a dos años o a cinco años (o con carácter permanente, en el caso de la disolución o prohibición de actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito): Reincidencia de la persona jurídica (condena ejecutoria previa al delinquir, por un delito del mismo título y misma naturaleza) o utilización instrumental de la misma²³⁵ para la comisión de ilícitos penales, si se trata de imponer las penas por una duración superior a dos años.

Reincidencia cualificada (al menos por tres delitos del mismo título y la misma naturaleza: art. 66.1.5ª) o utilización instrumental de la persona jurídica con vistas a la comisión de ilícitos penales, para la imposición con carácter permanente de la disolución o de la prohibición definitiva de actividades, y para la aplicación por más de cinco años de la prohibición de actividades y la pena de inhabilitación (cuyo límite máximo es de 15 años).

²³¹ FGE, Circular 1/2011, cit., p. 39; ver también DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal...”, cit., pp. 4 s. Con todo, DOLZ LAGO, M.J., “Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable. A propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011”, La Ley, núm. 7665, D-270, 4 julio 2011 (pdf), p. 2. También al respecto, GÓMEZ TOMILLO, M., “Imputación objetiva...”, cit., p. 77 (n.84) y p. 78.

²³² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos”, cit., p. 124; MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 65.

²³³ Véanse, entre otros, MORALES PRATS, F., *ibidem*, p. 65.

²³⁴ MORALES PRATS, F., *ibidem*, p. 66.

²³⁵ Se entiende que concurre la utilización instrumental (art. 66 bis regla 2ª II b) “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”, lo que debe entenderse como sinónimo de “delictiva”. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 122 (n.87).

G) EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL: EXCEPCIONES

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

Aplicable, en principio, a las personas jurídicas lo dispuesto por el artículo 130 CP, asimilando a la muerte del reo la disolución de la persona jurídica (que curiosamente no se menciona si es auténtica, sino sólo para regular los supuestos de “disolución encubierta o meramente aparente”)²³⁶, el art. 130.2 se ocupa de “precisar los límites y consecuencias”²³⁷ de determinadas transformaciones que jurídicamente son tratadas, con carácter general, como desaparición de la entidad, para impedir que puedan derivar sin más en extinción de la responsabilidad penal en evidente “fraude de ley”²³⁸.

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

Sin perjuicio de lo necesario de una solución como la prevista, dados los “problemas prácticos” que suscitará el precisar esa “proporción”²³⁹, desde el prisma técnico la fórmula presenta importantes problemas en un marco regulador que no prevé la posibilidad de variación de las penas impuestas en fase de ejecución²⁴⁰. De otra parte, siendo la responsabilidad penal personal²⁴¹, no resulta fácil de admitir el “traslado” de la misma a otra(s) entidad(es), máxime cuando no se requiere la identidad “absoluta”, sino que basta con una “identidad sustancial”²⁴². En este sentido, el establecimiento de mecanismos de “retroacción y anulación de la absorción o fusión”, con el fin de permitir el procesamiento y sanción de la persona jurídica infractora²⁴³, hubiera sido ciertamente mucho más apropiado.

La misma regla de inextinción se aplica igualmente para la disolución encubierta o tan sólo aparente, entendiéndose, con base en “un criterio económico-organizativo”²⁴⁴, que esto concurre “cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos” (art. 130.2). Se trata de una previsión dirigida a evitar el abuso de derecho que derivaría de una desaparición meramente formal y no real, lo que ha sido objeto de crítica por la “clara inversión de la carga de la prueba”²⁴⁵ que supone.

²³⁶ Tampoco se alude a los casos de disolución ordenada judicialmente. QUINTERO OLIVARES, G., “La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en *La Reforma Penal...*, cit., pp. 118 s.

²³⁷ QUINTERO OLIVARES, G., *ibidem*, p. 117.

²³⁸ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 68.

²³⁹ QUINTERO OLIVARES, G., “La extinción...”, cit., p. 118.

²⁴⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 137.

²⁴¹ Para Robles Planas, el hecho de esta regulación es, precisamente, un argumento más a favor del entendimiento de la “abierta consagración de la responsabilidad por hecho ajenos y (...) expresa renuncia a los postulados de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad” en el caso de las personas jurídicas en Derecho penal español. “Pena...”, cit., p. 10.

²⁴² FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 36.

²⁴³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad...”, cit., p. 37.

²⁴⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 8.

²⁴⁵ BACIGALUPO, S., “Los criterios...”, cit., p. 5.

IV. CONCLUSIÓN

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

En este sentido, y aun cuando las “consecuencias accesorias” introducidas en 1995 por el nuevo Código penal daban la oportunidad de construir una nueva línea de intervención penal, la decisión de 2010 supone el banderazo de salida a nuevos debates y pone fin a otros anteriores. No son pocas, en efecto, las cuestiones suscitadas por la nueva regulación, entre las que destaca por su importancia, lo relativo al modelo de responsabilidad penal establecido. En efecto, si bien inicialmente, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que estamos ante un supuesto de heterorresponsabilidad, el respeto del

modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en aquellos elementos que, sin olvidar la exigencia de un hecho de referencia, permitan erigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre su propio injusto; a tal objeto, la infracción del deber de vigilancia y prevención de la comisión de delitos, en cuanto reflejo del defecto de organización, se presenta como un criterio especialmente útil para fundamentar esta responsabilidad, a cuyo efecto, en el Derecho penal español y a la luz del conjunto de la regulación en vigor, no debería bastar la imprudencia.

La criticable exclusión de figuras delictivas muy relevantes en el ámbito laboral o económico, las discutibles limitaciones en cuanto a las entidades susceptibles de ser sujetos de responsabilidad penal, la falta de regulación de las eximentes, la escasa imaginación desplegada en materia de penas y sus alternativas (en realidad inexistentes) justifican, entre otras²⁴⁶, la demanda de revisión de una regulación que, desaprovechando los seis meses de *vacatio legis*²⁴⁷, ha necesitado esperar casi un año desde su entrada en vigor para dar cobertura a la “notoria ausencia de regulación procesal”²⁴⁸. Esto, cuando a nadie se le ocultaba que el desarrollo del estatuto procesal penal de las personas jurídicas resultaba de todo punto imprescindible²⁴⁹, a la

²⁴⁶ Para las insuficiencias de la regulación relativa al derecho transitorio, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal...”, cit., pp. 138 ss.

²⁴⁷ MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal...”, cit., p. 69. También GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO/JUANES PÉCES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *La Ley*, núm. 7501, 3 noviembre 2010, apdo. III.

²⁴⁸ DOLZ LAGO, M.J., “Sobre...”, cit., p. 1.

²⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La reforma...”, cit., p. 5; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad penal...”, cit., p. 1178 s. Ver también sobre esta cuestión, AGUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E., “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 26, 2011, pp. 79 ss; ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *La Ley*, núm. 7632, 18 mayo 2011; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal”, en *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal. Responsabilidad penal de personas jurídicas. Expulsión de extranjeros substitutiva de la pena. Interrupción de la prescripción. Instrumentos para la aplicación de la ley penal más favorable. Otras modificaciones*, coord. por Gascón Inchausti, Cizur Menor. 2010, pp. 19 ss; ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., “La responsabilidad penal...” cit., p. 11.

vista del potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica y sus administradores y representantes, dada la posibilidad de declaración de responsabilidad penal de ambos y, por tanto, la necesidad de que se proceda tanto contra la persona física como contra la jurídica en aquellos hechos que puedan generar su responsabilidad penal.

Por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE 245, 11 octubre 2011) ha acabado produciéndose esta regulación procesal, que presenta unas distancias con lo previsto por la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado²⁵⁰ nada irrelevantes.

²⁵⁰ FGE, Circular 1/2011..., cit., pp. 74 ss.