

Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN

1. Planteamiento. 2. *Societas delinquere non potest*. 2.1. Crítica a la argumentación político-criminal. 2.1.1. ¿Lagunas? ¿Qué lagunas? 2.1.2. ¿Derecho penal como instrumento promocional de la responsabilidad social corporativa? 2.1.3. La referencia a Europa: ¿una excusa de mal pagador? 2.2. Crítica a la argumentación dogmática. 2.2.1. ¿Es realmente posible una teoría del delito para personas jurídicas? 2.2.2. ¿Respeto el modelo de transferencia los principios político-criminales limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho? 2.3. El nuevo sistema español de *Compliance* penal: breve historia de un segundo tropiezo con la misma piedra. 3. ¿*Societas puniri potest*? Bibliografía

RESUMEN

La LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó al Código Penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, que el legislador decidiera que las sociedades pudieran ser castigadas con pena no significa, sin embargo, que las personas jurídicas puedan cometer delitos, o que el sentido en que la ley emplea el término «pena» para las personas jurídicas coincida con el sentido que la pena tiene como consecuencia jurídica del comportamiento de una persona física. La responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurada en 2010 no tiene por qué representar, necesariamente, la derogación del principio *societas delinquere nec puniri potest*. En concreto, la hipótesis de la que aquí se parte es que de los dos sub-principios en que puede ser dividido el principio que acaba de ser mencionado, *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, la LO 5/2010 derogó, en cierto modo, el segundo, pero mantuvo en pie, en cambio, el primero. El presente trabajo tiene por objeto validar esta hipótesis, así como discernir si algo sobre este particular ha cambiado con la reciente reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias.

ABSTRACT

The Spanish Criminal Code decided in 2010 that societies may be punished with penalty. It does not mean, however, that legal persons may commit crimes, or the sense that the law uses the term «penalty» for legal persons to

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

match the meaning of the penalty as a legal consequence of the behavior of an individual. In other words: the criminal responsibility of legal persons established by the LO 5/2010 doesn't mean, necessarily, the repeal of the principle *societas delinquere nec puniri potest*. In particular, principle *societas delinquere non potest* remains standing. The present work try to validate this hypothesis, as well as to discern whether something on this issue has changed with the recent LO 1/2015, March 30.

Key words: Criminal liability of legal persons, penalties, security measures, accessory consequences.

1. PLANTEAMIENTO

Como es ya sobradamente conocido, la LO 5/2010, de 22 de junio, incorporó al Código Penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, que el legislador haya decidido que las sociedades puedan ser castigadas con pena no significa, sin embargo, que las personas jurídicas puedan cometer delitos, o que el sentido en que la ley emplea el término «pena» para las personas jurídicas coincida con el sentido que la pena tiene como consecuencia jurídica del comportamiento de una persona física. En otras palabras: la responsabilidad penal de las personas jurídicas instaurada por la LO 5/2010 no tiene por qué representar, necesariamente, la derogación del principio *societas delinquere nec puniri potest*. En concreto, la hipótesis de la que aquí se parte es que de los dos sub-principios en que puede ser dividido el principio que acaba de ser mencionado, *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, la LO 5/2010 derogó, en cierto modo, el segundo, pero mantuvo en pie, en cambio, el primero¹. El presente trabajo tiene por objeto validar esta hipótesis, así como discernir si algo sobre este particular ha cambiado con la reciente reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

2. SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST

2.1. Crítica a la argumentación político-criminal

2.1.1. ¿Lagunas? ¿Qué lagunas?

Uno de los argumentos más comúnmente defendidos por los partidarios de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere a la necesidad de colmar las lagunas de punibilidad provocadas, precisamente, por la irresponsabilidad penal de aquéllas. Por unas u otras razones, ya enunciadas,

¹ Vengo a matizar, con ello, la postura expresada en Mir Puig (2015, 8/71). Algunas de las conclusiones alcanzadas a este respecto son, de hecho, fruto de diversas conversaciones mantenidas sobre el particular con mi querido maestro, el Prof. Mir, a quien dedico el presente trabajo.

las personas físicas podrían cometer delitos impunemente bajo la cobertura (incluso legal) de la persona jurídica.

Posiblemente, antes de la LO 5/2010 algunos supuestos concretos difícilmente podían ser resueltos a través de la simple aplicación del art. 31 CP. Tal era el caso de los supuestos de «instrumento imprudente cualificado». En los delitos con modalidad imprudente legalmente prevista, el *intraneus* debería ser castigado como autor de delito imprudente, mientras que el *extraneus* lo sería como partícipe en dicho delito. Los casos de más difícil resolución son aquellos supuestos sin modalidad imprudente legalmente prevista. En estos casos, desde un punto de vista *de lege lata* la única alternativa a la sin duda insatisfactoria impunidad de *intraneus* y *extraneus* pasaría —como acertadamente señalara Ragués Vallès (2002, pp. 266 ss.)— por una interpretación extensiva de la expresión «administrador de hecho», prevista en el art. 31 CP y en ciertos delitos societarios. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, lo más recomendable sería una tipificación expresa de estos supuestos para todos los casos en los que podría plantearse esta problemática.

Ilustremos todo ello con dos ejemplos: *a)* En un ejercicio del Impuesto de Sociedades, una sociedad defrauda a la Hacienda Pública española por importe superior a 120.000 euros, y resulta imposible determinar cuál fue la persona física que elaboró la declaración tributaria defraudatoria. *b)* Partiendo del mismo supuesto de hecho, la declaración defraudatoria habría sido realizada por un asesor fiscal externo, pero el legal representante de la sociedad la firmó sin advertir (por falta de atención o por falta de conocimientos técnicos) su carácter fraudulento. ¿Qué tenían en común estos dos supuestos de hecho antes de la LO 5/2010? Muy sencillo: que, a pesar de que en ambos supuestos se habría producido una defraudación tributaria de cuantía suficiente como para ser constitutiva de delito, aparentemente el hecho debía quedar sin pena, porque en ninguno de ellos era posible castigar a persona física alguna, y en derecho penal español *Societas delinquere non potest*. Esto es, que, aparentemente, en ambos supuestos de hecho se planteaba una laguna de punibilidad (Gómez Martín 2009a).

Sin duda, una de las razones político-criminales que habrían impulsado al legislador de 2010 a introducir en el Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, precisamente, la voluntad de colmar lagunas de punibilidad en supuestos de hipotética irresponsabilidad de las personas físicas que actúan por cuenta de la sociedad. Sin embargo, está lejos de ser incontrovertido que tales lagunas de punibilidad realmente existieran. Así, por ejemplo, en el caso *a)* (imposibilidad de determinar cuál fue la persona física que elaboró la declaración tributaria defraudatoria), el actual art. 31 CP permite hacer responder penalmente al «que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro (...) aunque no concurren en él las condiciones,

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre». La doctrina y la jurisprudencia convienen en la actualidad que un criterio válido para concretar el concepto «administrador de hecho» en estructuras organizativas complejas es el consistente en determinar quiénes son los sujetos que ostentan el control de la esfera de competencias en la que se circunscribe la realización de la conducta cuya realización irregular constituye la conducta típica. Así, por ejemplo, en el caso *a)*, se trata de determinar quién es el responsable del departamento interno (*v.gr.*, el financiero) o del servicio externo (por ejemplo, una asesoría fiscal o una gestoría) encargado de la realización de las declaraciones ante la Hacienda Pública. De acuerdo con este criterio, podrá afirmarse que el correspondiente responsable se ha comportado como administrador de hecho del obligado tributario (recuérdese, la sociedad), actuando «*en nombre o representación legal o voluntaria*» del mismo. Por lo que hace al caso *b)*, la aplicación del ya mencionado art. 31 CP permitirá hacer responder al asesor fiscal, aunque el legal representante de la sociedad actúe en error.

Es cierto que el art. 31 CP no resulta aplicable a todas las «condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo». No lo es, por ejemplo, cuando se trata de delitos especiales en los que el elemento de autoría consiste en la cualidad de autoridad o funcionario público. Sin embargo, es precisamente el ámbito de los delitos contra la Administración Pública –en el que sí podrían producirse importantes lagunas de punibilidad– uno de aquéllos en los que la LO 5/2010 decidió no prever la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica.

Ello no obstante, ciertamente, no cabe negar que la complejidad estructural de algunas empresas dificulta considerablemente la investigación criminal. Baste para ello un ejemplo. No resulta en absoluto infrecuente en la actual práctica jurisdiccional que tiene por objeto los delitos contra la seguridad en el trabajo que, a propósito de la denuncia o querrela de un trabajador accidentado, o bien de la emisión de un Informe de Inspección de Trabajo en el que la autoridad laboral constata la existencia de la infracción de alguno de los deberes de seguridad previstos en los arts. 16-22 LPRL,² proponiendo, en consecuencia, la correspondiente sanción administrativa, que el juez de instrucción que por reparto corresponda dicte el correspondiente *auto de*

² En estos preceptos se encuentran recogidos, en síntesis, el deber de evaluación de los riesgos existentes para la seguridad y salud de los trabajadores (art. 16 LPRL); suministro de los equipos de trabajo y medios de protección, para garantizar la seguridad en el desarrollo de los trabajos por parte de sus empleados (art. 17 LPRL), información a los trabajadores (art. 18 LPRL), y por último, formación de los trabajadores (art. 19 LPRL).

incoación de diligencias previas (simultáneo, en su caso, a la admisión a trámite de la denuncia o querrela) dirigiendo el procedimiento contra determinados sujetos hipotéticamente relacionados con el accidente, que devienen, por tanto, *imputados*. Tales sujetos suelen ser el *titular o propietario de la empresa*, el *presidente del Consejo de Administración*, o su consejero delegado, el *legal representante* de la mercantil, su *gerente*, el *legal representante del servicio (interno o externo) de prevención de riesgos laborales*, o, en el ámbito de la construcción, el *legal representante de la empresa promotora o constructora de la obra*. Esta circunstancia suele provocar en la práctica que la carga de la condición de imputado pese durante un considerable espacio de tiempo sobre los hombros de sujetos que ninguna relación guarden con los hechos objeto de investigación. Además, cuando las actuaciones no son objeto de sobreseimiento y archivo provisional o libre en la fase de instrucción, la práctica de todas las diligencias probatorias necesarias para el esclarecimiento de los hechos acaba conduciendo al dictado de un auto de acomodación procedimental, esto es, de transformación de diligencias previas a procedimiento abreviado, dirigido contra aquellos sujetos. Y lo que resulta todavía más insatisfactorio: si el procedimiento no queda archivado en la llamada fase intermedia, el juez de instrucción acaba dictando auto de apertura de juicio oral contra los mismos (irrecurrible excepto en lo que respecta a la situación personal del reo). Una vez practicada la prueba en el Juicio Oral, un considerable porcentaje de los casos en los que existe Informe de Inspección de Trabajo apreciando la concurrencia de la infracción por parte de la empresa de alguno de los deberes previstos en los mencionados arts. 16-22 LPRL acaba en sentencia condenatoria.³

En otros casos, el juez de instrucción, ante el desconocimiento de cuáles son los órganos empresariales encargados de la dirección y la gestión de la actividad relativa a la prevención de riesgos laborales, requiere a la representación letrada de la empresa investigada para que designe a su entera conveniencia las personas que van a acabar asumiendo, al modo de auténticos «chivos expiatorios», las responsabilidades penales por el accidente objeto de instrucción. Tampoco son infrecuentes los casos en que son los propios

³ Esta última práctica judicial resulta, no obstante, altamente discutible. A este respecto, es preciso recordar que el Informe del Servicio de Inspección de Trabajo y Seguridad Social agota su trascendencia jurídica en la objetivación e identificación de la normativa laboral presuntamente infringida. Carece, por ello, de cualquier eficacia para predeterminar, siquiera sea indiciariamente, la posible existencia de responsabilidad criminal, correspondiendo el monopolio de dicha función a los jueces y tribunales del orden penal. Esta tesis se encuentra recogida, entre otras resoluciones, en el *AAP Barcelona*, 2ª, 132/05, 15-3. Esta importante resolución confirmó el auto de sobreseimiento dictado por el juez *a quo* en un supuesto por imputación del resultado lesivo al comportamiento imprudente de la víctima. Y ello a pesar de la existencia de un Informe del Servicio de Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que se hacía constar que el empresario había infringido diversos preceptos de la normativa administrativa en materia de prevención de riesgos laborales (Gómez Martín 2009b, pp. 228 s.).

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

«chivos expiatorios» los que se colocan en el punto de mira del procedimiento penal, asumiendo en su propia persona, de forma aparentemente espontánea y voluntaria, la responsabilidad por los hechos investigados (Gallego Soler 2004, p. 93). En una subversión difícilmente inteligible de las competencias de los distintos agentes procesales, la determinación de los sujetos responsables de los hechos objeto de averiguación, en lugar de ser llevada a cabo por el juez de instrucción, acaba corriendo a cargo, por tanto, de una de las partes en litigio, y, particularmente, de aquella que podría tener un menor interés en la correcta averiguación de los hechos (Gómez Martín 2009b, pp. 228 s.).

Todo ello es, evidentemente, insatisfactorio. Sin embargo, que la complejidad estructural de una empresa constituya un grave inconveniente para la investigación criminal no significa, sin embargo, que la solución óptima sea responsabilizar penalmente a la empresa en su conjunto. Que no resulte sencillo encontrar a los responsable individuales de la comisión de un delito en el seno de una sociedad o de un grupo de sociedades no significa, necesariamente, que ello no sea posible; que la empresa se encuentre organizada para delinquir; o, por fin, que el delito se haya cometido por una deficiente organización de la empresa. En ocasiones, lo que ocurre es, simple y llanamente, que por deficiencias (técnicas, económicas, de falta de especialización, etc.) del sistema de investigación y persecución del delito, no se aplican de forma correcta los instrumentos legalmente previstos para una eficiente persecución del delito. Es evidente que la solución a tales inconvenientes, que forman parte del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, no puede venir representada, en modo alguno, por la responsabilidad penal de la sociedad, sino por la mejora del propio sistema de investigación y persecución del delito.

Todo lo anterior permite extraer al menos una conclusión: Si lo que pretendió la LO 5/2010 mediante la incorporación al Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es dotar al ordenamiento jurídico-penal de un instrumento para colmar lagunas de punibilidad, entonces debe concluirse que dicha pretensión resultó altamente fallida. Porque las lagunas que la responsabilidad penal de las personas jurídicas trata de ser colmadas probablemente no existen, y las que sí existen no consiguen ser colmadas mediante aquel instrumento.

Por lo demás, tampoco el argumento de que la empresa es, por definición, un potencial centro de «irresponsabilidad institucionalizada» es merecedor de ser compartido. Evidentemente, ni ello sucede siempre (Silva Sánchez 2001, p. 315), ni cuando ocurre la respuesta más adecuada es la pena. Frente a la insatisfactoria –y compatible– consecuencia de que depurar responsabilidades individuales en una empresa no siempre resulta sencillo, se impone la necesidad, por una parte, de mejorar los mecanismos forenses de investigación de los hechos delictivos empresariales, y, por otra, de articular criterios de

imputación de responsabilidad individual en estructuras organizativas complejas que permitan realizar correctamente aquella función de depuración. Frente a ello, la (siempre fácil) salida de hacer responder a la sociedad, además de constituir –como se mencionará *infra*– una solución claramente desproporcionada, bien podría acabar provocando una cierta relajación en la persecución de quien realmente habría cometido el delito, esto es, la persona física, al grito de «siempre nos quedará la empresa».

2.1.2. *¿Derecho penal como instrumento promocional de la responsabilidad social corporativa?*

Siempre y cuando ello no responda a una estrategia de maquillaje publicitario (Nieto Martín 2007, *passim*), la idea de que las empresas sean socialmente responsables, esto es, de que incorporen a su actividad cotidiana prácticas, estrategias y sistemas de gestión empresarial tendentes a la consecución de su mejora social, económica y ambiental, es, sin duda, merecedora de una valoración positiva. Sin duda lo es, igualmente, que una empresa se encuentre impulsada por principios y valores tales como la utilidad y la Justicia social, la eficiencia en la creación de riqueza y su distribución equitativa, el respeto por los derechos humanos, la seguridad y la salud laboral o el medio ambiente, y el riguroso cumplimiento no sólo de la legalidad vigente, sino también de los legítimos contratos y compromisos adquiridos. También que los llamados códigos de buen gobierno corporativo puedan constituir, en su caso, un instrumento útil a tal efecto (Bacigalupo Zapater 2011, pp. 121 ss.). Pero que tal propósito deba conseguirse con ayuda de la rama del ordenamiento jurídico más restrictiva de derechos y libertades individuales, el derecho penal, convirtiéndolo en un instrumento promocional de una suerte de nueva cultura de los negocios, ya es algo mucho más cuestionable. Una cosa es ofrecer incentivos a la empresa para que se responsabilicen socialmente, y otra que deban ser sometidas (conjuntamente con todas las personas físicas que la integran) al yugo del derecho penal si no lo hacen. Como se mencionará a propósito de la crítica a la teoría del delito para personas jurídicas, en un Estado social y democrático de derecho, el derecho penal debe perseguir la protección de los intereses sociales más importantes con escrupuloso respeto por la libertad, la igualdad y la dignidad del individuo. Ello no sucede, en cambio, cuando –como sucede, por ejemplo, con el caso de la responsabilidad penal de personas jurídicas– se hace responder a alguien que no ha cometido el delito (principio de personalidad de las penas), o se construye la ficción de que quien realmente ha cometido el delito es la propia empresa, simplemente por no haber mostrado una actitud de fidelidad ante el cumplimiento de la legalidad por haber incumplido el deber de cumplir efectivamente con el contenido de un protocolo de prevención penal.

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

2.1.3. La referencia a Europa: ¿una excusa de mal pagador?

A pesar de la constante alusión en las exposiciones de motivos de las leyes penales a los compromisos internacionales asumidos por España como supuesto argumento de autoridad, el legislador penal español, lejos de suscitar una detenida discusión sobre la razonabilidad de las decisiones político-criminales adoptadas con apoyo formal en el derecho internacional, se limita a proclamar en relación con la misma que «Europa lo quiere» (Dopico Gómez-Aller 2009b, pp. 552 s.). La decisiva introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro ordenamiento jurídico no constituye una excepción a este planteamiento.

A pesar de que un *significativo número de países europeos* ajenos a la tradicional responsabilidad penal de las personas jurídicas propia de los derechos de corte anglosajón han ido adoptando tal medida en los últimos tiempos (Cuadrado Ruiz 2007, p. 127), lo cierto es, sin embargo, que las recomendaciones europeas no suelen obligar a dar una respuesta *específicamente penal* a la intervención de personas jurídicas en hechos delictivos. Ello ni siquiera ocurre en algunos de los ámbitos político-criminales más preocupantes, como, por ejemplo, la corrupción en el sector privado y en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, etc. Tal circunstancia se compadece, además, con el hecho de que incluso desde la perspectiva pragmática que por lo general parece adoptar la normativa europea, no resulta en absoluto incuestionable la necesidad de que la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas sea estrictamente necesaria para la obtención de las finalidades político-criminales pretendidas por el sistema (Silva Sánchez 2001, p. 311).

En efecto, aunque el legislador europeo suele imponer a los Estados miembros la adaptación de las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser hecha responsable de las conductas, los instrumentos de derecho comunitario que instan a los Estados miembros a adoptar medidas en la lucha contra la criminalidad cometida desde la persona jurídica ni imponen que tales medidas sean de naturaleza *jurídico-penal*, ni obligan, en modo alguno, a la instauración de uno u otro modelo de responsabilidad (Silva Sánchez 2002, p. 121, 2010, p. 1787). Tal circunstancia viene determinada por el carácter fundamentalmente pragmático del ordenamiento jurídico internacional. Así, no es en absoluto casual que no pocos instrumentos jurídicos incorporen tanto medidas penales como medidas *civiles o administrativas*. No en vano, en la discusión doctrinal acerca del art. 14 del *Corpus Iuris* 1997 los informantes de Italia y Grecia entendieron que la responsabilidad penal de las personas jurídicas contravendría las respectivas constituciones de estos dos países. De estas reticencias se han hecho eco también determinados sectores de la doctrina alemana y austríaca (Silva

Sánchez 2002, p. 121). Idéntica libertad permite la normativa internacional en relación con el *modelo* de responsabilidad (penal), ya que se sugieren tanto sistemas de autorresponsabilidad como de heterorresponsabilidad, dejándose entera libertad a los Estados sobre la materia.

Buena muestra de ello es, por ejemplo, el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad de 2001, que impone a los Estados la implementación de «sanciones» contra la personas jurídicas, dejando completamente abierta, por tanto, la naturaleza (administrativa, penal) que las mismas deben revestir.⁴ Excepciones a este planteamiento (que vendrían a confirmar, precisamente, la regla que acaba de ser expuesta) son, por ejemplo, el art. 14 del proyecto de *Corpus Iuris Delicti* del año 1997 o el art. 5 de la Decisión Marco 2008/913/JAI 28-11-08, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, que imponen no sólo el carácter sancionador de las medidas, sino la necesidad de que las mismas tengan naturaleza *penal*. Tampoco se impone el modelo (autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad), aunque el más recurrente es, con mucho el segundo.

2.2. Crítica a la argumentación dogmática

2.2.1. ¿Es realmente posible una teoría del delito para personas jurídicas?

Una parte de la doctrina trata de salvar los inconvenientes dogmáticos que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas defendiendo la posibilidad de construir una teoría del delito para sociedades. De acuerdo con la misma, la acción vendría representada, recuérdese, por la *capacidad de organización* de la persona jurídica; la tipicidad objetiva por el «defecto de organización»; la tipicidad subjetiva por el *conocimiento organizativo del riesgo empresarial*; y, por fin, la culpabilidad por una determinada *cultura empresarial de infidelidad al derecho* o, más concretamente, de incumplimiento de la legalidad (Gómez-Jara Díez 2011, p. 41, Bacigalupo Zapater 2011, p. 100). Tal punto de vista en modo alguno puede ser compartido, por lo que a continuación se expone.

Entendido el delito como infracción de normas de determinación, puesto que tal clase de normas sólo pueden ser dirigidas a las personas físicas, y no a las jurídicas, sólo las primeras, y no las segundas, podrán cometer delitos. Las personas jurídicas podrán ser, a lo sumo, objeto de normas de valoración, pero nunca pueden constituir destinatarios objetivamente adecuados de normas de determinación. Es ya un lugar común en la doctrina la afirmación

⁴ Concretamente, el art. 13.2 del convenio dispone que «[c]ada parte velará por que las personas jurídicas consideradas responsables en aplicación del art. 12 sean objeto de sanciones o medidas penales o no penales efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluyendo sanciones pecuniarias». Sobre el alcance de esta última expresión vid. Silva Sánchez (2002, pp. 122 s.).

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

de que esta clase de normas presuponen la concurrencia en su destinatario de una serie de presupuestos (autoconsciencia, libertad, racionalidad, etc.) que de ninguna manera podrían llegar a concurrir en una sociedad. Partiendo de esta constatación, si se sigue afirmando que las sociedades pueden cometer delitos, entonces quienes así procedan deben ser conscientes de que los mismos ya no podrán seguir siendo definidos como infracciones de normas de determinación, sino, a lo sumo, como comportamientos desvalorados o merecedores de un juicio de desvalor. No es ésta, sin embargo, la concepción del delito que aquí se considera preferible. En un Estado *social* en el que el derecho penal cumpla una función de protección de la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, el Estado no puede limitarse a valorar negativamente los hechos ya cometidos lesivos o peligrosos para bienes jurídicos, sino que debe tratar de evitarlos. Para ello, habrá de dirigirse a los ciudadanos mediante *normas de determinación de la conducta*, que sólo podrán ser atendidas por sujetos con capacidad de autoconsciencia, racionalidad y libertad. Desde esta perspectiva, tales presupuestos sólo podrán concurrir en la persona física, nunca, en cambio, en la persona jurídica.

Como es obvio, en un sistema dogmático abierto a la política criminal como el que aquí se considera preferible, los presupuestos político-criminales que acaban de ser expuestos condicionarán de forma decisiva el contenido de la teoría del delito. En cuanto a la *acción*, entendida la persona jurídica como una realidad compleja formada por una pluralidad de persona físicas, es posible afirmar que el comportamiento de una sociedad es, en realidad, una ficción, ya que detrás del mismo se encuentra, necesariamente, el comportamiento humano de las personas físicas que la integran. Las personas jurídicas no son nada sin las personas físicas que las integran. Tampoco la acción de una sociedad sin los comportamientos concretos de los individuos que las componen (Robles Planas 2011, pp. 4 s.). No obstante, algunas ramas del ordenamiento jurídico parten de dicha ficción para acabar concluyendo, por ejemplo, que las sociedades pueden contratar o celebrar negocios jurídicos de toda suerte, y que si pueden hacerlo lícitamente también tendrán capacidad para hacerlo de manera fraudulenta. Que ello sea posible desde una perspectiva jurídico-civil o mercantil, o, incluso, jurídico-administrativa, no significa, sin embargo, que una sociedad tenga capacidad de acción *jurídico-penal*. Debe recordarse, a tal efecto, que dos son los modos en que la Dogmática jurídico-penal puede afrontar el análisis de la estructura del delito (Jeschek 1981, pp. 290 s.): prescindir de la construcción de un concepto general de acción e iniciar el análisis del delito directamente por la categoría de la tipicidad; o intentar dilucidar con carácter general, y antes de discutir los propios elementos del delito, qué debe entenderse por acción en derecho penal, por considerarse que es posible una definición general de acción previa a las categorías jurídicas del delito. En apoyo de la primera postura suelen

esgrimirse dos razones: la imposibilidad de encontrar una definición general de acción previa a las categorías jurídicas, y la ausencia de todo valor sistemático, por su excesiva generalidad, de una tal definición, en el supuesto de que fuera posible encontrarla (Mir Puig 2015, 7/24 s.). Por contra, quienes consideran preferible la segunda opción, suelen argumentar en su favor que el concepto general de acción es un concepto útil para el derecho penal, debido al interés que para éste tienen las distintas funciones que dicho concepto desempeña.

Desde mi punto de vista, de las dos perspectivas expuestas merece ser ampliamente compartida la *primera* de ellas. Tal y como acertadamente señala Mir Puig (2015, 6/24 s.), en el análisis de los casos prácticos, los tipos penales constituyen la «puerta de entrada en el derecho penal», de modo que la exigencia de un comportamiento humano no tiene naturaleza pre-jurídica, sino que es un requisito general exigido por todo tipo penal. Para Mir, resolver satisfactoriamente la cuestión relativa a si una conducta es o no constitutiva de delito requiere una doble comprobación. Por una parte, la concerniente a si se ha producido o no alguno de los resultados (entendido este término en un sentido amplio que permita abarcar tanto resultados en sentido estricto — separados de la acción— como situaciones de mera actividad) que el derecho pretende evitar. Por otra, y en caso de verificarse respuesta afirmativa en la primera comprobación, debe analizarse si concurren o no aquellas condiciones que permiten tratar de evitar dicho resultado (*ex ante*) o imputarlo a un sujeto en caso de confirmarse su concurrencia (*ex post*). La primera de estas condiciones de posibilidad de evitación o imputación del resultado es la acción, entendida como *comportamiento humano voluntario y externo*. Mir distingue, sin embargo, entre la acción como elemento general de (no previo a) los tipos penales y la exigencia por parte de cada tipo en concreto de una acción determinada que reúna una serie de características específicas. El motivo de que la acción sea un elemento genérico de todo tipo y no una mera realidad ontológica de naturaleza pre-jurídica hay que verla en que, según el autor, la delimitación del concepto de acción en derecho penal no puede realizarse partiendo únicamente de la esencia ontológica de los hechos humanos, sino de los «condicionamientos de la función de las normas penales». Y ello porque «no todos los hechos del hombre interesan al derecho penal, sino sólo aquellos que pueden ser desvalorados como penalmente antijurídicos por falta de desvalor intersubjetivo de la conducta». Por de pronto, la exigencia de que la acción constituya un comportamiento humano voluntario y externo ya debe derivarse necesariamente de la función del derecho penal, el cual sólo puede y al cual sólo le es lícito prohibir dicha clase de conductas. Esto es, los comportamientos *humanos* voluntarios y externos.

Negada la existencia de capacidad de acción jurídico-penalmente relevante a la persona jurídica, decaen por su propio peso el resto de elementos de la definición de delito que ahora se somete a consideración. No en vano, se

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

encuentra comúnmente aceptada en la doctrina la idea de que la acción cumple una función de enlace de las diferentes categorías del delito: tipicidad, antijuricidad, culpabilidad o imputación personal y, en su caso, la punibilidad. Según ello, la función de definición de la acción obligaría a partir de un concepto de acción con el suficiente contenido material como para que del mismo puedan predicarse las especificaciones propias de las categorías conceptuales que configuran la teoría del delito como características de la propia acción, pero sin adelantar el análisis de estas cuestiones al comportamiento humano, sino sólo enlazando o coordinando aquellas categorías.

Ello no obstante, debe apuntarse, a mayor abundamiento, que tampoco el criterio del *defecto de organización* de la persona jurídica resulta aceptable como equivalente funcional de la creación de un riesgo típicamente relevante y su realización en el resultado, que integra la *relación de riesgo entre la acción y el resultado* en la teoría del delito de las personas físicas (Gómez Tomillo 2015, pp. 69 ss.).

Por una parte, del mismo modo que sucede con la acción de la persona jurídica, que requiere necesariamente de un comportamiento humano, en el caso del defecto de organización también se precisará que sea una persona física, y no una jurídica, la que incurra en dicho defecto organizativo (Gómez Tomillo 2015, pp. 69 ss.). Así, por ejemplo, si –como entienden algunos autores– la comprobación si un delito trae o no causa de un defecto organizativo empresarial resulta necesario analizar si en la empresa se ha implementado o no un programa de cumplimiento penal, o si el programa implementado es o no eficaz en la prevención de la comisión de delitos, ocurra lo que ocurra siempre será imputable a una o varias personas físicas que actúen en nombre o representación de la compañía. Así, la decisión de no adoptar protocolo de cumplimiento alguno, la de implementar uno completamente insuficiente como operación de maquillaje publicitario, la de implantarlo formalmente y no cumplirlo materialmente, o la falta de control suficiente del órgano encargado de velar por su efectivo cumplimiento (*Compliance Officer*) siempre será imputable a alguna persona física con capacidad de decisión en la empresa. Las sociedades no se organizan o desorganizan solas: las organizan o desorganizan algunas de las personas físicas que actúan en su nombre o representación (Robles Planas 2011, p. 6). No en vano, incluso algún autor partidario de la responsabilidad penal de la persona jurídica reconoce abiertamente que en el sistema penal español, el injusto imputado a la persona jurídica equivale, en realidad, al injusto de la persona física que actúa en su nombre o representación (Robles Planas 2011, p. 6).

Pero es que incluso aunque se creyera –como si de un dogma de fe se tratase– que son las propias personas jurídicas, y no las personas físicas que las

administran o que actúan en su nombre o representación, las que incurren en defectos de organización, resulta extremadamente discutible que dichos defectos puedan equivaler, por sí mismos, a la creación de riesgos típicamente relevantes para los bienes jurídicos protegidos en los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por seguir con el ejemplo de los protocolos de cumplimiento: admitiendo la existencia de un deber técnico general de cuidado consistente en que la empresa debe tener cubiertos los riesgos penales que razonablemente puedan derivar en alguno de los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿es realmente aceptable que la simple inobservancia de tal supuesto deber (por ejemplo, mediante la completa omisión de todo protocolo o la implementación de un protocolo insuficiente) constituya un riesgo típicamente relevante de estafa, insolvencias punibles, daños informáticos, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, delito de blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, delitos urbanísticos, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros o delitos contra el medio ambiente? ¿Se trata de una relación de riesgo suficiente (por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría de la adecuación)? Y en el (negado) supuesto de que así fuera: ¿será siempre posible acreditar la existencia de una relación de causalidad entre el defecto organizativo y el resultado lesivo del bien jurídico? Desde mi punto de vista, es obvio que la respuesta a estas preguntas debe ser, necesariamente, *negativa* (Gómez Tomillo 2015, pp. 69 ss., Robles Planas 2006, pp. 7 y 15 s., 2011, p. 6).

En cuanto a la *tipicidad subjetiva*, en el caso de las personas jurídicas se afirma que la misma reside en el *conocimiento organizativo del riesgo empresarial*. Pero, ¿en qué consiste exactamente dicho conocimiento? ¿Puede una empresa conocer algo? Nuevamente aquí debe dejarse meridianamente claro que una persona jurídica ni conoce ni quiere: sólo pueden hacerlo, a lo sumo, las personas físicas que forman parte de la misma (Pastor Muñoz 2006, p. 16). De nuevo en el tipo subjetivo, el equivalente funcional del dolo adquiere un contenido radicalmente normativizado difícilmente asumible por un derecho penal respetuoso con el principio de culpabilidad.

Tampoco desde los modelos de responsabilidad por transferencia es posible fundamentar la responsabilidad subjetiva de la empresa. Ningún inconveniente especial representa, como es lógico, la responsabilidad subjetiva de la persona física que comete el delito en provecho de la sociedad. Sin embargo, tal y como afirma Silva Sánchez (2001, p. 329), «no parece fácil fundamentar una “transferencia” de los elementos subjetivos de las personas físicas a la persona jurídica, que compense los déficits subjetivos de esta última». No parece descabellado, por ello, concluir que, a falta de posible transferencia de la responsabilidad subjetiva de la persona física a la sociedad,

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

la responsabilidad penal de esta última es *puramente objetiva* (Silva Sánchez 2001, p. 329, Robles Planas 2011, pp. 8 y 11).

Precisamente en lo que a *culpabilidad* se refiere, la tesis de que en la teoría del delito para la persona jurídica tal elemento reside en su participación en una *cultura empresarial de infidelidad al derecho* o, más concretamente, de *incumplimiento de la legalidad* es, en parte, heredera de un concepto constructivista de culpabilidad como el defendido por Günther Jakobs (2002, pp. 559 ss.). De acuerdo con el mismo, la culpabilidad se corresponde por completo con el fin de la pena como medida tendente a garantizar la fidelidad o confianza en la norma, o, mejor, la estabilización contrafáctica de las normas como expectativas normativas institucionalizadas (también Silva Sánchez 2001, p. 335). Un comportamiento es culpable para Jakobs cuando produce una perturbación definitiva de la norma (Jakobs 1996, p. 77, Peñaranda Ramos et al. 1997, pp. 48 ss. y 56 s.). Desde el punto de vista de su comprensión de la sociedad como contexto comunicativo, el comportamiento de un individuo sólo puede expresar dos cosas: o bien tiene un significado comunicativamente relevante, o bien es simple naturaleza. Esto último ocurre, por ejemplo, con los comportamientos realizados por inimputables (Jakobs 1996, pp. 60 ss.). En suma: la función de la categoría de la culpabilidad consiste para Jakobs, en la estabilización de las normas ante contradicciones de las mismas con sentido del tipo «la norma carece de validez», y tales contradicciones sólo están al alcance de aquellos sujetos que no sean inimputables, menores de edad, etc. (Jakobs 1996, pp. 63 ss.). Todo esto es coherente con el concepto de persona defendido por Jakobs desde su perspectiva sociológico-funcionalista, de acuerdo con el cual la persona no es un sistema «psico-físico» prejurídico, sino un sistema social, un constructo social (Jakobs 2000, p. 150).

Frente a todo ello, debe afirmarse, en primer lugar, que un tal concepto de culpabilidad se encuentra completamente *vacío de contenido*. Puesto que Jakobs define el delito mismo como quebrantamiento de la norma o infracción de un deber, su concepto de culpabilidad conduce, en definitiva, a una argumentación circular: es culpable el comportamiento que quebranta la norma, esto es, el comportamiento constitutivo de delito, y para que esto último ocurra es necesario que se trate de un comportamiento culpable. En segundo lugar, debe destacarse que en Jakobs, la culpabilidad pierde, como el propio autor reconoce (Jakobs 1996, p. 77), su característico sentido limitador del *inspuniendi*, al quedar restringida al ámbito de lo que resulte *funcional* o *disfuncional* para el sistema penal. La culpabilidad debe ser contemplada, esencialmente, como un límite a la pena cuando los principios de dignidad humana y de igualdad real ante la Ley harían ilícita una pena que tuviera por destinatario, por ejemplo, un enfermo mental (Peñaranda Ramos et al. 1997, p. 48, Schünemann 2000, pp. 95 ss.). Por lo demás, la consideración de la persona como un constructo social, como el resultado de un proceso de

comunicación, resulta sencillamente intolerable. Porque una cosa es admitir que el individuo también encuentra su identidad a través de procesos de interacción social, y otra radicalmente distinta, inadmisibles, que la sociedad defina por completo al individuo hasta el punto de que a quien carezca de capacidad para comunicarse con sentido social (como, por ejemplo, los inimputables) deba serle negado el *status* de persona (Mir Puig 1998, pp. 454 s.).

Huelga decir, además, que una tal concepción de la culpabilidad no se compadece en absoluto con la que resulta preferible en el derecho penal de un Estado democrático: la infracción personal de una norma de determinación por un sujeto penalmente responsable (Mir Puig 2015, 20/23 ss., Silva Sánchez 2001, p. 336). Para que el comportamiento del sujeto consista en la *infracción personal de una norma de determinación* es necesario, como señala Mir Puig, que concurren dos requisitos: la capacidad personal de evitar el hecho y la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta. La primera queda excluida en los casos de imposibilidad absoluta de evitar materialmente el hecho. Ello ocurre, por ejemplo, en los supuestos de enfermedad mental profunda. Por lo que respecta a la capacidad de conocer la antijuricidad de la conducta, ésta deberá entenderse ausente cuando el sujeto incurra en un error de prohibición objetiva o personalmente invencible (Mir Puig 2015, 20/28 ss.). En segundo lugar, Mir entiende que en un Estado democrático no es lícito castigar con pena a aquellos sujetos que no puedan ser calificados como penalmente responsables. No lo serán quienes no tengan capacidad para ser motivados por la norma de determinación con normalidad. No se trata, por tanto, de quienes no puedan ser motivados por la norma en absoluto (ello puede suceder, por ejemplo, en el caso de oligofrénicos profundos), en cuyo caso faltaría ya la infracción personal de la norma; sino de sujetos que, pese a ser motivables, no lo son con normalidad, esto es, como las restantes personas. La *anormalidad motivacional* de un sujeto puede deberse a dos clases de causas: las relativas a la «anormalidad» del sujeto; y las relativas a la «anormalidad» de ciertas situaciones en las que no es lícito exigir al sujeto el cumplimiento de la norma de motivación. Las primeras son las *causas de inimputabilidad*. Las segundas, las *causas de «no exigibilidad»* (Mir Puig 2015, 20/36 ss.). Definida de este modo, es evidente que sólo puede ser culpable o no culpable una persona física, nunca una persona jurídica. Tal concepto de culpabilidad presupone la concurrencia en el sujeto de dos elementos que difícilmente concurrirán en una persona jurídica: autoconciencia y libertad (Silva Sánchez 2001, p. 335, Nieto Martín 2007, pp. 155 ss., Pastor Muñoz 2006, pp. 12 ss., Robles Planas 2006, p. 7, 2011, p. 4). Por lo demás, una concepción de la culpabilidad como la que acaba de ser criticada, al identificar la culpabilidad con la instalación en la empresa de una cultura de la infidelidad o el incumplimiento de la legalidad, transita de forma peligrosa por la senda de

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

la *culpabilidad por la conducción de vida*, una de las más (justamente) denostadas formas de derecho penal de autor que ha conocido la historia de la teoría del delito (Silva Sánchez 2001, p. 338). Como apunta Silva Sánchez (2001, p. 338), «en última instancia esa culpabilidad por la conducción de la vida de un sujeto no autoconsciente constituye algo no muy distinto de otra forma de designar a la peligrosidad».

Buena parte de las esperanzas doctrinales de una teoría del delito que pueda servir de fundamento material a la responsabilidad penal de las personas jurídicas descansan en la idea de la autorresponsabilidad de la persona jurídica. No en vano, la mencionada teoría del delito para personas jurídicas suele venir acompañada de argumentos de naturaleza *constitucional*. Se afirma, en este sentido, que si el legislador penal español hubiese optado —como suele hacer el legislador comunitario— por un modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia, esto es, de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho ajeno cometido por la persona física, la conclusión sería que el mismo atentaría contra algunos de los principales principios político-criminales limitadores del *ius puniendi*, entre ellos el de personalidad de las penas como manifestación del principio de culpabilidad. Puesto que, como es obvio, no resultaría asumible una interpretación del art. 31 bis CP contraria al principio de culpabilidad y, por tanto, a la Constitución Española, sería obligado concluir, entonces, que la LO 5/2010 no consagra un modelo de heterorresponsabilidad, sino uno de *responsabilidad por el hecho propio* (Dopico Gómez-Aller 2010, 1/112). La sociedad respondería penalmente —según esta tesis— por su propio hecho delictivo, no por el hecho cometido por la persona física que actúa en su nombre o representación.

En este sentido, algunos autores quisieron ver en el sistema español de responsabilidad penal de la persona jurídica incorporado al Código Penal por la LO 5/2010 un modelo de responsabilidad penal *autónoma* de la empresa. Tal conclusión se fundamentaría, por una parte, en la referencia al «no haber ejercido el debido control» prevista en el art. 31 bis 1, párr. II CP antes de la reforma operada por la LO 1/2015, que parecería aludir a la infracción por parte de la propia persona jurídica del deber de cuidado consistente en organizarse de forma correcta. Y, por otra, en lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del art. 31 ter CP. Ciertamente, el *art. 31 ter, ap. 1 CP* desvincula la responsabilidad penal de la persona jurídica de la propia de la persona física que comete el delito. Siempre que concurran los presupuestos previstos en el art. 31 bis CP, la sociedad responderá aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. En cuanto al *art. 31 ter, ap. 2 CP*, el precepto parece abundar en la idea de que la responsabilidad penal de la sociedad no es accesoria de la responsabilidad de la persona física autora del delito. El precepto declara que las circunstancias que afecten a la culpabilidad del

acusado o agraven su responsabilidad no resultan comunicables a la persona jurídica. Se refiere tanto a las circunstancias objetivas como a las personales (Dopico Gómez-Aller, 2010, 1/112, Gómez Tomillo 2015, pp. 31 ss.).

Sin embargo, también existen razones de peso para pensar que *nada es lo que parece*. En el (nada improbable) caso de que el Tribunal Constitucional se viera obligado a pronunciarse sobre la conformidad del art. 31 bis CP con la Constitución Española, los argumentos a favor de la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica harían sin duda sus delicias, en orden a la aplicación de las ya conocidas reglas constitucionales de la conservación de los preceptos y la deferencia hacia el legislador penal (Dopico Gómez-Aller 2009a). No obstante, considero altamente dudoso que tal interpretación del precepto resulte viable. Desde mi punto de vista, a pesar de que la LO 5/2010 parece derogar para el derecho español el principio *societas delinquere nec puniri potest*, lo cierto es, sin embargo, lo siguiente: de los dos sub-principios que cabe derivar del principio *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, la reforma únicamente dejaría sin efecto, en cierto sentido, el segundo, dejando en pie, en cambio, el primero (de otra opinión Gómez Tomillo 2015, p. 19). Puede afirmarse, por tanto, que se trata de una *falsa alarma*. También tras la LO 5/2010, en derecho español *la persona jurídica sigue sin poder cometer delitos*.⁵ Nada cambia, a este respecto, con la LO 1/2015.⁶

El art. 31 bis, 1, a) CP establece que «las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio, directo o indirecto, por sus representantes legales o por los que, actuando individualmente o como integrantes de un

⁵ Ello explica, en parte, que la clausula de actuar por otro (art. 31 CP) permanezca inalterada. Además, el problema de la responsabilidad por actuación en nombre o representación de otro no se plantea solamente en los casos de personas jurídicas, sino en todos aquéllos en que alguien actúa en representación de otro, realizando una conducta cuya tipicidad requiere que el sujeto posea alguna condición (delito especial) que no concurre en él sino en su representante. Piénsese, p. ej., en el supuesto del representante de un incapaz que se alza con los bienes de éste en perjuicio de los acreedores del mismo. Sólo el incapaz posee la condición de deudor que exige el delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP), pero no es él quien actúa, sino su representante. Ninguno de ambos entra en la letra del art. 257 CP. Ahora bien, si el incapaz no lo hace no es porque sea inimputable, sino porque *no actúa*, pues de haberlo hecho habría realizado el tipo, ya que la tipicidad no exige la culpabilidad.

⁶ Por una parte, el legislador reformista mantiene el sistema de responsabilidad vicarial de la sociedad por hechos delictivos cometidos por una persona física confirmándose, entonces, que quien debe cometer el delito para que responda la persona jurídica no es ésta última (¿cómo podría hacerlo?), sino la persona física. Tampoco el nuevo sistema, por tanto, deroga el principio *societas delinquere non potest*, que sigue, de este modo, plenamente en vigor. Igualmente, se mantienen las dos vías de imputación a la persona jurídica de hechos delictivos cometidos por la persona física ya previstas por la LO 5/2010: la responsabilidad por actuaciones de determinadas personas particularmente representativas de la empresa; y la responsabilidad de la sociedad por delitos cometidos por subordinados como consecuencia de no haberse implementado las medidas de control necesarias para evitarlo.

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización o control dentro de la misma». Parece poco discutible que el precepto exige que el delito sea cometido no por la persona jurídica, sino *por la física que la representa*. De este modo, el precepto viene a declarar, en realidad, que sólo la persona física y no la persona jurídica, puede cometer el delito. Aunque político-criminalmente ello resulta sin duda cuestionable, el precepto declara que la persona jurídica puede responder con una pena (*societas puniri potest*), pero lo hará por un *hecho ajeno*, el cometido por la persona física que la representa: *societas delinquere non potest*.⁷

Lo mismo sucede en el caso del *art. 31 bis, 1, b) CP*. Dispone este precepto que «en los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de sus actividades, atendidas las concretas circunstancias del caso». También aquí, el legislador deja meridianamente claro que la persona jurídica podrá responder con pena (*societas puniri potest*), pero que, nuevamente, lo hará por un hecho ajeno, cometido *por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividades, atendidas las concretas circunstancias del caso*: *societas delinquere non potest*.⁸

⁷ Con la LO 1/2015, el círculo de posibles sujetos responsables de la primera de estas dos vías se amplía. La reforma de 2015 prevé la responsabilidad de la sociedad por hechos delictivos cometidos, por una parte, por personas con capacidad de decisión y representación de la sociedad, y, por otra, por personas encargadas de las funciones de organización y control de la misma. De este modo, la persona jurídica podrá responder por hechos cometidos no sólo por administradores o legales representantes, sino también por directores generales o encargados de departamentos con competencias en materia de gestión y administración o, incluso, por meros apoderados.

⁸ También la segunda vía de imputación, la que determina la responsabilidad penal de la persona jurídica por la no evitación de hechos delictivos cometidos por subordinados, resulta afectada por la reforma de 2015. En concreto, donde ahora se exige que el delito se hubiese cometido por un subordinado por no haberse ejercido sobre el mismo el debido control, la LO 1/2015 pretende que ello suceda «por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso». Tal y como expresamente reconoce la exposición de motivos de la LO 1/2015, ésta parece ser la interpretación auténtica de la enigmática expresión «por no haberse ejercido sobre ellos (scil. los empleados) el debido control», incorporada por el legislador español de la LO 5/2010 y que tanta literatura penal ha generado desde entonces. Así las cosas, el incumplimiento por parte de personas con capacidad de decisión y representación de la sociedad, y, por otra, por personas encargadas de las funciones de organización y control de la misma, de los correspondientes deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de sus subordinados deviene, con la

Por lo demás, si la cláusula del *art. 31 bis, 1, a) CP* ya representa una evidente muestra de responsabilidad objetiva y responsabilidad colectiva, la fórmula prevista en el *art. 31 bis, 1, b) CP* constituye un exponente todavía más obvio de tal exceso. Ciertamente, desde la perspectiva de las *teorías de la identificación* o del *alter ego* podría tener una cierta lógica interna –lo cual no significa que deba ser compartido– argumentar que cuando quien comete el delito es el administrador o legal representante de una sociedad es como si el delito lo cometiera la sociedad misma. La persona jurídica se *identifica* de tal modo con la persona física que actúa en nombre o representación de la sociedad (es su *alter ego*) que la comisión por parte de aquélla podría considerarse funcionalmente equivalente a la comisión del delito por parte de la sociedad. Sin embargo, resulta evidente que la teoría de la identificación no consigue explicar cómo es posible que la comisión de un delito por parte de un subalterno (por ejemplo, de un empleado) puede llegar a representar la responsabilidad penal de la empresa misma, máxime cuando cabe que el delito se haya cometido precisamente como consecuencia de la sustracción del subalterno a las directrices determinadas por la empresa o sus órganos directivos (Silva Sánchez 2002, p. 128, Gómez Tomillo 2015, pp. 63 ss.).

Tampoco el *art. 31 ter CP* apunta hacia otra dirección. Es cierto que el precepto señala que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (letra a, inc. 1º). Pero de esto último no puede deducirse, en modo alguno, que la responsabilidad penal de la persona jurídica sea *autónoma* de la de la persona física que ha cometido el delito. Al contrario: también este primer inciso del precepto deja claro que la expresión «por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividades, atendidas las concretas circunstancias del caso» no hace referencia a la persona jurídica, sino a los «representantes legales o los que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización o control dentro de la misma». El delito por el que responderá la persona jurídica (*societas puniri potest*) debe ser cometido, por tanto, por una

reforma, la piedra angular de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ello regirá, desde luego, para la segunda vía de imputación, para la que el legislador reformista así lo exige de forma expresa. Es previsible que, al menos para un sector de la doctrina, resulte inevitable que también lo haga para la primera vía de imputación, so pena de posible inconstitucionalidad del criterio por vulneración del principio de personalidad de las penas, derivado del principio de culpabilidad del derecho penal.

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

persona física como consecuencia de la inobservancia del control debido por parte de otra persona física: *societas delinquere non potest*.

Que ello pueda suceder «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» no cambia en nada el hecho de que el supuesto de la norma secundaria cuya consecuencia jurídica viene representada por la pena a imponer a la persona jurídica no es otro que el delito cometido por la persona física. Que la LO 5/2010 haya dispuesto que la sociedad puede responder aunque no se consiga saber quién ha cometido el delito (algo relativamente habitual en la práctica forense cuando de complejos entramados societarios se trata) o no sea posible dirigir el procedimiento contra el mismo (por ejemplo, por haber fallecido, o por haberse sustraído a la acción de la Justicia con la esperanza de que el delito prescriba), no prejuzga en nada la cuestión de si para que ello ocurra es o no necesaria la comisión de un delito por parte de una persona física. Del mismo modo que puede suceder entre un autor y un partícipe, es perfectamente posible que quede acreditada en las actuaciones la comisión de un hecho constitutivo de delito y no resulte posible, en cambio, acreditar su autoría. O que, individualizada ésta, la misma se encuentre extinguida (por ejemplo, por fallecimiento del autor del delito). Pues bien: a pesar de que nadie discute que la responsabilidad del partícipe es accesoria con respecto a la del autor, ¿negará alguien que la responsabilidad del partícipe sigue en pie en alguno de los supuestos planteados? Evidentemente, no: la punición del partícipe depende de la comisión de un hecho típico y antijurídico por parte del autor (accesoriedad limitada), pero no, en cambio, de si el autor es o no culpable (accesoriedad máxima) o de si concurre o no en su persona una causa de extinción de la responsabilidad criminal de naturaleza personal. En el caso de la persona jurídica, para que ésta pueda responder penalmente debe quedar acreditada la comisión de un delito por parte de una persona física que presente la vinculación típica con la sociedad, aunque no se sepa exactamente de quién se trata o, sabiéndose, su responsabilidad criminal se encuentre extinguida. Así las cosas, sólo erróneamente puede afirmarse que la responsabilidad de la sociedad es autónoma, o derivarse de todo ello que la persona jurídica responde, en realidad, por la comisión de un hecho delictivo propio.

No en vano, el art. 31 ter, a), inc. 2º CP, vincula claramente la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física, al establecer una regla de *compensación* de la responsabilidad de la sociedad con la del autor del delito. La regla, que únicamente resultará aplicable cuando la pena impuesta sea de *multa*, persigue evitar situaciones de *bis in idem* en casos de pequeñas empresas en las que el capital de la persona jurídica y el de la persona física del administrador coincidan sustancialmente. Obviamente, si la responsabilidad de la persona jurídica fuera autónoma, esto es, si la sociedad respondiera por su

hecho y la persona física por el suyo, la regla carecería de todo sentido: faltaría la *identidad de hecho* que provoca el *bis in idem* que, mediante la fórmula de la compensación, trata de solucionar el legislador.

Idéntica impresión se extrae del *art. 31 ter, ap. 2 CP*. El precepto establece, recuérdese, que «la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente». A pesar de la responsabilidad penal de la persona jurídica (*societas puniri potest*), el legislador vuelve a declarar sin ambages que debe ser una persona física la encargada de realizarlos «materialmente» (*art. 31 bis, 1, a CP*) o de «haberlos hecho posibles» por no haber cumplido con los deberes de control, supervisión y vigilancia (*art. 31 bis, 1, b CP*): *societas delinquere non potest*. La referencia a las «circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado» del *art. 31 ter CP* no resulta –tampoco aquí– en absoluto inequívoca. En sentido estricto, únicamente las circunstancias previstas en los arts. 20, 1º y 2º *CP* afectan a la normalidad motivacional del reo. De acuerdo con esta comprensión del concepto, todas aquellas atenuantes que no incidan en la imputación personal (como, p. ej., las previstas en los arts. 20, 3º a 20, 6º *CP*, incluida la nueva atenuante de dilaciones indebidas) serían comunicables a la persona jurídica. Además, una interpretación *contrario sensu* del *art. 31 ter CP* conduciría a entender que en un supuesto hipotéticamente imaginable de comportamiento justificado de la persona física representante de la empresa ésta no respondería con pena. De tal circunstancia podría desprenderse la conclusión de que la LO 5/2010 podría haber optado –del mismo modo que sucede con los intervinientes personas físicas que se encuentran en una relación de autoría-participación– por un *modelo de accesoriidad limitada* de la persona jurídica con respecto a la persona física que actúe en su nombre o representación. En este sentido, algunos autores han llegado a ver en la cláusula prevista en el *art. 31 ter CP* un posible paralelismo para la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la cláusula establecida en el *art. 65.1 CP* para las personas físicas (Gómez Tomillo 2015, p. 192).⁹

No obstante, no puede descartarse en absoluto que en el *art. 31 ter, ap. 2 CP* el legislador haya empleado el término «culpabilidad» en un sentido más amplio, tal y como sucede, por ejemplo, en el *art. 65.3 CP*. No en vano, el *art. 31 quáter CP* establece que *sólo* podrán considerarse circunstancias atenuantes

⁹ De conformidad con el *art. 65.1 CP*, «[l]as circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren».

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, alguna de las actividades previstas en dicho precepto.¹⁰ Tal eventualidad es considerada por el art. 31 ter CP, mediante la cláusula «sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente». Además, el art. 31 ter, ap. 2 CP establece que la responsabilidad de la sociedad no se excluye por el *fallecimiento del autor* del delito, o por el hecho de *haberse sustraído de la acción de la Justicia*. La referencia a la causa de exclusión de la responsabilidad criminal prevista en el

¹⁰ Recientemente, Goena Vives sostiene que el fundamento de las atenuantes previstas en el art. 31 quáter CP no coincidiría con el de la atenuante de reparación del art. 21 CP (colaboración con la Administración de Justicia). El fundamento del art. 31 quáter CP debería verse, antes bien, en la menor necesidad preventiva (en un sentido positivo-integrador) de pena por la realización de una acción contratípica por medio de la cual la persona jurídica restablecería el orden social perturbado y expresaría comunicativamente un menor desvalor del hecho (Goena Vives 2014, *passim*). Las atenuantes previstas en el art. 31 quáter CP llevarían, según Goena, a la eliminación del riesgo representado por el estado de cosas antijurídico en que se ha convertido la persona jurídica como consecuencia de la comisión del hecho antijurídico. Para Goena, en estos casos no es que se produzca una extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, sino una auténtica exclusión del tipo (*Mangel am Tatbestand*) (Goena Vives 2014, p. 324). Frente a este sugerente planteamiento cabe advertir, por una parte, que una supuesta exclusión del tipo, por ejemplo, por la institucionalización y puesta en marcha de un programa de prevención del delito efectivo, chocaría con la realidad, difícilmente refutable, del delito ya cometido. En un sistema en el que es obligado reconocer a la pena una función no sólo preventivo-especial, sino también de prevención general, no se alcanza a entender por qué ello debería regir únicamente para personas físicas y no para las jurídicas. No en vano, ni la propia Goena, que reconoce expresamente una función también preventivo-general a las penas para personas jurídicas, comparte esta conclusión. Pues bien, si (como parece inevitable) se admite esta última conclusión, entonces no se entiende que el hecho delictivo ya cometido pueda quedar sin pena con la simple regeneración de la empresa. Si en una empresa se comete un delito del que se derivaría responsabilidad para la persona jurídica, pero después de su comisión ésta se ha organizado de tal modo que podría concluirse que en el futuro dicha infracción no volvería a tener lugar, dejar el hecho sin pena supondría trasladar a la colectividad un mensaje claramente criminógeno. Además, Goena predice tal posibilidad (exclusión del tipo) a propósito de cualquiera de las cuatro atenuantes previstas en el art. 31 bis 4 CP, cuando ello sólo tendría sentido en relación con la atenuante prevista en la letra d) de dicho precepto. Para Goena, las cuatro atenuantes previstas en el art. 31 quáter CP equivaldrían a las penas recogidas en el art. 33.7 CP. Se trata de factores de modulación de correctivos funcionalmente equivalentes a represión punitiva. Al enmendar el estado de cosas antijurídico, la persona jurídica dejaría de merecer pena. Sigue llamando la atención que ello sólo rija para personas jurídicas y no, en cambio, para personas físicas, cuando tal regeneración resulta perfectamente imaginable también de éstas. Por lo demás, ninguna de las cuatro atenuantes del art. 31 bis 4 CP permite garantizar, en modo alguno, la regeneración futura de la persona jurídica. Goena considera que, de entre los casos previstos tras la reforma de 2015 en el nuevo art. 31 quáter CP, los recogidos en los núm. 2 y 4 podrían representar la llamada atenuante de *Compliance* parcial (Goena Vives 2014, *passim*). De ello llama la atención, por una parte, que la delimitación entre ambas vías (las cuasi-penas y las atenuantes) no queda en absoluto clara. Además, la mera noción de la mencionada cuasi-pena choca con la letra de la Ley (también después de la reforma), que sólo alude a este abanico de posibles consecuencias jurídicas que ahora nos ocupan como atenuantes.

art. 130, 1º CP permite deducir, *contrario sensu*, que la concurrencia en el autor de otras causas (indulto, prescripción del delito o de la pena) sí excluirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La alusión a la *sustracción a la acción de la justicia* del autor del delito es redundante, ya que cuando tal sustracción se produzca no será posible dirigir el procedimiento contra el reo, tal y como dispone el art. 31 ter, ap. 1, inc. 2º CP. Por lo demás, si –como entiende, por ejemplo, Gómez Tomillo (2015, p. 135)– la culpabilidad de la persona jurídica se fundamenta en el elemento del defecto organizativo de la empresa, es altamente dudoso que dicho elemento sea una de las «causas de naturaleza personal» a las que alude el art. 65.1 CP. Se trataría, antes bien, de uno de los elementos consistentes «en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla», recogidos en el art. 65.2 CP.

Además, la no comunicabilidad a la persona jurídica de causas que excluyan o disminuyan la culpabilidad del autor del delito, lejos de demostrar que la persona jurídica responde de forma autónoma por la comisión de un hecho propio, viene a confirmar, en realidad, lo contrario. En efecto, si la persona física respondiera por su hecho y la jurídica por el suyo, de forma independiente ¿qué necesidad tendría el legislador de recordar que las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física no resultan comunicables a la persona jurídica? La responsabilidad de la persona jurídica es accesoria de la de la persona física, simple y llanamente porque *no hay dos hechos delictivos, sino sólo uno: el cometido por la persona física*. Tal y como apunta Silva Sánchez, no resulta en absoluto sencillo identificar los elementos del hecho propio de la persona jurídica. En puridad de conceptos, ni la *actitud criminal del grupo* ni el defecto de organización pueden entenderse en sentido estricto como «hechos» (Silva Sánchez 2001, p. 327, Robles Planas 2011, pp. 7 s.) sino más bien como «estado de cosas» que nada tiene que ver con un injusto personal, o con la antijuricidad objetiva de un hecho concreto (Silva Sánchez 2001, p. 340, Robles Planas 2011, pp. 7 s.). Entendido como vulneración de deberes de organización general de la actividad empresarial, es evidente que tal vulneración debe producirse a través del comportamiento de personas físicas (por ejemplo, de aquéllas que se encargan de vigilar o coordinar el desarrollo de actividades de la empresa). Para localizar el hecho de la persona física parece ineludible, por tanto, la referencia a un hecho de la persona jurídica, con lo que desaparece, de hecho, la línea que separa a los sistemas de transferencia de los de responsabilidad por el hecho propio (Silva Sánchez 2001, p. 328, Robles Planas 2011, pp. 7 s.).

Por lo demás, entendida como normalidad motivacional, es evidente que las personas jurídicas carecen de toda culpabilidad por lo que difícilmente puede comunicarse una circunstancia excluyente o modificativa de la culpabilidad a quien carece de ella. De nuevo: aunque *societas puniri potest, societas delinquere non potest*.

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

En cuanto a la no comunicabilidad de las circunstancias agravantes de la responsabilidad de la persona física, como es sabido todas ellas afectan al injusto, y no a la culpabilidad. Tampoco aquí la no comunicabilidad de tales circunstancias a la persona jurídica tampoco es reveladora de que la persona física cometa un hecho delictivo y la jurídica cometa otro distinto, sino, antes al contrario, un nuevo motivo para concluir que el legislador está declarando tácitamente la incapacidad de la persona jurídica para cometer delitos. En efecto, en el caso de las circunstancias que agravan la responsabilidad de la persona física, la ley es consciente de que los elementos típicos (objetivos y subjetivos) de tales circunstancias (alevosía, abuso de superioridad, precio, motivación discriminatoria, etc.) nunca podrán ser realizados por una persona jurídica, por lo que carecería de todo sentido su comunicabilidad a las mismas.

Por fin, la incomunicabilidad a la sociedad del «hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia» no es sino una consecuencia reiterativa de lo dispuesto en el art. 31 ter, ap., inc. 2º CP, cuando se prevé que «la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando (...) no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella». Ya que es evidente que algunas de las causas por las que puede no ser «posible dirigir el procedimiento contra ella» es, precisamente, que el autor del delito «haya fallecido o se hubiera sustraído a la acción de la justicia».

2.2.2. ¿Respetar el modelo de transferencia los principios político-criminales limitadores del in puniendi en un Estado social y democrático de derecho?

a) Modelo de transferencia y principio de personalidad de las penas

Ciertamente, los enormes problemas dogmáticos que plantea la defensa de un concepto de delito distinto para la persona jurídica construido con apoyo en equivalentes funcionales parecen desaparecer cuando lo que se sostiene es que las personas jurídicas no responden por lo que ellas mismas hacen, sino por lo que hacen las personas físicas que actúan en su nombre o representación. Desde esta perspectiva, el hecho delictivo cometido por el representante o administrador no es ni más ni menos que una acción típica, antijurídica y culpable, tal y como tradicionalmente ha venido sosteniéndose desde la teoría del delito de la responsabilidad individual. El objeto de discusión se encuentra, entonces, en si el elemento que conecta el hecho de la persona física y el de la persona jurídica (poder de administración o representación de la persona jurídica, actuación en su provecho, etc.) puede constituir base suficiente para entender que el principio de personalidad de las penas (responsabilidad por el hecho propio) queda intacto. En mi opinión, esta pregunta debe ser contestada *negativamente*.

En defensa de la compatibilidad del modelo de la transferencia con el principio de personalidad de las penas Gómez Tomillo afirma que la responsabilidad de las personas jurídicas puede fundamentarse en la conjunción de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios efectivamente utilizados de la persona jurídica, mereciendo entonces cada una de ellas una valoración jurídico-penal autónoma (Gómez Tomillo 2015, p. 81). Esta idea encuentra su fundamento natural en la llamada *teoría de la identificación* o del *alter ego*. De conformidad con este punto de vista, la crítica de que la persona jurídica respondería por el hecho cometido por la persona física podría ser rebatida afirmándose que, en realidad, tanto por la posición que la persona física ocupa en la empresa como por cometerse el delito en provecho de esta última, la persona jurídica puede identificarse íntegramente con el autor de delito, como si lo hubiese cometido la primera. No obstante, es evidente que todo ello no siempre se cumple. No cabe invocar identificación entre persona física y persona jurídica, por ejemplo, cuando la persona física que comete el delito es alguien que ocupa en la estructura de la empresa una posición subordinada, de modo que resulte difícil afirmar que represente la voluntad de la sociedad (Silva Sánchez 2001, p. 324). Tampoco cuando la persona física que comete el delito no pueda ser identificada o no se encuentre exenta de responsabilidad criminal por exclusión de la culpabilidad (Silva Sánchez 2001, p. 324).

A favor de la compatibilidad del sistema de transferencia con el principio de responsabilidad por el hecho propio se asegura, además, que «también en el derecho penal de las personas físicas se atribuyen hechos de unos sujetos a otros que no los han cometido directo-corporalmente, como ocurre con la coautoría y la participación mediata» (Gómez Tomillo 2015, p. 79). En un sentido próximo a esta última idea, se afirma que, en ocasiones, también en el derecho penal del individuo la imposición de algunas penas puede vulnerar el principio de personalidad de las penas, sin que ello parezca representar un problema. En palabras de Dopico Gómez-Aller (2009a): «En efecto, según algunos críticos la imposición de una multa a la persona jurídica (o una sanción interdictiva, o un cierre de locales, o cualquier otra sanción que afecte directa o indirectamente al patrimonio social) a fin de cuentas no afecta negativamente al autor de la conducta ilícita (el administrador), sino sólo a un grupo de sujetos –los socios o cualesquiera otros *stakeholders* de la sociedad, trabajadores incluidos–. Sin duda, una pena a una persona jurídica afecta negativamente a los socios, a los trabajadores, etc. Sin embargo, eso ocurre con todas las penas y sobre todo con la pena de prisión, sin que ello plantee para la mayoría problemas de legitimidad. Cada vez que se condena a una persona a prisión, quienes dependen económicamente de ella (sus hijos, su pareja, sus empleados si es un empresario individual, sus socios si es un pequeño empresario, sus acreedores) se ven afectados de modo sumamente

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

negativo. Sin embargo, ello no refrena la actividad punitiva del Estado. Es más: desde este punto de vista, para la sociedad los socios no son más que unos acreedores especiales, que se ven especialmente dañados por la pena a la persona jurídica. Y también los acreedores del condenado a pena de prisión pueden verse afectados por la pena: el preso ya no puede ganar dinero como cuando estaba en libertad; si es un empresario no puede continuar con su negocio, no puede pagar sus deudas, etc. Piénsese que si un pequeño empresario individual es condenado a una pena de prisión, también sus socios y sus trabajadores pueden sufrir las consecuencias negativas. En fin: que no hay tanta diferencia en este punto entre las penas a personas físicas y a personas jurídicas».

Ninguno de estos dos argumentos puede ser compartido. Ciertamente, a excepción de lo que ocurre en los llamados delitos de propia mano, en el derecho penal de las personas físicas también pueden ser autores del delito, ciertamente, sujetos que no han realizado de forma directo-corporal la conducta típica. Sin embargo, nadie en la doctrina ha afirmado que el castigo como autor de quien utiliza a otro para cometer el delito o quien, puesto de acuerdo con otro, realiza una parte esencial del plan durante la fase ejecutiva del *iter criminis*, atente contra el principio de personalidad de las penas. Tanto uno como otro realizan el hecho delictivo («conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento», dispone el art. 28 CP), y desde ningún punto de vista puede defenderse que tal hecho no sea hecho propio del autor.

En lo que al argumento de Dopico se refiere, no cabe duda de que la afectación a terceros de imposición de una pena al responsable de una conducta delictiva constituye una insatisfactoria consecuencia que bien puede ser incorporada a la discusión político-criminal sobre la conveniencia o inconveniencia de una pena. En este sentido, no cabe duda de que el argumento de que la pena de prisión priva a los allegados al condenado de su compañía y (por qué negarlo) de sus ingresos, o aquél según el cual dicha pena también perjudicaría a sus acreedores no juegan precisamente a favor de la misma. Tampoco, desde luego, que en un sentido ciertamente opuesto, en el caso de la pena de multa dicha consecuencia jurídica pueda ser satisfecha por una tercera persona distinta al condenado, ya que cuando ello ocurra podría estar privada de toda eventual carga aflictiva para el condenado.

No obstante, nada de todo ello significa que la pena de prisión sea, por principio, impersonal. Por una parte, debe advertirse que el argumento de que la pena de prisión es impersonal porque tiene consecuencias para terceros podría aplicarse sin problemas, en realidad a toda clase de penas. Así, por ejemplo, no cabe duda de que el promotor inhabilitado especialmente para la promoción inmobiliaria profesional de viviendas por la comisión de un delito urbanístico (art. 319 CP) perderá con la pena capacidad económica para

satisfacer las deudas contraídas con sus acreedores. ¿Significa ello que la pena de inhabilitación es ilegítima, por impersonal? En caso de respuesta afirmativa, lo que estaría en juego, entonces, no sería la legitimidad de la pena de prisión, sino, antes bien, la del sistema de penas en su conjunto.

Resulta que, además, que la restricción de la libertad y los derechos anejos a la misma que representa por principio la pena de prisión sólo recae de forma directa y exclusiva en el responsable del delito. Por muy relevante que pueda llegar a ser la afectación a terceros (allegados, acreedores, etc.) como consecuencia de la privación de libertad del condenado, la realidad es que tales terceros permanecen en libertad mientras el condenado se encuentra recluido. Los efectos directos de la pena los sufre el responsable del delito, no sus allegados o acreedores. Tales daños colaterales, por muy significativos que sean, no constituyen la consecuencia jurídica del delito prevista legalmente, sino efectos indirectos derivados de la misma e igual de inevitables que la propia naturaleza de las cosas. En cambio, en el caso de las penas a personas jurídicas, no es que los socios o trabajadores de una sociedad condenada sufran las consecuencias *indirectas* de la pena impuesta a la empresa, sino que, en tanto que parte integrante de la misma, el peso de la multa o pena interdictiva impuesta a la misma recae de forma *directa* sobre ellos.

Por lo demás, es obligado indicar, desde una perspectiva más pragmática, que en el negado supuesto de que la pena de prisión fuera difícilmente compatible con el principio de personalidad de las penas, en supuestos de delitos graves hoy por hoy no existe alternativa razonable a la pena de prisión. Así, por ejemplo, si se aceptase que también la familia del asesino (o sus acreedores), al padecer las consecuencias de la ausencia del condenado, también estaría «cumpliendo la pena» a pesar de no haber cometido delito alguno, y que, por ello, la prisión es en tal caso ilegítima, ¿cuál sería, entonces, la pena alternativa? Es evidente que cualquier otra consecuencia jurídica alternativa —a riesgo, además, de ser igualmente «impersonal» en el sentido apuntado— pondría en serio peligro la eficacia preventivo-general y especial de la pena. Distinto es el caso, en cambio, de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en la que siempre cabrá la posibilidad de evitar la falta de personalidad de la pena impuesta a la sociedad castigando, en lugar de a la misma, a la persona física que cometió el delito.

En cierto modo, estos argumentos acaban siendo reconocidos por los propios partidarios de la tesis de que las penas a personas jurídicas no son más impersonales que las previstas para personas físicas. Afirma Dopico, a este respecto, que «es cierto que en muchos casos la pena a la persona jurídica puede ser irrazonable precisamente por el daño que produce a los socios y demás *stakeholders*. Así, (...) teóricamente un juez podría imponer a un gran banco su disolución si se descubriera que siguiendo instrucciones de su Administrador se blanqueaba dinero en él (arts. 31 bis, 33.7 y 302 en la

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

redacción del AP 2009). Parece obvio que esa disolución sería inaceptable, pues afectaría irrazonablemente a sus trabajadores, accionistas, etc.» (Dopico Gómez-Aller 2009a). Aunque seguidamente matiza Dopico que «[s]in embargo, parece más bien que aquí el problema no residiría en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino en la desproporción de la pena. La eliminación de una gran persona jurídica puede producir una gran cantidad de daño innecesario; el mismo efecto sancionador se podría producir mediante otros expedientes que no dañasen a los trabajadores, como por ejemplo la intervención judicial (art. 33.7.g CP). Ello sugiere que se trata de una cuestión de proporcionalidad... aunque quizá en este punto haya mucho más que debatir» (Dopico Gómez-Aller 2009a), resulta dudoso que impersonalidad de las penas y falta de proporcionalidad de las mismas sean, en este contexto, conceptos tan diametralmente distinguibles. El argumento incurre, por tanto, en un aparente fraude de etiquetas.

Para que una medida restrictiva de libertades individuales sea respetuosa con el principio de proporcionalidad en sentido amplio, el Tribunal Constitucional exige la concurrencia de tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida. Una medida es idónea cuando resulta útil para la consecución del objetivo que persigue. Es necesaria cuando el objetivo no puede conseguirse por medio de otra medida menos gravosa para el sujeto. Y, por último, el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto obliga a realizar una ponderación entre los intereses en juego, con el objeto de comprobar cuál de ellos goza de mayor entidad. A tal efecto, el Tribunal Constitucional viene señalando que tal ponderación debe realizarse teniendo en consideración elementos tales como la gravedad del delito para el que está prevista la medida, el nivel de restricción de la libertad individual que la medida representa, o la probabilidad de éxito de la medida.¹¹ Así las cosas, tal y como viene entendiéndolo el Tribunal Constitucional español, el principio de proporcionalidad en la adopción por el Estado de medidas restrictivas de la libertad individual tiene un contenido lo suficientemente amplio como para comprender (tanto en el elemento de la idoneidad, como en el de la necesidad, como, por fin, en el marco de la proporcionalidad en sentido estricto) el elemento de la impersonalidad de las penas. Con otras palabras: la imposición de una pena a persona distinta de quien ha cometido el delito es, por principio, desproporcionada en sentido amplio: por inidónea, por innecesaria y, por último, por desproporcionada en sentido estricto.

¹¹ Vid., por todas, STC 207/96, 16-12.

b) Modelo de transferencia y principio non bis in idem

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas consagrado por la LO 5/2010 incurre, además, en un segundo exceso. Al permitir, por una parte, el castigo de la persona física, y, por otra, y de forma cumulativa, el de la persona jurídica (art. 31 ter, ap. 1, inc. 2º CP), el nuevo sistema incurre en un evidente *bis in idem*, al castigar dos veces por el mismo hecho. En contra de lo afirmado por una parte de la doctrina, no cabe afirmar que en el caso que nos ocupa falte la *triple identidad* de sujeto, hecho y fundamento necesarias para que pueda hablarse de *bis in idem*. Por lo que hace a la identidad de *hecho*, en un sistema de responsabilidad vicarial de la persona jurídica como el español, es difícilmente discutible que el hecho delictivo por el que responde la sociedad es, por definición, el mismo hecho cometido por la persona física que presenta el punto de conexión legalmente previsto con la persona jurídica (Silva Sánchez 2001, pp. 323 s., 2002, p. 127). En cuanto al *fundamento* del castigo, persona física y jurídica responden por la misma razón: la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido mediante la tipificación del delito. Por fin, en lo que se refiere al elemento sin duda más discutido en este contexto, el relativo a la *identidad de sujeto*, algunos autores aseguran que dicha supuesta identidad brillaría por su ausencia desde el momento en que persona física y persona jurídica no son la misma persona (Díez Ripollés 2012, p. 6, nota 13). Frente a tal argumento, debe afirmarse, por una parte, que en la práctica jurisprudencial sobre *bis in idem*, el elemento de la identidad de sujeto está empezando a ser relativizado, hasta el punto de que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha llegado a prescindir por completo del mismo.¹² Por otra, cuando una persona física se constituye en empresa, de tal modo que entre persona física y jurídica acaba existiendo una identidad absoluta (la empresa no cuenta con más administradores, socios, trabajadores, etc.) es difícil negar que persona física y jurídica sean, de hecho, lo mismo.

Que el legislador ha advertido que la responsabilidad penal vicarial de la persona jurídica puede conducir a situaciones de *bis in idem* se desprende con claridad de la regla prevista en el art. 31 ter, ap. 1, inc. 2º CP. De acuerdo con la misma, «[c]uando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas (scil. la persona jurídica y la persona física responsable) la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos». En efecto: ¿tendría algún sentido esta regla si no fuera como instrumento para resolver las insatisfactorias consecuencias derivadas de un eventual *bis in idem*? La respuesta debe ser evidentemente *negativa*. En realidad, mediante la mencionada regla el legislador aplica a los casos de personas jurídicas la ya conocida (y discutida) solución del descuento, consistente en la

¹² Concretamente en el ATC 197/2009: vid. Carpio Briz (2011, 4/3125).

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

compensación parcial de la pena de multa con la sanción pecuniaria impuesta en vía administrativa.¹³

2.2.3. ¿Respetar la responsabilidad penal de las personas jurídicas el principio de presunción de inocencia?

De la idea de que el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica consagrado por la LO 5/2010 es un modelo de responsabilidad por defecto de organización de la sociedad un sector doctrinal extrae la siguiente conclusión: acreditada por parte de la empresa la ausencia de todo defecto de organización por parte de la empresa, la responsabilidad penal de la misma desaparecería por principio. De esta segunda tesis se deduce, seguidamente, que en los casos de responsabilidad penal de la sociedad tendrá lugar una *inversión de la carga de la prueba*: cuando se verifica uno de los delitos para los que está prevista responsabilidad penal de la sociedad *se presume su culpabilidad*, correspondiendo a la empresa demostrar su diligencia.

Esta postura es defendida en la doctrina por Gómez Tomillo y en la práctica forense por la Fiscalía General del Estado. Afirma el primero que «la carga de la prueba de la concurrencia de circunstancias que la excluyen recae sobre la misma persona jurídica infractora. Las razones que abonan tal punto de vista son, al menos, tres. En primer lugar, por el carácter complejo del juicio de culpabilidad. No resulta realista pretender que en cada proceso penal se tengan que considerar todos y cada uno de los múltiples elementos que integran la culpabilidad. En segundo lugar, en la práctica, no resulta factible que recaiga sobre la acusación la prueba de un elemento negativo: la ausencia de una organización defectuosa. Lo contrario supondría cargar a la acusación con una imposible *probatio* diabólica (...). En tercer lugar, lo habitual será que, constatada la tipicidad y antijuricidad de una acción u omisión imputable a una persona jurídica, se afirme que aquélla procede de un defecto organizativo (hasta el punto de que, como hemos visto, no resultan excepcionales las construcciones que estiman que debe presumirse, sin posibilidad de prueba en contrario, ese defecto de organización). Partiendo de tales postulados, resulta razonable eximir de la prueba de lo que resulta excepcional o presumir lo que es normal. Por último, hacer recaer la carga de la prueba sobre la persona jurídica es coherente con el fundamento mismo del reconocimiento de su responsabilidad penal, el cual radica en la necesidad de contrarrestar el creciente poder de aquellas entidades, trasladándolas la responsabilidad de implementar mecanismos de cumplimiento normativo, a la vista de las dificultades que los poderes públicos tienen a la hora de investigar lo que acaece en el seno de las empresas» (Gómez Tomillo 2015, pp. 188 ss.). En cuanto a la Fiscalía General del Estado, «dado que el precepto hace responder

¹³ Consagrada en su momento por las decisivas SSTC 177/1999 y 2/2003.

a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta previsible que la persona jurídica oponga en su defensa el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su existencia y sobre todo, su incidencia real en los hechos. Ello es así por cuanto, frente a la constatación de un hecho típico atribuible a una de las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal, *cabe presumir la antijuridicidad y la culpabilidad en la conducta*, salvo que se acredite por quien efectúe una alegación en ese sentido, la concurrencia de circunstancias que justifiquen la misma o gradúen la responsabilidad por el hecho» (Fiscalía General del Estado 2011, p. 48).¹⁴

Ninguna de estas dos opiniones puede ser compartida. Por supuesto, no es objeto de discusión a quién corresponde acreditar la concurrencia de circunstancias eximentes. Jurisprudencia constante declara, a este respecto, que la carga de la prueba de las eximentes corre a cargo de la parte procesal que las alega, esto es, de la defensa. Así las cosas, en un procedimiento sustanciado por la eventual responsabilidad penal de una sociedad, la prueba de la concurrencia de alguna causa que pueda eximirla de responsabilidad penal corresponderá a la representación legal de la sociedad misma.¹⁵ Ello no obstante, en el negado supuesto de que cupiera fundamentar la responsabilidad penal de una persona jurídica con apoyo en la existencia de un defecto de organización, la ausencia del mismo nunca podría ser contemplada como una eximente. Si el defecto de organización de la sociedad constituyera un elemento fundamentador del injusto en los supuestos de responsabilidad penal de personas jurídicas, es evidente que una aplicación lógica del principio acusatorio conduciría, necesariamente, a afirmar que tal elemento debe ser probado por la parte que invoca su concurrencia, esto es, por la acusación. Llegar a la conclusión opuesta, esto es, a que es la defensa la que tiene que demostrar que no ha existido defecto de organización alguno, supone una inaceptable *inversión de la carga de la prueba*, sin que, además, se justifique de ninguna manera por qué debe producirse la misma en el derecho penal de la persona jurídica y no, en cambio, en el de la persona física. ¿Por qué razón resulta inconcebible que el defecto de organización pueda presumirse en casos de persona física y no, en cambio, que en supuestos de personas jurídicas quepa —como hace la Fiscalía General del Estado— «presumir la antijuridicidad y la culpabilidad en la conducta», colocándose a ésta en situación de auténtica *probatio diabólica*? (Lascuráin Sánchez 2013, pp. 122). No es correcto, por ello, el argumento de Gómez Tomillo (2015, pp. 182 ss.), según el cual «en la práctica, no resulta factible que recaiga sobre la acusación la prueba de un elemento negativo: la ausencia de una organización defectuosa. Lo contrario

¹⁴ Cursiva añadida.

¹⁵ SSTS 18-11-87; 29-2-8; SAP Córdoba, 3ª, 16/97, 20-2.

supondría cargar a la acusación con una imposible *probatio* diabólica». Como es evidente, la acusación no tendría que probar «la ausencia de una organización defectuosa», sino todo lo contrario, su existencia, mientras que la prueba del elemento negativo sí correspondería, en cambio, al acusado.

2.3. El nuevo sistema español de *Compliance* penal: breve historia de un segundo tropiezo con la misma piedra

Tal y como puede deducirse de lo ya dicho, la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015 incide de manera destacada en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Las líneas fundamentales del nuevo sistema podrían resumirse como sigue (sobre el nuevo sistema, González Cussac 2015, pp. 151 ss.).

De forma paralela, aunque íntimamente relacionada con las dos vías de imputación del hecho delictivo a la persona jurídica, la LO 1/2015 introduce de forma expresa una amplia referencia a los *programas de cumplimiento penal para empresas como posible causa de extinción de la responsabilidad criminal de la persona jurídica*. Ciertamente, con ello quedaría zanjada la enconada discusión doctrinal, abierta desde la LO 5/2010, sobre si la puesta en marcha de un *Corporate Compliance program* podría servir o no para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica. No obstante, el nuevo sistema no queda en absoluto liberado de serias dificultades aplicativas.

Por una parte, no será en absoluto sencillo determinar cuándo un programa que, no obstante su vocación, no ha conseguido evitar la comisión del delito por parte de una persona física (éste es, recordemos, el presupuesto para la aplicación de la exención de responsabilidad), debe ser calificado desde una perspectiva *ex ante* (como la Circular FGE 1/2011 pone de relieve, desde un punto de vista *ex post* la comisión del delito parecería revelar, precisamente, todo lo contrario), sin embargo, como idóneo. La regulación sobre programas de cumplimiento contenida en la reforma tiene, ciertamente, pretensiones de exhaustividad. Impulsado por una vocación prácticamente reglamentista, el pre-legislador determina, por una parte, *quién es quién* en los modelos y, por otra, cuáles son los *requisitos* que deben concurrir «en todo caso» con el objeto de que el programa sirva para eximir de responsabilidad criminal a la empresa.

En cuanto al primer aspecto, el nuevo texto hace recaer el deber de adoptar y poner en funcionamiento el programa de cumplimiento en el *órgano de administración* de la sociedad. Por su parte, otro órgano (que en la incipiente práctica sobre la materia recibe denominaciones tales como «comisión de cumplimiento ético» o «comité de cumplimiento»), dirigido por el llamado «oficial de cumplimiento» (*Compliance Officer*) y «con poderes autónomos de iniciativa y de control», se encargaría del control y la vigilancia de su cumplimiento. Este reparto de competencias (que tendría expresamente

prevista una excepción para la empresa autorizada para formular cuentas abreviadas, en la que todo correría a cargo del órgano de administración), entraría en abierta contradicción, no obstante, con la (ya expuesta) segunda vía de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, en la que, recuérdese, se atribuiría la responsabilidad de supervisar, controlar y vigilar, no al *Compliance Officer*, sino a los sujetos con capacidad de decisión y organización de la empresa.¹⁶

3. ¿SOCIETAS PUNIRI POTEST?

Un sector de la doctrina se muestra partidario de entender que, aunque formalmente el legislador español ha incorporado al catálogo de penas las imponibles a personas jurídicas, desde una perspectiva material tales penas no son, en realidad, *auténticas penas* y, por tanto, tampoco el principio *societas puniri potest* ha sido realmente derogado. De acuerdo con este planteamiento, las penas previstas para personas jurídicas en el actual Código Penal pueden dividirse en pecuniarias (art. 33.7 a) CP) e interdictivas (art. 33.7 b-g CP). Las primeras tendrían por objeto el restablecimiento de una situación económica de enriquecimiento injusto de la persona jurídica como consecuencia de la comisión del delito por parte de una persona física que la representa «en

¹⁶ De hecho, la atribución de funciones de vigilancia al oficial de cumplimiento no casaba nada bien con la previsión del (muy cuestionable) art. 286 seis CP, recogida durante prácticamente toda su tramitación parlamentaria por el proyecto de reforma del Código Penal y que finalmente fue excluido del texto que acabó siendo aprobado. En este precepto se tipificaba la omisión de adoptar las medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Esto es, en resumen, la omisión del deber de implementar un programa de prevención penal, con independencia de si tal omisión habría provocado o no la comisión de un segundo delito-fin. Se trataba de un delito que, además, genera eventual responsabilidad penal de la propia empresa. Al no exigirse este último extremo, en caso de que el delito se cometiera efectivamente debería apreciarse —siempre y cuando, evidentemente, se acabe convirtiendo en derecho positivo— un concurso de leyes, a resolver de acuerdo con el principio de especialidad a favor del precepto que tipifica el delito-fin. Lo contrario (la aplicación cumulativa de los dos preceptos en juego) daría lugar a un inaceptable *bis in idem*. El proyectado art. 286 seis CP tenía previsto hacer responsable del hecho al «representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica», que omita el mencionado deber de implementar las medidas de vigilancia o control referidas. Ninguna mención se hacía, sin embargo, del órgano de control y vigilancia separado e independiente de la administración de la sociedad, a los que sí se alude en el proyectado art. 31 bis CP. ¿No habría tenido más sentido, acaso, referirse en el mencionado art. 286 seis CP, como sujeto responsable, al oficial de cumplimiento, en lugar, por ejemplo, del «degal representante», al que el nuevo texto no incluiría entre los sujetos obligados a «adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza»?

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

provecho propio» (de la persona jurídica). Las segundas, las medidas interdictivas, tendrían más bien la naturaleza propia de medidas de seguridad previstas para controlar la probabilidad de reiteración delictiva inherente a sociedades peligrosas.

Desde mi punto de vista, este planteamiento es merecedor de ser ampliamente atendido. En un derecho penal respetuoso con los límites derivados de un Estado democrático, las penas deben atender a una doble racionalidad: la instrumental, o consecuencialista, y la valorativa, o principialista. En un tal derecho penal consecuencialista y, al mismo tiempo, principialista, la pena debe servir para algo, pero con la limitación de la observancia de determinados principios o valores. Con otras palabras: las penas deben servir para proteger a la sociedad mediante la prevención de la comisión de delitos, pero con el sometimiento a los límites del *ius puniendi* derivados del carácter social y democrático de derecho. En el caso de las penas a personas jurídicas, se trata, de forma evidente, de consecuencias jurídicas derivadas de una política criminal eminentemente pragmática y consecuencialista sustraída a límites tan fundamentales como el de *non bis in idem*, personalidad de las penas, responsabilidad por el hecho, imputación subjetiva, imputación personal o proporcionalidad de las penas. Además, se afirma –con toda razón– que por la especial naturaleza del hecho delictivo y la especial gravedad que entraña la pena, la imposición de ésta al autor de una infracción penal implica la realización de un juicio de reproche ético-social que difícilmente puede tener como destinatario a una persona jurídica (Silva Sánchez 2001, p. 331, Mir Puig 2004, p. 10, Pastor Muñoz 2006, p. 14, Robles Planas 2006, p. 7, 2011, p. 5). Nada de ello obsta, sin embargo, la imposición a la persona jurídica de medidas de seguridad, consecuencias jurídicas interdictivas o reglas de restablecimiento de situaciones económicas de enriquecimiento injusto (Pastor Muñoz 2006, p. 13).

Descartada, por tanto, la viabilidad dogmática de una teoría del delito paralela para personas jurídicas, se trata ahora de analizar la segunda de las vías anunciadas *supra*: el recurso a un concepto más amplio de culpabilidad que permita aprehender en su seno formas de responsabilidad objetiva o colectiva, como lo sería la prevista para personas jurídicas en el Código Penal español. Esta segunda alternativa se fundamenta en una amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual el principio de culpabilidad debe adaptarse a la distinta naturaleza de las diferentes ramas del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede (o debería suceder) con el derecho penal, el derecho civil o el derecho administrativo admitirían ciertas formas de responsabilidad objetiva y colectiva, compatibles con el

principio de culpabilidad, en el mencionado sentido amplio de la expresión (Mir Puig 2014, pp. 6 s.).¹⁷

En mi opinión, este segundo punto de vista tiene la indudable virtud de llamar a las cosas por su nombre. En efecto, el art. 33.7 CP se refiere a las nuevas consecuencias para personas jurídicas como «penas», pero resulta evidente que estas penas para personas jurídicas nada tienen que ver con las previstas en el mismo cuerpo legal para personas físicas. Aunque caben diversos sentidos del término «pena», en el sentido más fuerte del término, entendido como reproche ético-jurídico, la «pena» sólo puede serlo para personas físicas. La pena para personas jurídicas, esto es, la pena por hecho ajeno, cumulativa o sin culpabilidad, responde, más bien, a la naturaleza jurídica propia de la responsabilidad civil (singularmente análoga a ésta es la multa prevista en el art. 33.7 a) o a la de una medida de seguridad (este es el caso de las penas interdictivas del art. 33.7 b-g CP) (Mir Puig 2014, p. 12).

En el caso de la responsabilidad penal de personas jurídicas, tanto los presupuestos como el contenido de las medidas previstas son completamente distintos a los que caracterizan el sistema de responsabilidad de personas físicas. Así, el presupuesto de la responsabilidad no será un hecho propio delictivo, sino un *estado de cosas peligroso* que genera un *enriquecimiento injusto* a la persona jurídica. En lo que respecta al contenido de las medidas, el mismo reviste naturaleza fundamentalmente económica (singularmente, la pena de multa) y preventiva (éste es el caso de las llamadas penas interdictivas) (Mir Puig 2014, pp. 11 s., Cigüela Sola 2015, *passim*).

Puede afirmarse, en conclusión, que las penas previstas para personas jurídicas en el Código Penal español sólo lo son precisamente porque el legislador penal así lo indica, pero nada tienen que ver con las penas para personas físicas. Tanto por sus presupuestos, como en atención a su naturaleza jurídica, las medidas que nos ocupan se encuentran más próximas a las sanciones civiles, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias. Existen razones para creer, por tanto, que bajo la piel de lobo de la pena, el Código Penal oculta, en realidad, en parte la *oveja descarriada* de una suerte de responsabilidad civil derivada de delito y, en parte, la de una especie de sistema de medidas de seguridad interdictivas para sociedades peligrosas.¹⁸

¹⁷ Así, la STC 246/1991, FJ 2º, reconoció que los principios de personalidad de la sanción y de responsabilidad subjetiva deben aplicarse al derecho administrativo de forma que permitan la responsabilidad de las personas jurídicas –admitida expresamente por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 130.1.

¹⁸ En un sentido algo distinto, para Goena, la naturaleza jurídica de las penas previstas para personas jurídicas en el Código Penal español es completamente distinta a la que caracteriza a las penas previstas para personas físicas. No en vano, algún autor es de la opinión de que no se trata, en realidad, de auténticas penas. En opinión de Goena, tampoco se trata de meras consecuencias interdictivas, ni de reglas de responsabilidad civil. Su auténtica naturaleza jurídica

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo Zapater, Enrique (2011): «La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance», en E. Bacigalupo Zapater, *Compliance y Derecho penal*, Cizur Menor: Aranzadi.

sería la propia de las medidas de prevención reactiva, con una doble dimensión reestructuradora e inocuidadora. La primera se correspondería con una función preventiva, la segunda con una reactiva. Dada la disparidad lógica de estas dos dimensiones, cabe preguntarse razonablemente si ambas son realmente conciliables en un mismo concepto. En la concepción de Goena, la imposición de la pena a una persona jurídica serviría para eliminar el injusto de aquélla, entendido como estado de cosas peligroso (Goena Vives 2014, *passim*). En este sentido, entendida como instrumento de prevención reactiva, la pena a la persona jurídica podría asimilarse a la tercera vía sugerida por Mir Puig o Silva Sánchez, ya referida *supra*. No obstante, en apariencia la concepción de Goena se distinguiría decisivamente de éstas en el componente reactivo de la pena, ausente, en lo que alcanzo a ver en los planteamientos de Mir y Silva. Asiste la razón a Goena cuando afirma que la persona jurídica carece de culpabilidad. Contemplada ésta como un presupuesto de la imputación objetiva, en el planteamiento de Goena la ausencia de culpabilidad no obsta la posibilidad de atribuir el estado de cosas antijurídico a un sujeto no libre como la persona jurídica. No se le imputa, por tanto, un hecho típico, sino que se le atribuye un estado de cosas antijurídico, de tal modo que, frente a tal circunstancia, la pena se presentaría como una medida de prevención reactiva (Goena Vives 2014, *passim*). No obstante, cabe plantearse la duda de si dicha medida debe encontrarse recogida en el Código Penal o fuera del mismo, en una ley especial. Aunque Goena acoge con simpatía esta última posibilidad, parece acabar decantándose por la primera, ya que entonces el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas acabaría beneficiándose del amplio aparato de garantías del derecho penal. En realidad, la cuestión puede verse como un trasunto de la relativa a si las reglas de determinación de la responsabilidad civil derivada de delito han de encontrarse recogidas en la legislación penal o en la legislación civil. A favor de la primera opción juega, ciertamente, el factor relativo a las garantías del procedimiento penal, ya apuntado por Goena (2014, *passim*). No obstante, resulta metodológicamente discutible que la supuesta conveniencia de una consecuencia procesal (la eventual aplicación de las garantías propias del proceso penal) constituya, al mismo tiempo, uno de los elementos a considerar en el análisis relativo a la naturaleza jurídica de la institución. En otras palabras: con carácter previo a la decisión de si la responsabilidad penal de la empresa debe dirimirse o no en un procedimiento penal debería decidirse si puede decirse que tal responsabilidad tiene, en realidad, naturaleza penal. De lo contrario, la consecuencia del razonamiento lógico prejuzgaría uno de sus presupuestos fundamentales. Por lo demás, es evidente que, del mismo modo que, lamentablemente, ha venido sucediendo con otros ámbitos del derecho penal, la incorporación al Código Penal de instituciones no penales, o, cuanto menos, de naturaleza considerablemente diversa a la propia del derecho penal de personas físicas, bien podría provocar un indeseado efecto contaminante en el sistema. Tal efecto podría comportar (y, en cierto modo, ya está comportando) una creciente flexibilización de criterios de imputación y garantías procesales para personas físicas, en lo que constituye una auténtica pendiente resbaladiza de imprevisibles consecuencias. Es cierto que el sistema español de responsabilidad penal de personas jurídicas sin necesidad de culpabilidad en la persona física que habría cometido el delito guarda ciertas analogías con el de medidas de seguridad, cuyo presupuesto es la peligrosidad del reo. Pero también que nada justifica la equiparación de penas para personas jurídicas con las medidas de seguridad, máxime sin que el legislador se exprese al respecto. No cabe pena en sentido estricto sin culpabilidad, y si cabe, entonces la medida impuesta no puede ser calificada como tal.

- Carpio Briz, David (2011): «Non bis in idem», en I. Ortiz de Urbina coord., *Memento penal económico y de la empresa*, Madrid: Francis Lefebvre.
- Cigüela Sola, Javier (2015): *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Tesis doctoral inédita, Barcelona.
- Cuadrado Ruiz, María Ángeles (2007): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?», *Revista Jurídica de Castilla y León* [en línea] 12, 121-152. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/38633/1/RJ-n%C2%BA12-cuadrado.qxd.pdf> [Acceso 15 julio 2016].
- Díez Ripollés, José Luís (2012): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret: Revista para el análisis del derecho* [en línea] 1. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/260787/347969> [Acceso 15 julio 2016].
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo (2009a): «Pero, ¿es que nadie va a pensar en los socios?», *Legal Today* [en línea], 8-4-2009. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/pero-es-que-nadie-va-a-pensar-en-los-socios> [Acceso 15 julio 2016].
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo (2009b): «¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores «atribuidos a una persona jurídica». Consideraciones de lege ferenda», en J. Álvarez García, A. Manjón-Cabeza Olmeda, A. Ventura Püschel, coords. *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la unión europea. La política criminal europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 549-574.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo (2010): «Responsabilidad penal de personas jurídicas», en I. Ortiz de Urbina coord., *Memento Experto Reforma Penal*, Madrid: Francis Lefebvre.
- Fiscalía General del Estado (2011): *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* [en línea], Madrid: Fiscalía General del Estado. Disponible en: https://fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f [Acceso 15 julio 2016].
- Gallego Soler, José Ignacio (2004): «Criterios de determinación de la responsabilidad penal individual en estructuras organizativas empresariales», en J.L. Modolell González, J.I. Gallego Soler, *Empresa y Derecho penal*, Caracas: Cátedra Fundacional Banco Mercantil.
- Goena Vives, Beatriz (2014): *Sanciones penales a personas jurídicas: criterios de modulación. Reinterpretación desde la teoría de la pena*, Tesis doctoral inédita, Pamplona.
- Gómez Martín, Víctor (2009a): «Las penas a la sociedad, ¿sirven para colmar lagunas de punibilidad?», *Legal Today* [en línea], 23-4-2009. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/las-penas-a-la-sociedad-sirven-para-colmar-lagunas-de-punibilidad> [Acceso 15 julio 2016].
- Gómez Martín, Víctor (2009b): «El enigmático art. 318 CP: diez cuestiones controvertidas», en S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo dir., J.C. Hortal Ibarra coord., *Protección penal de los derechos de los trabajadores. Seguridad en el trabajo, tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina*, Buenos Aires-Montevideo-Madrid: B de F, p. 227-280.
- Gómez Tomillo, Manuel (2015): *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2005): *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid; Barcelona: Marcial Pons.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2011): «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en J. Banacloche Palao, J.M. Zarzalejos Nieto, C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid: La Ley, p. 25-47.
- González Cussac, José Luis (2015): «Responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies)», en J.L. González Cussac et al., *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 151-209

PENAS PARA PERSONAS JURÍDICAS...

- Jakobs, Günther (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho penal funcional*, Madrid: Civitas.
- Jakobs, Günther (2000): «La omisión: Estado de la cuestión», en J.M. Silva Sánchez ed., *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid: Civitas, p. 129-154.
- Jakobs, Günther (2002): «Strafbarkeit juristischer Personen», en *LH-Lüderssen*, Baden Baden: G Bemann.
- Jescheck, H.-H. (1981): *Tratado de Derecho Penal, PG, I*, traducción, adiciones y notas de derecho penal español a cargo de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona: Bosch.
- Lascuráin Sánchez, J.A. (2013): «Compliance, debido control y unos refrescos», en A. Nieto coord., *El derecho penal económico en la era compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 111-136.
- Mir Puig, Santiago (1998): «Recensión a Jakobs, *Sociedad, norma y persona...*», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, 2 p.445-455.
- Mir Puig, Santiago (2004): «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea], 06-01. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf> [Acceso 15 julio 2016].
- Mir Puig, Santiago (2014): «Las nuevas «penas» para personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad», en S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín dir., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Buenos Aires, Montevideo, Madrid: B de F, p. 3-14.
- Mir Puig, Santiago (2015): *Derecho penal: parte general*, 10ª ed., Barcelona: Reppertor.
- Nieto Martín, A (2007): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel.
- Pastor Muñoz, Nuria (2006): «¿Organizaciones culpables? Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* [en línea] 2. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121377/167825> [Acceso 15 julio 2016].
- Peñaranda Ramos, Enrique et al. (1997): «Estudio preliminar» en G. Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas.
- Ragués Vallès, Ramón (2002): «Atribución de responsabilidad en el Derecho penal de la empresa», en *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Robles Planas, Ricardo (2006): «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos », *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* [en línea], 2, Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/344.pdf> [Acceso 15 julio 2016].
- Robles Planas, Ricardo (2011): «Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP», *Diario La Ley* 7705, 29-09-2011, pp. 4 s.
- Schünemann, Bernd (2000): «La culpabilidad: estado de la cuestión», en J.M. Silva Sánchez ed., *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid: Civitas, p. 91-128.
- Silva Sánchez, Jesús-María (2001): «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* Madrid: CGPJ, p. 308-364.
- Silva Sánchez, Jesús-María (2002): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», en O. Morales García dir., *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, Madrid: CDJ, p. 113-142.
- Silva Sánchez, Jesús-María (2010): «La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto», *Diario La Ley* 7464.
- Silva Sánchez, Jesús-María e Iñigo Ortiz de Urbina (2006): «El art. 31.2 del Código Penal», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* [en línea] 2. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121374/167822> [Acceso 15 julio 2016].