

**GÓMEZ TOMILLO, INTRODUCCIÓN A LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL SISTEMA ESPAÑOL,
LEX NOVA, VALLADOLID, 2010.**

BEATRIZ GOENA VIVES
*Doctoranda en Derecho penal
Universidad de Navarra*

Dos meses después de publicar la primera edición de los *Comentarios al Código penal* (2215 pp.), Gómez Tomillo pone en manos de los lectores su *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Se trata de una de las primeras obras que aborda un tema tan nuclear de la última reforma del Código penal como es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En ella se proponen las bases para elaborar una parte general del Derecho penal propia para dichos sujetos. En palabras del autor, «la obra, conforme a su carácter de introducción, no pretende analizar exhaustivamente todos los problemas presentes en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino tan solo plantear algunas cuestiones centrales y apuntar vías de solución para cuestiones conflictivas» (p. 21). En concreto, el autor propone reelaborar las categorías de acción, tipicidad y culpabilidad (p. 21).

Para ello, se parte de que el concepto de delito es el mismo tanto para las personas físicas como para las jurídicas. Es decir, que para las personas jurídicas se mantiene la definición de delito contenida en el artículo 10 del Código penal, como la acción u omisión dolosa o imprudente establecida en la ley (p. 20). Además, en relación con el concepto de delito, el autor sostiene que entre los delitos y las infracciones administrativas existe una identidad estructural. Gómez Tomillo, autor del manual *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, Aranzadi, 2010, entiende que dada la «naturaleza unitaria» (p. 126) de las infracciones administrativas y los delitos, deben trasladarse los criterios del Derecho Administrativo sancionador al Derecho penal (p. 32). Por ello, el libro contiene numero-

sas referencias a dicho sector del Ordenamiento (*vid.* sobre todo, capítulos III, XVI y XVII).

Además del concepto de delito empleado en esta obra, hay que tener en cuenta otras dos cuestiones que también se toman como punto de partida para reelaborar las categorías tradicionales de la teoría del delito: el fin de las penas aplicables a las personas jurídicas y lo que ha de entenderse por persona jurídica imputable.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, Gómez Tomillo se basa en Roxin y distingue tres momentos: el de la conminación, el de la imposición judicial y el de la ejecución. El primero estaría inspirado por la prevención general, mientras que los otros dos momentos, por la prevención general y por la prevención especial. Estos fines son distintos de los fines que inspiran las penas a las personas físicas (pp. 25 y ss.). Por ello, el autor deja apuntada la posibilidad de que las sanciones a las personas jurídicas no sean verdaderas penas, sino un «fraude de etiquetas» empleado por el legislador para denominar a las sanciones previstas para las personas jurídicas (pp. 24 y 28).

En relación con la segunda cuestión, el autor aboga por un concepto autónomo de persona jurídica. Es decir, se opta por prescindir de las definiciones dadas por otras ramas del ordenamiento jurídico (p. 37). En este sentido, son tres los criterios que se proponen en esta obra para delimitar lo que ha de entenderse por persona jurídica imputable penalmente. En primer lugar, que de alguna forma esté reconocida por el Derecho; en segundo lugar, que pueda afectar al bien jurídico protegido por la norma; en tercer lugar, que tenga capacidad abstracta para hacer frente a la pena de multa (es decir, que tenga un patrimonio autónomo). Asimismo, el autor entiende que la aplicación de la norma debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas (p. 40).

Partiendo de estas tres ideas principales, el libro se distribuye en dieciocho capítulos que inciden en los elementos de una teoría jurídica del delito para las personas jurídicas.

En primer lugar, el autor estudia los conceptos de acción y omisión (capítulos V y VII). Se parte del concepto de acción como base para definir las categorías de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad (p. 45). Apoyándose en ideas y la autoridad de Roxin, el autor define la acción como «manifestación de la personalidad» o hecho que exteriorice la forma interna de organizarse (p. 48). Ahora bien, a diferencia de dicho autor, Gómez Tomillo entiende que la acción así entendida engloba no sólo a humanos, sino también a personas jurídicas.

En cuanto a la omisión, el autor se centra fundamentalmente en lo relativo a la comisión por omisión (p. 90) y es partidario de considerar que deben tener posición de garante tanto la persona física como la jurídica. Para ello, se ampara en lo dispuesto en el artículo 11 CP (pp. 91-92).

A continuación, se realiza un análisis de la tipicidad (capítulos VI y VIII). Gómez Tomillo incide en cuestiones de tipicidad objetiva, porque traslada el dolo y la imprudencia a la culpabilidad (p. 95). En este sentido, fundamenta la tipicidad objetiva en el hecho de la persona física. Y de este modo, se distingue de otras corrientes, que justifican la tipicidad objetiva en el mero defecto de organización (pp. 51 y ss. con numerosas referencias). Según expone el autor, hay dos condicionantes a la hora de elaborar una teoría de las personas jurídicas. A saber, que los tipos están pensados para las personas físicas y que las personas jurídicas no tienen una existencia física. Los criterios a los que debe atenderse para apreciar la tipicidad objetiva son dos: el hecho de conexión y que el hecho de conexión debe estar relacionado con los objetivos de la organización. El hecho de conexión es de la persona física (p. 54). No obstante, Gómez Tomillo considera que el hecho de conexión no implica que estemos ante una responsabilidad vicarial por el hecho de otro, que atentaría contra el principio de personalidad de las penas. Según señala el autor, el injusto es propio de la persona jurídica. Así, tras un análisis de los distintos modelos de imputación que existen en el Derecho comparado, se defiende que el modelo de imputación español parece acogerse al modelo del *respondeat superior*. Según este modelo, se colma la tipicidad objetiva cuando existe una acción o una omisión de una persona física que actúe en nombre de la empresa o a favor de ella. No obstante, el parecido con este modelo está limitado por la fórmula «debido control» del artículo 31.bis CP (p. 67).

Dentro de este análisis de la tipicidad objetiva, el autor lleva a cabo también un estudio de las tres clases de sujetos que pueden hacer responsable a la persona jurídica. En primer lugar, los administradores de derecho, que están determinados por la legislación; fundamentalmente, por la legislación mercantil. En segundo lugar, el autor se detiene especialmente en la figura de los administradores de hecho. En este caso, aboga por prescindir de la perspectiva civil y mercantil y considerar administrador de hecho a todo aquel que gobierna o dirige a nivel global o sectorial; el que ejerce el dominio social efectivo (p. 77). El autor enumera distintos supuestos en los que se podría considerar a un sujeto administrador de hecho. Especialmente interesantes son las consideraciones que realiza a propósito de los mandos intermedios y de los apoderados, que pueden considerarse

administradores de hecho de una sociedad (pp.76 y 78). En tercer lugar, se estudia la figura de los subordinados (p. 79). Un subordinado es capaz de hacer penalmente responsable a la persona jurídica cuando se den dos requisitos: que exista algún tipo de vinculación jurídica (no necesariamente laboral) y cuando exista una omisión del debido control.

El estudio de la tipicidad objetiva concluye con un análisis de las expresiones «en nombre», «por cuenta» y «en provecho» (pp. 82 y ss.). Así, mientras que la expresión «en nombre» alude a la acción u omisión del sujeto dentro de su competencia aparente, la expresión «por cuenta» se refiere a la acción u omisión del sujeto dentro de su competencia real. Finalmente, el autor señala que la expresión «en provecho» debe interpretarse como la objetiva tendencia de la acción a conseguirlo y no como un efectivo beneficio.

Tras el análisis de este estadio de la teoría jurídica del delito, el autor se detiene a estudiar la culpabilidad, considerada como elemento imprescindible de una parte general de las personas jurídicas (capítulos IX, X, XI y XII). Gómez Tomillo adopta la definición de culpabilidad propuesta por Tiedemann. Así, considera que la culpabilidad en las personas jurídicas debe entenderse como un defecto de organización (p. 104).

A continuación, el autor estudia la posibilidad de apreciar eximentes para las personas jurídicas. En primer lugar, señala que en ocasiones son eximentes para las personas jurídicas las causas de disculpa que pueden afectar a la persona física. Es el caso, por ejemplo, del error (p. 109, con referencias jurisprudenciales en materia de Derecho administrativo sancionador). En segundo lugar, Gómez Tomillo se muestra partidario de apreciar como eximente propia de la persona jurídica, la de organización eficiente (pp. 131 y ss.). Para ello se ampara en los artículos 31.bis.3 y 31.bis.4. Así, el «debido control» implica ausencia de culpabilidad (p. 141).

Además, se incluye el dolo y la imprudencia en la culpabilidad (p. 98). El autor entiende que por motivos relacionados con el fin de la pena (p. 117) y por exigencia de los artículos 5 y 10 CP (p. 118), no puede prescindirse de la exigencia de dolo e imprudencia. Ahora bien, se trata de categorías pensadas para las personas físicas, que deben tenerse en cuenta como indicadores de una mayor o menor organización defectuosa; es decir, el dolo y la imprudencia son factores moduladores de una culpabilidad entendida como defecto de organización (pp.116 y ss.). Su existencia se presume *iuris tantum*, recayendo la carga de la prueba sobre la persona jurídica (pp. 123 y 133 ss.).

Después de estudiar la culpabilidad, el autor pasa a analizar las formas de aparición del delito (capítulos XIII a XV). Se muestra a favor de

apreciar la tentativa en el caso de las personas jurídicas. En los siguientes capítulos se lleva a cabo un análisis de la autoría y la participación. Gómez Tomillo opta por un concepto restrictivo de autor. Esto implica que han de admitirse distintas formas de participación (p. 155). En esta obra, se prescinde del tratamiento jurídico-penal que merece la relación entre la persona jurídica a la que se imputa el hecho y la persona física que lo comete (p. 156). Así, se procede únicamente a un análisis de las distintas formas de autoría y de participación que caben para el caso de las personas jurídicas. Por lo que se refiere a la autoría, se admite la autoría inmediata individual. También la autoría mediata, para los casos en los que haya una pluralidad de personas jurídicas con «dominio social» (p. 158). Sin embargo, el autor propone una fórmula análoga a la coautoría, ya que la posibilidad de acumular la responsabilidad de la persona física y la de la jurídica tiene muy difícil encaje en la coautoría (p. 169). En cuanto a la participación, el autor admite la inducción y la complicidad, alegando que no es necesario exigir dolo (pp. 175 y 178).

Finalmente, en los últimos capítulos del libro se hace referencia a la responsabilidad civil cuando los hechos se imputan a una persona jurídica y al Derecho administrativo sancionador (capítulos XVI, XVII y XVIII).

Se trata de una obra que podría clasificarse como necesaria para el debate jurídico actual en torno a una cuestión tan novedosa como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La propuesta de una parte general para las personas jurídicas es un enfoque que debería recibir eco en la doctrina. Resulta particularmente interesante la visión que el autor tiene de la culpabilidad como defecto de organización, así como sus consideraciones en torno al fin de las penas. Partiendo de estos dos acertados enfoques es posible solucionar satisfactoriamente algunos de los problemas planteados por el artículo 31.bis. Así, por ejemplo, cuando se afirma que la circunstancia del 31.bis.4 d) puede actuar como atenuante o como eximente. Se trata de una cuestión sobre la que la ley no se pronuncia, pero de enorme trascendencia práctica. En este trabajo se resuelve con profundidad y de forma armónica con el sentido teleológico de la norma.

No obstante considero discutible uno de los puntos de partida sobre el que se asienta esta obra. Personalmente, no coincido con el autor cuando afirma que entre las sanciones administrativas y los delitos exista una identidad estructural. El hecho de que se esté castigando a personas jurídicas no resta identidad al Derecho penal. Si no, ¿por qué no seguir manteniendo exclusivamente la legislación administrativa para sancionar a las empresas? Precisamente, la intención del legislador ha sido distinguir la respuesta administrativa, que ya teníamos, de la del Derecho penal.

Desde el punto de vista cualitativo, los delitos suponen un desorden social significativamente más grave que las infracciones administrativas. Esto quiebra la supuesta identidad estructural entre ambos. Además, si existiese tal identidad estructural entre los delitos y las infracciones administrativas, no se entiende que las personas físicas respondan de forma tan distinta en Derecho Administrativo sancionador y en Derecho penal. En el mismo sentido, ¿qué explicación cabría dar a la impunidad que desde antiguo han tenido las personas jurídicas en Derecho penal?

Si bien la obra no pretende ser más que una introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se echa de menos una mayor incidencia en dos interesantes cuestiones planteadas por el autor. Por un lado, se dice que los fines que inspiran las sanciones a personas jurídicas son distintos a los de las penas a personas físicas. Incluso se acusa al legislador de fraude de etiquetas. No obstante, al hablar de la accesoriedad entre el hecho de conexión de la persona física y de la jurídica, afirma que no estamos ante una responsabilidad vicarial, porque ello atentaría contra el principio de personalidad de las penas. Si no estamos ante verdaderas penas, ¿por qué aplicar tal principio? Se trata de dos cuestiones planteadas con acierto y que no podrán ignorar los estudios posteriores que se hagan sobre el tema.

En general, puede decirse que se trata de una obra bien fundamentada. El libro contiene numerosas referencias, sobre todo de Derecho angloamericano. La presentación a cargo de la editorial Lex Nova está muy cuidada y el lenguaje es claro. Gómez Tomillo pone en manos del lector un trabajo que enriquece el debate jurídico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.