



UNIVERSIDAD DE MURCIA

DEPARTAMENTO DE HISTORIA JURÍDICA Y DE CIENCIAS
PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas

D. Jacinto Pérez Arias

2013

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

UNIVERSIDAD DE MURCIA

DEPARTAMENTO DE HISTORIA JURÍDICA Y DE CIENCIAS
PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a
las Personas Jurídicas

Doctorando: D. Jacinto Pérez Arias

Director de la Tesis. Dr. D. Jaime Miguel Peris Riera

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias



UNIVERSIDAD DE
MURCIA

D. JAIME MIGUEL PERIS RIERA, Catedrático de Universidad del Área de DERECHO PENAL y **Director del Departamento*** DE HISTORIA JURÍDICA Y DE C.C. PENALES Y CRIMINOLÓGICAS, INFORMA:

Que una vez evaluado, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 21 del Reglamento de doctorado de la Universidad de Murcia, el expediente completo de la tesis doctoral titulada "SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS ", realizada por D. JACINTO PÉREZ ARIAS, bajo la inmediata dirección y supervisión de D. JAIME MIGUEL PERIS RIERA, este Consejo de Departamento, en sesión celebrada en fecha SEIS DE NOVIEMBRE DE 2013, ha dado su autorización para su presentación ante la Comisión General de Doctorado.

Murcia, a 06 de NOVIEMBRE de 2013

Doctorando: D. JACINTO PÉREZ ARIAS

Mod: T-40

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Para Fini, mi eterna y paciente compañera.

*A Candela y Mar, por ser parte de mí,
y por devolverme la ilusión perdida en algunos momentos.*

A mi madre, por apoyarme en todo.

A mi padre, parte inseparable de mí.

*Nada de esto hubiera sido posible sin su enseñanza.
Aunque lo habláramos, me resulta difícil decirlo... In Memoriam.*

A mis hermanas.

*A Jaime, no solo por su incondicional entrega en la dirección de esta Tesis,
sino por ESTAR en todos los ámbitos de mi vida, personal y profesional,
y por deberle mi pasión por el Derecho Penal.*

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES: RÉQUIEM AL PRINCIPIO “SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST” EN LA REFORMA DE 2010	13
CAPÍTULO 2. NOTAS SOBRE EL ACTUAL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL Y SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	35
A. NOTAS GENERALES	37
1.- Tipicidad	37
2.- Penas. Especial referencia a las medidas cautelares	39
3.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad	51
4.- Personas jurídicas responsables	53
5.- Modelos de atribución de responsabilidad.....	59
B. ANTECEDENTES HISTÓRICOS REMOTOS. BREVES NOTAS.....	61
1.- Derecho Romano Clásico	61
2.- Derecho medieval y Derecho Canónico	63
3.- Giro conceptual a partir del S. XIX	66
C.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS RECIENTES.....	70
1.- Modelo de Transferencia	71
2.- Modelo de identificación o alter ego	72
3.- Modelo del Hecho propio	75
D. PRINCIPALES INCONVENIENTES DE LOS MODELOS RECIENTES	77
CAPÍTULO 3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN DERECHO COMPARADO. BREVES NOTAS.....	91
a.- Derecho Alemán.....	94

b.- Derecho Italiano.....	97
c.- Derecho Francés.....	99
d.- Derecho Anglosajón.....	101

CAPÍTULO 4. LAS VÍAS DE IMPUTACIÓN PENAL A LA PERSONA JURÍDICA 105

A.- Elementos Objetivos: hechos cometidos por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio	107
1.- Conducta realizada en nombre o por cuenta de la persona jurídica.....	110
2.- Conducta realizada en su provecho.....	113
B.- Elementos subjetivos. Delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho o por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho.....	117
1.- Delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho	118
2.- Delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho.....	120
3.- Sobre el debido control: Defecto de organización.....	121

CAPÍTULO 5. DERECHO PENAL VERSUS DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR DESDE LA PERSPECTIVA DE LA PERSONA JURÍDICA..... 129

A.- Planteamiento general de la cuestión.	131
B.- Diverso alcance del principio de legalidad	148
C.- Levantamiento versus cubrimiento penal del velo.....	153

CAPÍTULO 6. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA COMO
UN PROBLEMA DE ANTIJURIDICIDAD: IMPOSIBILIDAD DE ACCIÓN. 157

CAPÍTULO 7. FUNDAMENTOS DE LA CULPABILIDAD EN LA RESPONSABILIDAD
PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. TEORÍAS 173

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A. Punto de partida.....	175
B.- Teorías	179
1.- Culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica	179
2.- Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica.....	181
3.- Culpabilidad funcional del órgano.....	185
4.- Culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica.....	186
5.- Culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica.....	187
6.- Culpabilidad por el carácter de la empresa	188
7.- Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial	189
8.- Culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial.	191
9.- La culpabilidad por defecto de organización	194
10.- Culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad: Concepto constructivista de Culpabilidad de la persona jurídica.	197
C.- Visión personal de la culpabilidad de la persona jurídica.	208
1.- Tesis sobre la culpabilidad establecida en el artículo 31 bis	208
2.- Tesis sobre una culpabilidad abstracta: Ataque del bien jurídico protegido	224
3.- Delito de referencia: Ausencia de dolo	240

CAPÍTULO 8. LA LLAMADA CRISIS DEL SUJETO INDIVIDUAL: TEORÍA DESHUMANIZANTE.....	247
--	-----

CAPÍTULO 9. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LÍMITES PREVENTIVOS Y PROTECTORES A LA DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. COMPLIANCE PROGRAM.	277
--	-----

CAPÍTULO 10. ASPECTOS PROCESALES MÁS RELEVANTES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA	289
A.- Aspectos procesales más relevantes.....	291
1.- Competencias de los Tribunales y tipo de procedimiento	292
2.- Intervención de las personas jurídicas en el proceso.	295
3.- Derecho de defensa de las personas jurídicas. Conformidad no litisconsorcial	300
4.- Rebeldía de la persona jurídica	310
B.- Estado de la cuestión en la Jurisprudencia	312
CAPÍTULO 11. CONCLUSIONES.....	317
12. ANEXOS.....	329
Anexo 1.	331
Anexo 2.	332
Anexo 3	333
Anexo 4	334
13. BIBLIOGRAFÍA.....	335
14. LEGISLACIÓN	363
A.- Española	365
B.- Supranacional	366
C.- Extranjera	367
15. JURISPRUDENCIA	369
A.- Tribunales Nacionales.....	371
B.- Tribunales Extranjeros	374
C.- Tribunales Internacionales	375

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES: RÉQUIEM AL PRINCIPIO
“SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST” EN LA REFORMA DE 2010**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En el marco de cambios esenciales llevados a cabo por la LO 5/2010 de reforma del Código Penal, se encuentra la importante novedad, tanto desde un punto de vista de Derecho Penal General como Especial, de la inclusión de la persona jurídica como posible responsable directo de conductas criminales.

A lo largo del trabajo se abordarán las cuestiones más relevantes que afectan y se verán afectadas por esta reforma, de indudable relevancia y trascendencia en el ámbito económico, que no pueden pasar indiferentes sobre todo ante el escenario en el que surgen de profunda crisis de los modelos económicos y empresariales no solo españoles sino mundiales.

La instauración legislativa de una responsabilidad penal de las personas jurídicas entraña, de momento, la derogación de uno de los principios esenciales de nuestro Derecho Penal tradicional, formulado a través del conocido axioma *societas delinquere non potest*, y cuyo eje principal consistía en la exclusión total de la persona jurídica de las formas posibles de autoría y participación delictiva. Por tanto, la persona jurídica en ningún caso podía ser sujeto activo de hechos penales. En el nuevo escenario legal diseñado por la citada LO 5/2010 tal principio queda sustituido por el nuevo *societas delinquere et puniri potest*. No obstante, estamos de acuerdo con GÓMEZ MARTÍN¹ cuando indica que la verdadera derogación se produce respecto del principio *societas puniri non*

¹ Gómez Martín, en AAVV (Dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bisasolo y Coordinado por Víctor Gómez Martín). *Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo*. Marcial Pons. 2012

potest, pues que la persona jurídica pueda ser penada no significa que el legislador haya entendido que pueda delinquir, lo que, sin duda de ninguna clase, despierta aún mas la inquietud de quienes situamos la problemática de esta reforma en el momento de su aplicación práctica y no solo en su concepción teórica.

Este nuevo modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica, que sí era posible en otros órdenes jurídicos (derecho administrativo, derecho mercantil, etc.), era desconocido en el Derecho Penal no por un acto caprichoso de este sector del ordenamiento jurídico sino por la propia naturaleza de la responsabilidad penal, que se basa, entre otros, en los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

La doctrina tradicional niega la posibilidad de esta responsabilidad dado que la persona jurídica no tiene capacidad de acción, capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva. Por tanto, y para este sector, no es posible *concebir a la persona jurídica como sujeto activo del delito debido a que ese ente colectivo no puede realizar una acción penalmente relevante (no puede matar, ni violar, etc.) no puede por tanto ser declarada culpable ni tampoco se le puede imponer una pena* (POLAINO²). Mas adelante tendremos ocasión de analizar tanto la incapacidad de acción como de culpabilidad de la persona jurídica, pero debemos señalar ahora que, aún cuando compartamos plenamente el argumento que recuerda POLAINO, la incapacidad de acción del ente no estriba en la

² POLAINO NAVARRETE, M. Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas), 2009, Grijley. Perú

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

imposibilidad de matar, violar, etc., pues el Código Penal atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas en unos delitos concretos, que son aquellos en los que no se requiere una acción física sino una mera capacidad de acción jurídica.

Con independencia de los posicionamientos doctrinales en torno a la culpabilidad, es mayoritariamente coincidente la exigencia de que ésta, en general, requiere de dos elementos: Primero, que el sujeto activo haya tenido la posibilidad de conocer la ilicitud del hecho y, segundo, que el sujeto tenga capacidad no solo para comprenderlo sino para ordenar su actuación en torno a ese conocimiento. Faltando el último de estos elementos, debemos considerar la inimputabilidad del sujeto activo. Como consecuencia directa del principio de culpabilidad, surge el principio de la personalidad de la pena, a cuyo tenor el individuo solo responderá por los actos propios (principio del hecho) y nunca por los de un tercero.

De esta forma, tan solo la persona física, en cuanto único sujeto con plena capacidad intelectual y volitiva, puede diseñar y ejecutar la conducta cuyo reproche se materializa mediante la imposición de una pena individual. O dicho de otro modo, solo la persona física puede modificar la decisión de ejecutar (activa u omisivamente) una conducta típica (en los delitos dolosos) o prever según la norma de cuidado interna el resultado imprudente que se puede derivar de su conducta no diligente.

No obstante lo anterior, la responsabilidad penal de la persona jurídica surge, en palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, “*como un intento serio de lucha contra la corrupción y la criminalidad económica organizada*”³, lo que es acorde con la propia exposición de motivos de la LO 5/2010 de Reforma del Código Penal que la instaaura.

A grandes rasgos, pues no es el fin de este trabajo abordar el análisis de todos los hitos de legalidad penal que han desembocado en esta nueva reforma sino partir de ellos, podemos indicar que la responsabilidad de la persona jurídica inició su andadura a través de la reforma operada por la LO 8/1983⁴, que incluyó⁵ en el artículo 15 bis del viejo código la responsabilidad personal del directivo, órgano de la persona jurídica o representante (legal o voluntario, se decía) por los hechos cometidos por las entidades aún cuando no concurrieran en aquel las condiciones necesarias para la aplicación del delito de que se tratara (el ejemplo paradigmático lo constituye el delito fiscal en el ámbito societario en el

³ Zugaldía Espinar, en Fundamentos de Derecho Penal Parte General, Dirigida por José Miguel Zugaldía Espinar, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, cuarta parte la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, tema 46 teoría de la imputación penal de las personas jurídicas

⁴ Anteriormente el Proyecto Silvela del Código Penal (1884) afirmaba que “*por una parte que la responsabilidad criminal es individual y [disponía], por otra, la posibilidad de imponer las medidas de suspensión y disolución de las sociedades*”, criterio que fue precisado en el Código penal de 1928 al establecer como medidas de seguridad la disolución, suspensión o supresión de las entidades o personas jurídicas. Así lo recuerda MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General. 9ª Edición. Editorial Reppertor. 2.011. Barcelona . Concretamente se disponía en el artículo 25 del Proyecto que “*Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporciona, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los Tribunales decretarán en la sentencia la suspensión de las funciones de la sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda*”, aunque como señala MORILLAS CUEVAS esta especie de responsabilidad penal de las personas jurídicas sería una excepción ya que el propio artículo *se inicia con la rotunda afirmación de que “la responsabilidad por los delitos o faltas es individual”* (MORILLAS CUEVA, L en La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992).

⁵ Tal y como había sugerido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que fue introducida ya en el Proyecto de 1980, convirtiéndose en el artículo 15 bis de la LO 8/1983.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

que el sujeto pasivo del tributo –y verdadero defraudador según el derecho tributario- es la sociedad y no la persona física que administra a dicha sociedad, aún cuando se entendía que en tales casos realmente quien cometía el acto delictivo era la persona física).

Como se razonaba en la propia exposición de motivos de la citada ley, *la rigurosa interpretación de la autoría dificultaba la imputación de responsabilidad al que se presume verdadero autor dada las condiciones y cualidades que éste debe tener*. En otras palabras, y por lo que aquí interesa, se negaba a la persona jurídica las cualidades necesarias para ser considerada autora de hechos criminales.

En el año 1995, con la instauración del vigente Código Penal, se producen dos cambios importantes. Por un lado, se modifica la cualidad del autor persona física dentro de la entidad jurídica descrita en el anterior artículo 15 bis –se ubica en el artículo 31- pasando de directivo u órgano a **administrador de hecho o de Derecho**, y de otro, en el nuevo Art. 129 se incluye un haz de consecuencias accesorias que podían imponerse directamente a la persona jurídica con el fin de prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma, y que iban desde la clausura definitiva o temporal de la empresa hasta la disolución de la sociedad, pasando por medidas de intervención, etc.

Sería más adelante, concretamente en el año 2003, cuando por LO 15/2003 de 25 de noviembre, se incorpora al Código un segundo apartado en el artículo 31 que modifica ampliamente el escenario y augura en cierto modo la situación creada con la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2.010. En aquel apartado segundo se implantaba la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica cuando el autor persona física, en cuyo nombre y por su cuenta actuaba, fuera condenado, en los supuestos establecidos, a pena de multa. Dicho de otro modo, cuando el delito fuera cometido a través de una persona jurídica (o “por ella misma” pero a través de las personas físicas que la dirigen) y la pena a aplicar por ese delito fuera la de multa, la persona jurídica respondería solidariamente respecto de esa pena.

En aquel contexto legal, vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, la persona jurídica podía por tanto sufrir consecuencias accesorias (vía artículo 129 del Código Penal) y/o ser responsable directo y solidario del pago de la pena de multa impuesta al autor del delito (vía 31.2 del Código Penal), pero en caso alguno podía ser sujeto responsable de una conducta penal. Como señala ADÁN NIETO⁶, *pese a que la intención del legislador fue probablemente establecer una auténtica responsabilidad penal de personas jurídicas, el art. 31 puede interpretarse como un supuesto de responsabilidad civil de la sociedad por la sanción impuesta al administrador, semejante a la que ha existido tradicionalmente en el ordenamiento italiano.*

⁶ Adán Nieto en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados. Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Este marco legal –entiéndase referido al Art. 31.2 y al Art. 129 Código Penal- queda derogado completamente por la LO 5/2010 que instaura un sistema autónomo de responsabilidad penal de la persona jurídica, articulado a través del extenso y nuevo artículo 31 bis del Código Penal. En concreto se deroga el artículo 31.2 y se modifica la redacción del artículo 129 que pasa a regular las medidas aplicables a aquellas entidades que, por carecer de personalidad jurídica, no pueden incardinarse en el actual artículo 31 bis.

Por ello, y aún siendo varias las reformas que, de manera aislada y premonitoria, han ido perfilando la situación actual, lo cierto es que solo la última reforma operada en el año 2010 constituye la completa derogación, o supuesta superación, de la vieja locución *societas delinquere non potest*, concepto éste de profunda complejidad jurídica –si se analiza desde perspectivas de teoría general- y que, incluso, desde recientes pronunciamientos de la Sala Segunda de nuestro Alto Tribunal nada permitía entender su superación real desde el plano teórico. En efecto, el Tribunal Supremo, en su **Sentencia 862/2009**, de 23 de julio, expresaba que *“Si bien es cierto que existe una corriente doctrinal minoritaria proclive a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas,... ello no quiere decir que se haya derogado en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest. Pues no parece plausible hablar de una conducta humana atribuible a la propia persona jurídica; ni tampoco realizar un reproche ético social, con base en el principio de culpabilidad, a un ente que no es una persona física; ni resulta muy factible imponerle a una persona jurídica cierta clase de penas ni que cargue con el*

lastre de cumplir otras por actos que personalmente no ha realizado, sin olvidar las consecuencias indirectas que conlleva la imposición de una pena a sujetos integrantes de una sociedad que no han tomado parte en el comportamiento delictivo.”

De ahí que la orfandad técnica conceptual de la que se parte resulte, cuando menos, paradójica con la rápida asimilación que realiza la propia Fiscalía General del Estado (**Circular 1/2011**), que afirma con rotundidad que *el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo –desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica- por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.*

Con todo ello, y aún respetando las doctrinas que abogan por la necesidad de contar con un modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto y verdad es que solo la voluntad del legislador⁷, convertida en Derecho positivo, y no los debates doctrinales –hasta la fecha de lege ferenda-, calificados incluso de *minoritarios* por el propio Tribunal Supremo, han permitido la aparición de esta responsabilidad, pero en modo alguno su comprensión. En palabras de

⁷ De ahí que el fiscal prusiano Kirchmann dijera que «En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras de Derecho se convierten en basura»

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

MEZGER⁸, el *Derecho Penal fija por sí mismo y con facultad Soberana las acciones que en su propio ámbito quiere someter a un tratamiento penal.*

Como acertadamente tiene señalado DÍEZ RIPOLLÉS⁹ *la argumentación político-criminal adolece de incongruencias significativas, pues sorprendentemente, el merecimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas no ocupa el centro de la discusión. Si así fuera, sigue indicando el autor, se estaría intensamente debatiendo sobre una sustancial correspondencia valorativa entre el comportamiento de las personas físicas y el de las personas jurídicas.*

La previsible aparición de la reforma de 2010 motivó que nuestro Alto Tribunal, en su **Sentencia 1129/2010**, de 27 de diciembre, expresara que *“Aunque la jurisprudencia de esta Sala ha sido restrictiva hasta el momento presente quizá la anunciada responsabilidad penal de las personas jurídicas aconseje revisar la postura actual”*

Entre las causas que, según algún sector doctrinal y la propia exposición de motivos de la LO 5/2010, han inspirado la instauración de esta responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran, por un lado, las

⁸ MEZGER,, en Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Revisada por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. Madrid

⁹ Díez Ripollés, JL. La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Regulación española. Indret, Revista para el análisis del Derecho. ISSN 1698-739X. Barcelona. 2.012.

numerosas recomendaciones que en instrumentos internacionales y europeos¹⁰ - la llamada Third Party Strategy¹¹- se han hecho en ese sentido respecto de algunos delitos y, por otro, las numerosas estadísticas que constatan la participación directa o indirecta de la persona jurídica en la comisión de determinados delitos.

No obstante, estos dos hechos/causa citados por algún sector de la doctrina no justifican a nuestro entender la totalidad de la reforma. De un lado, porque las recomendaciones citadas no exigen incriminación penal¹² genérica a las personas jurídicas (solo para casos perfectamente delimitados¹³) y, de otro, porque la participación de sociedades en algunos supuestos delictivos, no puede explicar per se la creación de un modelo penal que, en principio, resulta indiscriminado y no dirigido a la utilización concreta y fraudulenta de la persona jurídica como instrumento –en algunos casos necesario e indispensable- para la comisión de determinados delitos, Vg. delito fiscal.

¹⁰ Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas; Decisiones marco 2001/413/JAI, 2002/629/JAI, 2003/BO/JAI, 2004/1757/JAI, 2005/1222/JAI, 2005/667/JAI, 2004/6B/JAI; Directivas 200B/99/CE y 2009/123/CE, así como también otros instrumentos, como el Convenio de Derecho Penal del Consejo de Europa contra la Corrupción o el Convenio OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

¹¹ “*Implicación político-criminal de la empresa en la evitación de la comisión de conductas delictivas que puedan favorecerle*”, en MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General. 9ª Edición. Editorial Reppertor. 2.011. Barcelona

¹² Basta la sanción administrativa

¹³ Así lo establece expresamente el Considerando 8 de la Decisión marco 2001/413/JAI de 28 de mayo de 2001 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En este sentido MORILLAS CUEVA¹⁴, afirma que ésta supuesta *exigencia internacional* debe necesariamente relativizarse, pues como bien indica la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (en adelante Circular 1/2011) ni los tratados internacionales ni el llamado Derecho penal de la Unión Europea plantean la radical obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza distinta a las penas- o describir sus posibles objetivos o consecuencias.

Entendemos, por tanto, que la remisión a las instrucciones y recomendaciones europeas son meras justificaciones pseudo exculpatórias pues en muchos otros casos consta de manera muy acreditada la omisión y desatención del legislador español a estas directrices¹⁵, aún cuando éstas sí delimitan el ámbito acotado a legislar. Como señala DEL ROSAL BLASCO¹⁶ se trata de una *explicación parca que ni aclara, exactamente, el por qué de su*

¹⁴ MORILLAS CUEVA, L, en La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

¹⁵ Es el caso, por ejemplo, de la mediación penal, en el que la Unión europea tiene recomendada su instauración y el legislador español ha hecho caso omiso, aun cuando la normativa europea data del año 1999. Obsérvese, a estos efectos, los seis puntos básicos de la Recomendación R(99) 19 de 15 de Septiembre de 1999 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre mediación en asuntos penales o la Decisión marco 2001/220/JAI de 15 de Marzo de 2001 del Consejo de la Unión Europea relativa al estatuto de la víctima en el proceso. Tales recomendaciones internacionales solo han dado como resultado un escueto apartado en el proyecto de código penal procesal.

¹⁶ Bernardo del Rosal en Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley orgánica 5/2010 de reforma del código penal, homenaje a Polaino. 2011. Enfoque XXI: Barcelona

necesidad político-criminal en el actual contexto social y económico español ni le dedica el menor esfuerzo a argumentar nada acerca de la conveniencia o idoneidad del concreto sistema de atribución de responsabilidad elegido.

Es más, frente a este argumento, debemos recordar que el propio **Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**, en su **Sentencia de 2 de octubre de 1991** (caso proceso penal contra Paul Vandevenne y otros), y concretamente respecto de la interpretación del artículo 15 del Reglamento (CEE) núm. 3820/85 del Consejo, de 20 diciembre 1985 contestaba al interrogante de si se pretendió al redactarse dicho artículo introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los Estados miembros en que es desconocida o es menos conocida, en los términos siguientes:

“Según jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia (véase la reciente Sentencia de 10 julio 1990, Hansen, C-326/88, Rec. pg. I-2911, apartado 17), cuando un Reglamento comunitario no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita a este respecto a las disposiciones nacionales, los Estados miembros conservarán una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones. Sin embargo, de conformidad con el apartado 5 del Tratado CEE (LCEur 1986\8), que impone a los Estados miembros la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario, éstos deben velar por que las infracciones de un Reglamento comunitario sean

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo.”

Por tanto, lo único a lo que viene obligado el Estado es a introducir en el ámbito interno una normativa que contenga una sanción de corte **efectivo, proporcionado y disuasivo**, pero en modo alguno, al menos lo entiendo así, la Unión Europea puede imponer una ruptura en el ordenamiento español mediante la introducción de un sistema penal en el que la única característica es la de imponer una pena a la persona jurídica, omitiendo consideraciones de orden constitucional en tanto esta responsabilidad formal adolece, desde perspectivas generales, del componente culpabilístico (ejemplo de ello es Alemania, que remite cualquier reproche al derecho de contravenciones y no al Derecho Penal).

Por ello, es evidente que aún cuando se mantenga que estas dos causas¹⁷ son los auténticos precursores de la reforma, lo cierto y verdad es que ninguna de las dos, aislada o conjuntamente consideradas, excede del mero pretexto formal. Y ello, por cuanto la responsabilidad de la persona jurídica introducida mediante la Ley de reforma del año 2010 instaura un sistema de responsabilidad penal que hace absoluta abstracción del elemento de la culpabilidad del sujeto activo –en este caso la persona jurídica- quedando limitada su configuración a una transferencia de la responsabilidad –en sentido de culpabilidad- de la

¹⁷ Recomendaciones de carácter internacional y la constatación estadística de la participación de la persona jurídica en numerosos delitos.

persona física a la jurídica, es decir, sin añadir conceptos dogmáticos nuevos que permitan entender esta responsabilidad como un hecho propio de la ficta persona, y además –sin duda lo peor de la regulación- el nuevo modelo de responsabilidad es atribuible –en aquellos delitos previstos específicamente- con carácter general a cualquier entidad por el mero hecho de haberse producido un ilícito de aparente corte penal en su seno, en los términos generales del Art. 31 bis, haciendo por tanto recaer sobre ésta todas las consecuencias que se derivan de la actuación de un tercero.

Como luego se dirá, podemos entender justificada la agravación establecida en el Art. 305 del Código Penal –delito fiscal- por la utilización de persona interpuesta, dado que si la entidad es utilizada a estos fines no solo es coherente que la responsabilidad del sujeto activo quede agravada sino que resulta totalmente justificada la aplicación accesoria de medidas contra aquella (aún cuando es pacífica la consideración de que en tales supuestos no existe duplicidad de sujetos¹⁸ ya que *las empresas pantalla constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales*¹⁹).

La previsión de una pena por la utilización de personas interpuestas (con la consecuente aplicación de medidas accesorias para la persona jurídica) era ya

¹⁸ Es más, según Adán Nieto en el caso de empresas de fachada debería considerarse la inimputabilidad de la persona jurídica, dado que no realizan actividad alguna al haber sido creadas expresamente para la comisión de hechos delictivos (Nieto, A. en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel. Madrid. 2008

¹⁹ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

una realidad con la anterior regulación, entendiendo que la creación de un modelo genérico y directo de responsabilidad penal para las personas jurídicas acarrea consecuencias más profundas –efectos colaterales- que en numerosos casos no tendrán conexión con el delito y, por ende, se instaurarán auténticas penas adicionales sin ninguna cobertura legal (será la mera casuística la que de una imagen fiel de qué otros efectos –situación concursal derivada del impago de multa, despido de trabajadores, desconfianza ante los proveedores, extinción unilateral de líneas de crédito, etc.- debe asumir la persona jurídica por un hecho perpetrado por un sujeto del que depende la actuación de aquella).

Resulta insuficiente para prevenir estos ataques secundarios el contenido del art. 66 bis por mucho que establezca que se deberá tener en cuenta -para la imposición y extensión de las penas previstas para las personas jurídicas, curiosamente con excepción de la pena de multa²⁰-, *sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores*. Y decimos que resulta insuficiente por cuanto una afirmación de este tipo –en sede insistimos de aplicación de penas- solo puede obedecer a la propia duda que el legislador tiene respecto de la posible desproporción de la responsabilidad penal que ha propiciado (regla de determinación de la pena que, insistimos, queda excluida para la pena de multa).

En su lugar, se deberían haber introducido una serie de circunstancias exculporias para evitar no solo una extensión desproporcionada de la pena –

²⁰ A la que se le podrá aplicar la regla de compensación prevista en el artículo 31 bis, pero solo para evitar un bis in idem.

consecuencia sin duda de la conculcación del principio de personalidad de las penas y la culpabilidad que se produce- sino la propia condena de la persona jurídica e, incluso, su inicial imputación. De hecho, la imputación –que es el primer acto judicial que se practica contra un sujeto- es el que conlleva el mayor de los costes insalvables, inevitables pero muy previsibles del proceso penal, dado que ese primer acto –y sobre todo las medidas cautelares que, como consecuencia, puedan imponerse, aún la presunción de inocencia- se deja en manos del nada unificado criterio de los múltiples Juzgados de Instrucción existentes en la planta del orden jurisdiccional criminal.

Que la actuación de la persona jurídica es siempre instrumental lo señala la propia **Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado** –aunque de manera sorprendente esta instrumentalidad se considera suficiente para justificar su imputación- cuando dice que *un estudio relativamente reciente del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) puso de relieve que ya entre los años 1974 y 1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el Derecho penal económico, se cometían a través de empresas.* (la negrita y el subrayado es nuestra)

Por todo ello, nos parece comprensible la imposición de medidas a sociedades que han sido creadas para su utilización criminal –y entiéndasenos bien cuando decimos su utilización- pero en modo alguno queda justificado un modelo que permite el reproche penal, con carácter general, a cualquier persona

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

jurídica y en cualquier contexto. Como dice FEIJÓ SÁNCHEZ, en alusión a la reforma del 2010, *el Derecho Penal no se ocupa ya sólo de “personas jurídicas marginales”, sino que se ha extendido a las “personas jurídicas de cuello blanco” de tal manera que una empresa que cotice en el IBEX 35 puede llegar a ser considerada un delincuente*. A nuestro juicio, resulta evidente que ésta es la gran problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un contexto, además, en el que no pocas veces los órganos judiciales deciden mecánicamente el acto imputador con absoluta abstracción de los elementos identificadores propios y singulares del sujeto y su participación real en el hecho penal relevante.

El carácter instrumental de la persona jurídica en la conducta criminal puede volver a detectarse en el Art. 66 bis²¹, -en sede de aplicación de penas, con exclusión de la pena de multa que no tendrá más limitación –como señala el artículo 31 bis- que aquella en la que sea impuesta tanto a la persona física como a la jurídica, supuesto en el que los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos²². Y hablamos del carácter instrumental que se observa en el artículo 66 bis, ya que, de un lado, la extensión de la pena se mide por el efecto que la misma puede tener sobre terceros no vinculados con el

²¹ Como tendremos ocasión de desarrollar la nota que caracteriza la instrumentalidad de esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, la hallamos en el propio esquema de imputación contenido en el artículo 31 bis, que atribuye esta responsabilidad por los “delitos cometidos por...”, en alusión a las personas físicas que deben realizar el delito de referencia que engarce la responsabilidad penal de la corporación,

²² Valórese, por ejemplo, una pena de multa por un delito de blanqueo de capitales o contra la hacienda pública de cuantía relevante. En este caso, quedarían excluidas las previsiones del artículo 66 bis y, sin embargo, es la pena que mayores consecuencias puede producir para la continuidad de la actividad de la persona jurídica (disolución, expediente de regulación de empleo, etc.)

hecho delictivo pero sí con la consecuencia (trabajadores) y, de otro, en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Es decir, que todo parece estar configurado por referencia a terceros, sin que se justifique por qué no podemos excluir a la propia persona jurídica de este conjunto de terceros afectados por los delitos cometidos por determinadas o determinables personas físicas.

Respecto de estos efectos colaterales o consecuencias a pagar por terceros señala la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2011) que *en cuanto a las demás objeciones clásicas, como las derivadas de la afectación de la sanción de la persona jurídica a los socios, de modo que se vulnere el principio de culpabilidad en su acepción de personalidad de las penas, además de no ser un problema privativo del modelo vicarial, resulta obvio que cualquier sanción penal tiene efectos perjudiciales para terceros no destinatarios de la misma*

Como señala ADÁN NIETO²³, este efecto negativo se paliaría con la posibilidad que tienen los *socios inocentes* de reclamar posteriormente a los administradores la acción de responsabilidad social, como así sucede en los Estados Unidos²⁴.

Sin embargo, aceptar la vía indemnizatoria por los daños causados a terceros por un sistema injusto es, a todas luces, un ejemplo de hipocresía e

²³ ADÁN NIETO en La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Iustel. Madrid. 2008. y La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. Revista Xurídica Galega, N° 63 pág. 47. <https://www.rexurga.es/pdf/COL260.pdf>

²⁴ Caso Caremark, Court of Chancery of Delaware. 1996

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

irresponsabilidad. Como lo es también excluir a la persona jurídica de ese grupo de terceros.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 2. NOTAS SOBRE EL ACTUAL MODELO DE
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL
CÓDIGO PENAL Y SUS ANTECEDENTES HISTÓRICOS.**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A. NOTAS GENERALES

A título general podemos enmarcar los rasgos básicos del nuevo artículo 31 bis del Código Penal en los siguientes puntos:

1.- Tipicidad: La responsabilidad penal de la persona jurídica solo es posible en los supuestos expresamente previstos en el Código Penal. Por tanto, no cabrá inferir responsabilidad penal alguna sino solo de aquellos delitos en los que exista una previsión expresa para la persona jurídica (sucede lo mismo que con los delitos imprudentes en el Art. 12 del Código Penal, el perdón del ofendido en el Art. 130.5 del Código Penal, etc.)

En consecuencia, se establece un número cerrado de figuras delictivas en las que, solo y con carácter exclusivo, se podrá declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Concretamente son: Delitos relativos al tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis); Trata de seres humanos (nuevo título VII bis del libro II, art. 177 bis, nº 7); Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (art. 189 bis); Descubrimiento y revelación de secretos (art. 197, nº 3); Estafas (art. 251 bis) e insolvencias punibles (art. 261 bis); de los daños (art. 264, nº 4); Delitos relativos al mercado y los consumidores (art. 288); Receptación (art. 302, nº 2); Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis);

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis, nº 4); Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319, nº4); Delitos contra el medio ambiente (arts. 327, 328, nº 6, y 343); Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348, nº 3); Delitos contra la salud pública (art. 369 bis); Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis); Cohecho (art. 427, nº 2); Tráfico de influencias (art. 430); Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445, nº 2); 18) Delitos de terrorismo (arts. 570 quáter y 576 bis, nº 2).

En este listado cerrado existen ausencias que, dado los criterios político criminales que sustentaban las infracciones recogidas, resultan inexplicables. Así, por ejemplo, la omisión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra la manipulación genética, que no solo no se introduce en el listado sino que, sin duda por olvido, no se ha modificado el Art. 162 que remite su contenido a las ya inexistentes medidas accesorias del artículo 129 del Código Penal. Como señala PERIS RIERA²⁵ el precepto ha quedado *vacío de contenido... en la medida que el si modificado Art. 129 solo resulta de aplicación residual para los supuestos de organizaciones y grupos que, por carecer de personalidad jurídica, no están comprendidos en el estatuto de la responsabilidad penal de la persona jurídica del Art. 31 bis... siendo imposible a la luz de los principios básico del Derecho penal y de la obsoleta redacción vigente del Art. 162 del Código Penal la aplicación de consecuencia alguna a la*

²⁵ PERIS RIERA, J, Delitos relativos a la Manipulación genética (capítulo 6) en Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial (coordinado por Lorenzo Morillas Cueva), Dykinson, SL. 2.011

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

propia organización a que pertenezca el autor. Igual consideración hacemos del delito contra los trabajadores previsto en el artículo 318.

Dado el tenor literal del artículo 31 bis (“delitos cometidos”) debemos excluir en todo caso la posible atribución de faltas a las personas jurídicas.

2.- Penas. Especial referencia a las medidas cautelares. El nuevo texto del Código Penal recoge el catálogo de penas²⁶ específicas a imponer a las personas jurídicas declaradas criminalmente responsables (art. 33, nº 7), siendo esto obvio pues por mucho que se pueda declarar la responsabilidad penal, por ejemplo, a una sociedad anónima, nunca se podrá hacer cumplir, y se entenderá sin mayor complicación, una pena privativa de libertad. Esto, sin duda, abunda en la idea de ausencia total de finalidad prevencionista en la pena de la persona jurídica, pues resulta indiscutible que un derecho penal sin la última ratio de privación de libertad no es Derecho penal sino una suerte de derecho sancionador común, al que sin duda, debe, de lege ferenda, reconducirse la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Por lo demás, todas las penas aplicables a las personas jurídicas tienen la consideración de graves²⁷.

²⁶ Multa por cuotas o proporcional; Disolución de la persona jurídica; Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

²⁷ Art. 33.7 del CP: “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves...”

Las concretas penas que pueden imponerse a la persona jurídica son: a) Multa por cuotas o proporcional; b) Disolución de la persona jurídica, matizando el precepto que la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita; c) suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años; d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años; f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años; g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

En cuanto a la intervención judicial establece el Art. 33.7 del Código Penal, penúltimo párrafo, que podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, fijará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

Dentro de las penas diseñadas solo podrán ser acordadas como medidas cautelares²⁸, durante la instrucción de la causa, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. No obstante, dentro de los trámites procesales previstos para el Procedimiento Abreviado, y tras la reforma operada (Ley 38/2002) en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hay que tener muy en cuenta que en el Art. 764 de este último cuerpo legal se establece que se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, se exige que para la adopción de cualquier medida cautelar solicitada se actúe conforme a la regulación concordante de la Ley de enjuiciamiento civil, en donde se definen los presupuestos que necesariamente han de darse para su adopción, desterrando, con ello, una práctica procesal inquisitiva, *conforme a la cual las fianzas y embargos* (en nuestro caso las

²⁸ Así lo establece expresamente el artículo 33 del código Penal, y el artículo 544 quáter de la Ley de enjuiciamiento criminal al decir que cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

medidas específicas señaladas en el último párrafo del Art. 33 del Código Penal) *civiles podrían ser dispuestos de oficio, sin que ningún perjudicado o acreedor legitimado las solicitase y sin justificar la concurrencia de sus presupuestos procesales* (GIMENO SENDRA²⁹).

Así las cosas, es imprescindible -para la correcta adopción de medidas cautelares- no solo que hayan sido solicitadas por la acusación sino, además, que estas medidas se justifiquen atendiendo a los presupuestos generales establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no son otros que la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro por mora procesal (*periculum in mora*), éste último con especiales y autónomos caracteres.

Por tanto, cualquier omisión respecto de la concurrencia de los presupuestos requeridos (en especial el peligro por mora procesal), convertiría la resolución que la acuerda en nula de pleno derecho en tanto carecería de la motivación exigida y necesaria para justificar su parte dispositiva. Debemos recordar que la obligada motivación de las resoluciones tiene una doble finalidad, de un lado, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y, de otro, permitir su control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico. Dicho de otra manera, la motivación de una resolución judicial no es sino el modo racional que permite valorar cuándo una decisión judicial es consecuencia del uso correcto de la discrecionalidad y no un acto meramente arbitrario. Según doctrina constante de

²⁹ GIMENO SENDRA, V: “Derecho Procesal Penal”, Editorial Colex, Madrid, 2004

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

la Sala Segunda del Tribunal Supremo la motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico permitiendo a un observador saber cuáles son las razones que sirven de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad (SSTS. de 18 de mayo de 1998, 5 de mayo de 1997, y las que en ellas se citan, de 23 de abril y 21 de mayo de 1996).

Por su parte, el Tribunal constitucional tiene establecida la necesidad de que *se refleje la razón del discurso silogístico que toda resolución comporta de manera que se haga comprensible para el destinatario de la decisión que ésta es la consecuencia de una interpretación racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad* (SSTC. de 16 de noviembre de 1992 ; 20 de mayo de 1993 ; y 27 de enero de 1994; y las SSTS. de 26 de diciembre de 1991; 4 de diciembre de 1992 ; 21 de mayo de 1993; 1 de octubre de 1994; y 18 de mayo de 1995).

Dado que las medidas cautelares implican un juicio de imputación resulta extremadamente importante determinar con claridad los indicios racionales de criminalidad que existen contra el sujeto que las va a sufrir, hecho éste que acrecienta la modalidad objetiva de la responsabilidad de la persona jurídica, ya que su autoría consiste en ser el mero contexto en donde un tercero ha cometido un delito, en los términos del artículo 31 bis del Código Penal.

Como decíamos la concreta aplicación de las penas señaladas en el artículo 33.7 del Código Penal tendrá en consideración las previsiones del Art. 66 bis y el propio artículo 31 bis respecto de la pena de multa. En este sentido, e intentando estructurar el farragoso precepto 66 bis (*oculta reseña de las circunstancias de agravación*, en palabras de Del Rosal Blasco³⁰), resulta que:

a.- **Respecto de la pena de multa**, deberá tenerse en cuenta la denominada regla de compensación (en previsión de un posible ne bis in idem) según la cual cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas –persona jurídica y persona individual- 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 (Art. 31 bis), regla totalmente excepcional dado que el propio precepto señalado tiene establecido 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. Por tanto, en los casos en los que no se haya podido concretar la persona individual que haya realizado la conducta criminal dentro del seno de la persona jurídica, la multa, en toda su extensión –sin compensación alguna-, será impuesta a ésta última. Tampoco se llega a entender por qué en tal supuesto no resultan aplicables las limitaciones

³⁰ Bernardo del Rosal en Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley orgánica 5/2010 de reforma del código penal. 2011. Enfoque XXI, Barcelona

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

desarrolladas en el Art. 66 bis para el resto de las penas y que seguidamente detallamos.

b.- **Respecto de la disolución de la persona jurídica.** Las limitaciones que deberán tenerse en consideración para su imposición, serán: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control y d) en el caso de que se imponga la medida con carácter permanente será necesario que se esté bien ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66 (concurrir la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido) bien que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Conviene resaltar lo contenido en el anteproyecto de código procesal penal respecto de las causas de sobreseimiento por razones de oportunidad y

concretamente en el artículo 91 del anteproyecto, en donde se indica que en los casos de delito imputado a una persona jurídica, *podrá sobreseerse la causa por motivo de oportunidad cuando ésta carezca de toda actividad y patrimonio y esté incurso en causa legal de disolución, aunque no se haya disuelto formalmente.*

c.- **Respecto de la suspensión de sus actividades.** Las limitaciones son a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control; d) No podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física; e) en el caso de que se imponga una duración superior a dos años será necesario que la persona jurídica sea reincidente o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. En cualquier caso, y siguiendo el tenor literal del Art. 33.7 del Código Penal, la duración máxima de la pena no podrá exceder de los cinco años por lo que no resultan aplicables los requisitos previstos para los casos en que la medida sea impuesta con carácter permanente.

d.- **Respecto de la clausura de sus locales y establecimientos.** Las limitaciones son idénticas a las previstas para la medida de suspensión de

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

actividad. a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control; d) No podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física; e) en el caso de que se imponga una duración superior a dos años será necesario que la persona jurídica sea reincidente o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. En cualquier caso, y como se dijera en el supuesto anterior, la duración máxima de la pena no podrá exceder de los cinco años por lo que no resulta aplicable los requisitos previstos para los casos en que la medida sea impuesta con carácter permanente.

e.- **Respecto de la pena de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito**, las limitaciones previstas son: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control; d) No podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física; e) en el caso de que se imponga una duración

superior a dos años será necesario que la persona jurídica sea reincidente o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal; f) en el caso de que se imponga la medida con carácter permanente o por un plazo superior a cinco años será necesario que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66 (concurrir la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido) o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

f) **Respecto de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social**, las limitaciones previstas son: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. d) No podrá

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física; e) en el caso de que se imponga una duración superior a dos años será necesario que la persona jurídica sea reincidente o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal; f) en el caso de que se imponga la medida por un plazo superior a cinco años será necesario que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66 (concurrir la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido) o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

d.- **Respecto de la Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario.** Las limitaciones son idénticas a las previstas para la medida de suspensión de actividad. a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales,

y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control; d) No podrá exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física; e) en el caso de que se imponga una duración superior a dos años será necesario que la persona jurídica sea reincidente o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. En cualquier caso, y como se dijera en el supuesto anterior, la duración máxima de la pena no podrá exceder de los cinco años por lo que no resultan aplicables los requisitos previstos para los casos en que la medida sea impuesta con carácter permanente.

Ciertamente el artículo 66 bis no puede ser merecedor de elogio alguno en cuanto a su técnica de redacción. A título meramente esquemático –para facilitar su comprensión- podemos decir que el precepto diferencia entre las medidas que pueden ser acordadas para una duración temporal o aquellas que incluso pueden tener carácter permanente. En el caso de que la medida sea temporal se distinguirá, a su vez, y para tener en consideración algunos de los criterios de ponderación señalados, que la medida sea superior a dos años –y menos de cinco- o superior a cinco años. Recordemos que las reglas previstas en el artículo 66 bis no son aplicables a la pena de multa, de ahí que nada impedirá que la imposición de una multa, sin más, pueda transgredir todos los criterios de ponderación previstos en el Art. 66 bis y, sin embargo, nada evitará su

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

aplicación. Dicho de otro modo, la pena de multa se impondrá aunque a) Sea innecesaria para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Acarree consecuencias económicas y sociales, y especialmente para los trabajadores; c) con independencia del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control; d) Se haya utilizado la persona jurídica de manera instrumental para la comisión de ilícitos penales, etc. De ahí que señaláramos al abordar la pena de multa que no se llega a entender por qué en este supuesto no resultan aplicables las limitaciones desarrolladas en el Art. 66 bis para el resto de penas.

Por último, y como señala el inciso primero del artículo 66 bis, resultará de aplicación lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66 (precepto dedicado a la aplicación de penas con atenuantes o agravantes).

3.- Circunstancias modificativas de la responsabilidad. En el anterior apartado hemos visto en qué medida puede atenuarse o agravarse la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Por el contrario, no se crean causas que pudieran eximir expresamente de responsabilidad³¹, por lo que todo quedaría al prudente juicio del instructor o del

³¹ A diferencia del Derecho Italiano en el que se contemplan como causa de exención de responsabilidad penal, entre otras, la adopción y aplicación efectiva de medidas de modelos de organización con carácter previo a la comisión del hecho delictivo (Art. 6 Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (in Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140). - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

juez sentenciador en función de la prueba obrante, bien entendido que nada obstará a la imputación inicial, dado el sistema de responsabilidad pseudo-objetiva instaurado de acuerdo con los criterios generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre admisión a trámite de la denuncia o querrela, y la imposible calificación inmediata –sin mayor diligencia- del nuevo artículo 31 bis.

En efecto, sería insuficiente para decretar un archivo en fase de instrucción la no constancia de la autoría o participación de la entidad jurídica (si acaso pudiéramos entender que existe un modelo de autoría para las entelequias) en el hecho penal enjuiciado (de conformidad con lo establecido en el Art. 779.1.1 Lecrim) dado que el propio artículo 31 bis dos, establece expresamente 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”* .

Siendo esto así, la posibilidad de defensa que tiene la persona jurídica para salir indemne de un sistema que le imputa conductas criminales solo será posible ante la inexistencia de hecho delictivo, ya que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que exista o no responsabilidad penal de la persona física. Por tanto, todo se convertirá en una regla de juicio, pues a buen seguro los Juzgados de Instrucción, salvo honrosas

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

excepciones y en supuestos palmarios, en ningún caso apreciarán ad limine el archivo de la causa, dejándolo postergado al momento del plenario, y ello con independencia de los riesgos que, incluso para el coste reputacional, pueda crearse por la mera pena de banquillo, aún cuando la sentencia que finalmente se dicte sea absolutoria.

En la nueva reforma del Código Penal, actualmente en fase de proyecto, se incluye la eximente de haber implantado antes de la comisión delictiva *modelos de organización y gestión*. Más adelante detallaremos los requisitos concretos que se establecen en este proyecto para la aplicación de ésta causa de exención de responsabilidad.

4.- Personas jurídicas responsables. El legislador de la reforma de 2010 no da un concepto de persona jurídica, siendo unánime la doctrina en considerar que no resulta de aplicación la noción formulada en el artículo 297 del Código Penal, dado que éste solo contempla el ámbito societario, es decir, abarca tan solo una forma de ser de la persona jurídica.

Un concepto general lo podemos extraer por referencia en alguna de las normas supranacionales que instan al Estado a establecer canales de responsabilidad de las personas jurídicas³². Un ejemplo sería el *Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de*

³² Como se ha dicho mas arriba no todas estas normas imponen la necesidad de que estas medidas sean de carácter penal.

las Comunidades Europeas, que, en su artículo 1, expresa que por persona jurídica se entiende *cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas*³³. No obstante, y si nos remitimos al artículo 35 del Código civil³⁴, nos encontramos con la misma definición por remisión, mencionándose incluso a personas jurídicas que, expresamente, se encuentran excluidas de la responsabilidad penal por su vinculación con el ámbito público. Por tanto, y para definir previamente si un ente está sujeto o no a la responsabilidad penal de las personas jurídicas del artículo 31 bis deberemos acudir caso por caso al marco legal que regula al ente en cuestión. En el supuesto de que éste no goce legalmente de personalidad jurídica las consecuencias penales por los delitos cometidos se encuentran reguladas en el artículo 129 del Código Penal.

Lo que si se establece expresamente en la norma es la exclusión del sistema de responsabilidad penal para determinadas personas jurídicas. Inicialmente, el marco de incriminación no era de aplicación al **Estado**, a las **Administraciones Públicas, territoriales e institucionales**, a los **Organismos Reguladores**, a las **Agencias y Entidades Públicas Empresariales**, a los

³³ Este mismo concepto, por ejemplo, lo sigue la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado

³⁴ Son personas jurídicas: 1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

partidos políticos y sindicatos, a las **organizaciones internacionales de derecho público** y a **aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general** (art. 31 bis, nº 5, párrafo primero), **salvo** que los órganos jurisdiccionales aprecien que se trata de una forma jurídica **creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal**, en cuyo caso sí se podrá declarar la responsabilidad penal de esas personas jurídicas (art. 31 bis, nº 5, párrafo segundo). Exclusión, en palabras de BERNARDO DEL ROSAL, que, a todas luces, *resulta extraña*³⁵.

Posteriormente, mediante Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, el legislador incluyó, dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a los **partidos políticos y sindicatos**, que, inexplicablemente y como hemos indicado, se encontraban excluidos de este régimen de responsabilidad penal. Según indica la exposición de motivos de la citada Ley *el eje de los criterios que inspiran la presente reforma se corresponde con el reforzamiento de la transparencia de la actividad de la administración*, lo que, según entendemos, en modo alguno se satisface

³⁵ Bernardo del Rosal, en ponencia sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en las jornadas sobre la reforma del código penal Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio celebradas en el Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, Diciembre 2010.

por la inclusión tan solo de estos dos entes jurídicos, pues se sigue excluyendo, sin perjuicio de lo que luego se modifica en el proyecto de reforma de 2013, al resto de organismos públicos señalados anteriormente.

Como señala la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado *la norma transcrita opta en este caso por el establecimiento de una regla general que excluye la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas de Derecho público, y una excepción a la misma consistente en permitir su sanción si se aprecia que tales formas jurídicas han sido creadas con el propósito de eludir una responsabilidad penal*".

La exclusión de estos entes, en principio aptos para ser responsables según el modelo establecido en el Art. 31 bis, se debe, para un sector doctrinal en la **relevancia constitucional de su función**³⁶. Se esté más o menos de acuerdo con esta justificación³⁷, lo que sí resulta criticable, no por insuficiente sino por infundado, es lo expresado respecto de esta exclusión legal en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado cuando se dice que *"la exclusión del Estado es común en la mayor parte de los ordenamientos de los países de nuestro entorno y tiene su justificación en la **incongruencia que supone hacer responder al Estado, titular del ius puniendi, frente a sí mismo**"*.

³⁶ En sentido parecido el Art. 1.3 Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (in Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140). - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

³⁷ Tal justificación resultaba insuficiente pues aunque pudiera aplicarse para algunos de los sujetos relacionados, en modo alguno puede considerarse apto para todos, pues de ningún modo una sociedad mercantil estatal, por ejemplo el servicio de Correos, tiene relevancia constitucional, máxime cuando concurre en el mercado con otras entidades de carácter privado que no quedan excluidas de esta responsabilidad.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Admitir este aserto, tal como está expresado, supone infringir los principios de un Estado de Derecho como premisa, ya que es precisamente la posibilidad de depurar la responsabilidad del Estado por sus actos frente a los ciudadanos lo que permite distinguir a un Estado con Derecho de un Estado de Derecho. Sobre todo si tenemos en cuenta que quien comete el delito en realidad es la persona física y no la jurídica.

De seguir la tesis mantenida por la Fiscalía General, la exclusión de responsabilidad que en el nuevo artículo 31 bis el Estado se hace de sí mismo, aún siendo persona jurídica y reuniendo los demás caracteres de imputabilidad, y por el mero hecho de ser él mismo quien impone la pena, solo puede constituir una exclusión artificiosa y selectiva. O dicho de otro modo, el Estado, como único capaz de establecer el orden interno que desee, puede decidir no formar parte de sí mismo, como también podría extender ese privilegio a las organizaciones sin ánimo de lucro o a quien considere oportuno pero no por carecer de los elementos de imputabilidad que él mismo considera suficiente para los demás, sino por el mero hecho selectivo y privilegiado de excluirse asimismo. De todo esto se colige que la exclusión de determinados sujetos de la responsabilidad penal de la persona jurídica es siempre un acto de decisionismo, explicable mucho mejor cuando se analiza a quién se está incluyendo y por qué, y qué responsabilidad económica pretende resarcir el Estado –y por tanto evitarse así mismo- condenando al resto de sujetos. Nos referimos al interés estrictamente recaudatorio.

No definiéndose por el código el concepto de persona jurídica habrá que acudir -como señala DÍEZ RIPOLLÉS³⁸- *al concepto válido para todo el ordenamiento*, es decir, corporaciones, asociaciones, fundaciones, etc.

Como decimos, la selección de las personas jurídicas a quienes se puede atribuir responsabilidad penal establecida en el artículo 31 bis es puro decisionismo legislativo y las reformas posteriores a aquella de 2010 son el ejemplo más representativo de ello. Así, ya hemos indicado que en el año 2012 el legislador eliminó de esta sorprendente carta de impunidad a los partidos políticos y sindicatos. La última de las reformas previstas del Código Penal (actualmente Proyecto de Reforma) modifica por segunda vez este catálogo de personas jurídicas responsables para incluir a las *Sociedades Mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*, a las que el proyecto dice que *se podrán imponer las sanciones actualmente previstas en los apartados a) y g) del artículo 33.7 CP*.

Resulta curioso que, en este último proyecto, el legislador denomine sanciones a lo que el Código llama Penas, dando con ello una visión muy particular, o muy poco técnica, de los términos que caracterizan esta rama del ordenamiento jurídico. En definitiva, el legislador, en cada reforma que plantea (prácticamente una por año), sigue exhibiendo la inmadurez de sus argumentos para incluir a la persona jurídica (como sujeto autónomo) en el ámbito penal, y

³⁸ Díez Ripollés, JL. La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Regulación española. Indret, Revista para el análisis del Derecho. ISSN 1698-739X. Barcelona. 2.012.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

confirma que esta inclusión, aunque se encuentre desprovista de toda razón, es fruto del puro decisionismo.

5.- Modelos de atribución de responsabilidad. El sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica –de doble vía³⁹- se circunscribe a los supuestos delitos que se cometan, por un lado, *en nombre o por cuenta de la misma, y en su provecho* (entendido éste tanto en sentido directo, como beneficio, e indirecto, como ahorro de costes), *por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho* (la llamada *responsabilidad del hecho personal por representación o tesis del reflejo*, a semejanza del Artículo 121.2 del Código Penal francés), y, por otro, por los *delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas antes mencionadas* (representantes legales y administradores de hecho o de derecho), *han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control* (artículo 31 bis, nº 1). En este último caso, añade el precepto, *atendidas las concretas circunstancias del caso*. Son estos modelos de atribución los que serán analizados a lo largo de la tesis.

Esta responsabilidad se genera al constatarse la comisión de dichos delitos *por quien ostente los cargos o funciones aludidas, aun cuando la concreta*

³⁹ En sentido parecido, Art. 5 Decreto Legislativo 08 de junio 2001, n. 231 (in Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140). 231 (en Gazz.. Uff, 19 de junio, n. 140). - Disciplina - Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche responsabilità amministrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, incluyendo prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. no constituidas en sociedad, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 29 septiembre de 2000, n. 300. 300.

persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (artículo 31 bis, nº 2).

Es relevante, además, que esta responsabilidad de la entidad no se excluye ni se modifica por más que concurran, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, circunstancias que afecten a su culpabilidad, o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido, o se hubieren sustraído a la acción de la justicia (artículo 31 bis, nº 3).

Todo el debate sobre la eventual limitación y/o constitucionalidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica basculará en torno al modelo de atribución que se utilice, es decir, el problema es determinar si la persona jurídica responde por un hecho penal propio o por hechos de terceros. De seguirse éste último modelo, la persona jurídica respondería objetivamente al anudarse esta responsabilidad como consecuencia inamovible de la conducta de otros.

Para abordar los posibles límites al debate, analizaremos a grandes rasgos los modelos tradicionales de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Los modelos posibles pasan actualmente por aceptar dos opciones básicas, o bien nos encontramos ante una responsabilidad por transferencia (modelo

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

vicarial) o bien ante una responsabilidad por hecho propio, aunque, como es obvio, la situación se hace más compleja conforme van añadiéndose a los modelos puros, variaciones teóricas que subdividen los modelos iniciales (en no puros o mixtos).

B. ANTECEDENTES HISTÓRICOS REMOTOS. BREVES NOTAS

Resulta conveniente, aun cuando solo sea a efectos expositivos, hacer un somero análisis histórico de la responsabilidad penal de la persona no física. No obstante, el debate real de la situación surge en el Siglo XIX.

Siguiendo a SILVINA BACIGALUPO⁴⁰, podemos distinguir cuatro etapas:

1.- Derecho Romano Clásico

El Derecho Romano no tuvo constancia conceptual de la persona jurídica, tal como hoy es entendida, aunque sí podemos extraer una fuente muy inicial de conocimiento acerca de la problemática a través del tratamiento dispensado al colectivo, como sujeto distinto a la mera suma de miembros que lo componían, y al que expresamente se le reconocían determinados derechos subjetivos.

⁴⁰ BACIGALUPO SAGGESE, S: La Responsabilidad pena de las personas jurídicas, 1998, Editorial Bosch, Casa Editorial, SA (pág. 42 a 100)

El colectivo (o la *corporación*) más relevante era, sin duda alguna, el Municipio, ente al que según Ulpiano solo cabía reclamar por la conducta de sus administradores, por el lucro obtenido, negando en todo caso la responsabilidad por hecho propio de la corporación.

“Pero dudase si se da la acción de dolo contra los Municipios. Y opino, que, a la verdad, no puede darse por su dolo; porque ¿qué pueden hacer con dolo los Municipios? Pero si algún lucro les ha alcanzado por el dolo de los que administran sus bienes, juzgo que debe darse. Más por el dolo de los Decuriones se dará la acción de dolo contra los mismos Decuriones⁴¹”

Aún entendiendo que es difícil, y en exceso especulativo, basar la génesis de la responsabilidad penal de la persona ficta en el Derecho Romano –básicamente porque tal sujeto no existía-, lo cierto es que en la época clásica sí se puede advertir, por un lado, la responsabilidad del municipio por los hechos realizados por sus administradores, y siempre que ello le hubiera reportado algún beneficio, y, por otro, la diferenciación y diverso tratamiento jurídico entre la persona individual (*singuli*) y el colectivo (*universitas*). Todo ello, en palabras de BACIGALUPO SAGGESE, puede ser considerado *como las raíces más profundas de la importante evolución que va a tener este tema en la Edad Media⁴²*.

⁴¹ Digesto 4, 3, 15, 1, Traducción de Idefonso García Corral (1889), página 16, Tomo I

⁴² BACIGALUPO SAGGESE, S: La Responsabilidad pena de las personas jurídicas, 1998, Editorial Bosch, Casa Editorial, SA (pág. 44)

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En cualquier caso, y si atendemos al Código Hermogeniano, concretamente a uno de sus textos que fue recopilado en el Digesto (*hominum causa omne ius constitutum est*), observaremos que la persona jurídica no fue una creación del Derecho Romano. Bien al contrario, *el destinatario final es siempre el hombre y sus intereses sean humanos o colectivos*⁴³.

2.- Derecho medieval y Derecho Canónico

Situados en la época de los glosadores y del resurgimiento del Derecho Romano, éste último constituye la base en donde se asientan las diversas teorías jurídicas surgidas en el medievo. Por ello, al no tener cabida el concepto de persona jurídica (como sucedía en el Derecho Romano), los juristas medievales no contemplaron el debate en torno a la responsabilidad corporativa, más allá de la responsabilidad colectiva de la mera agrupación de personas (*universitas*).

Es al derecho canónico a quien se debe que en el siglo XIII surgiera la locución *Societas delinquere non potest*⁴⁴, atribuida a SINIBALDO DE FIESCHI (Inocencio IV).

⁴³ GUIÑAZU MARIANI, M. en Las personas jurídicas en el Derecho Romano. XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina: Homenaje al Dr. Luís Rodolfo Arguello. PubliFadecs (Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, octubre de 2005.

⁴⁴ Entendida como imposibilidad de imponer el castigo de excomunión a las corporaciones

Sin embargo, tal locución en modo alguno surgió con el carácter de principio general que hoy se le atribuye. Mas aún, ni tan siquiera el sentido original de la expresión iba referido a la corporación tal como hoy, en nuestros días, y a partir del S. XIX, se la conoce, ni mucho menos el propio SINIBALDO DE FIESCHI llegó a negar con carácter global la aptitud jurídica de la persona ficta para responder penalmente por sus actos. Como señala MARTÍNEZ BLANCO⁴⁵, *la intencionalidad de este canonista no era la de elaborar una teoría abstracta acerca del concepto o naturaleza de la persona jurídica, sino... tan solo la de apuntar una solución práctica para que se respetaran los derechos de esa colectividad como si de derechos de una persona se tratase.*

A pesar de que la universitas, considerada ya como una persona ficticia⁴⁶, no tenía capacidad activa ni pasiva dentro de una conducta criminal (*impossibile es, quod universitas delinquat*) SINIBALDO DE FIESCHI sí entendía su capacidad de responsabilidad en el supuesto de que ésta conducta, cometida por el administrador, hubiera sido realizada por solicitud de los miembros del colectivo.

Como señalara SOUTO PAZ⁴⁷, *la persona jurídica es una creación del derecho y en su formulación ha jugado un papel decisivo la doctrina canónica medieval.* Por ello, podemos concluir que la doctrina canónica es la verdadera

⁴⁵ MARTÍNEZ BLANCO, en Derecho Canónico, Editorial DM, Murcia, 1995.

⁴⁶ Sinibaldo indicaba que cuando una de estas colectividades intervenía en una causa debía “fingirse” que se trataba de una persona (MARTÍNEZ BLANCO, op. Cit.)

⁴⁷ Souto Paz, en Derecho Canónico. Volumen 1. Edición Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. 1990.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

precursora del actual concepto de persona jurídica, pues aunque la denominación como tal surge con la pandectística alemana de la Escuela Histórica del Derecho, ya RUFFINI⁴⁸ indicó que la teoría de la ficción de Savigny era coincidente con la doctrina formulada por Sinibaldo de Fieschi.

En este mismo sentido MARTÍNEZ BLANCO⁴⁹ afirma que es *la doctrina alemana del pandectismo la que introduce la denominación de persona jurídica y se pregunta sobre la naturaleza para dilucidar si tenía una base o sustrato persona o real según estuviera constituida por un conjunto de personas o cosas, o mas bien habría que considerarse como una mera ficción del legislador..* de tal forma que RUFFINI advirtió que esta teoría de la ficción coincidía con la doctrina elaborada por Sinibaldo de Fieschi. Por tanto, es a éste último a quien se considera el autor que diferenció, por primera vez, al conjunto de personas de la persona resultante de esta agrupación.

Partiendo de la concepción canónica expuesta, BARTOLUS DE SASSOFERRATO en el S. XIV, atribuía capacidad delictiva al colectivo solo respecto de los hechos cometidos en el ámbito de su esencia y deber, y por los delitos de omisión de sus miembros, esto es, por la llamada delicta propia de la *universitas*⁵⁰.

⁴⁸ GALLOSO MARIÑOS en Las personas jurídicas de derecho privado en el derecho comparado

⁴⁹ MARTÍNEZ BLANCO, op. Cit.-

⁵⁰ Fórmula que recuerda al actual artículo 31 bis

Esta concepción de la persona jurídica vinculada de manera inexorable a un fin (entendido como ámbito de su esencia y deber) llega hasta nuestros días. Así, el Canon 114 del Código de Derecho Canónico, como sistematiza SOUTO PAZ⁵¹, define a la persona jurídica como *conjunto de personas o de bienes, cuyo fin –congruentes con la misión de la Iglesia y que trasciende al de los individuos singulares- se refiere a obras de piedad, apostolado o caridad, espiritual o temporal, y pueden ser constituidos en personas jurídicas eclesiásticas, bien por prescripción del derecho, bien por decreto de la autoridad eclesiástica competente.*

3.- Giro conceptual a partir del S. XIX

Sin embargo, el punto de arranque en donde podemos situar el estudio de la corporación como sujeto de particular naturaleza y autonomía jurídica la encontramos en Savigny y Gierke (S. XIX), con perspectivas bien distintas en cada una de ellos.

Para Savigny, la persona jurídica no es más que una ficción del hombre para perseguir determinados fines jurídicos o, como dijera el propio autor, *“todo derecho es la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, y por esto la idea de persona o sujeto de derecho se confunde con la idea de hombre pudiéndose formular la identidad primitiva de ambas ideas en estos casos: todo*

⁵¹ SOUTO PAZ, op. cit.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

individuo y sólo el individuo tiene capacidad de derecho. Verdaderamente que el derecho positivo puede modificar la idea primitiva de la persona, restringiéndola o ampliándola, de igual modo que negar a ciertos individuos la capacidad de derecho en totalidad y en parte, y además, arrancando por decirlo así, dicha capacidad del individuo a estos seres ficticios se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos⁵²”.

De ahí que Savigny dijera que “*la persona jurídica es el resultado de una operación de puro fingimiento, puesto que solo el hombre, individualmente considerado, es persona para el derecho⁵³”.*

Frente a esta visión jurídica de ficción se sitúan Girke y Jellinek, para los que la persona jurídica es una realidad que va mas allá de la voluntad de las personas físicas que la dirigen. Concretamente Girke, y tal y como recuerda GRACIA⁵⁴, afirmaba que *una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización manifestando en el plano social*

⁵² LOPEZ WONG, R: “Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: ¿Sanción penal o medida administrativa?”, en Urbe et Ius Revista de análisis Jurídico. Año I. Newsletter Nro. 6. Argentina. 2005.

⁵³ SAVIGNY, M. F. C de; Durán y Bas, Manuel (pról.). Sistema del Derecho Romano Actual, Reimp. de la edcn. de Madrid, Centro editorial de Góngora. Analecta Editorial ANALECTA. 2004. ISBN:84-96012-42-5

⁵⁴ GRACIA, MARTÍN L. en La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 4- Julio-Diciembre de 1994

una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa.

Así, si para Savigny la persona jurídica era una creación del Estado –que era quién dotaba artificialmente de personalidad a una entequeia⁵⁵- para Gierke el Estado solo tenía facultades declarativas, toda vez que la verdadera personalidad del ente se derivaba de sus órganos, esto es, de la voluntad colectiva –no individual- de las personas físicas que la componen. Como afirma PALIERO⁵⁶ mientras la intervención del Estado - en la teoría de la ficción - tiene valor constitutivo; en la doctrina real, sólo tiene valor declarativo. Mediante dicha intervención, el Estado se limita a reconocer un hecho ya consolidado en la realidad.

Solo a partir de estos autores es posible hablar con propiedad de persona jurídica⁵⁷, y por tanto, solo en fechas posteriores existe un debate en torno a la responsabilidad de estos sujetos.

Ya en el ámbito penal, Von Liszt⁵⁸ (y en igual sentido PRINS) expresó que la persona jurídica podía ser sujeto de responsabilidad penal ya que “*quién puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios o incumplir los contratos concluidos*”. Sin embargo, la comprensión de la acción

⁵⁵ Para el cumplimiento de sus propios fines

⁵⁶ PALIERO, C.E. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996

⁵⁷ Autores como Ferrara, Kelsen, Ross, Hart, Scarpelli, D’Alessandro y más recientemente Ascarelli, Arangio-Ruiz, Magni, Vittorio Frosini, entre otros, han dedicado gran parte de su obra al concepto de persona jurídica.

⁵⁸ Von LISZT, Tratado de derecho penal Madrid, Editorial Reus, 1929

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

en VON LISZT *como cualquier movimiento corporal y su comprensión de la pena desde la prevención especial positivista, no permiten deducir una responsabilidad directa de la persona jurídica*⁵⁹.

Según BACIGALUPO SAGGESE, *V LISZT promueve la instauración de un sistema de doble vía introduciendo las medidas de seguridad, permitiendo de esta forma la aplicación de dichas medidas a sujetos no capaces de culpabilidad.*

Excedería del objetivo de la presente tesis hacer una relación prolija de los aspectos esenciales por los que han discurrido los debates doctrinales, no solo en Derecho Penal, en torno a la persona jurídica. Sin embargo, y dentro de este recorrido histórico, es preciso mencionar la importantísima opinión de FERRARA.

Este autor, partiendo de la concepción de SAVIGNY, señalaba que la personalidad jurídica *es un producto del ordenamiento jurídico, y surge por el reconocimiento del derecho objetivo*⁶⁰. Por tanto, es el ordenamiento jurídico el que es soberano para dotar de personalidad jurídica a quién considere oportuno y, en consecuencia, no puede buscarse un derecho natural -previo al propio ordenamiento- para encontrar la preexistencia de personalidad⁶¹.

⁵⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S: La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997

⁶⁰ FERRARA, F. Teoría delle persone giuridiche, UTET, primera edición, Torino, 1923

⁶¹ Ejemplo de ello es el reconocimiento de personalidad, en el derecho romano, a Dioses (como a Apolo y Júpiter) o a Incitatur, caballo de Calígula.

Para FERRARA, cuando el ordenamiento jurídico concede la calidad de persona a entes que no son seres humanos debe tenerse en cuenta que esta atribución de personalidad no es otra cosa que una forma de realización de intereses humanos. De lo contrario carecería de vigencia la aseveración formulada por Hermogeniano: “*omne jus hominum causa constitutum est*”⁶². Dicho de otro modo, solo a la satisfacción y cumplimiento de intereses humanos se debe que el ordenamiento jurídico dote de personalidad a ciertos entes; ente que, por tanto, no tienen ni intereses propios ni vida autónoma más allá de los fines para los que ha sido creado.

Interesa adelantar en este momento que nuestra concepción de la persona jurídica se corresponde con la de una entidad creada por el derecho y adscrita de manera esencial y exclusiva a un fin que queda predeterminado en su propia constitución.

C.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS RECIENTES⁶³

Actualmente, para configurar la responsabilidad penal de la persona jurídica (como responsabilidad derivada del hecho de otro) se parte de las teorías formuladas por la doctrina anglosajona y norteamericana a partir del Siglo XIX.

⁶² FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. Naturaleza Tridimensional de la persona jurídica. Derecho PUC”, n° 52, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, abril-diciembre de 1999

⁶³ Ver esquema en Anexo 1

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

1.- Modelo de Transferencia

En primer lugar, nos encontramos con el **MODELO PURO DE TRANSFERENCIA**⁶⁴, de origen anglosajón. Según su concepción histórica, basada en la relación feudal del common law, los Señores eran responsables de todas las acciones de sus sirvientes. Sin embargo, esta primera concepción solo permitía atribuir una responsabilidad al superior por meras **omisiones de control** respecto del inferior. No servía por tanto para imputar una responsabilidad por acción, puesto que, en puridad, el señor respondía por haber omitido el control pero no por un hecho propio o, lo que es igual, el resultado de la acción no respondía causalmente a ninguna acción del Señor, con independencia de que pudiera atribuirse a este el resultado dada la acción de un tercero (sirviente) del que omitió su debido control.

Posteriormente, a través de resoluciones judiciales, sobre todo de la jurisdicción estadounidense e inglesa, se abrió la posibilidad que permitía – mediante el traslado de la responsabilidad según el modelo feudal- la atribución formal de responsabilidad corporativa por omisiones o incumplimientos de sus directivos, pero basado en una responsabilidad objetiva, no siendo suficiente, sin embargo, para aquellas acciones en las que, además, debía existir un especial ánimo delictivo en el autor, pues la corporación no podía llevar a cabo conductas para las que se precisaran elementos físicos.

⁶⁴ Anexo 2.

Para exponer, desde un punto de vista histórico, el punto al que evoluciona este modelo de atribución de responsabilidad, debemos señalar que la concepción de la responsabilidad pura de transferencia se recibe en el derecho de los Torts en el siglo XIX, abriéndose la *posibilidad de hacer responder a las corporaciones, también, por delitos de acción, pero sólo para los llamados delitos de strict liability (responsabilidad objetiva), no para delitos con una dimensión moral que requieren de una mala intención criminal*⁶⁵ (BERNARDO DEL ROSAL). Ejemplos judiciales de este modelo de atribución de responsabilidad a las corporaciones las encontramos en, Inglaterra, caso Queen v. Great North of England Railway (1846) o en, Estados Unidos, el caso State v. Morris & Essex Railroad Co.⁶⁶ (1852).

2.- Modelo de identificación o alter ego

a.- Esto nos lleva a la primera de las dos evoluciones experimentadas en el modelo de transferencia, denominado **MODELO DE IDENTIFICACIÓN O ALTER EGO**⁶⁷, surgida a comienzos del siglo XX. A fin de subsanar las deficiencias del modelo puro de transferencia se terminará por concebir a la sociedad como un sujeto dominado y gestionado por sus directivos, a los que se les tilda de ser la mente y la voluntad de la corporación (la acción del directivo es la acción de la corporación). Sin embargo, esta versión de responsabilidad

⁶⁵ Del Rosal Blasco, B: Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Ley Orgánica 5/2010 De Reforma Del Código Penal, 2011. Enfoque XXI, Barcelona.

⁶⁶ En ambas resoluciones se excluía la responsabilidad de la corporación si existía una previa mala intención criminal de la persona física que resultaba verdadero autor del delito

⁶⁷ Anexo 3.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

solo permitía imputar a la corporación por aquellas acciones de sus representantes (cerebro) pero no por las de sus empleados (sus manos).

Muchas de las imputaciones además se salvaban haciendo valer por la sociedad la DUE DILIGENCE, es decir, la debida diligencia o control respecto del verdadero autor del delito que, pese a ello, terminaba por poder cometerlo.

La introducción del verdadero modelo de identificación o alter ego, a partir de estas experiencias, surge con el caso Lennard's Carrying Co. Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd. (1915) y concretamente por la opinión vertida por el VIZCONDE HALDANE al decir, como recuerda BERNARDO DEL ROSAL, *que si bien una corporación es una abstracción, que no tiene mente propia como no tiene cuerpo propio,... su activa y directiva voluntad debe, consecuentemente, ser buscada en la persona de alguien que, para determinados propósitos, puede ser llamado agente, pero que es en realidad la mente directiva y la voluntad de la corporación; el verdadero ego y centro de personalidad de la corporación*⁶⁸.

Se instauraba así la responsabilidad de la corporación mediante la identificación de sus hechos a los cometidos por las personas físicas que la dirigían. No obstante, quedaba por completar la delimitación de las concretas personas que, con su actuación, podían hacer responder a la corporación. Delimitación que llegó con la decisión de la Cámara de los Lores, Tesc

⁶⁸ Bernardo del Rosal en *Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley orgánica 5/2010 de reforma del código penal*. Enfoque XXI, Barcelona

Supermarkets Ltd. v. Natrass [1971] 2 All E.R. 127 al entender que solo los directivos o gerentes podían controlar a la persona jurídica, y excluyéndose, por tanto, de esta capacidad de hacer responder a la corporación a los empleados a los que se les atribuía la mera función de manos de la entidad pero no de cerebro.

A partir de aquí la corporación responderá por las acciones de sus directivos. No obstante, y como se señalaba mas arriba muchas de las imputaciones se salvaban haciendo valer por la sociedad la DUE DILIGENCE, es decir, la debida diligencia o control respecto del verdadero autor del delito que, pese a ello, terminaba cometiendo el delito.

b- Para paliar, a su vez, esta incompleta capacidad del modelo a la hora de sostener una responsabilidad íntegra de la corporación, se evolucionó a una nueva versión de la teoría por transferencia, la llamada **RESPONSABILIDAD VICARIA ESTRUCTA**, surgida en la década de los noventa del siglo XX, a través de la resolución del Tribunal de Apelaciones inglés, en el caso R v. British Steel (1995).

Bajo este modelo se permite sostener la responsabilidad corporativa no solo por los hechos cometidos por sus representantes legales sino por sus empleados, siempre que éstos hubieran actuado en el ámbito de la autoridad y suponga un provecho para la corporación. La responsabilidad seguiría siendo de los representantes legales por no haber efectuado un control de sus empleados.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

La concreción práctica de las teorías estudiadas plantea numerosos problemas para poder justificar una responsabilidad integral, sin fisuras conceptuales, de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Así, y respecto de la modalidad de la identificación, resulta imposible su aplicación a grandes corporaciones, debido a la división de funciones, además de no permitir la responsabilidad corporativa por la conducta individual fraudulenta de un solo directivo. Por su parte, y respecto de la modalidad de responsabilidad vicaria, la no culpabilidad del empleado determinaría para la corporación una responsabilidad sin culpa y, en todo caso, estaríamos ante una verdadera responsabilidad por hecho ajeno.

3.- Modelo del Hecho propio⁶⁹

La situación expuesta⁷⁰ ha provocado la transición hacia un modelo en el que se pretende argumentar una responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio.

Siguiendo este modelo, la responsabilidad de la persona jurídica no es resultado de una transferencia por la responsabilidad de la persona física, sino de su propia realidad como estructura organizada independiente de las personas que

⁶⁹ Anexo 4.

⁷⁰ De evidente inseguridad y conculcadora de los derechos mas elementales de quién, como a la corporación, se le pretende dotar como a las personas física de capacidad para obrar penalmente

la hacen actuar y que pueden incluso cambiar sin que ello afecte a la propia naturaleza de la corporación (lo que recuerda la concepción de la persona jurídica de Gierke). De esta forma, el defecto de organización social se erige en causa de imputación, partiendo de que muchas omisiones en el control no pueden ser atribuidas a los directivos o representantes, que a veces nada pueden cambiar, sino a la propia realidad de la persona jurídica. Esta teoría está basada en la **sociología de las organizaciones**, cuyo máximo exponente fue CHARLES PERROW. Para este sociólogo norteamericano el alto grado de especialización interna de los sujetos que forman las corporaciones permite un alto control de la actividad y, por tanto, una reducción patente de la incertidumbre de los procesos empresariales.

La introducción, en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de las nuevas teorías sociológicas sobre sujetos concebidos tradicionalmente como artificiales (teoría de la acción comunicativa de Habermas⁷¹ o la teoría de los sistemas de Luhmann, son ejemplos de ello) implican, como señala BACIGALUPO SAGGESE, un replanteamiento *diverso del que tradicionalmente ha inspirado la dogmática penal*⁷².

No obstante, para poder imputar una responsabilidad penal a la persona jurídica se debe analizar la relación de causalidad entre la organización y los daños producidos, de forma que solo cuando se evidencia un **defecto sistémico**

⁷¹ Más adelante analizaremos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede en modo alguno sostenerse en la acción comunicativa de Habermas.

⁷² BACIGALUPO SAGGESE, S: La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

en la organización puede hablarse propiamente de la responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio. Esta sería la tesis mantenida por TIEDEMANN⁷³ que considera que este defecto de organización se erige en el específico concepto de culpabilidad de la persona jurídica.

***D. PRINCIPALES INCONVENIENTES DE LOS MODELOS
RECIENTES***

De los modelos señalados podemos destacar los siguientes inconvenientes

a.- Respecto del modelo de transferencia (en todas sus versiones, es decir, pura, de identificación y vicaria estricta) la responsabilidad de la persona jurídica nace a la postre de un hecho ajeno y, por tanto, vulnerando los principios esenciales de culpabilidad propios del Derecho Penal, pues la previsibilidad y evitabilidad del hecho criminal no puede ser analizado y controlado por una entelequia, sino por las personas concretas que actúan por su cuenta. La única salvedad la representaría el modelo vicarial en el presunto provecho que la conducta criminal originaría para la persona jurídica, y para ello, hubiera sido suficiente con hacerla partícipe a título lucrativo tal y como permite el artículo 122 del Código Penal sin necesidad de abrir la espita de la responsabilidad penal. Esta era, precisamente, una de las conquistas obtenidas con las consecuencias accesorias del antiguo artículo 129 del Código Penal.

⁷³ KLAUS TIEDEMANN: La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996, página 97

b.- Respecto del modelo de hecho propio, supone una artificiosa teoría jurídica que atenta, entre otros, contra el principio de imputabilidad, entendida esta, en palabras de COBO DEL ROSAL, como *la capacidad de comprender y valorar la licitud del hecho y de actuar según esa apreciación*⁷⁴. Ningún acto o efecto de una persona jurídica puede valorarse con abstracción del poder de control de los sujetos responsables. Además, el diseño del debido control así como su incumplimiento –como fundamento de imputación– solo puede ser analizado desde un punto de vista de conducta humana.

Tomando en consideración la redacción del Art. 31 bis, apartados 1 y 2, del Código Penal, vemos que la Ley de Reforma del año 2.010, a pesar de que en su exposición de motivos el legislador manifieste que *se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en realidad no es así. El texto penal recoge un sistema de doble vía, aunque como señala BACIGALUPO ZAPATER⁷⁵, *la reforma no ha optado por una doble vía de incriminación en el sentido doble sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, sino por un sistema de doble autoría de los hechos imputables a la persona jurídica. En el texto son contemplados dos categorías de autores individuales los administradores y empleados con facultades de obligar a la persona jurídica y los que estén sometidos a la autoridad de los mismos, por*

⁷⁴ COBO DEL ROSAL en Instituciones de Derecho Penal Español, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, 2005

⁷⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del proyecto de reformas del Código penal de 2009”, diario La Ley, sección doctrina, 9 Jul. 2010, año XXXI, La Ley nº 3818/2010

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

cuyo hechos respondería la persona jurídica, si han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos del debido control.

El Código Penal español ha instaurado dos sistemas de atribución de responsabilidad –combinando los modelos tradicionales estudiados- en función de si nos encontramos en el apartado 1 del artículo 31 bis o en el apartado 2. Todo ello partiendo, como se comparte de manera unánime por la doctrina, de una confusa redacción de la norma que ni es afortunada ni es precisa.

Los criterios más relevantes esgrimidos por la doctrina sobre el modelo de doble vía empleado en el Código Penal son los siguientes:

A.- Para un sector doctrinal (encabezado por BERNARDO DEL ROSAL), el código recoge un modelo amplio de identificación, en tanto que la conducta delictiva parte siempre de quien tiene la representación de la sociedad, de forma que cuando hablamos de responsabilidad por los representantes, lo haremos como delito de acción que se transfiere a la persona jurídica, mientras que cuando hablamos de conducta penal de los empleados, lo haremos como delito de omisión por no haber llevado a cabo los representantes de la corporación el debido control.

B.- Para otro sector doctrinal (representado por ZUGALDÍA ESPINAR), el modelo empleado por el Art. 31 bis del Código Penal se corresponde con el del hecho propio, basándose para ello en que el propio texto legal hace responsable

a la persona jurídica *con absoluta independencia de que se identifique o no («levantamiento del velo»)* a la persona física que ha actuado en su seno.

C.- Por su parte, el *Consejo General del Poder Judicial* en su informe al Anteproyecto de la LO de Reforma⁷⁶ manifiesta que el modelo de imputación empleado por el legislador es, vicarial, cuando se esté ante la responsabilidad de los representantes (también si la responsabilidad de los empleados es consecuencia de una ausencia en el debido control de lo superiores y no en un defecto social de organización), o por hecho propio en el caso de responsabilidad por los empleados derivado de una ausencia de organización en la corporación.

D.- *La Fiscalía General del Estado*, en su Circular 1/2011, parte de la premisa de que el código *no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica*. Por tanto y *partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas -gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial-* se viene a establecer un *vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones*. Dicho de otro modo, para la Fiscalía General del Estado la responsabilidad penal de la persona jurídica establece inequívocamente un sistema mixto de transferencia. Opinión ésta a la que también llega RODRÍGUEZ MOURULLO⁷⁷ –aunque éste último

⁷⁶ Que dio lugar a la LO 5/2010.

⁷⁷ Rodríguez Mourullo: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema. Revista del Consejo General de la Abogacía, Septiembre de 2010.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

absolutamente en desacuerdo con la instauración del modelo- que entiende que la responsabilidad de la persona jurídica prevista en el Art. 31 bis se deriva inequívocamente de la propia responsabilidad de la persona física, lo que nos sitúa, como sigue diciendo el citado autor *ante el quebranto de principios constitucionales, porque, como declara la STC 150/1991: “La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal”*

Como se observa, y en contra de lo que se dice en la exposición de motivos (*se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas*), la norma deja amplias lagunas conceptuales que, lamentablemente, serán concretadas mediante la inarmónica –y de dudosa constitucionalidad- interpretación creadora de los tribunales. Hasta tal punto llega la imprecisa y confusa redacción de la norma que el CGPJ apunta que determinados aspectos del Art. 31 bis pueden *suscitar problemas de constitucionalidad*, entre otros motivos, por hacer responder a la persona jurídica *“por hechos de otros”*.

En cualquier caso, el primer aspecto criticable es que la redacción consolidada hace más fácil el estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuanto más se le da a la norma el carácter de dogma de fe. De esta forma, el Código Penal instaura un sistema de responsabilidad cuya construcción dogmática solo irá aumentando sobre la base de dogmas vacíos e intocables, convirtiendo el entendimiento de este modelo de responsabilidad no como la consecuencia de un concepto estructurado sino como una tautología de

meras justificaciones comunes que necesita constantemente autorreferirse para ocultar el baldío esquema del que parte.

De ahí que gran parte de la literatura penal actual tenga que suponer, como premisa incontestable, la existencia de un hecho propio como causa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues, en caso contrario, esta responsabilidad se convertiría –y, sin duda, lo es- en objetiva y, por tanto, la norma sería inconstitucional. En este sentido dice DOPICO GÓMEZ-ALLER⁷⁸ que *se trata de un modelo de **responsabilidad por la propia conducta**, y no un modelo de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno (responsabilidad de la persona jurídica por el delito de la persona física), lo cual sería inconstitucional.*

En realidad el verdadero problema de partida es este, pues si la responsabilidad penal de la persona jurídica no viene sustentada en un hecho propio relevante –evaluable según el principio de culpabilidad- sino en la conducta de otro, la norma, a todas luces, y como indica el propio CGPJ, resulta inconstitucional. Así sería en todo caso en ordenamientos jurídicos, como el español, en los que el principio de culpabilidad constituye un derecho constitucional, dado que la responsabilidad por hecho ajeno es, precisamente, una responsabilidad sin culpa (en igual sentido, ENRIQUE BACIGALUPO).

⁷⁸ Dopico Gómez-Aller, en Ortiz De Urbina (Coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2.010

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Que la norma fundamental española consagra el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal lo acredita sin margen de duda la STC 246/1991⁷⁹, a la que luego haremos obligada referencia habida cuenta la base teórica, que algún sector de la doctrina, otorga a esta Sentencia para sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica (baste señalar ahora que la citada sentencia se centra en la culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo). En todo caso, y como señala MADRID CONESA⁸⁰ *la Constitución es punto obligado de referencia y, al mismo tiempo, límite infranqueable de toda política criminal.*

Por otra parte, ésta responsabilidad objetiva vendría vedada por los artículos 5 y 10 del Código Penal, que exigen, para valorar la comisión delictiva y para aplicar una pena, la existencia de dolo o culpa. De ahí que la sala Segunda del Tribunal Supremo tenga manifestado que en todo caso *será preciso, en orden a concretar la eventual responsabilidad del acusado, delimitar su concreta actuación* (STS 642/2011, entre otras). En el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO⁸¹, cuando dice que *la consecuencia que se deriva de la vigente definición del artículo 10 es que la responsabilidad penal de la persona jurídica que introduce la Reforma es una responsabilidad penal sin delito y que la pena que se impone a la persona jurídica es una pena sin dolo o imprudencia, que*

⁷⁹ Esta traslación de orden administrativo a orden penal la inició en Alemania TIEDEMANN. En TIEDEMANN, Die "Beußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität 1169

⁸⁰ MADRID CONESA, F. El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal y las Variaciones Jurisprudenciales Desfavorables al Reo, en Colección de Estudios. Serie Minor. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia .1982

⁸¹ Rodríguez Mourullo: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema. Revista del Consejo General de la Abogacía, Septiembre de 2010.

contraviene, por ello, la contundente garantía consagrada en el artículo 5 del Código Penal.

Quizás por este motivo –del que sin duda era y es consciente el propio legislador-, como de manera tan exquisita recuerda el citado autor, se modificó la exposición de motivos existente en el proyecto de 2007. En efecto, establecía la citada exposición que *“la fuerza del factor humano en la configuración de la imputación del hecho a la persona jurídica permite, además, vencer adecuadamente la objeción referente a su llamada incapacidad de culpabilidad o de conducta dolosa o imprudente, pues esas dimensiones personales y subjetivas continúan residenciadas en la persona física”*. De estas nítidas palabras –insistamos que del propio legislador- no puede hacerse interpretación alguna (*in claris non fit interpretatio*), y su relevancia se deriva de que el proyecto introducía el mismo modelo de responsabilidad que finalmente fue aprobado en el año 2010, por tanto son extrapolables esos mismos argumentos (espíritu del legislador) al vigente artículo 31 bis.

Puede deducirse por qué la exposición de motivos de la Ley de reforma del 2010 no incluye tan magnánimo párrafo pues en el modelo de responsabilidad instaurado, como señala RODRÍGUEZ MOURULLO⁸², no se encuentra *residenciada en ninguna de “esas dimensiones personales y subjetivas”, que exigen los artículos 5 y 10 del propio Código Penal.*

⁸² Rodríguez Mourullo: La responsabilidad penal de las personas jurídicas Cit.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Y sería parcial y sesgado no apuntar la afirmación con la que inicia este autor su relato y a la que debemos sumarnos sin objeción ni matización alguna:

El legislador de 2010 demuestra de este modo un preocupante menosprecio por la legalidad ordinaria vigente y por los principios establecidos por el Tribunal Constitucional, como si todo ello fuese absolutamente indiferente.

Se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas con absoluta indiferencia de la definición legal del delito recogida en el artículo 10, del principio de responsabilidad subjetiva consagrado en el artículo 5, ambos del Código Penal, y de los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena proclamados por el Tribunal Constitucional.

Solo desde un planteamiento político criminal es posible hallar conductas atribuibles penalmente a las personas jurídicas, y esto es así por un mero acto legislativo, no por una construcción conceptual válida en Derecho Penal. Así las cosas, una vez infringidos los postulados de este sector del ordenamiento jurídico con la reforma del 2010 para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, el hecho en sí queda limitado a un conjunto de problemas procesales, que por cierto tampoco han sido resueltos satisfactoriamente por el legislador.

Es más, el debate sobre la existencia o no de conducta penal propia de la persona jurídica nos lleva a una segunda cuestión, que es la confusión que en

algunos sectores –véase en este sentido la propia circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado- se viene produciendo entre el hecho penal en sí y el fundamento de la posible responsabilidad de la persona jurídica. En efecto, si cualquier enjuiciamiento penal consiste en determinar cual es la conducta típica del acusado (delito fiscal, estafa, etc.) en el caso de la persona jurídica tal enjuiciamiento resulta inane ya que la conducta penal (convertida en mero *hecho de referencia*) ha sido realizada por un directivo o por un empleado y no por aquella, y su responsabilidad surgirá en base al artículo 31 bis, esto es, no por un hecho sino por su vinculación con las personas físicas, sea cual fuera el hecho; Vinculación a la que, de manera caprichosa, se resta valor solo para aplicar la pena⁸³ (art. 66 bis) –no para determinar su responsabilidad- pues la responsabilidad siempre será exigible y por tanto la persona jurídica siempre responderá *aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella* (Art.31 bis, apartado 2). Es decir, que dado un hecho delictivo del que pueda responder una persona jurídica, su condena se producirá por existir vinculación típica con el autor material y por haber obtenido un provecho. Pero dónde queda el hecho penal del que va a resultar condenada la persona jurídica es el interrogante.

A título de ejemplo, en un delito fiscal la persona jurídica no responderá por haber defraudado la cuantía típica a la Hacienda Pública sino, sencillamente, por

⁸³ Recordemos que el citado artículo establece criterios de ponderación de la pena a imponer a la persona jurídica destacando, entre otros, el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control o la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

estar vinculada a la concreta persona física –de la que sí se predica su autoría– en el modo que se exige en el artículo 31 bis y dado el provecho que tal conducta le ha reportado.

Sin embargo, y de seguir esta confusión de términos en la que se mezcla hecho penal típico y forma de imputación, resultaría que la persona jurídica no cometería nunca una conducta típica y su responsabilidad penal se anclaría en base a un modelo de imputación que viene ya predeterminado por ley. Es decir, la presunción de responsabilidad de la persona jurídica basada en una vinculación persona física - persona jurídica, predeterminada legalmente por completo equivaldría, valga la analogía y para entendernos, a la presunción de paternidad matrimonial establecida en el artículo 113 de Código Civil.

Entiendo que estas presunciones tienen por objeto aportar inicialmente seguridad y estabilidad en las relaciones sociales –aún su posible desconexión con la realidad–, pero lo cierto y verdad es que tal “seguridad” –en el ámbito criminal– no hace sino romper la premisa básica del proceso penal: Exigir múltiples puntos de vista como forma de alcanzar la verdad material (principio de contradicción). Por tanto, si solo existe una premisa de imputación (vinculación normativa de sujetos) todo queda sustituido por el execrable principio inquisitorial. De esta forma, daría igual que la condena de la persona jurídica se produjera en la misma fase de instrucción pues sentada la premisa del Art. 31 bis (que se asienta como auténtico axioma) nada más puede probarse, ni desvirtuarse.

A tal punto llega esta desconexión de la responsabilidad de la persona jurídica con el hecho penal y con el autor persona física que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformada mediante la Ley 37/2011, y que en el capítulo correspondiente será analizada con detenimiento, permite en el Art. 787.8 la conformidad de la entidad jurídica de manera aislada a la del resto de posibles acusados, es decir, instaura la llamada conformidad no litisconsorcial ampliamente proscrita por la norma y por la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo. Conformidad no litisconsorcial que, sin lugar a dudas, compromete el derecho de defensa del resto de acusados por mucho que se diga en el citado precepto que su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.

La búsqueda de la verdad material en el ámbito de las relaciones personales (en ellas surgen los conflictos que pretende prevenir o corregir el Derecho), como objeto del proceso penal, no es para nada coherente con estos formulismos de atribución objetiva de responsabilidad, y no generará más que nuevas posibilidades para que los Tribunales, en el ejercicio de su auctoritas, puedan seguir construyendo esa verdad que, tantas veces, se encuentra desconectada de la realidad. Al fin y al cabo, la verdad que dictaminan los Jueces y Tribunales no es la verdad sino la única verdad que puede imponerse coercitivamente. Podrá compartirse que ambos conceptos son bien distintos.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Entendemos, además, que el esquema de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado por el legislador en la segunda vía de imputación⁸⁴ es una suerte de culpa in vigilando, por lo que la corporación respondería por una omisión imprudente aun cuando el tipo concreto sea de modalidad dolosa y, en algunos casos, aún no existiendo la modalidad imprudente, conculcando con ello lo establecido en el artículo 12 del Código Penal.

⁸⁴ Debido control

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS
JURÍDICAS EN DERECHO COMPARADO. BREVES NOTAS**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Aunque pudiera parecer una obviedad, debemos resaltar que el legislador español no ha creado ex novo la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Esta responsabilidad existe en buena parte de los países de nuestro entorno ⁸⁵si bien con importantes diferencias respecto a la parca y defectuosa regulación española.

La inexistente jurisprudencia de los Tribunales españoles hasta la fecha respecto de este tema, hace necesario acudir a regulaciones extranjeras que, con más experiencia, han resuelto –con mayor o menor fortuna- algunos de los problemas sustanciales en cuanto a las vías de imputación; Problemas que solo pueden ser detectados cuando los planteamientos teóricos se convierten en solución práctica a supuestos reales.

Tradicionalmente, ha existido siempre, en esta materia, una dualidad de regímenes jurídicos en función de que se acudiera al derecho anglosajón o al derecho continental (éste último de amplísima tradición dogmática). No obstante, y a pesar de que la responsabilidad penal de la persona jurídica estaba más arraigada en aquellos países de corte anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos), en los últimos tiempos se observa una evidente aproximación de sistemas que impide, salvo en algunos casos, hablar de esta dualidad clásica de ordenamientos. Aún con todo, la regulación sobre este tema difiere de un país a otro.

⁸⁵ Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

A continuación analizaremos la regulación sobre la materia en aquellos países con más proyección en España (Alemania e Italia), sin olvidar el análisis del estado de la cuestión en otros países de nuestro entorno, entre los que destaca el derecho Anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos) por ser, sin lugar a dudas, la regulación con mayor experiencia en este tipo de responsabilidad corporativa.

a.- Derecho Alemán

Es sobradamente conocido que en Alemania no se contempla la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. La razón de ello es clara: Se estima en general que este tipo de responsabilidad atenta contra el principio de culpabilidad al entender que la persona jurídica no responde por un hecho propio sino de tercero, de manera que desde planteamientos constitucionales no puede imponerse válidamente pena alguna a la corporación al tratarse de una responsabilidad rotundamente objetiva⁸⁶.

No obstante lo anterior, la sociedad a través de la que se delinque puede ser sujeto pasivo de un proceso, si bien no penal sino administrativo⁸⁷ (Derecho de contravenciones). En efecto, la corporación en cuyo seno se delinque solo responderá por vía administrativa de forma que nunca será objeto de pena.

⁸⁶ En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español afirma que “*la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal*” (SSTC 246/1991, 150/1991, entre otras)

⁸⁷ Las sanciones administrativas a las corporaciones están previstas en el Derecho Alemán desde antiguo, valga de ejemplo el §17 VO sobre el Abuso de Posición Económica de Poder (1923)

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

El problema no es simplemente de etiqueta (pena, sanción administrativa, etc.). Tal postura se ampara en la idea de los requisitos necesarios, que debe tener el sujeto, para poder mantener que la consecuencia impuesta se debe a un hecho que, empírica y metafísicamente, ha podido cometer. Y esto valorado como algo incuestionablemente técnico y no como mero acto caprichoso.

De ahí que no compartamos la opinión de ADÁN NIETO⁸⁸ cuando considera que *“es ante todo urgente salir del paso del mal del nominalismo... [pues] llamemos como llamemos a las sanciones que se imponen a las personas jurídicas (es decir: penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas, consecuencias accesorias), lo cierto es que estas pertenecen a lo que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha denominado derecho penal en sentido amplio; es decir, sanciones que por sus características aflictivas son materia penal, y le son de aplicación las garantías básicas del derecho penal”* .

Muy al contrario, entendemos que ha sido precisamente el *mal del nominalismo* el que ha permitido trasladar a “la pena” la consecuencia a sufrir por la persona jurídica, según el modelo instaurado. Dicho de otra manera, la aplicación de medidas a determinadas personas jurídicas con una idiosincrasia criminal específica⁸⁹ no resulta innecesaria (ya lo hemos expuesto más arriba), lo que resulta a todas luces incoherente es que las medidas-consecuencias que

⁸⁸ NIETO, A, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel. Madrid. 2008

⁸⁹ Sería el caso de las sociedades pantalla, cuyo nacimiento y actividad queda limitado a servir de instrumento criminal de sus órganos de representación (sean estos conocidos (testaferros) o no)

puedan imponerse respondan a unos presupuestos que, en modo alguno, se predicen de la persona jurídica. Es más, el carácter de última ratio del Derecho Penal y las más que sobradas consecuencias negativas del proceso solo se explican en función, precisamente, de la gravedad del hecho cometido y no existe duda de que éste nunca podrá ser realizado por una persona jurídica, dado su carácter ficticio. Por tanto, el problema es algo más complejo que la mera discusión de corte nominalista apuntado por algún sector de la doctrina.

Aún más, como indica JESCHECK⁹⁰ *“la sanción pecuniaria administrativa contra entes colectivos como sanción autónoma derivada de la imputación a un órgano o infracción administrativa, y sometida a una culpabilidad por la organización”, está tan poco justificada como la pena misma, porque también aquella presupone una culpabilidad personal y expresa un juicio de desvalor. Y así, la multa administrativa sólo resulta defendible frente a personas naturales, pues su imposición no puede ser fácilmente añadida a la pena individual o sustituir ésta, si es que no se quiere quedar expuesto al reproche por un “Fraude de etiquetas”*. De ahí la importancia de atender a la idiosincrasia criminal específica de la persona jurídica (por ejemplo, sociedad creada para su uso delictivo).

Con todo, hay que reconocer que el debate sigue abierto en el derecho alemán. No faltan autores⁹¹ que abogan abiertamente por la instauración de

⁹⁰ HANS- HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Quinta edición. Editorial Comares. Granada. 2.002

⁹¹ Achenbach, Brender, Heine, Schroth, Tiedemann o Volk

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

responsabilidad penal de la persona jurídica frente a otros⁹² que *proponen una reconfiguración de las categorías de acción y culpabilidad compatible con las personas jurídicas*⁹³.

Sin lugar a dudas, entre estos últimos autores destaca TIEDEMANN⁹⁴ con su defensa de la responsabilidad penal plena de las personas jurídicas, aún cuando tenga señalado que *se comprueba fácilmente que son, sobre todo, los ordenamientos jurídicos, inspirados en un pragmatismo, los que establecen la plena responsabilidad penal de las agrupaciones sin gran consideración de los obstáculos dogmáticos...*⁹⁵. Precisamente a TIEDEMANN se debe la traslación al derecho penal de la idea de culpabilidad por defecto de organización previsto en el código civil alemán.

b.- Derecho Italiano

Italia se encuentra dentro de estos Estados a los que Tiedemann⁹⁶ caracteriza por su *fuerte pensamiento dogmático penal*. Sin embargo, a

⁹² Hirsch, Jakobs o Lampe

⁹³ De la Cuesta, JL en Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas, en A.Messuti, J.A.Sanpedro Arrubla (Comps.), La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio, Buenos Aires, 2001, pp.65-80

⁹⁴ TIEDEMANN, K: La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996, página 97

⁹⁵ Frente a estos Estados pragmáticos Tiedemann señala otros países opuestos, como Alemania, España, Grecia e Italia, para los que resultaba insalvable el obstáculo por tratarse de Estados con un *fuerte pensamiento dogmático penal*. Contrariamente a lo esperado, España se alza con la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin haber superado el obstáculo dogmático.

⁹⁶ TIEDEMANN, K: La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996.

diferencia de Alemania, y a semejanza de España, el derecho italiano sí contempla la responsabilidad de las personas jurídicas, pero con un corte *híbrido*⁹⁷, pues la persona jurídica responde en el proceso penal con sanciones que se recogen bajo la denominación de administrativas. El modelo italiano, que según algunos autores es el punto de referencia al que mira España, no dista de las previsiones penales contempladas en nuestro Código Penal antes de la reforma del 2010. Algo que, sin duda, pone en evidencia que, desde un punto de vista del derecho comparado, España ha dado un paso hacia delante para acto seguido volver sobre sus propios pasos.

El sistema Italiano, en lo que se ha denominado “fraude de etiquetas”, mantiene la imposición de medidas sancionadoras a la persona jurídica con la particularidad de que ésta son acordadas por el Juez Penal.

Ya en el año 1996, PALIERO, destacaba *la importancia que tenía el hecho de que la Constitución, en su art. 27, inc. 1, dispusiera que «la responsabilidad penal es personal».* Esta disposición, interpretada restrictivamente, constituye un obstáculo en la medida en que parece exigir para la criminalización de una conducta un vínculo exclusivamente personal.

Sin embargo, existen autores que realizan una interpretación amplia del precepto constitucional, y así, señala FLORA⁹⁸, y recuerda CUADRADO

⁹⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (Coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2.010

⁹⁸ FLORA, G.: «L'attualità del principio “societas delinquere non potest”», en Riv. trim. di Diritto penale dell'Economia, núm. 22, 1, 1995.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

RUIZ⁹⁹, *no existen obstáculos ni de naturaleza dogmática ni de naturaleza constitucional para configurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que en el fondo de lo que se trata es de una opción del legislador.*

c.- Derecho Francés

En Francia, la responsabilidad penal de la persona jurídica se instauró en el año 1994.

Las personas que pueden ser responsables encontrarían su excepción en el *Estado y los entes territoriales y sus agrupaciones, que sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público* (Artículo 121.2 Código Penal Francés).

Al igual que ocurre en España, en Francia, se puede llegar a condenar a una persona jurídica por la comisión de un delito, aún cuando la persona física - autora real- no haya podido ser determinada y condenada. Esta afirmación podemos extraerla de manera indirecta del artículo 121.3 del Código Penal Francés, precepto que afirma “Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto

⁹⁹ CUADRADO RUIZ, M^a ÁNGELES. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?... Op. Cit

del artículo 121-3¹⁰⁰, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos”.

En sentido contrario, CUADRADO RUIZ¹⁰¹ afirma que el Derecho penal francés se muestra también favorable al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al tiempo que junto a ella coexista una responsabilidad penal de sus dirigentes.

En cuanto a la condena, el código penal francés regula las penas correspondientes a las personas jurídicas en los artículos 131-37 a 131-49. Concretamente el artículo 131-37 establece que las penas criminales o correccionales que pueden imponerse a las personas jurídicas son: 1º La multa; 2º En los casos previstos por la ley, las penas enumeradas en el artículo 131-39.

Por tanto, la pena principal es la multa aunque, al igual que ocurre en España, se prevén otras penas complementarias, como son la disolución, el sometimiento, por un periodo de hasta cinco años, a vigilancia judicial; la clausura; la prohibición de ejercer una actividad profesional o social; la exclusión de la contratación pública a título definitivo o por un periodo de hasta

¹⁰⁰ Por su parte, el artículo 121.3, párrafo cuarto, establece “En el caso previsto en el párrafo anterior, las personas físicas que no hayan causado directamente el daño, pero que hayan creado o contribuido a crear la situación que haya permitido su realización, o que no hayan adoptado las medidas que hubieran permitido evitarlo, serán responsables penalmente si se prueba que, o bien violaron de forma manifiestamente deliberada una obligación especial de prudencia o de seguridad prevista por la ley o por el reglamento, o bien incurrieron en culpa cualificada y que expuso a otro a un riesgo de especial gravedad que no podían ignorar”.

¹⁰¹ La autora se basa para tal afirmación en autores como MERLE/VITÚ y BARBERO SANTOS. CUADRADO RUIZ, MA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?. Revista Jurídica de Castilla Y León. N.º 12. Abril 2007.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

cinco años; el comiso de la cosa que haya servido o estuviera destinada a cometer la infracción o del producto de la misma, etc.

No obstante, existen algunas excepciones a la aplicación de estas penas complementarias, así, por ejemplo, queda excluida la disolución y el sometimiento a vigilancia judicial en el caso de personas jurídicas de derecho público susceptible de responsabilidad penal.

En el caso de multa, la cuantía que se prevé supera en cinco veces la de la persona física por la misma violación, llegando a diez en el caso de reincidencia.

En Francia, también se limitan los delitos por los que puede responder penalmente una persona jurídica.

Este modelo es común¹⁰² al de Bélgica, Dinamarca y Finlandia.

d.- Derecho Anglosajón

Los antecedentes próximos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que más arriba hemos analizado, se derivan de los precedentes jurisprudenciales del derecho anglosajón, aunque esta capacidad penal de la

¹⁰² VELASCO NUÑEZ, E.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales. Diario La Ley, núm. 7883, de 19 de junio de 2012. ISSN 1138-9907.

corporación, y con el tiempo, ha ido extendiéndose a diversas legislaciones del sistema continental.

Como afirma MORILLAS CUEVA¹⁰³ *generalmente, y en una visión tradicional, la alternativa se ha situado en la diferenciación entre el derecho anglosajón donde, generalmente, se ha propiciado en sus legislaciones la admisión de la responsabilidad penal de esta variedad de personas, y los sistemas continentales donde, por contra, se ha optado por el mantenimiento del clásico principio *societas delinquere non potest*, como consecuencia del cual no se atiende a las hipótesis criminales para las personas jurídicas. Sin embargo, esto no es actualmente del todo correcto ya que Códigos, incluidos en la segunda de las variables, no son ajenos a este tipo de responsabilidad -por ejemplo, Francia y mucho más recientemente, y es el objeto principal de este artículo, España-, como veremos más adelante, pues ambos sistemas, en opinión de TIEDEMANN, cada vez se asemejan más.*

Sin embargo, y por contraposición a lo que ocurre en Francia o España, en el derecho anglosajón la persona jurídica responderá siempre *salvo que se establezca otra cosa distinta*¹⁰⁴.

¹⁰³ MORILLAS CUEVA, L, en La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

¹⁰⁴ CUADRADO RUIZ, MA en La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?. Revista Jurídica de Castilla Y León. N.º 12. Abril 2007. http://www.larioja.org/upload/documents/687033_RJCYL_N_12-2006._La_responsabilidad_penal.pdf

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En cuanto a la pena, igual que sucedía en Francia, queda principalmente limitada a la multa.

Idéntico modelo¹⁰⁵ se sigue en los países de Holanda, Noruega y Suiza.

¹⁰⁵ VELASCO NUÑEZ, , E.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales. Diario La Ley, núm. 7883, de 19 de junio de 2012. ISSN 1138-9907.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 4. LAS VÍAS DE IMPUTACIÓN PENAL A LA PERSONA
JURÍDICA**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A.- Elementos Objetivos: hechos cometidos por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio

Si atendemos a la propia redacción empleada por el artículo 31 bis se comprobará que, en realidad, y como expresamente se declara, la persona jurídica no realiza ningún delito ni hecho, aunque por motivos político-criminales, pueda aplicársele una pena. En efecto, si estructuramos el citado precepto observamos que la persona jurídica será responsable “*de los delitos cometidos... por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho*” o “*por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas... han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*”.

Luego veremos cómo partiendo de tales premisas se llega –entendemos que con error- a la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero ahora interesa destacar que el hecho penal –es decir, la acción- solo se comete por la persona física como se desprende sin ningún género de duda cuando el Código Penal establece que la persona jurídica “será responsable **de los delitos cometidos por...**¹⁰⁶”.

¹⁰⁶ En el mismo sentido Mir Puig al señalar que “en el caso de las personas jurídicas, aunque la LO 5/2010 las haga penalmente responsables lo cierto es que el propio Art. 31.1 bis reconoce que la conducta requerida por el tipo debe ser realizada por una persona física...”, en MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General. 9ª Edición. Editorial Reppertor. 2.011. Barcelona.

Ello nos permite desterrar ab initio cualquier conclusión que sostenga, con alambicados y complejos argumentos a veces, que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en un hecho propio, pues la redacción legal empleada por el Código Penal sostiene –insistimos que con independencia, al menos de manera preliminar, del fundamento de culpabilidad que se emplee¹⁰⁷- que el delito (que será atribuido a la persona jurídica) no ha sido realizado por ésta –porque sencillamente no puede-, sino por personas físicas determinables. Como señala ROBLES PLANAS¹⁰⁸ este hecho propio es *una ficción construida para disimular la violación del principio de culpabilidad: tras el falso velo de la culpabilidad penal de la persona jurídica se oculta también aquí la culpabilidad de la persona física*¹⁰⁹.

Cuáles sean los criterios para que una conducta pueda atribuirse a la persona jurídica es algo que debemos buscar en cuestiones distintas a la autoría del hecho. Es más, podemos afirmar que el artículo 31 bis no establece regla especial de autoría alguna, de forma que, manteniéndose intacto el artículo 28 – que es el que establece la regla de autoría del Código Penal- podemos afirmar que el legislador no ha introducido una nueva persona con aptitud para cometer hechos delictivos, sino solo una entelequia que, por razones de política criminal, padecerá determinadas consecuencias a las que ahora se les quiere denominar penas.

¹⁰⁷ Defecto de organización, etc.

¹⁰⁸ Robles Planas, R.: “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en Indret, 2/2009.

¹⁰⁹ De la misma opinión DEL ROSAL BLASCO, en Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Ley Orgánica 5/2010 De Reforma Del Código Penal, 2011. Enfoque XXI, Barcelona

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

No es baladí la cuestión, pues todo queda reducido a un mero etiquetado en el que el nominalismo sustituye la estructura y las categorías sustantivas del Derecho Penal. Dicho de manera gráfica, igual que ocurre con la persona jurídica, y de seguir el mismo criterio formalista de la reforma del 2010, mañana se podría instaurar un sistema en el que la responsabilidad penal del menor de catorce años pudiera atribuirse sin más a los progenitores, de forma que éstos vengan obligados a retribuir todas las consecuencias del delito cometido por aquel (pena, antecedentes penales, ningún beneficio en orden a una eventual suspensión de penas en el caso de cometer un hecho delictivo propio, etc.).

Por tanto, y no estableciendo el artículo 31 bis ninguna regla nueva de autoría no podemos considerar que el legislador haya “descubierto” e introducido un nuevo sujeto activo en el orden criminal, sino, bien al contrario, ha incluido en esta rama del ordenamiento un mero sujeto al que solo se quieren atribuir las consecuencias del hecho penal cometido por otro, de ahí que la persona jurídica no pueda encuadrarse en ninguna de las formas de autoría y/o participación tratadas en el Derecho Penal y establecidas en el Código.

Sentado lo anterior, debemos analizar cuáles son las premisas, si es que existen, que el legislador exige para imputar responsabilidad penal a la persona jurídica. Estas premisas, que son claramente criterios objetivos¹¹⁰, se concretan en dos: De un lado, que la conducta haya sido realizada en su nombre o por

¹¹⁰ Por contraposición a los subjetivos, esto es, las personas físicas concretas que pueden hacer pagar las consecuencias del hecho penal a la persona jurídica.

cuenta de las mismas y, de otro, que tal conducta le haya proporcionado un provecho. En cuanto al provecho, deberemos discernir si éste debe ser el directamente pretendido por la conducta delictiva o, en general, valdría cualquier provecho obtenido por la persona jurídica, con independencia de que este fuera directo o indirecto, buscado o no buscado por el delito cometido.

Este último extremo, como luego se verá, aporta aún más inseguridad jurídica a la hermenéutica de este nuevo sujeto penal, habida cuenta el amplio espectro que se produce en la interpretación judicial frente a la posible multiplicidad de provechos (incluyendo los inconscientes o indirectos) que se pueden atribuir a una conducta criminal. Esta ambigüedad constituye una clara conculcación del principio de legalidad.

1.- Conducta realizada en nombre o por cuenta de la persona jurídica

El primer elemento común de esos dos que permiten imputar responsabilidad penal a la persona jurídica consiste en que la conducta de que se trate haya sido realizada por la persona física –de entre las que caracteriza el propio artículo 31 bis y que seguidamente veremos- en nombre o por cuenta de aquella.

Es decir, el precepto establece la misma atribución de responsabilidad penal que el artículo 31, con la salvedad de que en éste último la responsabilidad está definida para ser imputada a una persona física cuando actúe en nombre de

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

otra, bien sea una corporación bien sea otra persona física. El artículo 31 bis actuaría a la inversa que el artículo 31, en el sentido de que en aquel precepto – aun siendo coincidente en imputar responsabilidad penal por hecho de otro- se legitima la atribución a la persona jurídica por el hecho cometido por la persona física, mientras que en este se legitimaba la atribución a la persona física por el hecho cometido por otra persona física o por una persona jurídica. En el artículo 31 se pretende buscar al autor real del delito.

Descartado que el artículo 31 bis introduzca un nuevo modelo de autoría o altere el establecido en el artículo 28 del Código Penal, debemos considerar -por mera analogía con el artículo 31, aunque constituya una tergiversación de términos- que la finalidad de aquel precepto no es otra que salvar el principio de legalidad. En efecto, siendo necesaria la comisión propia de un hecho con relevancia penal para ser considerado autor, la única manera posible para que esta responsabilidad pueda ser atribuida a un tercero es establecer un puente de unión entre la conducta de una persona y su imputación a un tercero.

El ejemplo paradigmático de este puente de legalidad lo encontramos en el delito fiscal cometido por medio de una defraudación tributaria en el seno de una sociedad. En efecto, en el supuesto planteado nos encontramos –y precisamente esta fue la génesis del artículo 31- con que el sujeto pasivo tributario (persona jurídica) no podía ser el sujeto activo del delito (que siempre era una persona física), siendo el hecho atípico, de no establecerse ninguna regla autónoma de imputación, en la medida que el sujeto activo del delito –una

empresa- no podía cometer delito alguno. Para paliar esta evidente ineficacia del sistema frente a las defraudaciones fiscales con relevancia penal, se instaura en el derecho penal la teoría anglosajona del levantamiento del velo, esto es, independientemente de quién sea la persona que formalmente ha cometido el delito, al legislador le interesa hacer responsable a quien está detrás de la conducta material (el verdadero autor).

Pues bien, el artículo 31 bis utiliza el mismo criterio solo que no levanta ningún velo sino todo lo contrario. Dicho de otro modo, el legislador, infringiendo la propia regla establecida en el artículo 31, atribuye responsabilidad a todos los que intervengan en un hecho penal, con abstracción absoluta de su participación real, instrumental, ficticia, etc. No se trata ya de llegar a la verdad material eliminando para ello barreras jurídicas (esa es la génesis del levantamiento del velo), sino de levantar y cubrir el velo para un mismo fin: expiar cualquier responsabilidad por el hecho penal en sí o por la mera circunstancia de encontrarse unido a él.

La primera de las premisas que objetivan la responsabilidad penal de la persona jurídica exige que el hecho típico lo haya realizado una persona física en nombre o por cuenta de aquella. Es decir, el hecho lo comete formalmente la persona jurídica porque una persona física –cualquiera de las que se encuentren en la premisa subjetiva que luego analizaremos- ha cometido alguno de los delitos para los que se prevé la responsabilidad penal conforme al artículo 31 bis en nombre o por cuenta de la persona jurídica.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Por ejemplo, una persona física acude a un establecimiento mercantil con el objetivo de cometer el llamado timo del nazareno¹¹¹, sirviéndose para la operación de una sociedad de responsabilidad limitada a la que supuestamente se le va a facturar la mercancía vendida. En puridad, la persona jurídica es la parte contractual válida y no su administrador, pero en realidad la sociedad tan solo facilita el nombre comercial y su estructura, dando la apariencia de que es por su cuenta toda la negociación del administrador. Pues bien, en este caso tenemos, de un lado, la responsabilidad penal del sujeto activo del delito (el administrador de la sociedad) y, de otro, la persona jurídica que actuó en el ámbito contractual y, por tanto, en el iter del delito cometido por aquel en nombre y por cuenta de ésta.

2.- Conducta realizada en su provecho

Sin embargo no es suficiente con que la conducta se haya llevado a cabo en nombre o por cuenta de la persona jurídica, es absolutamente necesario a la vez que tal conducta se haya realizado en su provecho, circunstancia de mayor complejidad en orden a su concreción y que, debido a su falta de delimitación, se erige, a nuestro juicio, en el más peligroso de los elementos delimitadores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹¹¹ Estafa consistente en generar confianza con un proveedor al que se le realizan pequeños pedidos que se cumplen para, en un momento posterior y abusando de la confianza y credibilidad profesional generada, hacer un pedido de importante magnitud con la promesa de su pago posterior. Evidentemente, este pago nunca se producirá.

El problema se centra, básicamente, en distinguir aquellas conductas penales que se realizan directamente para producir un provecho a la persona jurídica, de aquellas otras cuya simple realización, aún cuando no se pretenda, facilita inevitablemente éste provecho.

Imaginemos una sociedad mercantil por cuya cuenta se realiza un negocio de venta de vehículos usados cuya documentación ha sido falsificada al encontrarse todos ellos de baja administrativa. Es obvio que el primer elemento de atribución de responsabilidad concurre, esto es, el negocio de compraventa se realiza por cuenta y en nombre de la sociedad mercantil. Esta compraventa genera un pingüe beneficio al administrador de la sociedad, quien, a pesar de obtener importantes liquidaciones monetarias mediante el reparto de dividendos separa la cantidad suficiente para que la sociedad pueda seguir funcionando (pago de suministros, empleados, etc.) y, más aún, con la importante recaudación y el consiguiente balance saneado consigue la concesión de un préstamo que tampoco devolverá a la entidad bancaria (negocio civil criminalizado).

En este contexto, la cuestión se centra en determinar si el otro requisito del beneficio o provecho permite una delimitación objetiva y anterior a la comisión delictiva y, sobre todo, si es posible predicar de una entelequia el concepto de provecho o beneficio, máxime cuando su existencia es independiente del provecho o perjuicio, como también lo es del dolor o el

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

placer. Más aún, debería concretarse si ese provecho debe encontrarse dentro del ámbito subjetivo de la persona física en el momento de delinquir.

Pues bien, consideramos que no existe ningún elemento que pueda definir el provecho de una persona jurídica y, que por ello, la mera circunstancia de que la conducta penal le otorgue a ésta un beneficio económico (desde perspectivas contables o jurídicas de análoga significación), que será posiblemente empleado para la siguiente conducta delictiva o para encubrir la ya realizada, no solo no es un provecho para ésta sino que claramente constituye un perjuicio. Un perjuicio que, además, no solo no puede prever la persona jurídica (omitimos por obvia cualquier consideración sobre la incapacidad de pensamiento de las entelequias) sino que tampoco puede evitar, por lo que cualquier supuesto beneficio –meramente nominal- que la persona jurídica pueda obtener por la realización de un hecho delictivo solo puede encuadrarse en supuestos de fuerza mayor, lo que, en otro contexto legislativo, haría fútil cualquier reclamación por los daños causados. Como señala la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona** de 12 de febrero de 2008 (en referencia al anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal) *esta responsabilidad de las personas jurídicas se concibe como propia aunque nacida de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas (es decir, no en todo caso, ni menos cuando se actúa "contra" ellas) por las personas físicas que las gobiernan o por quienes, estando sometidos a su autoridad, realizan los hechos que se les indiquen.*

Y todo ello, con independencia de que, para salvar y proteger la seguridad en el tráfico económico, se apliquen a la sociedad determinadas medidas que aseguren su no utilización en el ámbito criminal, pero, como bien se recordará, estas medidas ya se encontraban en vigor en el artículo 129 del Código Penal con anterioridad a la reforma del año 2010, bajo el nombre de consecuencias accesorias.

En definitiva, *se confunden, lamentablemente, los efectos y beneficios obtenidos y derivados en provecho de las mismas por los delitos cometidos, esto sí, por las personas físicas que desempeñen determinadas funciones en la actividad de la sociedad, que es cosa distinta, muy distinta (COBO DEL ROSAL¹¹²)*

Por este motivo, el Derecho Italiano, para salvar cualquier duda, y evitar la criminalización mecánica de conductas penales hechas en sede de personas jurídicas pero no en su interés, sino en interés de terceros, establece en el Art. 5, apartado 2, del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n.231 que “L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi”, reforzando con ello la idea central de que la intención del sujeto activo del delito debe prevalecer sobre posibles efectos colaterales de la acción (en este caso, que del hecho penal pueda predicarse algún beneficio para la corporación).

¹¹² COBO DEL ROSAL, M. Societas Delinquere Non Potest, en Anales de Derecho, Número 30, 2012, págs. 1-14. ISSN: 1989-5992. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

El legislador español también comparte la ambigüedad conceptual del término provecho y, por ello, ha tenido a bien sustituirlo, en el proyecto de reforma del año 2013, por el de beneficio directo o indirecto. Sin embargo, entiendo que tal modificación, sobre todo la inclusión expresa del beneficio indirecto, empeora significativamente la situación, ya que hace visible todas y cada una de las críticas que ya hemos mencionado en los párrafos anteriores. Por tanto, este beneficio no deja de ser el elemento más peligroso de los que delimitan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

B.- Elementos subjetivos. Delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho o por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho

Advertida la necesidad de que una persona física cometa el hecho delictivo para derivar la responsabilidad penal a la persona jurídica, debemos analizar el criterio subjetivo/personal establecido en el artículo 31 bis, esto es, qué concretas personas físicas son aptas para transferir esta responsabilidad.

Veremos que el citado precepto divide en dos estos grupos de personas; así, de un lado, tenemos los delitos cometidos por los representantes legales y administradores de hecho o de derecho y, de otro, los cometidos por las personas

físicas sometidas a la autoridad de estos, y cuya comisión delictiva ha sido posible merced a la falta del debido control, *atendidas las concretas circunstancias del caso*.

Aunque más adelante haremos un análisis más pormenorizado, debemos adelantar que el legislador, en el proyecto de reforma del año 2013, ha modificado sustancialmente el tenor literal del artículo 31 bis, pretendiendo afinar más la conexión causal entre la decisión de la persona física y la actuación de la persona jurídica.

1.- Delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho

El primer grupo de personas viene constituido por aquellos que de manera efectiva dirigen y controlan a la persona jurídica, esto es, aquellas que, en palabras de BERNARDO DEL ROSAL¹¹³, *representa la mente directiva y la voluntad (the directing mind and will) de la corporación*.

En este grupo se incluyen tanto los representantes legales como los administradores de la entidad, bien sean de Derecho bien de hecho, matización esta última ya incluida en el artículo 31 del Código Penal a fin de proteger, en última instancia, la estricta realidad y no solo aquella meramente formal que, en

¹¹³ DEL ROSAL BLASCO, B, en Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Ley Orgánica 5/2010 De Reforma Del Código Penal, 2011. Enfoque XXI, Barcelona

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

determinadas ocasiones, no refleja fielmente la verdadera situación directiva de la corporación.

Los significados del concepto de autoridad societaria son objeto de modificación en el proyecto de reforma del año 2013 del Código Penal, al quedar referidos a un haz de sujetos indeterminados. Esto provoca una inquietante inseguridad jurídica y una absoluta delegación de determinación a los Tribunales de Justicia¹¹⁴. Concretamente el proyecto señala que esta primera vía de imputación a la persona jurídica se derivará de los delitos cometidos por sus *representantes legales o por aquellos 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 y control dentro de la misma*. Es decir, se introduce un auténtico cajón de sastre que difícilmente va a permitir conocer de antemano quien va a tener responsabilidad respecto de un hecho en concreto. Como es lógico, los administradores y los apoderados serán lo que terminen por convertirse en el auténtico foco de atención de esta nueva configuración de los sujetos a lo que se considera la mente de la persona jurídica.

¹¹⁴ Delegación a los Tribunales que debe ser considerada una conculcación del principio de legalidad en la medida que no limita la función judicial. Como afirma MADRID CONESA, al referirse a la doble fundamentación de Binding sobre el principio de legalidad, *los jueces han de limitarse a decir si en el caso concreto existe o no la conducta previamente definida por el legislador. Ni siquiera pueden los jueces interpretar la ley, ya que si así procedieran podrían desvirtuar la voluntad del poder legislativo (la voluntad del pueblo) expresada en la Ley*. 88. MADRID CONESA, F. La Legalidad del Delito. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1983

2.- Delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho

Este grupo representa, sin ningún género de duda, el ámbito en que se incardina la verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica para quienes entienden que el fundamento de la culpabilidad de ésta se asienta en el defecto de organización.

En efecto, si algo caracteriza la imputación por esta vía es la individualización de una ausencia de control por parte de quién dirige a la persona jurídica, de manera que la realización del delito solo es posible merced a una organización defectuosa que no tiene bajo control las conductas que llevan a cabo las personas dependientes desde un punto de vista orgánico, esto es, aquellas que no representan a la persona jurídica pero pueden hacerla actuar en el ejercicio de la actividad.

En este grupo se encontrarían no solo los empleados, sino igualmente aquellos otros (autónomos) cuya vinculación con la persona jurídica se hace dependiente de la propia organización y dirección de los administradores de hecho o derecho de ésta. Por tanto, un asesor contratado mercantilmente para la llevanza de la contabilidad o la gestión de impuestos puede sin problema alguno hacer responder a la persona jurídica por el delito que él haya podido cometer en el seno de su actividad, aún cuando éste no tenga vinculación laboral. De ahí que el propio artículo hable tan solo de *“quienes estando sometidos a la autoridad”* ,

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

con la clara intención de no cerrar el amplísimo grupo de personas/profesionales que pueden quedar vinculados por cualquier relación con una persona jurídica y que se encuentran bajo la autoridad de los administradores sin necesidad de limitarse a una relación laboral.

El elemento nuclear de la cuestión es, por tanto, la definición del debido control.

3.- Sobre el debido control: Defecto de organización

El último de los criterios subjetivos analizados, esto es, aquel que parte de los delitos cometidos por las personas sometidas a la autoridad de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, requiere, además, que estos sujetos hayan podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso.

Es decir, que el sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se transfiere por no haberse ejercido el control necesario sobre estas personas, de forma que la ausencia de control es el que ha propiciado la comisión delictiva por parte de éstos últimos (no debe olvidarse que el propio artículo 31 bis se refiere a los “delitos cometidos por...”). Es en este punto donde parte de la doctrina proclive al sistema de responsabilidad corporativa incardina

el eje central de toda la cuestión, esto es, el eje sobre el que se hace pivotar con claridad ese pretendido hecho propio que fundamenta su responsabilidad penal.

Llegados a este punto es interesante resaltar los aspectos esenciales de quienes abogan por el defecto de organización como criterio de culpabilidad propio de las personas jurídicas.

En primer lugar, debemos señalar que el defecto de organización – concepto introducido por TIEDEMANN¹¹⁵ a partir del código civil alemán – parte de una situación en la que la persona jurídica se encuentra en un grado de desorganización tal que resulta imposible prever e impedir la comisión delictiva. O dicho al contrario, la eficiente organización sería aquella en la que la libertad del sujeto queda controlada para ceñirla a la realización de hechos plenamente jurídicos.

Sin embargo, entendemos que tal afirmación no solo es injustificable¹¹⁶ sino que dicho defecto de organización en modo alguno puede ser atribuido a la persona jurídica.

Por tanto, el defecto de organización, aunque pretenda ser el eje que orienta la responsabilidad de la persona jurídica por un hecho propio, en realidad no puede ser predicado más que de la propia persona física que

¹¹⁵ TIEDEMANN, K: La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996, página 97

¹¹⁶ Sería tanto como eliminar el libre albedrío en el sujeto humano, sustituyéndolo por un determinismo, pero aplicado a un subsistema social creado y administrado por el propio hombre, como es la persona jurídica.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

administra el ente. La propia interpretación del artículo 31 bis vuelve a resaltar – aunque no se admita por algunos sectores- el modelo de transferencia de los modelos de atribución de responsabilidad, pues, además de que la responsabilidad penal de la persona jurídica parta de “*los delitos cometidos por*¹¹⁷”, nos encontramos ahora con que la ausencia del debido control no se predica de órganos sociales sino de las propias personas físicas que deja enumeradas, es decir, representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO¹¹⁸, dice que *el citado párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis no fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica en un defecto de organización de la misma, sino en la ausencia del debido control del representante o administrador sobre las personas sometidas a su autoridad. Resulta muy significativo que la relación de sometimiento no se establezca partiendo de la autoridad de la persona jurídica, sino —literalmente— de las «personas físicas» mencionadas en el párrafo anterior. De forma que también en los casos en que la sociedad posea una perfecta organización, su responsabilidad surgirá a tenor del citado precepto, si las personas físicas mencionadas incurrían individualmente en esa especie de culpa in vigilando o in eligendo. También en este supuesto la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en un comportamiento de la persona física.*

¹¹⁷ Lo que, por sí, ya sería suficiente para descartar cualquier hecho propio atribuido a la persona jurídica.

¹¹⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, G: La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática. Revista Otrosí (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid). Número 6, Abril-Junio 2011, 5ª época, sección Tribuna. Madrid.

Contrariamente a esta tesis, se posiciona ZUGALDÍA ESPINAR¹¹⁹, quién, siguiendo a TIEDEMANN, considera que la persona jurídica sería responsable por este defecto de organización cuando su actuación no hubiera sido igual que la que hubiera realizado otra persona jurídica en su misma situación, evocando, hasta alcanzar niveles metafísicos de incalculable alcance práctico, una muy sui generis interpretación del imperativo categórico de Immanuel Kant. Y la calificamos de sui generis ya que el razonamiento olvida por completo que uno de sus postulados radica en el deseo¹²⁰ del sujeto, capacidad ésta de la que, otra vez mas, carece la persona jurídica.

En igual sentido que ZUGALDÍA, encontramos la tesis de DOPICO¹²¹ para quien estamos ante *el verdadero criterio de imputación a la persona jurídica, concretado en el incumplimiento, imputable a ésta, del debido control sobre el trabajador.*

Esta afirmación –sobre todo la expresada por ZUGALDÍA- deja de lado que este mandato ideal que se predica de cualquier situación para la que se requiera una respuesta dirigida, parte necesariamente de la razón, es decir, de la persona física. Por eso, por mucho que pretenda teorizarse sobre la generalización de un estado desorganizado, este nunca podrá ser trasladado ni

¹¹⁹ AAVV, Fundamentos de Derecho Penal Parte General, Dirigida por José Miguel Zugaldía Espinar, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

¹²⁰ Primera formulación del imperativo categórico de Kant: Obra sólo de forma que puedas desear que la máxima de tu acción se convierta en una ley universal

¹²¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (Coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2.010

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

atribuido a la propia persona jurídica, sencillamente porque ésta no puede, en ningún caso, evitar dicha situación sin la actuación razonada de las personas físicas que la dirigen y que son, precisamente y desde perspectivas jurídico penales, las que cometerán, por acción u omisión, el hecho penal de conexión. Mucho menos podrá la persona jurídica comparar su organización con la de otras corporaciones.

Precisamente para paliar esta posible situación de desorganización, este sector de la doctrina defiende la necesidad de instaurar en la corporación “controles eficaces”, al estilo de los *compliance program* del derecho anglosajón. Sin embargo, este control eficaz no sería suficiente, hoy por hoy, para extinguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas (el legislador ha tenido a bien considerar estos controles como mera atenuante de la responsabilidad ya generada, sin perjuicio del proyecto de Reforma del Código Penal de 2.013), ni tampoco podría excluir el propio modelo de responsabilidad corporativa instaurado, pues el modelo no será tan eficaz cuando la conducta criminal ha podido realizarse.

Para salvar este último obstáculo, el derecho italiano entiende que tales mecanismos de control solo son eficientes si su incumplimiento se debe al ardid fraudulento del representante legal o administrador. Es más, y como señala GÓMEZ-JARA¹²², en referencia al modelo indicado por TIEDEMANN, *negar*

¹²² GÓMEZ-JARA en AAVV, Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Civitas, Thomson Reuters, 2.012.

la posibilidad de exculpación reviste los caracteres típicos de una pura responsabilidad objetiva.

Por tanto, dispuestos a hipotizar sobre un hecho propio atribuido a un ente artificial, entendemos que ningún mecanismo de control abstracto y general permitiría excluir la responsabilidad de la persona jurídica, pues, cometido el delito, nada escaparía al genérico concepto del defecto de organización.

Toda esta problemática se debe, como indica RODRÍGUEZ MOURULLO¹²³, al hecho de que no estamos enfrentando teorías entre sí, sino teorías con el derecho positivo, de ahí que este autor critique lo que el propio ZUGALDÍA ESPINAR tiene manifestado sobre la absoluta falta de coordinación entre el Derecho positivo y la teoría penal. Dice este último autor que *“Si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”*¹²⁴. Entendemos que, según este autor, no hay que entender la responsabilidad de la persona jurídica sino aplicarla (aproximándose a un funcionalismo radical), y ello con independencia de su acertada o desacertada construcción teórica. Esta manifestación –desde nuestra perspectiva– no puede ser compartida por coincidir con el fundamento del artículo 31 bis del Código Penal.

¹²³ RODRÍGUEZ MOURULLO, G: La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática. Revista Otrosí (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid). Número 6, Abril-Junio 2011, 5ª época, sección Tribuna. Madrid.

¹²⁴ Este argumento recuerda al conocido argumento de Ihering “La vida no debe plegarse a los principios, sino éstos deben modelarse sobre aquella”.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Como señala COBO DEL ROSAL¹²⁵, al hacerse eco de las palabras de ZUGALDÍA, *será difícil encontrar algún penalista medianamente serio que sonría con tamaño gracejo.*

El legislador es plenamente consciente de que la técnica de redacción empleada en el artículo 31 bis es confusa, y lo más llamativo es que no se conforma solo con innovar, sino que no dedica ni un solo párrafo a definir conceptos de nuevo cuño en España. Esto, como es obvio, está dando como resultado un inacabable flujo literario por parte de la doctrina en el intento, a veces frustrado, de integrar la injustificada incompletud de la norma. Así ocurre con el “debido control”, en el que el legislador, en la propia exposición de motivos del proyecto de reforma del 2013, afirma que *se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*

Si finalmente la reforma se convierte en Ley –todo apunta a que así será dada la mayoría parlamentaria del Grupo que ha presentado el Proyecto– tampoco va a resultar muy clarificador el nuevo concepto de “debido control” ya que, en realidad, tan solo se matiza que la persona jurídica responderá del delito si éste se ha podido cometer *por haberse incumplido por aquéllos los deberes de*

¹²⁵ COBO DEL ROSAL, M. *Societas Delinquere Non Potest*, en *Anales de Derecho*, Número 30, 2012, págs. 1-14. ISSN: 1989-5992. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso, lo que sin duda, y según entiendo, termina por ampliar el espectro de responsabilidad consolidando una posición de garante mecánica y universal de los representantes legales y de aquellos 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 y control dentro de la misma.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 5. DERECHO PENAL VERSUS DERECHO
ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DESDE LA PERSPECTIVA DE
LA PERSONA JURÍDICA.**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A.- Planteamiento general de la cuestión.

Decíamos al principio que la responsabilidad de la persona jurídica era conocida en otras disciplinas jurídicas, destacando, entre estas y por lo que ahora se dirá, la administrativa sancionadora, con la que, como es sabido, el derecho penal comparte determinados aspectos. Esta semejanza la tiene señalada el propio Tribunal Constitucional (STC 246/1991, 18/1987 entre otras) al decir, precisamente cuando analiza la responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito del derecho administrativo sancionador, que *los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.*

Es evidente que estos parecidos, como también señala la Sentencia citada, son matizables y, en ningún caso, extrapolables en su totalidad, de forma que construir la teoría que sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica – como se está haciendo por algún sector doctrinal- en base a aplicar por analogía los criterios administrativos es incorrecta. De hecho, esta falta de identificación entre ambas disciplinas se demuestra con la delimitación de sujetos activos susceptibles de responsabilidad según el Código Penal, ya que el propio Estado, que sí es responsable desde un punto de vista administrativo, se excluye asimismo del grupo de sujetos a los que pudiera atribuírsele una responsabilidad penal.

Para analizar la extrapolación que algún sector de la doctrina realiza del derecho administrativo sancionador, es preciso comprobar, previamente, y como señala BAJO FERNÁNDEZ¹²⁶, si en el ordenamiento español *existe un único derecho sancionador obediente a los mismos principios*.

La principal diferencia que existe entre ambas ramas jurídicas quiere situarse en la diversa esencia que cada una de ellas otorga al principio de culpabilidad. Así lo señala DOPICO¹²⁷, cuando afirma que *una de las diferencias prácticas más importantes entre el régimen de responsabilidad administrativa y el de responsabilidad penal de personas jurídicas reside en las diferentes estructuras dogmáticas que se manejan en uno y otro ámbito: en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador rige una **concepción de la infracción de corte “causalista”** (donde dolo e imprudencia son formas de la culpabilidad), mientras que en el **sistema penal español predomina una concepción “finalista” o de “injusto personal”**, para la que dolo e imprudencia son elementos típicos. Por ello, en el ámbito administrativo, una vez demostrada la culpa de la persona jurídica, a efectos prácticos dilucidar si concurre dolo o no es una mera cuestión de determinación de la pena, mientras que en el ámbito penal es determinante para saber qué tipo procede aplicar o, incluso, si debe declararse la atipicidad de la conducta por no existir modalidad imprudente en esa concreta figura*.

¹²⁶ Bajo Fernández, en AAVV, Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Civitas, Thomson Reuters, 2.012.

¹²⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (Coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2.010

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

La Sentencia del Tribunal constitucional número 246/1991 advierte que el *principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa -STC 76/1990-. Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios -principio de la personalidad de la pena o sanción- [STC 219/1988]. Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma.*

Esta manera dispar de entender el dolo o la imprudencia en las ramas jurídicas señaladas (bien como formas de culpabilidad bien como elementos del tipo) no queda definida en el nuevo artículo 31 bis o, al menos, surgen excesivas dudas en cuanto al criterio de aplicación elegido para el caso de las personas jurídicas. La redacción del nuevo Art. 31 bis, apartado segundo, aparentemente construye una concepción omisiva e imprudente impropia en materia de responsabilidad de la persona jurídica, lo que, a todas luces, conculcaría no solo el contenido literal de los concretos tipos que resultan de aplicación –aquellos de configuración dolosa- sino, sobre todo, el mismo Art. 12 del Código Penal.

En cualquier caso, y siguiendo el tenor literal de la STC 246/1991 la mutación que se produce en la culpabilidad sancionadora administrativa, cuando esta se refiere a la persona jurídica, parte *de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos*, lo que en Derecho penal supone una importantísima matización que hace muy discutible su aplicación inmediata. Como señala la Sentencia citada, a la persona jurídica, en sede sancionadora administrativa, le falta el elemento volitivo en sentido estricto pero no la capacidad de conculcar las normas a las que están sometidos.

La extrapolación de esta visión de la culpabilidad del Tribunal Constitucional a la responsabilidad penal de la persona jurídica no permite dar por concluida la discusión sino todo lo contrario. Dicho de otro modo, aceptar una construcción ficticia de la culpabilidad en la persona jurídica implica no

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

solo modificar el espíritu de última ratio del Derecho Penal sino introducir elementos de ficción en una materia que, de por sí, solo está para proteger supuestos reales¹²⁸ y no el cumplimiento formal del derecho positivo.

En sentido opuesto, HIRSCH¹²⁹, como subraya GÓMEZ TOMILLO¹³⁰, entiende que esta aptitud de la persona jurídica como sujeto pasivo de sanción en el orden administrativo viene a reconocer de manera indubitada su capacidad de culpabilidad, de tal forma que la cuestión radica no en negar la culpabilidad del ente sino en determinar, en todo caso, el tipo de culpabilidad que puede atribuirse a éste. Dicho de otra manera, si la posibilidad de imponer sanciones a las personas jurídicas implica su capacidad para infringir la norma, negar esta capacidad de culpa en sede penal no tendría justificación.

Sin embargo, debemos insistir en que la Sentencia número 246/1991 del Tribunal Constitucional afirma algo que no debemos dejar de lado y es la ausencia del elemento volitivo en la persona jurídica aún cuando pueda reconocerse que tenga capacidad para conculcar la norma. Tal distinción serviría, ad limine, para negar la culpabilidad penal de la corporación, pues la conculcación de la norma, cuando no se hace referencia al elemento volitivo, solo puede definirse en parámetros de capacidad formal y objetiva, esto es, solo formalmente podría atribuirse a la persona jurídica la comisión de una

¹²⁸ Sería igual que en el caso del Aborto. Al Derecho Penal no le interesan los distintos planteamientos jurídico civiles sobre el límite mínimo de la persona, sino cuándo se tiene, en realidad, vida humana independiente.

¹²⁹ HIRSCH, H.J.: «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en ADPCP, 1993.

¹³⁰ GÓMEZ TOMILLO, M: Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova, Valladolid, 2.010.

infracción. Por ello, resulta forzado extrapolar la naturaleza sancionadora administrativa al ámbito penal, pues en aquella rama del ordenamiento, a diferencia de esta, solo se precisa valorar la infidelidad de la conducta con la norma para hablar de infracción.

De hecho, una postura similar era la que se mantenía en el código penal anterior a la reforma del año 2010, cuando, de un lado, se podían aplicar consecuencias accesorias a la persona jurídica (no penas, ya que esta es la consecuencia no accesoria sino directa del delito), y de otro, se la podía hacer responsable directa de la pena de multa en aquellos casos en que la persona física, sujeto activo con una especial vinculación con la corporación, fuere condenada a éste tipo de pena. Y todo ello fundamentado en la culpabilidad real de la persona física y en la meramente formal¹³¹ de la jurídica.

Como recuerda RAMÓN PARADA¹³², a la hora de abordar la naturaleza del delito frente a la de la infracción administrativa, ya SCHMIDT propugnaba, como otros autores (GOLDSCHMIDT), *la conveniencia de reducir la categoría del ilícito penal a sólo los hechos y los comportamientos que lesionan los intereses que el ordenamiento considera esenciales, mientras que la categoría del ilícito despenalizado debe cubrir todas las demás conductas que expresen un choque entre los ciudadanos y la Administración*, sosteniéndose que el fundamento material de esta distinción se encuentra en que *las infracciones cuyo*

¹³¹ Tan formal era la culpabilidad de la persona jurídica que venía predeterminada con carácter general y sin excepción en el propio artículo 31.2 del Código Penal, tras su instauración en la reforma del año 2003.

¹³² PARADA, en Derecho Administrativo. I Parte General. Marcial Pons. Madrid. 1995

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

castigo se remite a la Administración serían éticamente indiferentes, en contraste con los comportamientos penalmente sancionados que ofenderían la moral social.

Para apoyar la diferente fenomenología de estas conductas, que tienen de común ser contrarias a Derecho, el autor se basaba en la Ley penal económica Alemana de 26 de julio de 1949; norma que *tratando de diferenciar esta categoría de ilícitos del orden administrativo de los ilícitos penales propiamente dichos.. estableció las siguientes reglas:*

a) una infracción constituye delito económico si lesiona el interés del Estado en su integridad y mantenimiento del orden económico en su totalidad o en singulares ámbitos, bien porque

1.- La infracción por su extensión o su repercusión es susceptible de perjudicar la capacidad de rendimiento del orden económico estatalmente protegido; o,

2.- El autor mantuviese con la infracción una actitud de menosprecio por el orden económico estatalmente protegido, en su totalidad o en singulares ámbitos, en especial por el hecho de haber actuado profesionalmente, por codicia reprobable o de otro modo irresponsable, o haber obstinadamente reiterado las infracciones

b) En todos los demás casos, la infracción constituye una infracción del orden administrativo.

Como señala PERIS RIERA¹³³ *esta Ley de 26 de julio de 1949 supuso el punto de arranque del proceso despenalizador en Alemania.*

En sentido contrario BAJO FERNÁNDEZ¹³⁴, entiende que *la pretensión doctrinal de encontrar una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es decir, entre el delito y la infracción administrativa, ha de considerarse totalmente fracasada, dado que entre ambas categorías solo existe una distinción formal, esto es, el único dato que permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica.* Por tanto, BAJO FERNÁNDEZ rechaza las teorías de Goldschmidt y Schmidt que pretenden distinguir entre bienes jurídicos y bienes administrativos, y ello al considerar que *la potestad sancionadora de la Administración no es una potestad administrativa más, sino que forma parte de la potestad punitiva del Estado.* Idéntica posición la encontramos en MORILLAS CUEVAS¹³⁵ que *insiste nuevamente en el no hallazgo doctrinal de diferencias ontológicas entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, aún cuando da cierta validez a aquellos criterios que sostienen la diferencia en el distinto órgano que aplica cada una de las sanciones (Administración o Tribunales de justicia) así como en la diferenciación cuantitativa y cualitativa de las mismas.*

¹³³ PERIS RIERA, en *El proceso despenalizador*. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1983

¹³⁴ BAJO FERNÁNDEZ, en *La unidad del Derecho Sancionador*. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 4, 2002 (Derecho civil, derecho de sucesiones, otras materias).

¹³⁵ MORILLAS CUEVA, en *Derecho Penal Parte General (Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal)*, Editorial Dykinson, SL, 2010.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Contrariamente, SILVA SÁNCHEZ mantiene, y me adscribo sin reservas a ésta opinión, que, así como el Derecho Penal *protege bienes jurídicos concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad y peligrosidad concreta*¹³⁶, el derecho administrativo sancionador *persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad [reforzando mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial]*. Es decir, que para SILVA SÁNCHEZ el derecho administrativo sancionador solo es el *refuerzo de la ordinaria gestión de la administración*.

Desde mi perspectiva, existen claras y necesarias diferencias cuantitativas entre el orden administrativo y el penal. Ahora bien, esta diferencia cuantitativa se sostiene en la diferente naturaleza y en el diverso sentido teleológico que inspiran y guían a cada una de estas ramas jurídicas. Se puede hablar entonces de una singularidad cualitativa implícita en la distinción cuantitativa. La mejor manera de comprender las diferencias entre ambos sectores del ordenamiento jurídico no la debemos buscar en la penalización de conductas perfectamente reconducibles al derecho administrativo, sino al contrario, es decir, en los criterios que determinan la despenalización de determinadas conductas y su consideración como mera infracción administrativa. Como afirma PERIS RIERA¹³⁷ *la despenalización supone la transformación de una infracción de carácter penal en una infracción de carácter administrativo; con esa*

¹³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, en Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. InDret 3/2008. Barcelona.

¹³⁷ PERIS RIERA, en El proceso despenalizador. Op. Cit.

transformación se cambia también la naturaleza de la sanción a aplicar de forma que, éste, pierde su connotación criminal para adquirir una sustancialidad administrativa.

Debemos partir de que la penalización de determinadas conductas, máxime en estos tiempos de derecho penal del riesgo, resulta poco clarificadora dada la coexistencia, y a veces superposición inasumible, de cuestiones de pura política criminal con criterios técnico-penales. El ejemplo más representativo de esto lo encontramos en el ámbito de la violencia de género (concretamente la conducta tipificada en el artículo 153, y no en la del artículo 148), en donde la misma conducta (tipificada como mera falta) se convierte en delito por razón del sujeto pasivo, y ello por una decisión centrada en aspectos victimológicos.

Siendo esto así, el actual derecho penal debe ser clasificado por su doble naturaleza, dando lugar al llamado derecho penal de *dos velocidades*. En efecto, y de un lado, nos encontraríamos con el que podemos denominar derecho penal criminal de bienes jurídicos y, de otro, con el derecho penal del ciudadano. Éste último escaparía a cualquier valoración técnica que justifique su existencia, pero el primero sí permite su clara diferenciación con el ámbito administrativo sancionador. Por tanto, para abordar la cuestión primero deberemos diferenciar éstos dos ámbitos del derecho penal, que constituyen categorías heterogéneas, y esto nos permitirá comprender que solo el derecho penal del ciudadano puede ser perfectamente reconducido al derecho administrativo sancionador -su

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

existencia se debe solo a criterios políticos y no jurídico penales- pero en modo alguno el derecho penal criminal.

¿Quiere esto decir que existen diferencias entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal que denomino criminal o de bienes jurídicos? Rotundamente sí, y quizás la explicación dependa de cómo respondamos a esta otra pregunta ¿es imaginable que un asesinato pueda ser sancionado con una multa y que ésta satisfaga todas las finalidades que entraña el Ius Puniendi de un Estado? Entiendo que no, porque no habría proporcionalidad entre el hecho cometido y la reacción del Estado. La razón por la que no se deja esta respuesta punitiva en el ámbito administrativo sancionador debemos buscarla, precisamente, en la naturaleza diversa del derecho Penal. En el ejemplo del asesinato, se espera del Estado una respuesta ecléctica, es decir, la imposición de una pena con finalidad no solo preventiva, general y especial, sino también retributiva, centrándose en la valoración del hecho no solo por su gravedad, sino por su especial trascendencia para la víctima, la sociedad y el propio autor.

De esta forma, el Derecho Penal no pretendería corregir una disconformidad con la norma sino proteger la conculcación de valores que, por su trascendencia individual y no solo colectiva, requieren de un sistema autónomo que, con una mayor garantía, pueda incluso limitar el derecho de libertad del individuo, llegando si se precisa a inocularlo de la sociedad.

Por tanto, estamos ante bienes o valores que por su mayor gravedad deben ser protegidos de manera individualizada y no solo por su proyección cívica-colectiva. Dicho de otro modo, el derecho penal no le da valor a la vida de un sujeto en función de que éste coexista cívicamente con otros, sino porque la vida es un valor fundamental del individuo.

Sin embargo, como decimos, el Derecho penal está sufriendo una preocupante desnaturalización debido a esa, cada vez mayor, inclusión de tipos delictivos que no guardan relación directa ni indirecta con bienes jurídicos excepcionales y fundamentales sino con una forma de entender la sociedad. Así, se tipifican conductas que protegen bienes difusos como la propiedad intelectual o la propiedad industrial y se añaden nuevas modalidades que también desnaturalizan la acción típica en defensa de criterios varios, como la violencia de género (Art. 153), la habitualidad en las lesiones o en el hurto, etc.

Es decir, que hemos asumido, unos menos que otros, que la formalidad y eficacia que se anuda al uso de la jurisdicción penal beneficia indirectamente la función preventiva de hechos desaprobados socialmente, ampliando con ello y al mismo tiempo la función y uso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que resultaría impensable en el orden administrativo sancionador. En este escenario, de auténtico *derecho penal simbólico*, ya no protegemos sino que anticipamos peligros convirtiendo la literalidad lingüística de la norma en el propio criterio de culpabilidad del sujeto activo. Es en este contexto donde tiene relevancia la infracción formal de la norma que criticamos.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Estos delitos moralizantes, propios del derecho penal que denominamos del ciudadano, se erigen en principios rectores de convivencia, participando de la misma naturaleza y entidad que las infracciones en el orden administrativo sancionador. Esta similitud entre derecho administrativo sancionador y derecho penal se presentaba, casi de manera pacífica, con las faltas del Libro III, y ello aunque éstas se encuentren definidas en el artículo 10 del Código Penal haciéndolas partícipe de la propia definición de delito¹³⁸. Como señala COBO DEL ROSAL *el problema reside en delimitar qué sea falta por relación al delito*. Con carácter más o menos pacífico la falta queda diferenciada del delito por su menor gravedad, añadiendo nosotros que incluso podría ser discutible que algunas faltas tengan como finalidad la protección de bienes jurídicos estrictos, y no criterios meramente cívicos o de salvaguarda de intereses sociales y colectivos. Pues bien, entiendo que la protección de estos intereses sociales generales se equiparan con la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas, ya que con estas se pretende proteger el fin de gestión asignado a la Administración. De igual manera, en el caso de las faltas también se castiga la infracción de hechos que perturban, de manera leve o levísima, una convivencia ordenada. El factor común reside en que se normativizan meras obligaciones sociales de los ciudadanos.

Un ejemplo que puede servir para analizar este argumento lo encontramos en el ámbito tributario administrativo. En efecto, dado que la Administración

¹³⁸ “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley” (Art. 10 Código Penal).

tiene encomendada la gestión y protección de la sociedad necesita de recursos para poder sufragar esta gestión (personal público, infraestructuras, etc.) así como para la prestación de determinados servicios (incluyendo, como no, la propia administración de justicia). Pues bien, estos recursos se obtienen de diferentes modos, destacando la recaudación fiscal, en la que el ciudadano contribuye, siguiendo diversos criterios dependiendo del tributo, con los costes que suponen las funciones de interés general que presta la Administración.

Si estos impuestos son los que permiten el sostenimiento del Estado, éste, para garantizar su propio fin, se reserva la potestad de su gestión, articulando un catálogo de obligaciones fiscales cuyo incumplimiento genera una responsabilidad. No sería incorrecto decir que esta responsabilidad se genera por la conculcación del bien jurídico que supone el erario; sin embargo, estimamos que es más correcto afirmar que el catálogo de infracciones tributarias se basa en la necesidad de protección del ámbito de gestión de la Administración, sancionando la insolidaridad del ciudadano que incumple su cuota de sostenimiento de la cosa pública, y su actuación disconforme con la norma.

Incluso esta disconformidad con la norma no tiene que asociarse a un perjuicio para el Estado, lo que ya es importante para distinguirlo del Derecho Penal. Así lo ponen de manifiesto los artículos 14 y 15 del Real Decreto 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario, en los que se cataloga como infracción la mera ausencia de liquidación fiscal o la presentación incorrecta de esta, y ello,

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

insistimos, aunque no se produzca perjuicio alguno para el erario público. En la propia Exposición de motivos de la citada ley se indica que estas infracciones *consisten esencialmente en el incumplimiento de deberes u obligaciones formales*, por lo que no hay duda alguna de que lo que se pretende proteger por la Administración no solo es el perjuicio económico sino la pura ordenación formal de sus fines generales.

Precisamente, porque estas obligaciones formales y económicas son evaluables negativamente de diferente manera, surge el establecimiento de un límite económico perjudicial, y una conducta consistente en defraudar, a partir de los cuales el legislador activa el Derecho Penal porque entiende que el régimen administrativo sancionador, y sobre todo las posibilidades punitivas de la Administración, no satisfacen proporcionalmente el daño causado ni la función preventiva de incumplimiento de la norma. Dicho de otra manera, que el derecho tributario sancionador se ocupa del individuo cuando su incumplimiento puede graduarse en términos formales por su incumplimiento de la norma y aunque se produzca un perjuicio (que en todo caso no afecta a la generalidad sino a la obligación individual del administrado), mientras que el Derecho Penal interviene cuando esa conducta traspasa la obligación formal individual e infringe el orden socioeconómico.

La perfecta delimitación entre ambos sectores del ordenamiento jurídico, basada en la consideración de última ratio el Derecho penal, ha quedado completamente actualizada por el propio legislador a la hora de eliminar la faltas

del ámbito criminal, precisamente, basándose en el carácter fragmentario de éste. En efecto, en el proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 se suprimen las faltas en base al *principio de intervención mínima*, indicándose expresamente que esta eliminación *debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.*

Esta despenalización de las faltas que se proyecta hoy en España ya tuvo lugar en Alemania dentro del proceso despenalizador. Motivando, como recoge MATTES¹³⁹, que la Gran Comisión del Derecho Penal adoptara por unanimidad el siguiente acuerdo “*1. En el futuro Código Penal no debe haber faltas en el sentido del actual Derecho Penal, 2. Queda por deliberar que tipos de faltas del Código Penal vigente han de permanecer como delitos en el Derecho Futuro. Los restantes tipos eliminados deben ser acomodados en las normas sobre infracciones del orden, que han de desarrollarse sobre sus actuales fundamentos. En el Derecho Penal Especial hay que realizar un correlativo proceso de desdoblamiento*”¹⁴⁰. Decimos que este proceso despenalizador de las faltas se está produciendo en la actualidad en España porque así lo pone de manifiesto el Proyecto del Código Penal. Sin embargo, *con anterioridad a la aparición en algunos países de un movimiento despenalizador, en España se había producido ya, en cierto sentido, esa transformación, aunque la dificultad*

¹³⁹ MATTES,, en Problemas del Derecho Penal administrativo. Historia y derecho comparado; traducción y notas de José María Rodríguez Devesa. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1979

¹⁴⁰ Para un análisis mas profundo de la cuestión, PERIS RIERA, en El proceso despenalizador. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1983

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

para defender un movimiento amplio de estas características en nuestro país la encontramos, de un lado, en *la existencia real y tangible de una masa ingente de infracciones-sanciones de cariz administrativo sustraídas del ámbito criminal* y, de otro, en *la inexistencia de un sistema de garantías* en el ámbito del derecho administrativo. De ahí que, de manera contradictoria, *el sujeto temía mucho más el rigor de una sanción administrativa que la imposición de una sanción penal* (PERIS RIERA¹⁴¹).

En definitiva, el Derecho Penal no puede consistir en una técnica sancionadora cuya utilidad sea solo la de reconducir a la normalidad situaciones jurídicas desviadas sino el extremo cauce para castigar aquellas actuaciones que, de acuerdo con una valoración personalísima del desvalor de la acción llevada a cabo por el autor, han violado los bienes jurídicos que se encuentran protegidos.

De esta forma, el Derecho Penal debe centrarse en la idea de actuación y, esta, sin ficción, solo puede realizarse por personas físicas en cuanto únicos sujetos capaces de entender y hacer (acción), entender y omitir (omisión) o inadvertir y causar (imprudencia). Hacer del derecho penal la única fuente de solución de conflictos iría contra el propio carácter fragmentario de éste y, sobre todo, haría desproporcionada la respuesta que el Estado tiene reservada para los ataques más graves a bienes jurídicos, y todo ello tras un análisis pormenorizado de los elementos objetivo y subjetivo del tipo y su relación axiológica con el sujeto activo del delito.

¹⁴¹ PERIS RIERA, en El proceso despenalizador. Op. Cit.

B.- Diverso alcance del principio de legalidad

Transformar el Derecho Penal mediante la creación de sujetos activos ficticios es tan posible como construir tipos sin ningún bien que proteger¹⁴², pero debemos entender que ya no será el Derecho Penal que conocemos sino un simple Derecho sancionador más al que, por imperativo legal, se le aplica la pena como consecuencia jurídica. Si esto es así es obvio que nos adentramos en una línea legislativa en la que el Derecho Penal se transforma en un brazo de gestión privilegiado para el Estado, perdiendo su carácter de última ratio. En realidad, para esto, legislativamente basta con los votos requeridos para la aprobación de la Ley Orgánica, lo que en puridad –con gobiernos con mayoría absoluta- convierte al Código Penal en un mecanismo ordinario y no extraordinario de punición y regulación de la convivencia entre los ciudadanos.

Hoy más que nunca parece obligado recordar que desde un punto de vista constitucional, la propia reserva de Ley establecida en el artículo 25 de la Constitución española tanto para el orden penal como administrativo, difiere en un caso y otro. Así, y como señala PARADA¹⁴³, *la diferencia entre el principio de reserva absoluta de Ley –que opera en materia penal- y de “cobertura legal” –aplicable a las sanciones administrativas- es que, en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la*

¹⁴² O al menos con bienes jurídicos abstractos de difícil delimitación.

¹⁴³ PARADA, en Derecho Administrativo. I Parte General. Marcial Pons. Madrid. 1995

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de “cobertura legal” de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad.

Como afirma el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 42/1987, por *cobertura legal* debemos entender la *regulación mínima en la ley de los tipos y sanciones y en concreto de los límites máximos de éstas*. Por tanto, aunque el legislador penal actual haya reducido de manera poco legítima el principio de legalidad penal a una mera cobertura jurídica (a integrar posteriormente con la interpretación judicial) las bases constitucionales en las que se asienta el principio de tipicidad penal, al menos desde una óptica coherente con la naturaleza del orden criminal, son evidentes y diferentes al empleado por el derecho administrativo sancionador.

En este sentido, y por más que se esté olvidando con demasiada trivialidad, en el ámbito penal rige la competencia exclusiva de un legislador orgánico, y no ordinario, otorgándole a éste la capacidad soberana para establecer con carácter exclusivo un auténtico imperativo categórico (la definición del delito) de imposible sumisión a otras razones, y mucho menos de inferior rango, que

contradigan esa inderogable ¹⁴⁴ directriz normativa. Sin embargo, en el orden administrativo, no solo no ocurre esto sino que la definición de infracción puede quedar definida por otra normativa, incluso reglamentaria (en la que el legislador orgánico está ausente y no por ello se infringe el principio de legalidad), siguiendo criterios puramente políticos y de gestión.

Esta doble forma de ser del principio de legalidad acentúa la absoluta disparidad entre el derecho administrativo y el derecho penal, pues en el primero solo definen las obligaciones formales del ciudadano con la Administración, constituyendo la infracción, en su concepción mínima, una simple falta de acomodación (*simple inobservancia*¹⁴⁵) de la conducta a la norma, mientras que en el segundo (orden penal) la norma exhaustiva implica la existencia de una conducta, cuyo contenido material y no solo formal, se erige en activador nato de la última ratio de defensa social de un Estado.

Es más, el propio artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prevé la *existencia de intencionalidad* como una mera regla de graduación de la sanción, lo que, en palabras de PARADA¹⁴⁶, significa que *la falta de intención sólo sirve para graduar la sanción, no para excluirla.*

¹⁴⁴ Salvo que así lo disponga otra norma de igual rango.

¹⁴⁵ Así se indica expresamente en el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos **aun a título de simple inobservancia**”

¹⁴⁶ Así lo recuerda Bajo Fernández, en La unidad del Derecho Sancionador.. Op. Cit.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

De ahí que PARADA¹⁴⁷, entienda que la Ley, *al aludir a la responsabilidad a título de simple inobservancia, parece admitir una responsabilidad sin culpa, y lo mismo pudiera inferirse cuando incluye entre los criterios que sirven para graduar la responsabilidad la concurrencia de la intención del sancionado, de lo que parece deducirse que sin esa intencionalidad también es posible la sanción; y, en fin, parece desdeñarse el elemento de la culpabilidad cuando se admite la responsabilidad administrativa de las personas físicas o jurídicas que tienen el deber de prevenir el incumplimiento por otras de las obligaciones impuestas por la Ley. De ser cierta esta interpretación, la Ley enlazaría con una “bárbara” jurisprudencia según la cual sería irrelevante tanto la ausencia de intencionalidad como el error, por no ser precisa una conducta dolosa, sino simplemente irregular para castigar la inobservancia de las normas (Sentencias de 30 de enero y 22 de abril de 1985), lo que conferiría a la responsabilidad en esta rama del Derecho una naturaleza cercana a la responsabilidad objetiva.*

Es decir, que no encontramos justificación a la postura de quienes invocan la semejanza del derecho administrativo sancionador como presupuesto legitimador de un derecho penal administrativizado (que permite la inclusión de la persona jurídica como sujeto activo), máxime cuando la doctrina mas autorizada en este orden reprocha la innegable ilegitimidad de un legislador que autoriza una responsabilidad puramente objetiva. Dicho de otro modo, que lo que pretende extrapolarse al Derecho Penal es lo que también se tilda de inconstitucional en el derecho administrativo sancionador.

¹⁴⁷ PARADA, op. cit.

Es más, PARADA considera que la admisión de responsabilidad de la persona jurídica supone *una quiebra de la exigencia de la culpabilidad... admisión que ha sido una de las causas del desarrollo de la potestad sancionadora administrativa que permitía castigar a entes que, por no ser personas físicas, no se consideraban culpables ante el Derecho penal y que, además, no podían ser condenados a penas privativas de Libertad*". Esta responsabilidad corporativa, sigue afirmando el autor, debe encontrar su justificación *porque*, en este caso, *falta la culpabilidad*. Así, e interpretando el criterio del Tribunal Constitucional asentado en su Sentencia 246/1991, la justificación invocada para la admisión de esta responsabilidad de la corporación es la del *principio de eficacia de la represión administrativa, que se concreta en la mayor solvencia económica de las personas jurídicas, frente a la de sus miembros o empleados*.

Por tanto, y de manera autorreferente, parece que algunos sectores doctrinales defienden la semejanza del derecho administrativo para legitimar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando resulta que aquel orden admitió a las personas jurídicas como sujetos responsables para poder subsanar su imposible inclusión en el ámbito penal por su incapacidad de culpabilidad y para garantizar la satisfacción del importe cuantitativo de la sanción. Estimo que la prisa de estos sectores de la doctrina por buscar un fundamento jurídico a una teoría insostenible, o el firme propósito de seguir a un legislador cada vez menos

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

técnico y más mediático, sea la causa de este olvido sobre la génesis del problema jurídico que subyace a la responsabilidad penal corporativa.

C.- Levantamiento versus cubrimiento penal del velo

Considero que la persona jurídica, como instrumento para delinquir (no puede ser más que eso) no tiene capacidad para ser castigada penalmente. En todo caso, puede ser objeto de medidas, accesorias a las penas impuestas a las personas físicas autoras del delito, y solo en aquellos casos en los que la persona jurídica deba su existencia a ser fin instrumental de la actuación delictiva (sociedades pantalla). Ampliar el espectro y sancionar o penar a cualquier persona jurídica mediante una ficción es generar problemas que, en última instancia, suponen claramente una expropiación de intereses afectados pero no causantes de la conducta delictiva (trabajadores, acreedores, proveedores, el mercado, etc.).

Este afán recaudatorio parece ser también el que subyace de manera subliminal en la reforma penal del 2010, pues parece algo contradictorio que en el ámbito de Derecho privado (mercantil y civil) se considere a las personas físicas como los verdaderos titulares de los derechos, obligaciones y responsabilidades de las corporaciones, incorporando la teoría anglosajona del

*levantamiento del velo*¹⁴⁸ para hallar a los verdaderos responsables de las acciones formalmente cometidas por las personas jurídicas, mientras que en el ámbito de Derecho Público, y permítase la ironía, aparezcan autores que, desde perspectivas muy alejadas del entorno societario, abogan por infalibles teorías que demuestran que la persona jurídica, en realidad, comete un hecho propio en todo este devenir de conductas irregulares.

La explicación por tanto quizás debamos buscarla en la propia dogmática mercantil en lugar de abrir excursos que terminan por tergiversar la verdadera naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, desde un posicionamiento puramente mercantilista, LOBATO DE BLAS¹⁴⁹, afirma que *el abuso que, en determinados casos, se ha hecho del concepto de persona jurídica es evidente, pero ello en modo alguno puede conducir al exceso que supondría abandonar y prescindir de su concepto, sino que deberá acudirse al adecuado expediente conector de semejante abuso que a nuestro propósito -y entre otros medios de que el Derecho dispone- es el que conocemos con la denominación de teoría del levantamiento del velo, que no es más que la "técnica judicial consistente en prescindir de la forma externa de la persona jurídica y, a partir de ahí, penetrar en la interioridad de la misma, levantar su velo, y así examinar los reales intereses que existen o laten en su interior. En suma, adentrarse en el seno de la*

¹⁴⁸ Doctrina utilizada por primera vez en España en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984.

¹⁴⁹ LOBATO DE BLAS, J, en Excesos en la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas. Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, Nº 15, 1993.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

persona jurídica para de este modo poner coto a los fraudes y abusos que por medio del manto protector de la persona jurídica se pueden cometer¹⁵⁰.

En este mismo sentido, la Sentencia de 21 de junio de 2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona señala esta doctrina del levantamiento del velo como la penetración en el *substratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal -de respeto obligado, por supuesto,- se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos, o bien ser utilizada como vehículo de fraude*

Conducta fraudulenta que solo puede ser realizada por las personas físicas que dirigen y administran al ente, a través de conductas irregulares que se han dado en llamar *abuso de la personalidad jurídica*. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2007 con la teoría del levantamiento del velo *se trata, en todo caso, de evitar que se utilice la personalidad jurídica de una sociedad como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento.*

De ser creíble la teoría que basa, en un supuesto hecho propio, la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal teoría habría sido extrapolada y aceptada desde hace bastante tiempo en el ámbito mercantil. En su lugar, y paradójicamente, en el ámbito jurídico privado (el que en realidad entiende de

¹⁵⁰ Concepto que el autor extrae de DE ANGEL YAGÜEZ, en La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia, Madrid, 1990

los fines de las corporaciones) se recurre a lo contrario, esto es, dado que se estima imposible este hecho propio, buscan, con el levantamiento del velo, a la persona física responsable que se esconde tras el manto de la corporación. Como se recordará, esta doctrina supone nada mas y nada menos que la quiebra absoluta del concepto de sociedad como patrimonio separado del individuo, propiciando la responsabilidad directa de la persona física que ha abusado de la personalidad jurídica.

Entiendo, en definitiva, que si la cuestión de atribuir hechos propios a las entelequias no resulta tan fácil ni en el Derecho administrativo sancionador ni en el ámbito privado, mucho menos puede resultar sencillo atribuir penalmente responsabilidad a la persona jurídica.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 6. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA
JURÍDICA COMO UN PROBLEMA DE ANTIJURIDICIDAD:
IMPOSIBILIDAD DE ACCIÓN.**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Sostienen algunos autores que el problema de la responsabilidad penal de la persona jurídica radica en la imposible atribución de culpabilidad a ésta, entendida –aún siendo conscientes de que no es un concepto pacífico en la doctrina- como el *juicio de reproche personal que se dirige al autor por la realización de un hecho típicamente antijurídico*. Es decir, y como venimos sosteniendo, para que la persona pueda ser objeto de este juicio de reproche debemos considerar la posibilidad de que aquella quede situada en la posición de autor, hecho éste que no puede darse, pues, como sostiene MIR PUIG¹⁵¹, *todo delito requiere el comportamiento del hombre*.

Por ello, la cuestión nos obliga a remitir el problema a un estadio anterior, esto es, debemos retrotraernos a la causa que impide en realidad que la persona jurídica pueda situarse en la posición de autor requerida para efectuar válidamente aquel juicio de reproche o, desde otra concepción de la culpabilidad, se debe abordar la causa de la incapacidad de la persona jurídica *para motivarse ante el mandato contenido en las normas penales*¹⁵². Nos referimos, como resulta obvio, a la incapacidad de acción.

De acuerdo con la concepción mayoritaria, uno de los elementos que integran la antijuricidad penal es la *acción o comportamiento humano*¹⁵³, acción

¹⁵¹ MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General. 9ª Edición. Editorial Reppertor. 2.011. Barcelona

¹⁵² Gómez Rivero en AAVV (dirigido por MC Gómez Rivero). Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General. Tecnos. 2010

¹⁵³ véase en este sentido, MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General. 9ª Edición. Editorial Reppertor. 2.011. Barcelona

que, además, requiere una concreta voluntad. En este mismo sentido señala CARBONELL MATEU¹⁵⁴, y recuerda MORILLAS CUEVAS¹⁵⁵, que *la dogmática clásica nace y se desarrolla en torno al delito como acción llevada a cabo por una persona física*.

En el mismo sentido, PALIERO¹⁵⁶, haciéndose eco de la opinión de RAMELLA¹⁵⁷, al considerar que *un argumento posterior que ha influido en favor de la tesis de la irresponsabilidad es de tipo antropocéntrico, orientado hacia la naturaleza personal - espiritual de la responsabilidad penal: “el derecho penal está hecho para el hombre ...”*. Es decir, para un sujeto pensante, con inteligencia creadora y previsor, y con la facultad de determinarse libremente.

Partiendo de esta premisa resulta inimaginable que una persona jurídica pueda realizar válida y autónomamente una acción y, mucho menos, que esta acción pueda ser valorada en términos de antijuricidad penal al no existir, precisamente, la capacidad intelectual, volitiva, autónoma y diferenciada de la persona jurídica respecto de las concretas y determinadas o determinables personas físicas que la dirigen y que, en definitiva, son las únicas con capacidad para realizar un hecho, sea antijurídico o no. De ahí que la dogmática alemana

¹⁵⁴ CARBONELL MATEU, JC: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. Cuadernos de Política Criminal. Nº 101, 2010. Pag. 7-12

¹⁵⁵ MORILLAS CUEVA, L: La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

¹⁵⁶ PALIERO, C.E. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996

¹⁵⁷

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

tradicional niegue la *capacidad de acción de la asociación*, en la medida que, a diferencia del hombre, *la asociación sería incapaz de formar una voluntad*¹⁵⁸. En este mismo sentido, MORILLAS CUEVA¹⁵⁹, al señalar que quienes defienden la incapacidad de acción de la persona jurídica plantean su falta de *aptitud para formar una voluntad autónoma, distinta de las voluntades de sus miembros con incidencia en el ámbito punitivo*.

Todo ello obliga a concluir que la persona jurídica solo puede ser responsable penalmente de las conductas realizadas por personas físicas (aquellas enumeradas en el Art. 31 bis del Código Penal) simplemente por una decisión legislativa, pues es evidente que nada, ni tan siquiera el legislador, puede cambiar la naturaleza meramente patrimonial e instrumental de la persona jurídica.

El hecho de que ésta aporte a la conducta criminal de determinadas personas físicas el medio (actividad societaria, por ejemplo), el nombre (de la empresa, por ejemplo) o el fin, en modo alguno sustenta o puede sustentar la dirección y ejecución real de la acción criminal por parte de la persona jurídica. El problema, pues, no solo es asumir esa decisión legislativa, sino advertir y paliar las negativas consecuencias que tal decisionismo aparejará al entorno de la persona jurídica cuando tal conducta delictiva no guarde relación significativa con la finalidad lícita para la que fue creada.

¹⁵⁸ JÜRGEN LOUIS / MARTIN PAUL WASSMER, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados. Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006

¹⁵⁹ MORILLAS CUEVA, L en La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

Desde cualquier planteamiento de la antijuricidad, formal o material¹⁶⁰, resulta imposible que la persona jurídica adquiera capacidad de acción. Por tanto, y según sostenemos, es inasumible que pueda reprocharse, en sentido propio, la antijuricidad de un hecho cuya realización es imposible¹⁶¹.

En efecto, dado que la antijuricidad es un elemento valorativo de acción debemos concluir que la ausencia de capacidad de acción elimina cualquier posibilidad valorativa. De la persona jurídica no se espera acción u omisión alguna de ahí que resulte poco racional entrar en un mundo de valoración faltando el hecho que precisamente se ha de valorar.

Desde un concepto social de acción podría plantearse la responsabilidad penal de la persona jurídica ya que, al quedar diseñada la acción como un comportamiento *con trascendencia social*¹⁶², se permite concluir que todo hecho que repercuta en la sociedad, y con abstracción del sujeto, puede ser valorado en términos penales. Sin embargo, esta consideración también mutaría el sentido propio de la acción pues la teoría social parte, como cualquier otra teoría (causalista o finalista) del comportamiento humano.

¹⁶⁰ Es decir, ni antijuricidad como mera contradicción entre el hecho y la norma (formal) ni como contradicción que lesiona un bien jurídico (material)

¹⁶¹ Otra cosa es que en sentido impropio, la persona jurídica sea utilizada en una conducta delictiva, pero tal circunstancia sitúa a la persona jurídica como mero instrumento no como sujeto de la acción criminal.

¹⁶² HANS- HEINRICH JESCHECK / THOMAS WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Quinta edición. Editorial Comares. Granada. 2.002

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Luego profundizaremos en esta abstracción del sujeto, pero no faltan autores¹⁶³ que consideran que, en un mundo postindustrial, se debe aceptar una patente deshumanización de los comportamientos trascendentales, de tal forma que lo importante es analizar la repercusión de un hecho para la convivencia en grupo con independencia de su autoría real. Quienes así están decididos a entender la acción y el mundo actual consideran que la finalidad del Derecho Penal queda limitado a la supervisión de la vigencia de sus imperativos, desterrando todo el marco teórico conocido y desarrollado hasta la fecha. En este sentido, POLAINO NAVARRETE¹⁶⁴ afirma que a esta nueva perspectiva *se llega, sin duda, superando el clásico entendimiento de la acción como algo ontológico o prejurídico (que exigiría concretos movimientos corporales dependientes de la voluntad humana) y entendiendo el concepto de acción de manera normativa, donde lo que importa no es el movimiento corporal (esto es, el elemento ontológico del ser) sino la infracción de un deber (o sea, el aspecto normativo del deber ser).*

Sin embargo, aceptar la capacidad de acción penal de la persona jurídica es aceptar el siguiente planteamiento funcionalista: La persona jurídica no podrá cometer cualquier clase de delito sino solo aquel cuya conducta consista en actos jurídicos y no físicos. Así, por ejemplo, en la medida que una corporación tiene reconocida jurídicamente la capacidad para suscribir contratos, puede

¹⁶³ Por todos, BACIGALUPO SAGGESE, S: La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997

¹⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, M. en Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas), 2009, Grijley. Perú

perfectamente, a través de esta suscripción, cometer un delito de estafa, pues, para ello, se insiste, no se necesita más que capacidad para suscribir un contrato.

Entiendo que tal razonamiento no deja de ser una mera tautología autorreferente que deja poco margen para la averiguación real –y no meramente formal- de la premisa menor y su conclusión¹⁶⁵. En efecto, que a la persona jurídica se le otorgue capacidad para la firma de documentos legales con plena validez (premisa menor) no significa, ni mucho menos, que dicha ficción jurídica atribuya a la persona jurídica vida biológica alguna. No es independiente de la mano física que, en su nombre, firma en realidad estos documentos legales. Así, la decisión de vincular a una persona jurídica con sus actos –en el plano de los negocios jurídicos- no permite concluir, en el plano empírico-penal, que la existencia de un contrato con relevancia criminal pueda ser atribuido a quién no tiene más vida que la que sus representantes le han querido dar.

En realidad, quienes entienden la responsabilidad penal de la corporación sosteniendo su capacidad para actuar (su actuación despliega efectos jurídicos), solo están reinventando el concepto general de personalidad jurídica, concepto no ya clásico sino de una claridad y delimitación indiscutible. En efecto, valorar

¹⁶⁵ Siguiendo el silogismo: Premisa mayor, La firma en un contrato con relevancia penal permite la imputación de su autor, Premisa menor, dado un contrato con relevancia penal firmado por una sociedad, conclusión: este contrato puede ser imputado a la sociedad. La tautología se encuentra en lo siguiente: Dado que la sociedad es posible autora de un contrato con tintes penales ella también es autora del delito cometido al existir un contrato de estas características firmado en su nombre. Sin embargo, nada, más que un razonamiento circular permite tal conclusión porque necesariamente se parte de la firma de la sociedad para concluir su firma y se olvida que quien firma no es la sociedad sino su representante legal.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

ahora la capacidad de la persona jurídica para, por ejemplo, actuar en el tráfico económico no es más que un ejemplo de lo que es la personalidad jurídica en términos civiles. Por tanto, nada se está descubriendo ahora, y nada permite extender hasta el infinito los efectos jurídicos que se reconocen a un ente ficticio.

Es mas, el argumento que sostiene la responsabilidad penal de las personas jurídicas en base a extrañas metateorías propias de la sociología jurídica, mezclando selectivamente determinados aspectos jurídicos, y negando otros que resultan molestos para salvar cierta coherencia en el razonamiento, no puede tildarse más que de puro psicologismo. Como afirmaba LALANDE¹⁶⁶, aunque matizado por HUSSERL¹⁶⁷, el psicologismo *no se emplea más que para desaprobar o eliminar una actitud a la cual nos oponemos*, es decir, que tal forma de razonar parte necesariamente de un resultado que previamente ya se ha decidido.

En los diversos conceptos de acción poco parece encajar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien, de la supuesta posición de garante de los administradores que parece establecerse en el artículo 31 bis, (apartado segundo) puede deducirse un concepto negativo de acción. Como señala LUZÓN PEÑA¹⁶⁸, esta concepción negativa de acción *entiende no solo la omisión sino también la comisión como evitación de un resultado pudiendo*

¹⁶⁶ LALANDE, A. en Vocabulario Técnico y crítico de la Filosofía. El Ateneo. Buenos Aires. 1953

¹⁶⁷ HUSSERL, E. Investigaciones lógicas. Filosofía y Pensamiento, alianza Editorial. Segunda reimpresión, 2006. Madrid.

¹⁶⁸ LUZÓN PEÑA, en Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Valencia, 2012. Tirant Lo Blanch

hacerlo. Sin embargo, y como afirma el citado autor este concepto debe ser rechazado al ser totalmente normativo, es decir, que esta pensando solo en delitos (centrándose además casi exclusivamente en delitos de resultado), y en su significado de delitos de comisión o de omisión respecto de la producción de un resultado típico, y no en la simple conducta como tal, con independencia de sus ulteriores características relativas a la producción de resultados típicos. Dicho de otra manera, se acude a un concepto de significado normativo, el de evitabilidad o inevitabilidad del resultado, para resolver ya en la acción cuestiones que realmente son de antijuridicidad o ausencia de la misma (caso fortuito por inevitabilidad general), o de culpabilidad o inculpabilidad (incapacidad individual de previsión o de evitación).

En sentido contrario, hay quien entiende que no se puede negar abiertamente la capacidad de acción de las personas jurídicas (CUADRADO RUIZ¹⁶⁹), autora que llega a decir, siguiendo a FIANDACA/MUSCO¹⁷⁰ que estaríamos aquí ante un caso de acción por medio de otro, condicionado por la estructura de la corporación, pues según la teoría orgánica de la persona jurídica, la relación existente entre el ente colectivo y la persona física hace posible adscribir al primero las consecuencias de las conductas de sus órganos.

Interesa destacar el profundo análisis que se realiza por parte de algún sector doctrinal en defensa de la capacidad de acción de la persona jurídica y,

¹⁶⁹ CUADRADO RUIZ, M^a ÁNGELES. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?.

¹⁷⁰ FIANDACA/MUSCO: DP PG, reed.,1994

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

sobre todo, en la posible traslación, por analogía, al mundo corporativo de la capacidad de acción individual. Entre ellos destaca JAKOBS quien llega a afirmar, como recuerda MORILLAS CUEVA¹⁷¹, que *mientras para el sujeto el sistema que ha de formarse ha de estar compuesto siempre de los ingredientes propios de una persona física, mente y cuerpo, en la persona jurídica se traslada a estatutos y órganos, [definiéndose éstos] como sistema en el cual lo interno no interesa pero si el output, con lo que las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de las personas jurídicas.*

Estamos con LUZON PEÑA¹⁷² cuando reconoce que la cuestión radica en determinar si la ejecución de resoluciones o acuerdos de personas jurídicas son o no acciones en sentido jurídico-penal.

El legislador parece seguir esta corriente –de corte funcionalista- al establecer en el artículo 31 bis un catálogo cerrado de delitos; Delitos que, por lo demás, protegen bienes jurídicos colectivos o, en su caso, describen modalidades típicas cuya comisión requiere tan solo de capacidad de obrar jurídica, esto es, modalidades que no exigen –desde perspectivas naturales- comportamientos físicos (de imposible comisión por quien no posee vida

¹⁷¹ MORILLAS CUEVA, L, en La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

¹⁷² LUZÓN PEÑA, DM. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Valencia, 2012. Tirant Lo Blanch

biológica), sino tan solo jurídicos. Así lo analiza con brillantez MORILLAS CUEVA¹⁷³.

Para los seguidores de esta corriente lo importante es estudiar el hecho ubicándolo en el momento actual y con la única finalidad de encontrar remedios, aunque éstos contravengan el sistema en donde se incardinan. Por tanto, y respecto de lo que nos ocupa, lo importante –para quienes abogan por la corriente funcionalista- es aprovechar las consecuencias represivas del Derecho Penal con absoluta abstracción de si éste, dentro de sus postulados, admite o no la inclusión en su sistema del problema a resolver. Lo relevante, por tanto, es proteger los Bienes jurídicos.

Entendemos que la persona jurídica no tiene capacidad de acción (luego veremos que tampoco compartimos su capacidad de culpabilidad), ni capacidad de pena, ya que su imposición, en ningún caso, podría alcanzar el fin de prevención especial, dado el marcado carácter psicológico de éste. Por tanto, también desde perspectivas penológicas la teoría general se ve modificada, ya que la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica legitima la imposición de una pena que no pretende alcanzar más fin que la de limitar su uso instrumental por parte de la persona física que la representa y que, a la postre, es quien ha realizado, a título de autor o partícipe, el delito. Como

¹⁷³ Morillas Cueva, L en su ponencia dentro del Seminario Derecho Penal Económico internacional y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, 23/11/2012, dentro de la Cátedra de Responsabilidad Social Corporativa de la Universidad de Murcia.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

indican JÜRGEN LOUIS y MARTIN PAUL WASSMER¹⁷⁴ *la opinión tradicional rechaza la capacidad de pena de la asociación, porque las asociaciones no serían sensibles al castigo. Es decir, la pena debería poder infligir «dolor» y ser experimentada como un «mal» para conseguir «expiación» y resocialización; y la asociación no sería capaz de estas sensaciones.*

En definitiva, *hasta ahí ha llegado el inverosímil y oficioso legislador penal español, que concibe una responsabilidad criminal para las personas jurídicas que no han cometido delito o falta de ninguna clase (COBO DEL ROSAL¹⁷⁵)*

En efecto, el legislador español, dado el tenor literal del artículo 31 bis, parece coincidir en la incapacidad de acción de las personas jurídicas¹⁷⁶, dirigiendo toda la cuestión al mero reproche de un delito cometido por determinadas personas. Es decir, que este sistema de responsabilidad se basa en una culpabilidad por hecho de otro.

Si, como apunta JAKOBS, cada teoría de acción supone una teoría del sujeto, nos deberíamos encontrar con tantas variedades de sujetos como posibles teorías de acción. Sin embargo, solo un planteamiento funcionalista de acción

¹⁷⁴ 53. JÜRGEN LOUIS / MARTIN PAUL WASSMER, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados. Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

¹⁷⁵ COBO DEL ROSAL, M. Societas Delinquere Non Potest, en Anales de Derecho, Número 30, 2012, págs. 1-14. ISSN: 1989-5992. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

¹⁷⁶ En igual sentido, y sin ánimo exhaustivo, Luzón Peña, Mir Puig, etc.

parece ser compatible con la idea de un sujeto no humano con capacidad plena de responsabilidad penal. En efecto, tanto desde perspectivas causales como finalistas resulta imposible atribuir capacidad de acción a una persona jurídica, y ello, por mucho que a VON LISZT se deba la célebre cita, ya indicada más arriba, de que “*quién puede concluir contratos, también puede concluir contratos ilícitos o usurarios o incumplir contratos concluidos*”, y ello, dado que su planteamiento causal de acción –movimiento muscular iniciado por un acto psíquico- y su propia idea de prevención especial como función de la pena resultan incompatibles con la atribución de capacidad penal a la persona jurídica. Desde el finalismo de WELZEL¹⁷⁷, que parte del concepto de *hombre capaz de orientar finalmente su conducta*¹⁷⁸, tampoco puede entenderse esta responsabilidad penal de la persona jurídica

Como luego se dirá, al analizar las diversas concepciones de la culpabilidad que se manejan en esta materia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo puede concebirse –en el ámbito teórico- desde planteamientos funcionalistas que otorgan a la pena una función exclusiva de prevención general.

Como se puede ver, lo que resulta difícil, y así lo puntualiza MORILLAS CUEVA¹⁷⁹, es la elaboración de una teoría jurídica del delito donde tenga

¹⁷⁷ WELZEL, por ejemplo, en *Das deutsche Strafrecht*, 11. Ed., Berlin, 1969

¹⁷⁸ BACIGALUPO SAGGESE, S: *La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal*. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997

¹⁷⁹ MORILLAS CUEVA, L: *La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

implantación una posible imputación penal a la persona jurídica por hechos delictivos, compatible con el sistema penal de responsabilidad individual. Contrariamente a lo que opina el sector de la doctrina que aboga por esta responsabilidad corporativa, entiendo que, de momento, tal planteamiento no ha sido desarrollado en términos de compatibilidad dogmática, por mucho que el legislador, esto es, la realidad positiva, haya establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 7. FUNDAMENTOS DE LA CULPABILIDAD EN LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.
TEORÍAS**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A. Punto de partida

Que la culpabilidad es pieza esencial en el ámbito penal resulta incuestionable. Así lo pone de manifiesto ROXIN¹⁸⁰, al decir que *ninguna categoría penal es tan discutida como la de la culpabilidad, y ninguna es tan imprescindible, hasta el punto de afirmar que ningún Derecho penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad.*

Con independencia del concepto dogmático de culpabilidad que se emplee, resulta pacífico que una persona culpable lo es por haberse acreditado la existencia de un hecho penal relevante, que le puede ser atribuido según las reglas de la imputación objetiva y que es merecedor de una pena.

Aún cuando la culpabilidad es un segmento del Derecho Penal cuyo alcance será cuestionado siempre por la doctrina, no puede negarse que, desde el propio concepto de antijuricidad, el hecho culpable debe ser realizado por una persona física, en tanto tiene capacidad de acción, es decir, tiene capacidad de modificar el mundo –dolosa o imprudentemente– mediante un hecho/omisión individual y analizable en términos valorativos y prácticos. Y esto con independencia de las divergencias que surjan a la hora de decidir cómo se entiende la culpabilidad.

¹⁸⁰ ROXIN, en NPD 1996, PP 335 (extraído de Tratado de Responsabilidad penal de las personas jurídicas, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Pág. 154, Cívitas)

Sin embargo, con la aparición de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la culpabilidad se torna claramente en un análisis metafísico, en el sentido más Kantiano, esto es, la culpabilidad se ceñiría a una afirmación que escaparía por completo a toda posibilidad de experimentación sensible por el ser humano, de tal forma que la culpabilidad en la persona jurídica está llamada a estructurarse en estantes predefinidos y cuya acreditación real escaparía a cualquier esfuerzo probatorio.

Tal es así que, como señala VELASCO NUÑEZ¹⁸¹, *dado que sin voluntad no hay culpabilidad, la acción realizada en nombre de la pj, en principio, tampoco puede ser susceptible de reproche social, ni realmente le puede ser imputable, pues se trata de un mero patrimonio para un fin mercantil.*

Es más, DE MARSICO¹⁸², (al que PALIERO¹⁸³ atribuye el origen del cambio de *la doctrina de la especialidad del fin* de origen francés) ya indicó que la realidad de la corporación y la eficacia de sus actos dependían del fin específico para el que habían sido creados, de forma que *todo lo que se realiza fuera de este ámbito de atribución - que constituye lo específico de la agrupación - es nulo, porque ha sido efectuado por un sujeto inexistente para el*

¹⁸¹ VELASCO NUÑEZ, E.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales. Diario La Ley, núm. 7883, de 19 de junio de 2012. ISSN 1138-9907.

¹⁸² DE MARSICO, La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo, Studi di Diritto Penale, Napoli, 1930

¹⁸³ PALIERO, C.E. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

ordenamiento jurídico. Se llega a afirmar que fuera de estos límites, sólo hay lugar para la responsabilidad individual. Esta teoría de la persona jurídica, como se indicó en el capítulo histórico, es plenamente compatible con la idea de ente como sujeto reconocido por el ordenamiento jurídico para la exclusiva satisfacción de intereses humanos, tal y como sostenía FERRARA.

Y es que, en realidad, la persona jurídica no es más que eso, un patrimonio para un fin, es decir, un instrumento en manos de otros, y tan incoherente es condenar a la persona jurídica –so pretexto de su cualidad jurídica de persona- como condenar a la ganzúa que se emplea en un robo con fuerza. Ninguno de los dos instrumentos tiene capacidad de actuar por sí solo y ninguno tiene otra esencia o razón de ser que servir de objeto a personas físicas concretas.

Desde perspectivas sistemáticas, podemos indicar que el debate en torno a la culpabilidad de las personas jurídicas ha partido de tres ideas básicas. De un lado, la propuesta por SCHÜNEMANN¹⁸⁴ que, aún admitiendo la incapacidad de culpabilidad de la persona jurídica, sostiene que el fundamento del reproche se halla en un estado de necesidad del bien jurídico; De de otro, la propuesta por TIEDEMANN¹⁸⁵ que elabora toda una teoría de culpabilidad sobre la base del defecto de organización. Casi todas las teorías existentes son meras derivadas

¹⁸⁴ SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, passim

¹⁸⁵ TIEDEMANN, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität

de estas dos formulaciones (así, HIRSCH, KORTE, EIDAM, etc.). Una tercera fundamentación de la culpabilidad en general –y que ha querido extrapolarse, en algún caso, a la responsabilidad penal de las personas jurídicas- se sustenta en criterios funcionalistas elaborados desde el punto de vista de la prevención de la pena.

En el ámbito de este funcionalismo, nos encontramos, a su vez, con dos teorías sobre la culpabilidad: De un lado, la propiciada por ROXIN¹⁸⁶, que desde perspectivas de prevención especial y bajo un funcionalismo moderado¹⁸⁷, parte de la necesaria existencia de un sujeto persona física (único capaz de resocialización), por lo que, en modo alguno, satisface la culpabilidad colectiva y, de otro, la sostenida por JAKOBS que, fundamentando la culpabilidad en la función preventiva general y conforme a un funcionalismo radical¹⁸⁸, admitiría, partiendo de una metateoría sobre los sistemas de Luhmann, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, a diferencia de lo que ocurre con la capacidad de acción, considera que en la culpabilidad existe una mayor dificultad para compatibilizar al sujeto individual con el sujeto corporativo. A tal punto llega esta dificultad que, como señala MORILLAS CUEVA¹⁸⁹, JAKOBS *descarta renunciar en absoluto a la comprobación de la culpabilidad, aunque lo hace, ciertamente forzado*. Esta dificultad nos resulta paradójica con la supuesta facilidad que encuentran ciertos autores, siguiendo precisamente la tesis

¹⁸⁶ Roxín, en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. Ed., 1972,

¹⁸⁷ Influido por el funcionalismo de PARSONS

¹⁸⁸ Influido por el funcionalismo de LUHMANN

¹⁸⁹ MORILLAS CUEVA, L: La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Anales de Derecho* (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

funcionalista de JAKOBS, para sostener la culpabilidad penal de la persona jurídica.

B.- Teorías

Debemos analizar las teorías existentes sobre la culpabilidad de la persona jurídica. Se trata de un conjunto de teorizaciones –a cual más indemostrable- y que son, siguiendo la sistematización de GÓMEZ-JARA¹⁹⁰ las siguientes:

1.- Culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica.

Teoría creada por HAFTER, quién considera que la voluntad de la persona jurídica puede ser individualizada de la voluntad de las personas físicas que la componen, distinguiendo entre la formación de dicha voluntad (actuación conjunta de los miembros o del órgano) y la ejecución de dicha voluntad (que puede coincidir o no con el sujeto que ha formado su voluntad, por ejemplo en el caso de que la ejecución se lleve a cabo por personas que no participan del órgano de administración)

Para HAFTER, la *voluntad especial* de la persona jurídica surge cuando existen discrepancias entre la voluntad que se deduce del acuerdo conjunto de sus miembros y entre cada una de las voluntades individuales de los miembros

¹⁹⁰ AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas, Thomson Reuters. 2012

que forman el conjunto. Es decir, la persona jurídica tiene voluntad propia, según este autor, cuando la voluntad decidida para la persona jurídica no coincide con la que individualmente tienen los miembros del grupo.

Consideramos, sin embargo, que aún cuando pudiéramos aceptar que en tal caso existen dos voluntades diferentes, no podemos olvidar que esta supuesta y singular voluntad no es el resultado de una decisión propia de la persona jurídica sino del interés de los miembros del grupo sobre los fines deseados o queridos para ésta.

Dicho de manera gráfica, los miembros de un consejo de administración pueden estar en desacuerdo en que la sociedad de capital que dirigen salga del mercado internacional, y sin embargo deciden abandonar este mercado por cuestiones de índole económico o de infraestructura. Es cierto que, en este caso, la sociedad manifiesta una voluntad distinta a la de sus miembros, pero no es menos cierto que tal voluntad se ha formado por estas mismas personas físicas con el fin de organizar el fin patrimonial de la sociedad, por lo que –de facto- la sociedad sigue sin tener voluntad propia. Su voluntad no es sino aquella que se ha decidido por el juego de mayorías y por el concreto interés del momento de las personas físicas que la dirigen, sin que a aquella le quepa la posibilidad de discrepar.

Es más, imaginemos que un acuerdo de este tipo es posteriormente impugnado en vía judicial por un acreedor que entiende que tal decisión,

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

adoptada incorrectamente, limita el capital de la sociedad y, tras el proceso pertinente, se obtiene una sentencia que lo anula. En este caso ¿puede considerarse que el Juez sustituye también la voluntad de la sociedad? En realidad, lo único que ocurre es que el Juzgado anula –por no ser jurídicamente válido, desde un punto de vista formal o material- la decisión voluntaria del órgano pero no de la sociedad; Ésta, también sin discrepar, tan solo actualizaría –si queremos seguir a Luhmann- el contenido de su configuración estratégica por lo que un juez ha decidido.

2.- Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica

Debida a BUSCH, esta teoría parte de la idea de que la voluntad de la persona jurídica es producto de la voluntad de todos los miembros que la componen, de tal manera que, de ser culpable esta voluntad, la culpabilidad será predicable de todo los sujetos que forman el colectivo. Como señala GÓMEZ – JARA, y según BUSCH, *en realidad no existen inocentes en la persona jurídica ya que todos han participado en la creación de esa atmósfera o espíritu.*

La idea principal de esta teoría de la culpabilidad se basa en que la participación de un sujeto en una persona jurídica atribuye una especial obligación de actuar, de forma que su omisión es la que fomenta la actuación delictiva de la persona jurídica y, por ende, de los miembros que la componen.

Dicho de otra manera, la persona jurídica actúa según se ha decidido, bien por acción, en el caso de los miembros que apoyan la decisión criminal, bien por omisión, en el caso de aquellos que, debiendo actuar, han omitido realizar cualquier hecho que hubiera evitado la conducta delictiva de aquella.

Con independencia de que podamos decir ya que esta teoría no resuelve la culpabilidad propia de la persona jurídica, debemos indicar que la tesis obvia las reglas de actuación de los órganos colegiados y, lo que es peor, olvida que se pueden dar circunstancias en las que algunos miembros, aún perteneciendo al consejo de administración, ni han participado en la decisión ni han tenido cauces para su evitación. De hecho, este asunto está prácticamente resuelto en la jurisprudencia cuando, a la hora de abordar la responsabilidad de sujetos como miembros de órganos colegiados, éstos prueban que no participaron favorablemente en la decisión que luego resultó ser delictiva, quedando excluidos de toda culpa. No solo nos referimos a entidades mercantiles, sino incluso a órganos colegiados de Derecho Público. Ejemplo de esta ausencia de responsabilidad lo encontramos en el artículo 27.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: *“Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos”* (Exención que alcanza a la responsabilidad penal, tal y como señala la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª**, de 28 de junio de 2007).

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Como indica PÉREZ CEPEDA¹⁹¹, y recuerda IBÁÑEZ SORRIBES¹⁹², *el administrador de una sociedad “adquiere un compromiso de contener el riesgo solamente sobre la fracción que representa su voto en la adopción del acuerdo. Y cuando vota manifiesta su negativa a apoyar el acuerdo para delinquir (voto en contra) y está colocando la barrera de contención sobre la parte de riesgo que en ese momento ejerce el control para impedir la producción del peligro. Por ello su voto en contra en ningún caso puede ser idéntico estructuralmente al de aquellos administradores que votaron a favor y que contribuyeron a la adopción del acuerdo. El administrador que vota en contra se separa del proceso que pueda desencadenar en un resultado delictivo.*

La cuestión no es totalmente pacífica en la doctrina, pues, contrariamente a quienes sostienen esta exención de responsabilidad, existen autores que entienden que el miembro del órgano colegiado ocupa una **posición de garante** frente al bien jurídico protegido, *adquiriendo un compromiso de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos*¹⁹³. Siguiendo a IBÁÑEZ SORRIBES¹⁹⁴, podemos distinguir, dentro de estos *autores*, a aquellos *que consideran que dicha posición de garante surge de un deber jurídico extrapenal (Tiedemann, Vogel, Terradillos Bacoso, Valle Muñiz y Sánchez Álvarez), de*

¹⁹¹ PÉREZ CEPEDA, A.I.: La Responsabilidad de los administradores de Sociedades: criterios de atribución, Cedecs, Barcelona 1997

¹⁹² IBÁÑEZ SORRIBES, B. La abstención de voto en los órganos colegiados de las Corporaciones Locales. ¿Responsabilidad penal por acción u omisión?. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 19, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Oct. 2010, Ref. 2812/2010, pág. 2812, tomo 3, Editorial LA LEY

¹⁹³ IBÁÑEZ SORRIBES, B. La abstención de voto en los órganos colegiados de las Corporaciones Locales. ¿Responsabilidad penal por acción u omisión?. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 19, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Oct. 2010, Ref. 2812/2010, pág. 2812, tomo 3, Editorial LA LEY

¹⁹⁴ Op. cit....

aquellos otros que consideran que la posición de garante surge de su dominio de organización (Bottke, Frisch, Schünemann, Schmidt, Welp, Jakobs, Silva Sánchez, Batista González, Martínez-Bujan Pérez, Lascurain Sánchez). En definitiva, para este sector doctrinal la responsabilidad de los miembros de órganos colegiados puede producirse por acción (caso de votar favorablemente un hecho que resulta ser constitutivo de delito) o en comisión por omisión (por no haber evitado el resultado desde su posición de garante). En igual sentido, DÍAZ-MAROTO y POLO¹⁹⁵ que justifican en esta posición la condición de partícipe (dado el dominio de la evitación del hecho) y no la de autor (al no dominar su causación).

Posiblemente por esta posición de garante, y para incluir un modo de individualizar la responsabilidad de los sujetos que dominan a la persona jurídica, el Legislador ha tenido a bien introducir una modificación sustancial en el artículo 31 bis. Esta modificación, todavía en fase de proyecto, matiza la cuestión indicando que la persona física que comete el delito debe ser representante legal o actuar *individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica, estando autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentando facultades de organización y control dentro de la misma.*

¹⁹⁵ DÍAZ MAROTO, J./ POLO, J. en Problemas generales de aplicación de los delitos societarios. Edit. Ceura, 2002.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Aún siendo consciente de que la cuestión desborda por completo el objeto de la tesis, comparto plenamente la opinión de PÉREZ CEPEDA¹⁹⁶ al reconocer que *los deberes objetivos de garante sólo podrán ser tenidos en cuenta, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar que rodean al comportamiento en cuestión y el compromiso efectivo que cada administrador haya asumido en concreto en la protección del bien jurídico en peligro. Por tanto, sólo los administradores que durante el transcurso de la votación de un acuerdo delictivo, asumieron esta posición de garante específica, tendrán el deber de actuar como barrera de contención del riesgo, evitando así, la producción del resultado.*

3.- Culpabilidad funcional del órgano

En otro sentido, SCHROTH¹⁹⁷, entiende que la culpabilidad de la persona jurídica se ha de entender como aquel comportamiento defectuoso –desde perspectivas jurídico/penales- formado por el sumatorio de los comportamientos individuales de las personas físicas que componen –desde un punto de vista organizativo u orgánico- la empresa.

SCHROTH considera que el resultado de esa suma es independiente del comportamiento aislado de los miembros, es decir, que para este autor existe de

¹⁹⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I.: La Responsabilidad de los administradores de Sociedades: criterios de atribución, Cedecs, Barcelona 1997

¹⁹⁷ HJ SCHROTH, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte, Giessen, 1993; en Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken, Baden Baden, 1995.

manera diferenciada una voluntad individual de la persona física que es miembro del grupo y otra voluntad colectiva que es la que justifica una responsabilidad penal del ente.

Entendemos que es aplicable lo que ya dijimos mas arriba respecto de la teoría de culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica, y allí nos remitimos.

4.- Culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica

Intentando evitar los inconvenientes de una concepción de la culpabilidad colectiva, HIRSCH¹⁹⁸, distingue entre una culpabilidad individual y otra de la persona jurídica, aunque afirma acto seguido que para que pueda hablarse de una responsabilidad de la persona jurídica es necesario como *condictio sine qua non* un órgano que actúe por ella. De ahí que GÓMEZ JARA señale que “*dicha exigencia viene motivada por el hecho de que la culpabilidad requiere siempre una concreta referencia psíquica al hecho y, claro está, la persona jurídica carece por sí misma de una psique.*”

Para HIRSCH la culpabilidad de la persona jurídica se hallaría en la evitabilidad del hecho penal por parte de la corporación. Para este autor se trata

¹⁹⁸ HIRSCH, H.J.: «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en ADPCP, 1993

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

de un *problema teórico prelegal, un problema que va más allá del Derecho y que incumbe igualmente a filósofos, sociólogos y teólogos, puesto que el Derecho versa sobre un «quid» preexistente, sobre una realidad sociológica* (CUADRADO RUIZ¹⁹⁹).

5.- Culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica

Por su parte, EHRHARDT, destaca el especial deber de la persona jurídica para actuar contra aquellos elementos criminógenos que puedan surgir al hilo de su actividad, siendo responsable del delito cometido por quién actúa en su representación, siempre que la persona jurídica, en su relación interna con el individuo, haya podido evitar la conducta criminal. Para cimentar esta relación interna, como punto de evitabilidad del delito, ERHARDT *acude a la capacidad de la persona jurídica para influir en el comportamiento de sus miembros a través de su cultura corporativa*²⁰⁰, ya que la corporación tiene plena capacidad para motivar a sus empleados, bien para que estos cometan conductas delictivas para alcanzar sus fines empresariales, bien para exigir de éstos un comportamiento adecuado y fiel a la norma.

¹⁹⁹ CUADRADO RUIZ, M^a ÁNGELES. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?. Revista Jurídica de Castilla Y León. N.º 12. Abril 2007. http://www.larioja.org/upload/documents/687033_RJCYL_N_12-2006._La_responsabilidad_penal.pdf

²⁰⁰ GÓMEZ JARA, en Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas, Thomson Reuters. 2012

Es decir, la autora –en términos parecidos a la teoría del defecto de organización- entiende que la persona jurídica es responsable por haber permitido el descontrol interno que posibilita la conducta penal.

En la medida que atribuye la responsabilidad a la persona jurídica por el hecho penal de su representante –propiciada por un descontrol organizativo que pudo haber evitado- no acepta la posibilidad de causas de exculpación, dado que se le reprocha el delito de su representante y no esa falta de control interno.

6.- Culpabilidad por el carácter de la empresa

Originada por LAMPE, este autor entiende que la culpabilidad de la empresa es una consecuencia del mantenimiento de una cultura criminógena debida a un sistema defectuoso de organización. De ahí que este autor entienda que la responsabilidad de la corporación derivaría de su propio ser y no de sus acciones, es decir, el sistema corporativo, en estos casos, se mantiene sobre la base de una deficiente organización (o filosofía criminógena), de tal forma que esta desorganización actuaría como caldo de cultivo para la realización de cualquier acción delictiva dentro de su seno, lo que le llevaría directamente a la asunción de responsabilidad.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En palabras de LAMPE, y como recuerda GÓMEZ-JARA²⁰¹, *de la misma manera en que nadie puede alegar en su defensa que no pudo hacer nada acerca de su carácter defectuoso, tampoco puede alegarlo la empresa.*

7.- Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial

Debida a HEINE, se sustenta en la defectuosa actividad de la corporación basada en la propia actitud empresarial, debiendo tenerse en cuenta *la individualidad de la empresa en concreto*²⁰².

En este sentido, la culpabilidad sería el resultado de la observación concreta de la empresa a fin de detectar si esa desorganización puede considerarse una constante, de forma que podamos afirmar que la falta continuada de implantación de medidas suficientes ha desembocado en una actividad de riesgo penal. Como señala ZUGALDÍA ESPINAR²⁰³, el objeto de imputación a la persona jurídica, según esta teoría, *es el aumento del riesgo propio de la actividad de empresa, de la que es garante en tanto que haya incurrido en una actividad de riesgo defectuosa (administración incorrecta del riesgo o defectuoso management del riesgo) y ese riesgo se haya realizado o*

²⁰¹ AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas, Thomson Reuters. 2012

²⁰² Gómez-Jara, en AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas... Op. Cit.

²⁰³ ZUGALDÍA ESPINAR, en *Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio). La Ley Penal, N.º 76, Noviembre 2010, Editorial LA LEY net

concretado en lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos (realización del peligro típicamente empresarial)

Sin embargo, esta valoración general de la empresa supondría la legitimación de una *inquisición general sobre la persona*²⁰⁴ –en este caso jurídica- convirtiendo el reproche en una mera causa general, abiertamente proscrita en nuestro ordenamiento.

En efecto, el inconveniente de esta teoría es que se defiende un argumento inconstitucional de la culpabilidad ya que mientras la persona física sería enjuiciada por un hecho concreto, la persona jurídica se vería inmersa en un proceso global no sobre ese hecho sino sobre su contexto y actividad general, de forma que el ente colectivo sería considerado responsable indirecto del delito por haber mantenido un escenario proclive a la delincuencia.

Esta teoría sería inadmisibles de aplicarse a las personas físicas, pues imaginemos que una familia pueda ser imputada por el delito cometido por uno de sus miembros al acreditar que el ambiente familiar –desestructurado- provocó que aquel pudiera convertirse en un delincuente y no en un ciudadano medio. En definitiva, esta teoría no solo busca la etiología del delito sino que criminaliza al entorno con independencia de la participación real de éste en el hecho criminal de que se trate. Entendemos que al autor de un hecho delictivo se le enjuicia dada su imputabilidad y, por tanto, basándose en su capacidad real de actuar

²⁰⁴ STC 87/2001, de 2 de abril.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

conforme a la norma, siendo inasumible que su responsabilidad pueda ser compartida con quien supuestamente no corrigió en abstracto esa tendencia criminógena del sujeto.

Y es que, aunque se teorice, no podemos dejar de un lado el plano práctico del Derecho Penal, en el que, en no pocas ocasiones, se tiende a radicalizar posturas encontrando en el proceso el argumento suficiente para ajusticiar y no hacer justicia. En estos casos, llegamos a *una inquisición global sobre la actividad de una persona para, posteriormente, en virtud de lo averiguado, imputar a la misma unos hechos*²⁰⁵.

8.- Culpabilidad por reprochabilidad ético-social empresarial.

Recientemente, DANNECKER, de forma singular, señala la necesidad de distinguir entre la responsabilidad individual y la responsabilidad social, entendiendo que el contenido de la culpabilidad en la responsabilidad de la persona jurídica difiere de aquella individual.

Para este autor la culpabilidad del ente se sostiene en los *déficits de la estructura de la organización o de la ética de la persona jurídica*²⁰⁶.

²⁰⁵ Voto Particular del Excmo. Sr. D. Francisco Tomás y Valiente en la STC 87/2001

²⁰⁶ Gómez-Jara, en AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas... Op. Cit

Sin embargo, DANNECKER, consciente de la incapacidad de acción de la persona jurídica (en tanto no puede actuar de otro modo) encuentra el fundamento de la culpabilidad en el reproche sistémico de toda la estructura, de ahí que entienda la posible exculpación de la persona jurídica tan pronto se constate su correcto funcionamiento y, por ende, la ausencia de causalidad entre el fenómeno criminal y la organización empresarial que se evidencia correcta.

Esta causa de exculpación no fue desarrollada en el LO 5/2010 que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídica pero sí se incluye en la última reforma (2013), aún en fase de proyecto. El citado texto, insistimos que aún en fase legislativa, modifica el artículo 31 bis incluyendo dos eximentes en función del grupo en el que se incardine la persona física que realmente ha cometido el delito.. La reforma se expresa en los siguientes términos:

“... 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado 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;

2ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

3ª) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;

4ª) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido”

No obstante, aunque DANNECKER prevea la posibilidad de excluir la responsabilidad penal del ente tan pronto conste su correcto funcionamiento, entiendo que sigue sin estar justificada la teoría, ya que partiendo como hace de la imposibilidad de la corporación para actuar de otro modo, no es asumible que se fundamente el reproche en cuestiones de *ética corporativa*. Concretamente,

DANNECKER afirma que la persona jurídica *puede someter sus fines a exigencias éticas y organizarse conforme a las mismas*. Con tal argumento parece quedar todo resuelto pero, muy al contrario, se pone de manifiesto que la persona jurídica no solo no actúa por un hecho propio sino que no tiene vinculación alguna con el hecho delictivo –que no es precisamente la desorganización en sí- que cometen las personas físicas conectadas con ella.

9.- La culpabilidad por defecto de organización

La teoría mas seguida entre los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la visión de la culpabilidad por defecto de organización. Ya hemos señalado con anterioridad lo más relevante de esta teoría que, como decimos, se ha convertido en el modelo más compartido entre aquellos que pretenden fundamentar de algún modo la culpabilidad de las personas jurídicas.

A título meramente recordatorio, debemos indicar que se debe a TIEDEMANN y que su importancia, muy probablemente, se sustenta en la necesidad de contar con un modelo de culpabilidad en el que poder fundar la responsabilidad penal de una persona jurídica. La base de esta teoría se encuentra en una concepción amplia de la culpabilidad *tendente a renunciar a cualquier reproche ético personal centrándose en una dimensión estrictamente*

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

*socio-jurídica*²⁰⁷ (*Responsabilidad social*, en palabras del propio TIEDEMANN²⁰⁸)

Defensora de este fundamento de culpabilidad es CUADRADO RUIZ al entender que el defecto de organización puede sustentar la reprochabilidad de la conducta a la persona jurídica basándose, para ello, en un supuesto especial de *omissio libera in causa* in omitiendo, en la comprensión de que *si el fundamento de la imputación penal en la «actio libera in causa» reside en la acción precedente, y existe una situación de peligro, precisamente, creada porque se podría prever la falta de medidas de ese tipo dentro de la organización de la persona jurídica (la situación de peligro aparece cuando se ve como necesaria o posible la adopción de tales medidas) entonces, en el momento presente, la no-evitación del resultado (de la producción de lesiones a los consumidores, por ejemplo) en ausencia de imputabilidad daría lugar a la apreciación de una omisión del deber de garante, y, en principio, a responsabilidad penal en comisión por omisión.*

Según esta autora, con ésta «culpabilidad organizativa», *se salvaría el escollo dogmático de la falta de culpabilidad para apoyar, así, una posible fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en comisión por omisión.*

²⁰⁷ GÓMEZ-JARA, en AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas... Op. Cit

²⁰⁸ TIEDEMANN, Lecciones de Derecho Penal Económico, 1993, p. 233

No podemos compartir esta idea de culpabilidad porque, sin duda, parte de la aceptación plena de la capacidad de acción de la persona jurídica, que negamos abiertamente. Y mucho menos se puede aceptar, tal y como pretende, que la validez de esta concepción de culpabilidad se avale *en parte* por su aceptación sectorial en la Jurisprudencia alemana²⁰⁹, pues, como ya hemos dicho, Alemania no solo no es permisiva con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que centra toda la cuestión en el derecho de contravenciones. En cualquier caso, y adelantando la idea que desarrollaremos en nuestra visión personal, la omisión o la acción no forman parte del elemento de la culpabilidad sino de la propia acción, de forma que el razonamiento no pasa de ser una mera autorreferencia o referencia cruzada, en la medida en que se parte de la hipotética aceptación de esta capacidad de acción para aceptar una posterior imputación penal basada en esa mera capacidad de acción.

Dicho de otro modo, la existencia de una supuesta capacidad de acción u omisión no fundamenta la capacidad de culpabilidad porque, sencillamente, son dos elementos de la teoría general del delito claramente diferenciadas.

Entendemos que es necesario no solo aceptar esa capacidad de comportamiento –que no la podemos compartir– sino que tal comportamiento solo puede ser reprochado a la persona jurídica si se acredita la existencia, de un lado, de imputabilidad, y, de otro, de alguna de las dos formas posibles de reproche (o elementos subjetivos del tipo, según la teoría de culpabilidad por la

²⁰⁹ Sentencia de los pulverizadores para productos de piel

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

que se opte), esto es, el dolo o la imprudencia y, por último, de la exigibilidad. En ningún caso se habla de modalidad de culpabilidad y, por ende, se estará hablando de cualquier cosa pero no de estricta culpabilidad.

10.- Culpabilidad de la persona jurídica por su cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad: Concepto constructivista de Culpabilidad de la persona jurídica.

Como señala GÓMEZ-JARA²¹⁰ los diversos argumentos que apoyan el concepto constructivista de la persona jurídica se basan en los *sistemas sociales autopoieticos*²¹¹, y se fundamenta en la *capacidad que desarrollan las personas jurídicas para cuestionar la vigencia de determinadas normas fundamentales de nuestra sociedad*.

Dentro de la teoría de los sistemas jurídicos, y como punto de inflexión a todas las concepciones sistémicas (Kelsen, Hart, Bulygin, etc.) surge, de manos de Luhmann²¹², un nuevo planteamiento sociológico a través del que puede estudiarse aquel sistema.

²¹⁰ Gómez-Jara, en AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas... Op. Cit

²¹¹ Constructivismo operativo

²¹² Las influencias teóricas de Luhmann son: Teoría General del Sistema (en su planteamiento tradicional, llevada a cabo por L. Von Bertalanffy), La Teoría biológica de la Autopoiesis (de los Profesores Maturana y Valera), el Funcionalismo americano de Parsons y, por último, la lógica basada en un espacio carentes de límites (por ejemplo, la de Spencer Brown).

Para comprender el fundamento de esta teoría constructivista (en la que, por cierto, se inspiran autores funcionalistas radicales como Jakobs, y en la que se pretende sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas), estimamos imprescindible abordar los puntos mas relevantes de la teoría sistémica de Luhmann.

Para este autor, el Derecho es considerado como un subsistema social, cuya característica principal y definitoria sería la de ser autorreferente y autopoietico, es decir, que se clausura y se autocompleta a si mismo, no estando necesitado de material ajeno a él para su subsistencia y función, que no es otra que la resolución de conflictos jurídicos. Por tanto, el entorno (o medio ambiente), esto es, aquello que no es sistema, no puede ser resonante²¹³ en él.

En palabras del LUHMANN²¹⁴, *los sistemas se definen por aquellos modos de operación mediante los cuales el sistema se produce y se reproduce a sí mismo. Un tipo determinado de sistema —por ejemplo, los sistemas vivos, psíquicos, sociales, etc.— se realiza por medio de un tipo determinado de operación. La unidad del sistema corresponde a la unidad de la operación que lo constituye. De ese modo queda excluida la posibilidad de caracterizar un sistema por una pluralidad de operaciones [...] Por consiguiente, partimos de una relación circular entre los conceptos de sistema y de operación. Sólo puede operar un sistema y sólo las operaciones pueden producir sistemas. Las*

²¹³ Es decir, el entorno no puede influir en el sistema porque, al encontrarse este cerrado, aquel no transfiere ningún elemento (con excepción de la orientación del programa y que hace que aquel sistema se abra)

²¹⁴ Luhmann, N. "La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales" (en Fischer, H.R. y otros, "El final de los grandes proyectos", Gedisa, Barcelona, 1997)

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

operaciones que pueden conectarse entre sí conforman el sistema. Aquello que queda excluido pasa a ser el entorno del sistema. Dicho de otro modo, las operaciones condensan una diferencia entre el sistema y el entorno. Producen una forma que tiene dos lados: un lado interior que es el sistema y un lado exterior que es el entorno. Si no se llega a esa separación entre sistema y entorno, la forma que es el sistema no puede surgir.

Al ser el sistema social un sistema autopoietico se debe encontrar la unidad que produce y reproduce dicho sistema. Para Luhmann esta unidad es la comunicación²¹⁵. Por tanto, y como señala MONTERO CRUZ²¹⁶, *la teoría de los sistemas sociales autopoieticos es fundamentalmente una teoría de la comunicación*, en la que LUHMANN defiende que la sociedad, como sistema social, está formado solo por comunicaciones y no por seres humanos²¹⁷.

El sistema sería una máquina de selección de soluciones, de forma que, a través del proceso, entre las dos opciones posibles (código binario²¹⁸) elige una (que queda actualizada), quedando las demás latentes. No obstante, no se trata de considerar que las otras soluciones latentes son incorrectas (doble contingencia) lo que importa es que la selección de una de ellas resuelve el

²¹⁵ Cada sistema social tendría su propio medio de comunicación

²¹⁶ MONTERO CRUZ, E.L. El funcionalismo penal (Una introducción a la teoría de Günther Jakobs). TRUJILLO – PERÚ. 2008

²¹⁷ Mas adelante dedicaremos un capítulo entero a la teoría de deshumanización que muchos autores quieren ver en la teoría de la comunicación no solo de LUHMANN sino también de HABERMAS, y que les sirve para fundar un cambio de visión en el Derecho penal tradicional sobre la teoría del sujeto. Se considera por este sector que la sociedad moderna solo se compone de comunicaciones, y dado que al sujeto solo se le exige capacidad comunicativa, y esta facultad se encuentra tanto en el individuo como en la persona jurídica, nada descarta la posibilidad de aplicar consecuencias a ésta última.

²¹⁸ En el sistema jurídico las dos opciones posibles son legalidad / ilegalidad.

conflicto, reduciendo la complejidad del sistema. Lo que interesa, por tanto, es resolver.

En efecto, el fin del sistema y de su proceso no es otro que reducir la complejidad. De no existir tal mecanismo de selección, los conflictos quedarían sin solución o, de intentarlo, sería tan complejo manejar tantas variables (incluso no jurídicas) que impediría un mínimo de seguridad jurídica a los operadores, justiciables, etc. Esta complejidad produciría un progresivo aumento en el estado de desorganización del sistema (es lo que se llama entropía o dispersión universal).

Para dar vida al proceso, los sistemas contarían con un código y un programa. El código, del tipo binario, sería un mecanismo ciego que solo establece dos órdenes: dentro del sistema o fuera del sistema. Por lo que se refiere al sistema jurídico, estas órdenes serían justo/injusto o lícito/ilícito. Por su parte, el programa sería el que orienta al código, de forma que si éste es el que decide la elección, aquel sería el que orienta tal elección, es decir, el que hace que en lugar de una opción se elija otra.

Esto hace que el sistema sea cerrado y abierto. Cerrado, merced al funcionamiento del código, ya que su misión es decidir que ha de estar dentro de él y que no (no permitiendo la entrada de ningún elemento extraño), y abierto, merced al programa que abre el sistema, relacionándolo con el entorno y otros sistemas, para seleccionar las posibilidades (conductas) que, según su propia

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

teoría de valores (programación), merecen ser consideradas como soluciones o factores a tener en cuenta para reducir la complejidad del sistema jurídico. Ésta complejidad se advierte gracias al medio de comunicación, que en nuestro caso sería el lenguaje. Para Luhmann esta comunicación hace probable las expectativas, lo que permitirá que los sujetos que participan en ésta comunicación social den a conocer lo que ellos esperan y, a su vez, lo que ellos esperan de los demás.

Centrándonos en el Derecho, Luhmann entiende que esta expectativa se clasifica, a su vez, en dos²¹⁹; De un lado, las expectativas cognitivas, que son *aquellas que ante [su] frustración cabe la alternativa de que sean modificadas y adaptadas a la realidad* y, de otro, las expectativas normativas, que no pueden ser modificadas en caso de no corresponderse con la realidad. Para Luhmann *sólo podemos hablar de sociedades cuando el Derecho garantiza al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse[...], y esta garantía jurídica se concreta con la expectativa normativa.*

Como recuerda FEIJOO SÁNCHEZ²²⁰, para Luhmann *la norma (la expectativa) no promete una conducta conforme a Derecho, pero protege al que lo espera.* De esta última afirmación se infiere que una visión puramente sociológica del Derecho solo comprende un fin preventivo general de la pena, lo que, de por sí, descarta cualquier consideración sobre el sujeto activo de la

²¹⁹ MONTERO CRUZ, E.L. Op. Cit.

²²⁰ FEIJÓ SÁNCHEZ, en *¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?'*, en *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*, Ara, Lima, 2007.

conducta como objeto de pena. De ahí que los funcionalistas no vean dificultad alguna en afirmar que las personas jurídicas puedan ser sujetos responsables penalmente, pues desde esta perspectiva, la pena reduce la complejidad social y reinserta la expectativa normativa en la sociedad. Por tanto, la pena no reprueba la conducta desviada sino que satisface a quien solo espera la adecuación general y fiel de esta conducta a la norma.

En oposición a esta teoría funcionalista, la Escuela de Frankfurt (frente a la corriente de *sociedad de riesgo*), sostiene que *el Derecho penal [de riesgo] no estaría protegiendo bienes jurídicos sino que sería un proceso de conducción de movimientos sociales. Se criminalizan comportamientos no porque sean socialmente inadecuados sino para que pasen a serlo* (BAJO FERNÁNDEZ²²¹)

En definitiva, y siempre desde esta posición sociológica jurídica, *el Derecho penal del riesgo es un Derecho penal que no castiga sino que tranquiliza con la prevención de situaciones problemáticas, que crea delitos de desobediencia con los delitos de peligro abstracto y que pone en peligro los principios básicos del Derecho penal liberal.*

Como señala PRITTWITZ²²², el derecho penal del riesgo se caracteriza porque *el comportamiento que va a ser tipificado no se considera como socialmente inadecuado, al contrario se criminaliza para que sea considerado*

²²¹ BAJO FERNÁNDEZ, M. Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. InDret 3/2008. Barcelona

²²² PRITTWITZ, en Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Ediciones Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca. 2003.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

como socialmente desvalorado. Para esta corriente la motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta y que solo, cuando se analizan superficialmente, resultan inofensivas.

Proyectado el sistema social de Luhmann²²³ sobre el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y relacionado con la teoría constructivista, se sostiene que lo que es objeto de la depuración del sistema no son las personas jurídicas sino los mensajes que estos emiten como sujetos comunicativos. Así, si el sistema social no distingue entre sujetos sino solo entre conflictos que se producen con la comunicación, no tiene sentido que el Derecho Penal, que es parte de un subsistema social, sostenga una teoría del sujeto desconectado con el mensaje conflictivo (en nuestro caso el delito). Dicho de otro modo, se considera que la teoría del sujeto produce una paradoja, ya que el Derecho penal no es más que sistema y este no reconoce sujetos sino mensajes de riesgo. Más adelante retomaremos esta importantísima discusión.

Dentro de los fundamentos teóricos de este constructivismo culpable (GÓMEZ-JARA²²⁴) destacan los siguientes:

²²³ Notable crítico a la visión individualista de la escuela de Frankfurt.

²²⁴ Gómez-Jara, en AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas... Op. Cit

a.- *Primer equivalente funcional*: Autorregulación empresarial, esto es, las organizaciones empresariales tienen la obligación de buscar los mecanismos que aseguren la fidelidad al derecho, no siendo necesario que se den medidas de intervención estatal para ello. Dicho con otras palabras, al igual que existe con las personas físicas, se reconoce en los tiempos actuales una esfera de autonomía a las corporaciones que implica su obligación autónoma de comportarse según la norma.

b.- *Segundo equivalente funcional*, derivado del anterior, el reconocimiento de esta libertad de autoorganización supone que las corporaciones deben asumir la plena responsabilidad de sus acciones. Es decir, la libertad de empresa se compone del derecho de no injerencia pero también de la obligación de mantener estructuras organizadas que impidan que la actividad llevada a cabo supere el riesgo permitido, alcanzándose una autorresponsabilidad empresarial formulada en términos de imperativo categórico: *toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado*²²⁵.

Este segundo equivalente funcional considera que la persona jurídica ya no solo es un instrumento al servicio de una actividad económica sino un sujeto con derechos y obligaciones (entre las que se encuentra la fidelidad al ordenamiento jurídico).

²²⁵ AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas, Thomson Reuters. 2012, citando a BOTTKE, *Assoziationsprävention*, pp 62 yss.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

c.- Tercer equivalente funcional, la persona jurídica adquiere por todo lo anterior un *status de ciudadanía*, que le lleva a tener plena capacidad y que le da el *derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales*.

Sin embargo, la teoría constructivista no puede distanciarse de aquellas críticas que, desde un punto de vista garantista, merece la propia teoría autopoietica en la que se inspira. Formalmente, la teoría de Luhmann no escapa de los mecanismos habituales y conocidos de resolución de conflictos.

En efecto, desde un punto de vista formal, y partiendo de que la idea de programa (que, en resumidas cuentas, es la técnica jurídica) pueda ser evitable²²⁶, de ahí su diferencia con las restantes concepciones sistemáticas basadas exclusivamente en los valores sustantivos, lo cierto es que ésta teoría solo es válida para explicar los problemas burocráticos menores, es decir, las instancias funcionariales u organizativas menores o, las mayores, pero solo desde el punto de vista básico formal (cómputo de plazos, admisión de escritos, inadmisión automática de escritos, comprobación de los plazos de subsanación, entrega de correo, firma de un justificante de trámite, etc.).

Ahora bien, la eventualidad del programa (entendido como eslabón apto, incluso, para la apertura de un sistema autopoietico) impide que este sistema pueda ser válido como método si se le excluye la técnica jurídica, dado que la

²²⁶ Así será cuando el programa, que orienta el código al entorno, incremente la complejidad en lugar de reducirla.

reducción de complejidad, en términos sustantivos y no meramente formales, solo se puede conseguir tras un examen jurídico, de fondo, del conflicto²²⁷. En este sentido, no se sostiene que el análisis jurídico-sustantivo sea independiente de la solución, pues, aunque estemos de acuerdo en la doble contingencia (en un proceso, serían las posiciones contradictorias de las partes, o el cumplimiento o incumplimiento abstracto de la legalidad), no compartimos que la elección de una de ellas sea válida en términos de igualdad con la/s otra/s, pues para tal elección es necesario, entre otros, que se introduzcan elementos como lo son las causas de justificación o de inculpabilidad y que, en el caso de la persona jurídica, ni tan siquiera son admitidos por el artículo 31 bis del Código Penal.

Entiendo que la teoría de Luhmann no contempla el Derecho más allá de su óptica procesal, de forma que el Derecho no es lo que la dogmática dice, sino, en última instancia, lo que, tras un proceso, se establece por los Jueces y Tribunales (al estilo más puro del realismo jurídico norteamericano). Pero claro está, esto es predicable de un proceso judicial como de un arbitraje de equidad como, en fin, de cualquier negociación entre partes interesadas que termine en una solución al conflicto (instituciones muy lejanas del Derecho procesal penal Español). Así las cosas, Derecho será aquello que permita resolver una contienda, bien sea por la utilización eventual de instituciones jurídicas, bien sea por la determinación de un punto intermedio de intereses-*contra* intereses (propio de la negociación). Se instaura, en definitiva, un sistema exacto por combinación de los valores jurídicos y los operadores que lo ponen en práctica.

²²⁷ Conflicto que no puede quedar limitado a la existencia de un mensaje, sino al contenido justo o injusto de éste.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En cuanto a la resonancia del entorno, puede encuadrarse en la elección correcta o incorrecta de la forma de resolución. Así, es conocido que determinados conflictos, tras un intento de resolución amistosa, solo consiguen complicar más la cuestión, dada la constante introducción que los interesados hacen de elementos extraños. Por ello, ante esa resonancia, que bloquea al sistema, se hace necesario el empleo de una técnica distinta, como lo son las fórmulas heterocompositivas, que permiten eliminar lo que, imparcialmente, no se considera necesario para dar una solución al combate legal. Esa correcta elección de la forma sería parte del entramado del sistema y, por tanto, éste seguiría funcionando, toda vez que reduce la complejidad o permite la elección de una forma que la reduzca.

En suma, se aboga por un sentido práctico del Derecho, de forma que lo importante es la posible reducción de complejidad, aunque para ello sea necesaria la utilización, incluso, de parámetros extrajurídicos (apertura del sistema mediante el empleo concreto del programa). Desde la perspectiva del sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos encontraríamos con que todo quedaría circunscrito a un mero funcionalismo jurídico, es decir, de corte utilitarista, y, por tanto, desprovisto de la necesidad de contar con concepciones teóricas.

Dicho de otra manera, y desde una óptica funcionalista, ya no es necesario teorizar sobre los sujetos sino aplicar la legislación vigente a los

conflictos comunicativos de éstos, es decir, garantizar la expectativa normativa de la sociedad. Esta responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamentaría en una metateoría sobre la acción comunicativa de LUHMANN y HABERMAS²²⁸, dando lugar, aunque se niegue²²⁹, a una auténtica teoría deshumanizante o crisis del sujeto individual que, con detenimiento, desarrollaremos en el siguiente capítulo, aunque baste ahora con apuntar que HABERMAS siempre parte de la idea de *acción racional con arreglo a un fin* y, por tanto, es insostenible su extrapolación –de manera coherente- salvo que quiénes así lo hagan busquen tan solo un pretexto filosófico (aunque termine tergiversándose) para olvidar la orfandad técnica del concepto que defienden.

C.- Visión personal de la culpabilidad de la persona jurídica.

1.- Tesis sobre la culpabilidad establecida en el artículo 31 bis

A nuestro juicio es inviable concebir concepciones de la culpabilidad sin ni siquiera hacer referencia a la acción y, según se ha podido ver en las anteriores teorías, ninguna funda la posible culpabilidad de la persona jurídica en un hecho real propio. Tampoco se menciona ni el dolo ni la imprudencia, ya

²²⁸ Metateoría que, además, implicaría una tergiversación de términos que contradicen la propia teoría de Habermas de la que parten.

²²⁹ BACIGALUPO SAGGESE, S: La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

sean consideradas éstas como formas de culpabilidad o como elementos subjetivos de la tipicidad. Lo que sí establecen prácticamente todas estas teorías, como factor común, es la idea de posición de garante de la persona jurídica, y si bien, como se ha dicho, podemos compartir parcialmente esta posición (cuando, según el caso concreto, queda referida a los miembros de un órgano colegiado o de una persona física dependiente), en modo alguno es sostenible cuando se refiere a un ente sin capacidad autónoma de decisión y, por tanto, incapaz de hacer o evitar. En definitiva, ante la improbable posibilidad de acción en la corporación (dada la indiscutible posibilidad evitación de la misma) y su ausente culpabilidad resulta imposible que se de, en su definición neoclásica²³⁰, cualquier forma de aparición delictiva, entendida ésta, siguiendo a DEL ROSAL²³¹, como *el modo en que antijuridicidad y culpabilidad aparecen en los hechos considerados como delito, o lo que es lo mismo, las expresiones del proyecto delictivo*.

A meros efectos aclaratorios entiendo que la persona jurídica no tiene capacidad de culpabilidad, entre otras cosas, porque no existe su solo pretendida capacidad de acción y, por ende, su capacidad para realizar en sentido propio hechos, sean antijurídicos o no.

²³⁰ Como señala COBO DEL ROSAL, en la actualidad se habla de especiales formas de aparición del delito en un sentido totalmente disintió del adoptado por la sistemática neoclásica en la que la antijuridicidad y lo injusto eran básicamente idénticas para todas las clases de delitos. Cobo del Rosal en Instituciones de Derecho Penal Español, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, 2005. Actualmente, y aunque no resulta pacífico en la doctrina, dentro de las especiales formas de aparición del delito se analiza el iter criminis, la autoría, participación y el concurso.

²³¹ DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. Tratado de Derecho Penal español. Parte general. Tomo II. Madrid. 1976

Y decimos bien, antijurídicos o no, pues aunque el ordenamiento jurídico otorgue validez y permita incluso sancionar actos jurídicos contrarios a Derecho y realizados por la persona jurídica (por supuesto, desde perspectivas de antijuridicidad extrapenal), esto no autoriza a introducir en el sistema una antijuridicidad – ahora sí en términos penales- independiente de un hecho, realizado con intencionalidad o descuido, que requiere la valoración subjetiva del ánimo del autor o de la norma de cuidado incumplida, según los casos. En definitiva, una antijuridicidad que, solo por su capacidad de ser valorada ex ante por su posible o necesaria evitación, permite posteriormente un juicio de culpabilidad. Esa es la base y garantía del Derecho penal, la necesidad de enjuiciar no solo un hecho sino la conducta negativa de su autor desde un juicio hipotético y personalísimo de evitación.

Por ello, los equivalentes funcionales de culpabilidad analizados con la teoría constructivista no son más que una mera formulación teórica que pretende justificar una supuesta equivalencia entre el sujeto individual –biológico- y la persona jurídica. Entiendo que no son aceptables por las siguientes razones, y que por cuestiones meramente sistemáticas y de negación denomino antiequivalentes:

1.- Antiequivalente primero: Las empresas no buscan su autorregulación ni la administran. Bien al contrario, el legislador determina los límites de autorregulación y las personas físicas que las dirigen son las que, dentro de su capacitación profesional y del marco jurídico en el que se asienta, organizan las

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

empresas a su criterio. De no ser así, no solo se vulneraría la libertad de empresa sino que todo podría reconducirse a estructuras económicas idénticas, lo que ya de por sí, negaría nuevamente ésta libertad. Por tanto, son los empresarios quienes actúan libremente en la empresa, ya sea individualmente o a través de los instrumentos societarios seleccionados para su actividad.

2.- Antiequivalente segundo: Si las personas jurídicas no determinan ni administran su presunta autorregulación y, con ello, su fidelidad al derecho, poca responsabilidad puede atribuírseles por los hechos que vulneren la norma. Este antiequivalente pone de manifiesto que la teoría constructivista basa la responsabilidad de la persona jurídica en un hecho cometido por otro y no en un hecho propio.

3.- Antiequivalente tercero. No existe ninguna identificación con la persona individual ni puede entenderse otorgado un supuesto *derecho a participar en el proceso de creación y definición de las normas sociales*. Y ello por la razón antitética que la utilizada por el equivalente tercero de la corriente constructivista, es decir, no teniendo la persona jurídica ni libertad para determinar su autorregulación, ni administrarla, no puede ser considerada responsable de ningún hecho, por lo que ninguna identidad tiene con el individuo persona física responsable.

Entendemos que existe siempre un factor común a todo el razonamiento que de manera intencionada se omite para no quebrar la teoría. Este factor no es

otro que la persona física que administra, dirige y gestiona a la persona jurídica. Resulta técnica y biológicamente imposible que una persona jurídica pueda discrepar de las decisiones que se adoptan en su seno, ni tampoco que tenga capacidad autónoma, aunque sea muy limitada, de rebelarse contra las decisiones adoptadas y que sean infieles a la norma. Cualquier rebelión, cambio de decisión o replanteamiento de fines sociales será también adoptada por las personas físicas en función de las prerrogativas que dispongan según la normativa mercantil que resulte de aplicación (ley de sociedades de capital, Código civil, etc.).

Negar esto y argumentar la capacidad de responsabilidad de la persona jurídica en base a la existencia de un ente con una inteligencia superior que no solo entiende y conoce el Derecho sino que ordena fielmente su conducta a la norma²³² es reconducir a la ciencia ficción la pura realidad por la que discurren desgraciada o afortunadamente las corporaciones.

Absolutamente nada queda al margen de las personas físicas, y solo su capacitación profesional, el fondo económico de que dispongan, etc., serán las que decidan el devenir de las personas jurídicas en su relación con el mundo y, concretamente, con el Derecho. Por tanto, estas personas físicas, y no el ente, son quienes llegan al *abuso de la personalidad jurídica*, concepto creado precisamente para definir el uso fraudulento de la corporación por los individuos

²³² Afirmación que no es más que una interpretación a sensu contrario de la responsabilidad que los seguidores de esta teoría atribuyen a las personas jurídicas, y que se concreta en la no ordenación de la estructura corporativa a la norma.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

que la dirigen. Como indican JÜRGEN LOUIS y MARTIN PAUL WASSMER²³³ *la opinión tradicional discute la capacidad de culpabilidad de la asociación, porque la culpabilidad debería determinarse en términos ético-sociales; sólo el hombre podría, a partir de una autodeterminación libre y responsable, decidirse contra el derecho, sólo contra el hombre podría formularse el reproche de la falta ética.*

Otra cosa es que se admita –y parece poco compatible constitucionalmente- una responsabilidad penal por hecho ajeno, fundamentada tan solo en reproche y en reafirmación de la norma infringida.

Desde perspectivas de lege data, se hace incuestionable la necesidad de interpretar esa muy sui generis categoría de culpabilidad que se ha incluido en el Código Penal respecto de las personas jurídicas. Resulta inquietante que el legislador, aún siendo consciente de que la persona jurídica no responde más que por los *delitos cometidos por* las personas que se enumeran en el artículo 31 bis, subraye que estamos ante una responsabilidad por hecho propio, extremo éste que no deja de ser una mera etiqueta lingüística para impedir la inconstitucionalidad del precepto. Obsérvese la exposición de motivos del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2013 cuando dice que ... *se introduce una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el*

²³³ JÜRGEN / MARTIN PAUL WASSMER, en Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados. Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

*contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, [poniendo con ello fin] a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que **desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial** (SIC).* Dicho de otro modo, el legislador pretende introducir una interpretación auténtica sobre el modelo de responsabilidad de la persona jurídica, y ello con absoluta abstracción del propio tenor literal del artículo 31 bis, que contradice abiertamente esta cláusula hermenéutica.

Existiendo, como hemos dicho, dos vías de imputación en el artículo 31 bis, podemos vislumbrar las dos modalidades de culpabilidad pretendidas –y solo pretendidas- por el legislador. Así:

1.- Respecto de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, nos encontraríamos claramente con que el legislador ha optado por el modelo de identificación o alter ego, y más concretamente con el submodelo de identificación propia, esto es, se parte de la concepción de la persona jurídica como un ente dominado y gestionado por sus representantes legales.

Así pues, la persona jurídica respondería por los hechos cometidos por quienes se erigen en su mente (administradores) quedando excluida esta modalidad para aquellos hechos cometidos por empleados o personas sin

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

capacidad de dirección real, responsabilidad que se atribuiría según lo establecido en el segundo apartado de este artículo 31 bis.

Esta modalidad implica un *bis in idem*²³⁴, en la medida que el hecho punible, que solo se comete una vez y por una persona, recibiría un doble castigo. Es decir, no se produciría un doble castigo ante una doble autoría del hecho, sino simplemente una autoría –la de la persona física- y un doble castigo –a la persona física y a la jurídica-. Esta dualidad de pena, que no de conducta, es la que ha motivado la regla penológica de compensación establecida en el propio artículo 31 bis apartado 2²³⁵.

Siguiendo un simple ejemplo, imaginemos un menor de doce años que comete un delito de lesiones y, tras un juicio sobre su conducta personal, y con independencia de la valoración de su imputabilidad se dictara una sentencia en la que se terminara condenando tanto al menor por el delito cometido como a quién tuviera sobre él su representación legal. Nadie alberga duda sobre la imposibilidad de éste supuesto, pero ahora modifiquemos los hechos e imaginemos a un menor de doce años que hurta sistemáticamente en la estación de trenes obligado o inducido por quien ostenta sobre él su representación legal. En este caso la solución penal es evidente, no solo el representante legal es

²³⁴ Situación que se vislumbra con claridad en el caso de sociedades mercantiles unipersonales.

²³⁵ Art. 31 bis, apartado 2: “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. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas 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”.

quien debe responder por el delito de robo, sino que vería incrementada la pena por aplicación del tipo agravado establecido en el artículo 235.4 del Código Penal. Todo ello sin perjuicio de las medidas de corte administrativo, pero en modo alguno penal, que pudieran aplicarse sobre²³⁶ el menor.

El primer ejemplo pone de relieve que la inimputabilidad del sujeto activo impediría la persecución de quien ostenta su representación legal al no poder conectar a éste, que ninguna conducta ha realizado, con la consecuencia del hecho realizado por aquel, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o administrativas que procedan. El segundo ejemplo, en cambio, deja en evidencia que cuando el sujeto inimputable es tan solo un instrumento en manos de quien ostenta la representación legal, es éste el que se constituye en sujeto y no aquel. También, y como en el ejemplo anterior, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que pudieran imponerse como efecto accesorio del hecho delictivo.

Por tanto, el legislador ha previsto que la persona jurídica responda por, o con, su representante por el hecho cometido por éste. Siguiendo un modelo de identificación se entendería que la voluntad de la corporación coincide plenamente con la voluntad de sus miembros. En consecuencia, resulta indiferente y hasta inútil optar por una de las diferentes teorías de la culpabilidad que hemos analizado (conciencia especial de la persona jurídica, culpabilidad funcional del órgano, carácter de la empresa, conducción, defecto de

²³⁶ Entiéndase bien la diferencia, medidas sobre el menor y no contra el menor.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

organización, etc.) en detrimento de otra, pues cualquiera de ellas resulta de aplicación a la vaga e imprecisa descripción empleada por el artículo 31 bis, apartado 1.

2.- Respecto de los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, nos encontraríamos ante una pura responsabilidad imprudente²³⁷, en la que la omisión de los que ejercen el control se conecta causalmente con la conducta activa de las personas que se encuentran sujetas a la autoridad de aquellos. Para aceptar esta vía de responsabilidad el legislador atribuye a los sujetos del apartado 1 una clara posición de garante respecto de todo lo que ocurra en la corporación y de todo lo que hagan los sujetos previstos en el apartado 2, lo que ya de por sí vulneraría el principio de seguridad jurídica. Y ello en la medida que el garante resultará responsable aún no teniendo conocimiento de su deber de actuar.

Por otra parte, la omisión descrita en el artículo 31 bis, segundo apartado, se corresponde con una omisión impropia, en su modalidad imprudente, siendo de aplicación esta categoría, como sostiene JESCHECK, siempre que *el tipo*

²³⁷ Modelo de culpabilidad que no deja de ser sorprendente, ya que, como señala MORALES PRATS, *a la vista del listado comprendido en números clausus, resulta prácticamente incompatible la responsabilidad penal de las personas jurídicas con las estructuras típicas imprudentes, lo que no deja de resultar paradójico a la vista del tenor del artículo 31 bis 1 apartado segundo*. MORALES PRAT, F. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Thomson Aranzadi. WestlawES. BIB 2010\7391. 25 de marzo de 2011

comisivo correspondiente pueda realizarse imprudentemente, lo que en modo alguno se da en el presente caso.

Si el legislador respetase la necesaria fundamentación de sus normas a buen seguro que sería incapaz de sostener formalmente una posición de garante tan general como indiscriminada. En efecto, si analizamos la estructuras corporativas reales –no las que figuran en los ejemplos teóricos diseñados por los defensores de la responsabilidad del ente- podremos observar cómo la posición de autoridad dependerá de la concreta materia de que se trate y del organigrama de la sociedad. Así, por ejemplo, en un delito contra los trabajadores²³⁸, cuando no se han facilitado los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, ex artículo 318 con relación al artículo 316 (ambos del Código penal), comprobamos que cuanto más queramos aproximarnos a la autoridad real capaz de prevenir (quien en definitiva domina el hecho) más nos distanciamos de la autoridad formal que se atribuye al administrador. Dicho de otra manera, a quien puede atribuirse el carácter de autoridad en estos casos, y por tanto de garante, no es al administrador de hecho o derecho sino a quien el propio código considera como mero subordinado (*encargado del servicio*).

²³⁸ Por cierto, resulta incoherente que no se haya modificado el artículo 318 para adaptarlo a la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, máxime cuando el propio legislador prevé en el citado precepto que “Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código”

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Aunque lejos del objetivo de esta tesis, debemos señalar, de lege ferenda, que una adaptación del artículo 318 a la responsabilidad penal de las personas jurídicas implicaría una profunda revisión del espíritu del actual precepto. Así, en muchos casos, el administrador, por su distanciamiento de la actividad fabril (a pie de máquina), no habrá podido ejercer autoridad concreta alguna sobre la persona que, sin ser el empleado que termine lesionándose o falleciendo, es otro empleado sujeto a instrucciones inviables. En este caso, la cuestión solo es solventable aceptando que éste empleado ejerce de administrador de hecho de la corporación, lo que es rotundamente falso, pues este sujeto no tiene autoridad ni facultad para fijar las medidas de seguridad necesarias. Su facultad quedaría limitada a la mera posibilidad de advertir la insuficiencia de las medidas disponibles.

En consecuencia, la responsabilidad de la persona jurídica en esta modalidad delictiva acaba enmarcándose en una pura responsabilidad objetiva, ya que ni el empleado encargado de la seguridad realiza un hecho propio -al no ser autoridad en la corporación (teoría de la identificación)-, ni su función propia de advertir puede ser controlada y subsanada por quien realmente ejerce esta autoridad, pues en la mayoría de ocasiones éste no podrá dedicar su jornada laboral a controlar todas y cada una de las cosas que suceden en la empresa.

La solución pasaría por entender que el encargado de servicio responde por no advertir y, caso de hacerlo, respondería el administrador por no establecer las medidas necesarias. Pero una vez más esta solución escapa a un análisis real,

ex ante, del hecho delictivo, ya que, de un lado, serviría un simple correo electrónico para hacer responsable al administrador, si a través de este medio se le advierte de la insuficiente seguridad de la actividad, y, de otro, y en la mayoría de las veces, las medidas que, desde perspectivas teóricas y legales, deben ser establecidas en una industria son de imposible ejecución dado los costes que ello conllevaría, incluso poniendo en peligro la propia existencia de la corporación.

Por tanto, en determinados supuestos (precisamente aquellos en que la medida de prevención supone un coste inasumible), se estaría haciendo responder a un sujeto, en este caso al administrador, por un hecho de imposible evitación, salvo que se acepte que esta imposibilidad debe implicar el cierre de la propia industria y su expulsión del mercado. Esta solución, desde planteamientos económicos y sociales, no deja de ser una utopía inquietante para el verdadero desarrollo de la sociedad. Por tanto, una vez más debemos resaltar la exagerada intervención del derecho penal, y la insaciable búsqueda de una culpabilidad penal por parte de los órganos jurisdiccionales. Y ello con el único objetivo encontrar una cobertura jurídica que ancle la indemnización civil (aunque esta sea legítima).

CUADRADO RUIZ²³⁹ afirma que *en ámbitos de la actividad empresarial como, por ejemplo, las muertes o lesiones procedentes de productos defectuosos, muchas veces, para asegurar la indemnización a las víctimas se*

²³⁹ CUADRADO RUIZ, MA, en La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacia atrás?. Revista Jurídica de Castilla Y León. N.º 12. Abril 2007.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

acaba «seleccionando» por puro azar a una o varias personas físicas como cabeza de turco o chivo expiatorio, condenándolas a una pena simbólica, por razones de justicia material, y en ocasiones, también, para tranquilizar a la opinión pública. De esta forma se deduce una responsabilidad objetiva para implicar civilmente a la sociedad responsable —que en principio no es responsable penalmente si se mantiene en vigor el «societas delinquere non potest»— y satisfacer desde el orden penal las pretensiones civiles²⁴⁰

En definitiva, para hallar la posición de garante de un sujeto se requiere un análisis pormenorizado del supuesto concreto (y de los habituales derroteros de la actividad jurisdiccional²⁴¹), y resulta desproporcionado individualizarla con carácter general y de forma mecánica en la vinculación de éste con un organigrama. Dicho con otras palabras, la vinculación debe referirse al hecho y no a una posición orgánica, máxime cuando ésta, necesaria e inevitablemente,

²⁴⁰ Como hecho aislado pero con posibles consecuencias que debemos advertir, hemos de señalar que si en un delito contra la seguridad de los trabajadores (de peligro concreto) se termina produciendo un resultado (lesiones u homicidio imprudente), por aplicación del principio de absorción éste último embeberá al primero, de forma que solo podrá condenarse por un delito de lesiones u homicidio imprudente, según el caso. Pues bien, debemos tomar muy en cuenta la mera descripción de sujetos que se realiza en el artículo 318 del código Penal (administrador o encargado de servicio) ya que, según entiendo, la conexión jurídica que se produce entre este tipo y el concreto de resultado viene, desde un punto de vista subjetivo, predeterminado. Dicho de otra manera, dado que solo puede imputarse al administrador o al encargado del servicio el incumplimiento de las medidas de seguridad, en el caso de que se produzca un resultado, por inobservancia, este pasará a convertirse en un delito especial impropio, toda vez que el tipo absorbido (art. 318) establece una regla de autoría especial propia. Por todo ello, es preciso, de lege ferenda, concretar al máximo estas consideraciones máxime cuando pretenda instaurarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en ese ámbito, pues por conexión, simplemente por aplicación de los principios que rigen el conflicto de leyes (Art. 8 de código Penal), podría producirse la imputación de un delito a la corporación, aunque ésta modalidad delictiva no se encuentre previamente establecida en el Código para ser imputada a la persona jurídica.

²⁴¹ Como indica MORALES PRATS, la referida emancipación de responsabilidad puede llegar a constituir, por sarcástico que parezca, una vía de escape a la responsabilidad penal de las personas físicas. Debe repararse en que la ideación de las leyes se produce siempre pensando en una modélica aplicación de las mismas, cuando la ecuación debiera ser la inversa, a saber, la generación de reformas legislativas debería verificarse teniendo presente el posible uso perverso, y en ocasiones, torticero, del Derecho. El autor en La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Thomson Aranzadi. WestlawES. BIB 2010\7391. 25 de marzo de 2011.

puede quedar redefinida en un solo segundo en función de las circunstancias empresariales, y de las conductas individuales previas y puntuales que subyacen muchas veces al conflicto. Si tal posición de garante –necesaria para poder apreciar la comisión por omisión que parece establecer el Artículo 31 bis, apartado 2- pudiera delimitarse en términos tan generales no alcanzamos a comprender, por ejemplo, por qué el Decreto de un alcalde, elevado y aprobado por el pleno, no puede suponer responsabilidad penal de una Corporación municipal. Esta generalidad terminológica la pone también de manifiesto DEL ROSAL BLASCO²⁴², quien llega a afirmar rotundamente, respecto de esta comisión por omisión, *que es muy difícil, por no decir imposible, extraer del art. 31 bis un criterio general válido para abordar el problema de la imputación del órgano en comisión por omisión.*

Es más, este último autor, no duda –siguiendo a Frisch- en reconocer que *el expediente de la comisión por omisión no podrá cubrir todos los supuestos, sino aquellos en los que existe una posición de garante que haga aparecer al omitente (directivo u órgano) como especialmente responsable, que el especialmente obligado no haya contribuido a la evitación del resultado con la conducta que le era exigible a tal respecto y que su conducta hubiera sido suficiente para impedir el resultado.*

Si extrapoláramos semejante situación a otros ámbitos e hiciésemos general esta forma de entender el Derecho Penal, podríamos castigar como autor

²⁴² DEL ROSAL BLASCO, B, en Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Ley Orgánica 5/2010 De Reforma Del Código Penal, 2011. Enfoque XXI, Barcelona.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

de un delito de lesiones a un menor de 16 años que agrede a otro y, al mismo tiempo, a sus progenitores o al profesor de secundaria que debía haber controlado la actuación de este menor, en el caso de que la agresión se hubiera producido en el centro de enseñanza durante la media hora de recreo.

En estos casos no hay duda alguna de que la conducta del menor debe ser sometida a un juicio de reproche personal y de ámbito penal –dada la descripción típica del delito y de su configuración como reproche por un hecho propio-. De igual forma, es pacífico considerar que la culpabilidad de los progenitores o de los tutores lo es de una conducta puramente civil o administrativa, según los casos, dado que éstos se podrían encontrar conectados indirectamente con el efecto o resultado del hecho de tercero –es el menor el que ha lesionado- pero nunca con el hecho propio y típicamente antijurídico de lesionar.

En esta segunda vía de imputación nos encontraríamos, además, con que concurren un autor y dos terceros. Es decir, la conducta la habría cometido el sujeto dependiente (por ejemplo un trabajador) aunque terminaría respondiendo por él la persona jurídica –que es un tercero- por su identificación con un administrador –que también es un tercero- que ha incumplido un eventual deber de control pero que en ningún caso ha realizado el delito de referencia. De ahí, que podamos sostener que en este caso la persona jurídica no responde solo por un hecho de tercero, sino por identificarse con un tercero (el administrador) a

quien se entiende responsable también por el hecho de un tercero. Mayor complejidad es imposible.

En definitiva, y Siguiendo a DEL ROSAL BLASCO²⁴³, *el texto parece acoger, en ambos supuestos, un modelo amplio de identificación, toda vez que la responsabilidad penal de la persona jurídica la establece sobre la base de la responsabilidad penal individual por acción (primer caso) u omisión (segundo) de los representantes legales y administradores de dicha persona jurídica.*

2.- Tesis sobre una culpabilidad abstracta: Ataque del bien jurídico protegido

Dentro del fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, resulta enormemente interesante –por arriesgada- la propuesta de SCHÜNEMANN²⁴⁴ que basa el reproche en un *estado de necesidad del bien jurídico*, y ello aún admitiendo el autor la incapacidad de culpabilidad de aquella.

Interesa transcribir la tesis del estado de necesidad del bien jurídico tal y como detalladamente la explica y sitúa MODOLELL GONZÁLEZ²⁴⁵ :

²⁴³ DEL ROSAL BLASCO, B, en Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Ley Orgánica 5/2010 De Reforma Del Código Penal, 2011. Enfoque XXI, Barcelona

²⁴⁴ SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, passim

²⁴⁵ MODOLELL GONZÁLEZ, en MODOLELL/GALLEGO. Empresa y Derecho penal. Caracas. Cátedra fundacional Banco Mercantil. Centro de Investigaciones Jurídicas , Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica (NEDE), Universidad Católica Andrés Bello, 2004. ISBN 980-244-391-3.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Para SCHÜNEMANN, *la estructura jerárquica de organización disminuye la eficacia preventiva de la norma. La criminología ha demostrado la existencia de un espíritu de grupo en las personas que conforman una empresa, el cual se refleja en una pluralidad de procesos de aprendizaje que constituyen una fuente de conductas uniformes lesivas de bienes jurídicos, conductas que, sin embargo, dichas personas no repetirían en su esfera privada (Vg. El nacionalsocialismo), neutralizándose así la eficacia preventivo-general del Derecho Penal.*

Basado en las premisas anteriores justifica SCHÜNEMANN la aplicación de una medida penal a la propia persona jurídica, según los siguientes argumentos: el fin de la pena como retribución de la culpabilidad se basa en una concepción retributiva, lo cual imposibilitaría la imposición de penas al margen de la culpabilidad. Sin embargo, agrega este autor, el Derecho penal moderno ha dado un giro hacia un Derecho Penal preventivo, por lo cual la admisibilidad jurídica de una sanción se mide en razón de su correspondencia con la determinación del fin del Derecho penal (protección de bienes jurídicos), es decir, conforme a su utilidad preventiva. A continuación deja abierta SCHÜNEMANN la posibilidad de buscar principios de legitimación distintos a la culpabilidad, dependiendo del tipo de sanción, principios cuya observancia acarrea que el afectado por una sanción preventivamente útil no puede sentirse perjudicado. Sin embargo, admite

este autor que a pesar del desarrollo de la organización empresarial como medio de realización delictiva, aún el nexo psicológico de comunicación entre norma e individuo, imprescindible para la eficacia del Derecho, sigue inalterado.

Recorre entonces SCHÜNEMANN al llamado principio de estado de necesidad de prevención. Para este autor el fundamento de legitimación para sanciones independientes de la culpabilidad es un estado de necesidad del bien jurídico, el cual puede resultar semejante al estado de necesidad por debilitamiento de la eficacia de la prevención en el ámbito de la criminalidad empresarial. Resalta este autor como presupuesto fundamental la existencia de una verdadera situación de necesidad (Notsituation), a saber, una grave amenaza al bien jurídico, la cual no puede ser contrarrestada con los medios corrientes.

En este mismo sentido, BACIGALUPO SAGGESE²⁴⁶, reconoce que SCHÜNEMANN sostiene [...] la posibilidad de aplicar -a pesar de la inexistencia de culpabilidad- sanciones a las personas jurídicas fundamentadas en un nuevo principio de legitimación: el estado de necesidad del bien jurídico [...], es decir, en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas nos encontramos en una situación semejante a la del estado de necesidad, que se produce aquí por la debilitación de la eficacia preventiva en el ámbito de la criminalidad de empresa. En este sentido, la protección necesaria del bien

²⁴⁶ BACIGALUPO SAGGESE, S, en La problemática del sujeto en el Derecho Penal. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

jurídico no se puede asegurar de otra manera, y el mantenimiento de los bienes jurídicos en peligro resulta más gravosa que la aplicación de una sanción a la persona jurídica.

Sin embargo, y con independencia de la visión personal que luego expondré debemos destacar las dos principales críticas que se realizan a la teoría de *SCHÜNEMANN*. De un lado, actuando así el autor desconecta la pena de la culpabilidad al basar aquella en la mera función preventiva general, y aunque así fuera, nada prueba que la imposición de una pena a la persona jurídica llegue a ser eficaz respecto de las personas físicas que la conforman y que, en todo caso, son las que han cometido el delito. De ahí que *MODOLELL* indique que el efecto motivador podría lograrse *intimidando a los órganos de la empresa, y a sus directivos, con la amenaza de afectar sus intereses en la misma (acciones, puesto de trabajo, etc.)*. De otro lado, y como segunda crítica, coincidimos con *HEYMANN* cuando dice, con razón, que *la lesión del bien jurídico cometido en el marco de una empresa no puede demostrar la autoría de una determinada persona natural*²⁴⁷, a lo que debemos añadir que mucho menos demuestra la responsabilidad de la corporación.

Desde esta perspectiva, la teoría del estado de necesidad del bien jurídico permitiría castigar sin límites a cualquier ente o persona por el mero hecho de atentar contra los bienes jurídicos protegidos por el Código Penal. Quizás sean

²⁴⁷ Sin embargo, este autor sigue indicando que *un fallo de organización de la empresa ha facilitado, al menos, el hecho o, en su caso, al menos ha hecho más difícil su demostrabilidad*.. En *MODOLELL/GALLEGU*. Op.cit.

riesgos como éste los que expliquen la razón por la que el legislador no prevé responsabilidad penal de las personas jurídicas más que para supuestos de bienes jurídicos que no requieran la acción humana. Dicho de otro modo, en ningún caso se tipifica la responsabilidad criminal del ente, por ejemplo, para delitos contra la vida, integridad corporal, aborto, etc.

Siguiendo tal propuesta de forma ilimitada, se habilitaría al legislador para establecer el castigo partiendo no de la capacidad del sujeto y de su acción - consecuencia de su intencionalidad o actuar descuidado- sino de la propia causación de la lesión –o puesta en peligro- del bien jurídico. Por tanto, la valoración jurídico penal de la acción y de la culpabilidad pasaría a un segundo plano quedando todo el elemento axiológico reducido a un hecho puramente empírico: Lesión o no del bien jurídico. A esto quedaría limitado el principio de legalidad penal y consecuentemente el de tipicidad.

Sin embargo, debemos concretar más la cuestión, pues aunque no exista duda de que una acción típicamente culpable se fundamenta en la lesión o puesta en peligro –según los casos- del bien jurídico (*nullum crimen sine iniuria*) consideramos que la relación inversa no siempre se da en la conducta, y es precisamente esta relación la que fundamentaría el elemento de culpabilidad de una acción. Dicho con otras palabras, no toda acción que lesiona o pone en peligro un bien jurídico merecerá su consideración como culpable, y solo un análisis posterior a la propia acción será la que permita, dentro de las garantías constitucionales, y siguiendo criterios de estricta culpabilidad, llegar o no a tal

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

consideración. Interpretación esta que, aunque pueda ser tachada de tradicional, recobra su mayor trascendencia en un tiempo en el que, como señala HEFENDEHL, *los enemigos del concepto de bien jurídico parecen intentar mediar arteramente en la controversia, reduciendo la función del bien jurídico a un mínimo y equiparando el bien jurídico –si se analiza su postura objetivamente- con el objeto de la acción.*

Así pues, basar toda la culpabilidad de un sujeto en el simple hecho de la violación del bien jurídico (principio de ofensividad) –entendido en términos puramente empíricos y negando cualquier elemento valorativo-, supone reducir toda la teoría general a un suceso en el que, en numerosas ocasiones, no podrá ser imputado objetivamente²⁴⁸ a una persona –ni tan siquiera física- y, por ende, ser calificado como conducta culpable. Por ello, entendemos que no es la violación del bien jurídico sino el significado típicamente antijurídico de tal lesión y la posibilidad de su atribución a un sujeto imputable según las reglas de la imputación objetiva lo único que garantizaría que nadie podrá ser castigado por un listado indiscriminado de protección (a eso quedaría reducido el tipo) sino por la concreta conducta reprochable de que se trate según los cánones de culpabilidad que determinarían en todo caso el desvalor de la conducta del sujeto.

²⁴⁸ En términos de imputación objetiva.

Una conclusión distinta a la que acabo de exponer –identificación entre bien jurídico y objeto de la conducta- conduciría al renacimiento²⁴⁹ del *versari in re illicita*²⁵⁰ (y a la consiguiente abolición, si quiera parcial, del principio de legalidad y del principio de culpabilidad), determinándose el delito por la causación del resultado y la culpabilidad por la coincidencia gramatical entre este resultado (que coincidiría con la conducta) y el tipo descrito en la norma²⁵¹.

A nuestro juicio, y por las razones expuestas, este es el camino que ha tomado el código Penal español con la instauración de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, que por mucho que se argumente, no deja de ser mera responsabilidad objetiva.

Sostener la culpabilidad exclusivamente en base al principio de ofensividad o lesividad, con abstracción de otros conceptos como el de capacidad de acción, no resuelve los inconvenientes que existen para atribuir responsabilidad penal a un ente, y ello por cuanto la conducta de éste seguiría sin estar dominada y dirigida por él mismo, quedando todo reconducido a un

²⁴⁹ No obstante las manifestaciones atenuadas de ésta como la preterintencionalidad

²⁵⁰ En cuanto al *Versari in re illicita* la entendemos en el sentido explicado por COBO DEL ROSAL, esto es, en su forma tradicional, y más rigurosa, el *versari* implica la imputación a título de dolo consecuencias fortuitas o respecto de las que solamente existe culpa; Sin embargo, con el transcurso del tiempo, han prevalecido formas atenuadas, en las cuales únicamente se responde a título de dolo por las consecuencias no queridas cuando concurre, al menos culpa respecto de ellas o bien se imputan las consecuencias fortuitas, pero no a título de dolo, sino al más leve de imprudencia. En el caso de la responsabilidad penal de las persona jurídica entiendo que el legislador habría acudido al *versari* tradicional (COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991).

²⁵¹ Para un análisis mas profundo de la cuestión, PERIS RIERA, J. La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual (tendencias restrictivas a favor de la penetración en el elemento subjetivo). Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

mero derecho objetivo sancionador. Esta opción es rechazable desde perspectivas constitucionales si entendemos, como así lo ha hecho el Tribunal Constitucional (STC 150/1991), que el principio de culpabilidad es un principio consagrado en nuestra Constitución.

Seguir sin mas esta limitación constitucional podrá ser criticado por quienes entienden que la persona jurídica no puede ser sujeto apto para todo salvo para su sanción penal, y tendrían razón solo si fuera posible identificar tal capacidad o aptitud jurídica con una actuación libre. En modo alguno es así, ya que, como se dijo antes, no entendemos que la capacidad jurídica de una corporación obedezca a patrones de comportamiento humano sino a una ficción del Derecho para facilitar el tráfico jurídico económico y organizar y dirigir un patrimonio, de tal forma que el ordenamiento no dota de vida al sujeto por atribuir tal capacidad sino que atribuye consecuencias jurídicas a los actos que las personas físicas -que la dirigen y administran- realizan en su nombre. Se compartirá que no es lo mismo.

Dicho de otra manera gráfica, en el delito de estafa una persona física debe tener la capacidad de elegir el mejor modo de producir engaño bastante para inducir error en la víctima. Sin embargo, y cuando atribuimos esta conducta a una persona jurídica (artículo 251 bis del Código Penal), nadie pensará que esa inducción a error ha sido ideada por la persona jurídica sino por la misma persona física, aunque valiéndose en este caso de la estructura de la persona jurídica.

Como he dicho, no despreciamos el valor esencial del bien jurídico protegido en el ámbito penal. Es más, no llegamos a entender un derecho penal sin el límite de garantía que le otorga exclusivamente el bien jurídico y que se deriva de su concepción como *interés vital para el desarrollo de los individuos* (VON LISZT²⁵²). Ahora bien, proteger ese interés vital de manera absoluta sin atender a ninguna consideración de culpabilidad personal sería restaurar la razón de Estado de Maquiavelo y obligaría a debatir sobre la legitimidad de un Estado de Derecho, y de la fuerza ilimitada de su poder judicial, para inmiscuirse indiscriminadamente en la conducta de los individuos aunque ésta no pueda evaluarse desde perspectivas de desvalor del injusto típico.

En efecto, de futuro y desde tales premisas solo sería necesario alegar la conculcación de un bien jurídico para hacer funcionar el *ius puniendi* de manera ilimitadamente aberrante, dando lugar con el paso de pocos años, en ese contexto de ilimitada positivación y protección de bienes jurídicos y de replanteamiento de los sujetos activos por parte de un legislador excesivamente activo, a la necesidad de cuestionarse, incluso, las causas de inimputabilidad y, por supuesto, el ámbito de la ley penal del menor.

Por ello, somos defensores de un derecho penal basado en la necesidad de protección de un bien jurídico, pero también lo somos de la limitación racional de los bienes que requieren la activación del ámbito penal. No podemos aceptar

²⁵² Von LISZT, en Tratado de derecho penal Madrid, Editorial Reus, 1929

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

que el Estado pretenda regular cualquier hecho de la convivencia sin asumir el riesgo de que una excesiva labor legislativa acabará convirtiendo el Derecho en fuente de conflictos en lugar de una técnica para evitarlos. Solo desde la esfera del profano que desconoce la práctica del foro puede considerarse al poder judicial como un elemento de eliminación de conflicto; Sin embargo es al contrario, la mera tipificación de un hecho excluye la posibilidad del derecho de tolerancia cívica, contribuyendo con ello a la aparición de una sociedad cada vez más rival. Al final todo dependerá de la decisión de un Juez que dará la razón a uno en detrimento de otro, y no podemos olvidar que la verdad judicial no es la verdad, sino una verdad que, entre otras, puede imponerse de manera coercitiva. Por lo que la labor judicial puede conducir a otro nuevo conflicto como es la injusta determinación de una verdad falsa lograda gracias a técnicas de persuasión o de intuición judicial²⁵³.

Todo este contexto, por mucho que se tilde de catastrofista, comienza con una desordenada regulación penal (desde el año 1995 son incontables las reformas del código con fines claramente endurecedores y de corte retributivo), continúa con la creación de bienes jurídicos abstractos casi incomprensibles para cualquier ciudadano y termina con la reformulación de los sujetos activos posibles, eliminando con ello cualquier teoría sobre la culpabilidad y, con ello, la plena garantía del Derecho penal moderno. Como acertadamente afirma

²⁵³ Es decir, una aparente verdad a la que se llega por la técnica empleada en el oficio de la defensa o por el convencimiento del Tribunal en base a su propia intuición, concepto éste extrapolado del realismo jurídico norteamericano y que, más abajo, se describirá

CORCOY BIDASOLO²⁵⁴, *estamos ante una inflación del Derecho Penal en las últimas décadas, unida a la [d]eflación de las garantías.*

Solo observando el proceso penal y las formas rutinarias y poco precisas a que ha quedado reducida la tarea -otrora sagrada- de impartir justicia puede entenderse este contexto. Como ya tenemos manifestado, la multiplicidad de juzgados penales y la ausencia de un mecanismo de revisión para unificación de criterios es el escenario idóneo para que un Código Penal amplio y ambiguo se convierta en el motor de descontrol más absoluto en manos de unos Tribunales que, al estar sometidos a una Ley sin espíritu, interpretarán creando lo que su conciencia²⁵⁵ les dicte en ese momento y en ese supuesto. Es decir, que el legislador penal actual ha iniciado una peligrosa transición al derecho anglosajón introduciendo un realismo jurídico –norteamericano- judicial pero sin modificar la arcaica estructura de nuestros tribunales.

Tratar en exclusiva ahora este realismo jurídico norteamericano resulta demasiado pretencioso, pues aunque formalmente empezara en la década de los 30 del siglo veinte, resaltando la idea según la cual la ciencia jurídica debía preocuparse del hecho y de la vida práctica, lo cierto es que no tardarían en aparecer autores que irían muchísimo más lejos, como Oliver Wendell Holmes²⁵⁶, juez de profesión, que llegó a afirmar que *el derecho no es más que lo que los jueces dicen que es*, manifestando sin rubor que el Derecho no era

²⁵⁴ CORCOY BIDASOLO, en Constitución y Sistema Penal. Colección Derecho Penal y Criminología. Marcial Pons. 2012

²⁵⁵ Según su conciencia y no “en conciencia”, que es lo que debería ser.

²⁵⁶ HOLMES, O. W.: La Senda del Derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, pp. 21.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

más que *las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto, nada más ni nada menos*. Creo que podrá compartirse que la atribución de esta responsabilidad y virtud a los jueces y tribunales podrá ser válida en un sistema, como el americano, en el que la elección de los jueces no se hace con carácter vitalicio a partir de una oposición libre que fundamentalmente requiere la memorización teórica de un temario, y en el que ni se exige conocer la realidad del conflicto (un juez recién incorporado podrá ver por primera vez una letra de cambio cuando tenga que dirimir un juicio sobre ella, sin importar que dicho efecto cambiario suponga un conflicto de cientos de miles de euros entre dos empresas) ni existen mecanismos reales de control, eliminación y selección de jueces verdaderamente preparados en una materia. Y lo peor es que esta ardua tarea de *conocer lo desconocido*, y decidir sobre ella, será sustituida por la *intuición judicial*, término también acuñado por el realismo jurídico norteamericano. Lo relevante ahora es tener en cuenta que, como analizaremos más adelante, este movimiento utilitarista, basado en la sociología jurídica, no difiere de la construcción doctrinal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En un sentido parecido, CORCOY BIDASOLO²⁵⁷, señala que *en relación con la antijuridicidad y en concreto con la responsabilidad subjetiva de la prueba ilícita o de la ausencia de prueba la jurisprudencia tiende hacia una responsabilidad objetiva, con una ampliación del concepto de dolo que abarca la ignorancia deliberada. Concepto que se ha importado del ámbito*

²⁵⁷ CORCOY BIDASOLO, en Constitución y Sistema Penal. Colección Derecho Penal y Criminología. Marcial Pons. 2012

anglosajón sin conocimiento del significado que en su contexto tiene y de los requisitos que se requieren para su aplicación ni de las diferentes consecuencias que se derivan en uno u otro ámbito de la calificación como dolosa de una conducta. Responsabilidad objetiva que es patente en el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Retomando la cuestión, si la protección exacerbada de bienes jurídicos se realiza mediante leyes ambiguas y genéricas, la tarea de juzgar de manera imprecisa se multiplica por cada uno de los juzgados existentes en la planta judicial, máxime cuando ni tan siquiera el legislador se ocupa de desarrollar un método hermenéutico seguro para el ámbito penal. Sería desconocer el mundo práctico, si se nos permite la expresión, si creyéramos que un Juez de instrucción va a estudiar en profundidad la imputación de un sujeto teniendo tan solo ante sí una denuncia que con carácter formal le indica la violación de un bien jurídico protegido. Es más, será generalmente una resolución estereotipada la que admita la imputación de un sujeto aún *“no estando determinadas la naturaleza y circunstancias de tales hechos ni las personas que en ellos han intervenido”*; Cláusulas de formulario, que no de estilo, que curiosamente se justifican por los propios órganos judiciales superiores dada la carga de trabajo de los Juzgados de Instrucción²⁵⁸. Solo admitiendo que los Instructores

²⁵⁸ Auto de la Ilma. Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5, de fecha 18 de junio de 2013: *“En tal sentido, el auto recurrido no puede ser calificado propiamente como auto, a pesar de que formalmente cumpla con la estructura de este tipo de resolución, dado que no contiene la necesaria e imprescindible motivación, reiteradamente exigida por la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional. ... Esta Sala entiende que la habitual sobrecarga de trabajo que pesa sobre los órganos judiciales de instrucción, ha generado una práctica de dictar una inicial resolución de formulario o tipo con la inclusión de los elementos mínimos que la ley exige (como ocurre en este caso) y posteriormente, al resolver el recurso de reforma que se pueda interponer,*

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

judiciales no interpretan derecho penal y que son meros aplicadores del derecho procesal podría admitirse que la presunción de inocencia, como regla de tratamiento²⁵⁹, no queda conculcada con esta imputación mecánica. Sin embargo, la realidad es que el Derecho penal no se aplica solo para condenar o absolver sino para imputar o sobreseer respecto de un supuesto culpable, y siendo esto así, la inventiva legislativa y las delegaciones que realiza a unos Juzgados ya saturados de por sí, han terminado por convertir la teoría del Derecho Penal en lecciones magistrales o en partes de un temario de oposiciones.

La lesión de un bien jurídico protegido no es una razón suficiente, en sí misma considerada, para concluir la culpabilidad de un sujeto, y es aún menos asumible que, para las personas jurídicas, por no contar con otros fundamentos de su capacidad de culpabilidad, pueda convertirse en el único elemento a tener en cuenta para proceder a su reproche penal. Esto, y no otra cosa, es lo que ha sucedido con la instauración del modelo de imputación de la persona jurídica.

No obstante, si la teoría del estado de necesidad del bien jurídico puede llevar a situaciones poco deseables, la corriente de la sociedad de riesgo da un

fundamentar en derecho los motivos de la resolución acordada, dado además que lo que la jurisprudencia exige es la motivación de las resoluciones judiciales y ello se pueda dar al resolver por el juez a quo sobre los recursos que deba conocer contra sus propias resoluciones, por lo que en este momento se cumplen las exigencias de motivación a la que se ha hecho referencia anteriormente sin vulneración de derecho alguno. El problema de esta práctica forense se dan los casos, como el presente, en el que no existe previo recurso de reforma sino que se interpone el recurso directo de apelación como autoriza el artículo 766.2 LECRM, pues la falta de motivación es ostensible y la nulidad debe ser declarada pues n se ha dictad un auto que cumpla con las exigencias legales de tutela judicial efectiva”

²⁵⁹ Según doctrina del Tribunal Constitucional.

paso más e, incluso, obvia no ya el estado de necesidad sino la propia necesidad del bien jurídico. Como hemos señalado anteriormente ciertos autores sostienen que *el Derecho penal no estaría protegiendo bienes jurídicos sino que sería un proceso de conducción de movimientos sociales*, defendiendo la idea de que el Derecho Penal criminaliza *comportamientos no porque sean socialmente inadecuados sino para que pasen a serlo*²⁶⁰. Por tanto, las tendencias, sobre todo de corte sociológico, que estudian las consecuencias de la sociedad postindustrial, están decididas a configurar un nuevo derecho penal en el que debe primar el mero riesgo sobre cualquier valoración personal del autor y de su acción culpable.

Aunque todavía hoy, afortunadamente, *parece posible afirmar que el núcleo básico contenido en el injusto penal viene constituido por la lesión de un bien jurídico de naturaleza material*, la verdad es que *dicho aserto ha adquirido tales niveles de relatividad en el sistema jurídico-penal contemporáneo que resulta inevitable efectuar un replanteamiento del mismo no solo por la proliferación de los delitos de peligro, sino también por el papel que éstos están asumiendo frente a la constante y creciente peligrosidad de la vida en la actual sociedad de riesgo* (PERIS RIERA²⁶¹).

²⁶⁰ BAJO FERNÁNDEZ, en Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. InDret 3/2008. Barcelona.

²⁶¹ PERIS RIERA, en Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico (el modelo de criminalización de los riesgos para la seguridad vial en el código penal de 1995). La Ley. Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la circulación. Número 23. Noviembre 2000. ISSN 1139-4447.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Esta tendencia nos lleva al convencimiento de que un concepto de delito basado en el simple riesgo, como fin que culmina con una idea preventiva general de la pena, nos conduciría a un derecho penal positivo abocado a entender la culpabilidad como puro resultado y probabilidad estadística. De tal forma, que existiendo índices estadísticos de criminalidad, que clasifican matemáticamente los perfiles criminales, los delitos habituales, etc., el legislador solo debe positivizar como delito aquellos sucesos o tendencias cuya producción, que es lo que se pretende evitar, resulte estadísticamente probable. Por tanto, el derecho penal no debe valorar qué hechos merecen ser reprobados mediante la pena, sino simplemente castigar todos aquellos hechos que entrañen peligro social. Esta forma de legislar, denominada por algún sector de la doctrina como creación de *normas cautelares*, trata de anticipar la barrera de protección mediante una idea de peligro *que se ha ido abriendo paso como criterio general de la intervención penal*²⁶² frente a la excepcionalidad de la tipificación de conductas simplemente peligrosas para bienes jurídicos propia de épocas pasadas (PERIS RIERA²⁶³).

Lo peor es que la selección de estas conductas peligrosas queda limitada al análisis de su producción probable, en términos estadísticos, es decir, no se sabe qué surgirá primero si la idea moralizante de una sociedad castigadora o un legislador que pretende imponer una moral social y no normas jurídicas.

²⁶² MAQUEDA ABREU, en La idea de peligro en el moderno Derecho Penal (algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992). Actualidad Penal, 1994.

²⁶³ PERIS RIERA, en Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico Op. Cit.

Justificaciones de esta perversa naturaleza la encontramos, precisamente, en la exposición de motivos de la LO 5/2010. En esta se explica la responsabilidad penal de la persona jurídica diciendo que *son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)*, o en la propia doctrina, ZUGALDÍA²⁶⁴, cuando señala que *lo determinante en la discusión en torno a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no es el problema dogmático de si disponemos o no de las categorías dogmáticas para hacerlo posible, sino la decisión político criminal de hasta qué punto el Derecho penal quiere y está dispuesto a asumir el reto de la represión de la criminalidad económica y organizada nacional y transnacional, propia de la sociedad globalizada y del riesgo, en el que la persona física juega un papel muy secundario.*

3.- Delito de referencia: Ausencia de dolo

Aunque la primera conclusión a la que se llega cuando se lee el artículo 31 bis es que éste precepto no establece ningún criterio de culpabilidad, una lectura más atenta de la norma, y sobre todo de la remisión que se efectúa a los

²⁶⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, en Fundamentos de Derecho Penal Parte General, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

delitos concretos que pueden ser atribuidos a la persona jurídica permite, según entiendo, realizar una triple interpretación. De un lado, considerar que la culpabilidad atribuida a la entidad debe ser la del delito concreto de que se trate (hermenéutica ésta que aunque sea la más lógica no parece posible si seguimos una interpretación literal de la norma). De otro, entender que el artículo 31 bis establece una culpabilidad general y autónoma con independencia de la modalidad concreta de culpabilidad que establezca el delito (lo que cambiaría la propia estructura del delito ya que la persona física sería culpable según la modalidad subjetiva prevista en el delito de que se trate mientras que la persona jurídica siempre sería culpable según lo previsto con carácter general en el artículo 31 bis). Por último, existiría una interpretación de corte mixto.

En efecto, de la lectura del artículo 31 bis comprobamos que el legislador ha optado por establecer un estatuto general de responsabilidad de la persona jurídica, con abstracción del elemento subjetivo concreto establecido en el delito a imputar. Así, mientras que la persona física debe traspasar dos límites valorativos -el elemento objetivo y el subjetivo del tipo- nos encontramos con que a la persona jurídica (además de no actuar en sentido propio) se le ha suprimido uno de los elementos típicos, concretamente el subjetivo, para la atribución de culpabilidad. Por tanto, es posible concluir que dado que la persona jurídica solo responde por la causación del elemento objetivo del delito –cometido además por una persona física- su responsabilidad es pura y estrictamente objetiva.

Por ejemplo, para la imputación de una persona física por un delito fiscal es necesario determinar y esclarecer el elemento objetivo y subjetivo de la conducta (ánimo de defraudar). Sin embargo, en el supuesto de la persona jurídica solo se adverte la realización de la conducta objetiva por alguno de los sujetos enumerados en el artículo 31 bis y el provecho obtenido (sea intencionado o no). De ahí, que entendamos que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solo adolece de un estatuto penal teórico sino, más aún, su positivación carece de toda coherencia con arreglo al marco jurídico del texto legal en donde se incardina. Dicho de otra manera, se podrá discutir si existe hecho propio o no, pero en todo caso es incuestionable que este tipo de responsabilidad penal conculca de manera palmaria el artículo 5 del Código Penal, toda vez que estamos imponiendo una pena sin haberse exigido dolo o imprudencia.

A pesar de todo ello, y tratando de individualizar algún elemento de culpabilidad, apreciamos que cuando el artículo 31 bis establece determinados elementos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (es el caso del debido control en la segunda vía de imputación) en realidad el legislador sí ha instaurado un sistema propio de culpabilidad; Sistema que nosotros valoramos, no en base a las categorías artificiosas de culpabilidad (culpabilidad de la empresa) indicadas más arriba, y que conjeturan un hecho propio de la entidad, sino con arreglo a las categorías tradicionales, esto es, al dolo o a la imprudencia.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Es evidente que la conducta dolosa se descarta por sí misma en todas las conductas que puede imputarse a la persona jurídica, y ello por la propia literalidad del precepto, esto es, si la conducta criminal se ha cometido por otra persona y, por tanto, partimos de la incapacidad de acción de la persona jurídica, parecería poco coherente analizar, y mucho menos atribuir, conducta alguna a la corporación sobre la base del conocimiento e intención de ésta. Y esto con la grave consecuencia que comporta, dado que el legislador ha tenido a bien atribuir figuras delictivas a la persona jurídica en las que no existe modalidad impudente. Ejemplo de esto sería el delito fiscal, en donde, según decimos, no se va a aplicar a la persona jurídica la estructura típica del delito.

En definitiva, dentro de la reforma de la responsabilidad penal de la persona jurídica, podemos destacar el hecho de que no existen conductas dolosas, y ello por mucho que el delito de referencia esté concebido para este tipo de estructura de culpabilidad. Esta relevante circunstancia no solo modificaría el elemento subjetivo del delito sino que pone de manifiesto que la vinculación de la persona jurídica con el delito, más allá de su capacidad de acción (ausencia de hecho propio) y de su culpabilidad directa, persigue la aplicabilidad estricta de la pena por el mero hecho de haber infringido la norma penal las personas físicas determinables que establece el artículo 31 bis.

Solo se establecen conductas valorables desde una concepción imprudente de la culpabilidad, consiguiendo desnaturalizar por completo la estructura general del delito, ya que, con clara infracción del artículo 12 del Código Penal,

a la persona jurídica se le pueden atribuir conductas que no contienen ninguna modalidad típica basada en la imprudencia. También, y como se ha dicho más arriba, se instaura una ilimitada posición de garante, autorizando con ello a imputar en masa una serie de conductas activas que fuerzan, y por tanto desnaturalizan, el propio y preciso concepto dogmático y legislativo de omisión.

Con tales antecedentes, no cabe la menor duda de que el legislador, siguiendo criterios de política criminal, ha tenido a bien instaurar un sistema de responsabilidad en el que la pena –que en la mayoría de las veces será de multa– se convierte en un instrumento de retribución económica por la comisión delictiva. Dicho de otra manera, se cambia radicalmente el concepto de retribución de la pena, concretándose éste, a diferencia del tradicional, en el provecho económico que el Estado, y no solo la persona jurídica, podrá percibir por los delitos cometidos en la empresa²⁶⁵. En conclusión, que primando el interés recaudatorio de la Administración no había ninguna necesidad de derivar la responsabilidad de la persona jurídica al ámbito penal, pues al fin y al cabo y para conseguir estos efectos (en el que la pena no desempeña ninguna función en el supuesto infractor) sobraba con un criterio puramente administrativo sancionador.

²⁶⁵ Se debe a Schönemann la distinción entre crimen en la empresa y crimen de la empresa.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Como afirma DEL ROSAL BLASCO²⁶⁶, siguiendo a ROBLES PLANAS²⁶⁷ *la regulación propuesta para el Código Penal adolece de defectos notables, pues no se debería haber establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vulnerando el principio de culpabilidad, sino haber establecido un sistema alternativo de sanciones intermedias, entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, incidiendo no tanto en los hechos cometidos como en los defectos de organización que pueden convertir a las corporaciones en escenarios propicios para la comisión de delitos.*

²⁶⁶ DEL ROSAL BLASCO, B, en La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1 del Código Penal. Cuadernos de Política Criminal. ISSN:0210-4059. Año 2011

²⁶⁷ ROBLES PLANAS en “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en Indret, 2/2009.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 8. LA LLAMADA CRISIS DEL SUJETO INDIVIDUAL:
TEORÍA DESHUMANIZANTE**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Más arriba hemos tenido ocasión de analizar las teorías²⁶⁸ en las que, dando supuesto fundamento a la culpabilidad de las personas jurídicas, algunos autores sostenían una extraña responsabilidad corporativa diferenciada de la propia persona física que la componía. Es más, POLAINO NAVARRETE²⁶⁹ afirma que *no se trata del concepto tradicional de culpabilidad (que era un concepto subjetivo o psicologizado) sino de un concepto sui generis y normativizado de culpabilidad: la culpabilidad de la empresa, categoría con un contenido propio como ha resaltado la doctrina.*

Esta diferenciación y la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas lleva a indicar a MORILLAS CUEVA²⁷⁰ que *se siga el modelo que se siga en relación a tal responsabilidad, se puede caer en la incoherencia de que la “voluntad de la sociedad” a la que se adscriba la carga de la respuesta delictiva sirva más, como cortina de humo, para eludir la singularización de las responsabilidades penales de los miembros relevantes y ejecutores de las decisiones del colectivo; y más aún la concreción del injusto en la empresa y la aplicación de una pena al ente social de un hecho cometido, en definitiva, por otro que ha actuado en su nombre conduce a una responsabilidad colectiva de la persona jurídica que afecta a todos sus miembros hayan o no participado en los hechos delictivos.* De ahí que éste

²⁶⁸ Capítulo 7

²⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, M. en Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas), 2009, Grijley. Perú

²⁷⁰ MORILLAS CUEVA, L: La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

último autor, tras analizar los planteamientos doctrinales que defienden la responsabilidad penal de la corporación, afirma que *cuesta admitir este planteamiento desde el momento en que, en todo caso, los acuerdos o las acciones delictivas ejecutadas no dejan de ser realizadas por personas físicas aunque integrantes de un ente colectivo que difícilmente puede tener algún nivel de culpabilidad, sobre todo a la hora de fundamentar la pena. Las referencias a las conculcaciones a los deberes de organización de las personas jurídicas no parecen suficientes para componer un concepto de culpabilidad que fundamente una culpabilidad sustento de la sanción penal. Incluso Tiedemann valorando las dificultades de su propuesta la reduce a los delitos culposos y de omisión.*

Como hemos podido analizar existen infinitas cuestiones que quedan sin solución dogmática en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La capacidad o incapacidad de acción o la capacidad o incapacidad de culpabilidad constituyen el mejor ejemplo de las discusiones doctrinales que suscita esta materia. Sin embargo, tanto los defensores como los detractores de la responsabilidad penal de la corporación coinciden en situar la raíz del problema en la explicación de si la persona jurídica es o no un sujeto apto para la atribución de responsabilidad penal. Ya hemos visto que todo se explica en función de que consideremos a la persona jurídica sujeto del Derecho Penal.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

El punto de partida de la discusión la explica con claridad ZUGALDÍA ESPINAR²⁷¹: *... el Derecho Penal que ha llegado a nuestros días es el Derecho Penal Clásico, de la delincuencia clásica (básicamente violenta), contra bienes jurídicos clásicos (la vida, la salud, el honor, la libertad o la propiedad de las personas) y que se lleva a cabo por delincuentes clásicos (seres humanos) capaces de realizar acciones humanas con una culpabilidad susceptible de ser captada en términos bio-psicológicos. En este Derecho Penal ético moralizante, propio de “homo humanisticus” que es sensible a la pena –y que procede en su inmensa mayoría de la marginación y la pobreza- es en el que rige la fórmula “societas delinquere non potest” pues lo contrario, como recuerda Paliero, es algo ajeno a las categorías del espíritu que debe ser existencialmente rechazado como algo irritante y capaz de producir en el Derecho Penal mismo una crisis de identidad.*

Sin embargo, en la actualidad, y gracias a un muy positivo fenómeno de expansión, está surgiendo un nuevo Derecho Penal (el Derecho Penal de la sociedad del riesgo, de la sociedad postindustrial, de la globalización o de las nuevas tecnologías) con nuevas formas de delincuencia contra nuevos bienes jurídicos (orden socioeconómico, derechos de los consumidores, derecho de los trabajadores, medio ambiente, ordenación urbanística, dignidad humana, buen funcionamiento societario, en general, y de las entidades de crédito, en particular, delitos informáticos, blanqueo de capitales, delito fiscal, tráfico de personas, corrupción, grandes defraudaciones, etc.). Y en este Derecho penal

²⁷¹ ZUGALDÍA ESPINAR, JM. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. Colección Delitos. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013

dirigido al “homo economicus”, la persona física ocupa un papel muy secundario, adquiriendo el papel de protagonistas las empresas, las sociedades mercantiles, las fundaciones o las asociaciones, en definitiva, las personas jurídicas. Ellas son, en efecto, las auténticas protagonistas de la criminalidad económica organizada (nacional y transnacional), de las criminalidad de los “poderosos sin fronteras” (crimes of the powerful y corporate and Business crimes)”

La necesidad de transformar el Derecho penal clásico es por tanto una exigencia derivada del cambio social. Trataremos de analizar si esta necesaria mutación, que algunos sectores doctrinales parecen haber iniciado ya, puede exigirse al Derecho Penal o, si por el contrario, existen herramientas jurídicas diferentes a lo criminal pero igualmente efectivas para la resolución de estos conflictos actuales. Ya hemos dicho que hay cuestiones para las que no parece que vaya a producirse una solución doctrinal pacífica, aunque, lamentablemente, la decidida motorización legislativa convertirá estas discusiones en debates teóricos y el lugar al que el sector contrario a la responsabilidad penal de la persona jurídica volverá una y otra vez para distanciarse de la realidad del Derecho positivo, circunstancia paradójica que se produce, precisamente, en el momento en el que el Derecho penal positivo más se ha distanciado de su verdadera naturaleza para acomodarse a una realidad que el mismo ha creado.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Quizás haya materias –en este caso el derecho penal- que no pueden avanzar con la sociedad sin dejar de ser ella misma²⁷². Como indica HABERMAS²⁷³, y esto es lo que deberemos analizar, “*los neoconservadores quieren atenerse a cualquier precio al modelo de la modernización económica y social capitalista. Siguen concediendo prioridad al crecimiento económico, protegido por el compromiso del Estado social, aunque también más estrangulado cada día que pasa. Contra las consecuencias socialmente desintegradoras de este crecimiento, buscan refugio en las tradiciones ya sin savia, pero retóricamente evocadas, de una cultura chata y de sala de estar*”. Dado que los penalistas no queremos vivir en tiempos pretéritos y aceptamos como cualquier sujeto social el progreso, la pregunta es ¿debemos aceptar que tales avances comportan unas consecuencias y que éstas no deben ocultarse tras el velo selectivo que arrojan antiguas teorías? Dicho de otro modo ¿resulta insignificante e inoperante la teoría del Derecho Penal para estos nuevos tiempos?

MANTOVANI²⁷⁴, como recuerda MORILLAS CUEVA²⁷⁵, resume la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídica con el siguiente y excelente criterio: *a) bajo el perfil histórico domina el principio de responsabilidad individual sobre todo en el derecho continental, como se ha*

²⁷² Como afirma MORILLAS CUEVA, *desde una perspectiva sociológica de resultados, la adscripción de dicha responsabilidad no es, en todo caso, un avance del Derecho penal ni tampoco un planteamiento necesariamente progresista.*

²⁷³ HABERMAS, J. en Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Taurus. 1999, Grupo Santillana de Ediciones, S. A

²⁷⁴ MANTOVANI, F. Diritto Penale. Parte Generale. 5ª ed, Padova, 2007,

²⁷⁵ MORILLAS CUEVA, L: La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

visto; b) bajo el perfil ontológico-dogmático la admisibilidad de la responsabilidad penal de los entes colectivos no se reconoce como una imposibilidad absoluta con lo que a la teoría de la ficción, antes señalada y que niega a ellos subjetividad penal en cuanto meros “sujetos artificiales”, se contraponen la teoría de la realidad u orgánica, por la que la persona jurídica, al igual que el hombre, es un sujeto natural y real por lo que no se ve la razón de negarle tal subjetividad; c) bajo el perfil criminológico-empírico la realidad está, después, en demostrar que la “sociedad sabe delinquir” como se advierte todas las veces que los delitos de los representantes son expresión de la voluntad asamblearia, de la organización o de la política de empresa; d) sobre el perfil político-económico, la responsabilidad o irresponsabilidad penal de la persona jurídica es un problema, más que ontológico o dogmático, de tipos de sistemas políticos y económicos y de práctica útil y eficaz.

La cuestión también ha sido analizada, en la doctrina española, por BACIGALUPO SAGGESE²⁷⁶, autora que, aún siendo consciente de que las diferencias entre un sujeto y otro resultan insuperables intenta dar una nueva perspectiva desde la que enfocar este tema, partiendo de una afirmación absoluta como es que el concepto de sujeto es una construcción hermenéutica que aparece como un preconcepto de toda la elaboración dogmático jurídica, de ahí que sostenga que la negación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre la base de la incapacidad de acción y de culpabilidad en el sentido de la teoría del delito actual adolece de una cierta circularidad.

²⁷⁶ BACIGALUPO SAGGESE, S en La Problemática del Sujeto en el Derecho Penal. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En síntesis la autora, siguiendo un criterio más próximo a la sociología jurídica, considera que la corporación es un sujeto *entendido como sistema social que no se compone de acciones individuales, sino de comunicaciones imputables como acción*, estructurado sobre la base del suceso universal de sus medios operativos, de ahí que *el sujeto tradicional, el individuo, es suplantado por el sistema y sus comunicaciones*. De esta manera, y partiendo de la teoría de los sistemas, debemos distinguir entre *sistemas psíquicos y sistemas sociales*, de forma que *el concepto del sujeto del Derecho penal no debería abarcar única y exclusivamente al individuo, sino también los entes colectivos*.

Con todo, BACIGALUPO SAGGESE concluye que debe quedar claro, aunque entiendo que no lo deja, que *esta propuesta no debe ser entendida como una teoría "deshumanizante", sino que sólo se trata de un cambio de perspectiva del conocimiento, que no significa en modo alguno un menoscabo de la posición central de los valores humanos en la teoría del Derecho penal como teoría social*.

Para apoyar esta visión, la autora recuerda cómo JAKOBS²⁷⁷ ha puesto de manifiesto que también la teoría de la acción es, en verdad, una teoría del sujeto del Derecho penal y que no es el mismo el que tiene en consideración la teoría causal de la acción y la teoría finalista. Sin embargo, de dicha teoría del sujeto

²⁷⁷ JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Ed., Berlin/New York, 1991

parece haberse olvidado el legislador español pues ninguna modificación se ha ideado –mucho menos realizado– respecto de la autoría descrita en el Código Penal. Como afirma tajante COBO DEL ROSAL²⁷⁸ *en ninguna parte del vigente Código penal se afirma que se construya una autoría criminal de las personas jurídicas. Porque la autoría ni se puede improvisar ni se puede derivar de una prejuiciosa y errática interpretación, por muy buena y amplia voluntad represiva que conlleven mentalidades defensistas extremadamente de la sociedad o del Estado.*

En cualquier caso, y siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO, *en la actualidad Jakobs abandonó —y así lo hizo constar expresamente— la posición que previamente había mantenido en su Tratado y reconoce ahora que las personas jurídicas no tienen capacidad de culpabilidad, porque para él culpabilidad es «falta imputable de fidelidad a la norma», que presupone «una conciencia que se manifiesta en el plano de la comunicación como capaz de aprehender el significado de la norma». Por tanto, «una culpabilidad en sentido jurídico-penal no puede darse en la persona jurídica en tanto persona colectiva real». La persona jurídica «no puede desautorizar la norma» porque no es «autoconsciente y comunicativamente competente».*

²⁷⁸ COBO DEL ROSAL, M. *Societas Delinquere Non Potest*, en *Anales de Derecho*, Número 30, 2012, págs. 1-14. ISSN: 1989-5992. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En este mismo sentido MORILLAS CUEVA²⁷⁹, resalta como *con posterioridad Jakobs se manifiesta crítico en relación a la propia capacidad criminal de las personas jurídicas al estimar que realmente no tienen capacidad de ser ciudadanos fieles al derecho ni, en consecuencia, en sentido contrario, pueden desautorizar las normas al no ser autoconscientes para ello ni tampoco tener competencia comunicativa*

Como ya he indicado antes, los autores, que acaban por defender la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pretenden integrar en la teoría general del Derecho Penal la visión de la sociedad, y concretamente, las relaciones que se dan en la sociedad (visión que explica HABERMAS, dentro de su teoría crítica de la modernidad, con la acción comunicativa).

Dicha teoría, influida por el pensamiento de Karl Marx, pretende explicar el conocimiento del sujeto y la construcción de la sociedad a partir de las interacciones que se producen entre estos sujetos. Concretamente HABERMAS estructura su tipología de la acción social en cuatro, así, *la acción estratégica o teleológica: Es aquella asociada a una finalidad consciente; La acción regulada por normas: Es aquella asociada a valores compartidos y legitimados por los sujetos en la vida social; La acción dramática: Asociada a la manifestación plena de la subjetividad individual y, por último la acción comunicativa, definida como la interacción entre dos sujetos capaces de comunicarse*

²⁷⁹ MORILLAS CUEVA, L: La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

*lingüísticamente y de efectuar acciones para establecer una relación interpersonal*²⁸⁰.

HABERMAS entiende que estas relaciones subjetivas que producen efectos en la sociedad solo pueden provenir de sujetos racionales. Ahora bien, esta racionalidad no solo cabe esperarse de una relación natural entre personas, tal y como hasta ahora se había valorado, sino también del significado de los mensajes, en términos lingüísticos, que se producen entre sujetos con capacidad de comunicarse. La cuestión, por tanto, pasaría por analizar qué sujetos tienen capacidad para realizar esta acción racional. Para tal análisis, el autor distingue entre el saber y las acciones lingüísticas (a las que denomina manifestaciones simbólicas).

En efecto, y según afirma HABERMAS²⁸¹, *Si buscamos sujetos gramaticales que puedan completar la expresión predicativa «racional», se ofrecen en principio dos candidatos. Más o menos racionales pueden serlo las personas, que disponen de saber, y las manifestaciones simbólicas, las acciones lingüísticas o no lingüísticas, comunicativas o no comunicativas, que encarnan un saber. En este sentido, para Habermas el saber es poco fiable dado que la estrecha relación que existe entre saber y racionalidad permite sospechar que*

²⁸⁰ GARRIDO VERGARA, L. en Habermas y la teoría de la acción comunicativa. RAZÓN Y PALABRA Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación. NÚMERO 75 FEBRERO - ABRIL 2011.

²⁸¹ 53. HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Título Original Theorie des kommunikativen Handelns. Band I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Taurus. 1999, Grupo Santillana de Ediciones, S. A

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

la racionalidad de una emisión o de una manifestación depende de la fiabilidad del saber que encarnan. Por este motivo, solo puede considerarse manifestación racional aquella que cumple los presupuestos de la racionalidad si y sólo si encarna un saber falible guardando así una relación con el mundo objetivo, esto es, con los hechos, y resultando accesible a un enjuiciamiento objetivo. Y un enjuiciamiento sólo puede ser objetivo si se hace por la vía de una pretensión transubjetiva de validez que para cualquier observador o destinatario tenga el mismo significado que para el sujeto agente.

No obstante, el propio HABERMAS entiende excesivamente estricta esta visión de la racionalidad ya que, si fuera así, toda comunicación quedaría limitada a la disyuntiva verdadera o falsa, eficaz o ineficaz, y en modo alguno es así (ejemplo de esto es la *argumentación*, que verdaderamente es una manera de comunicar racionalmente una opinión sin necesidad de concluir su certeza o falsedad).

Analizando la teoría de la acción comunicativa de HABERMAS, pero en su propio contexto, observamos que la relación de conflicto puede surgir con el discurso (en el que dos sujetos se comunican entre sí) pero no con el mero habla (al que solo considera un acto). En efecto, Habermas considera que el hecho de hablar (un mensaje que no interacciona porque no pretende imponerse sobre otro mensaje) es un acto no conflictual. En cambio el conflicto surge con el discurso ya que en este, que si se produce entre dos sujetos que interaccionan con sus mensajes, se requiere de un juicio objetivo y emitido por un tercero que

constate la veracidad de uno en contra del otro. Obviamente, este juicio universal de validez del mensaje se exige por Habermas para no caer, precisamente, en un indeseable psicologismo (es decir, aquel sistema en el que cada sujeto piensa, por meras cuestiones subjetivas, que tiene razón).

Sin embargo, si se lee con detenimiento la teoría de Habermas, vemos que no defiende ninguna deshumanización (contrariamente a Luhmann), sencillamente porque no se aparta del imperativo categórico de Kant, aunque introduciendo, como un ámbito necesitado de certeza, la comunicación lingüística. Siguiendo este imperativo categórico HABERMAS, tal y como hemos señalado algunos párrafos arriba, formula el siguiente aserto con pretensión de verdad categórica para impedir el conflicto: *cumple los presupuestos de la racionalidad si y sólo si encarna un saber falible guardando así una relación con el mundo objetivo, esto es, con los hechos, y resultando accesible a un enjuiciamiento objetivo*

Ello significa, precisamente, y como no podía ser de otra manera (dado que lo que se defiende es un juicio ético), que ese imperativo debe ser universalmente aceptado, y es evidente que ese juicio de verdad universal solo lo puede realizar un sujeto racional (persona biológica). Dicho de otra manera, la actuación válida de un sujeto dependerá de su libertad y autonomía para valorar lo justo o no de un comportamiento (juicio personal de un actuar justo). Tal libertad es ya un juicio racional de la que carecen las entelequias como son las personas jurídicas. Es más, HABERMAS destaca la necesidad de autorreflexión

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

del sujeto, hallando en la *madurez* la evitación de la irracionalidad. Como afirma FERRATER MORA²⁸², es la madurez referida por HABERMAS la que permite *unir la razón con la decisión*. Estamos de acuerdo en que el ordenamiento jurídico otorga validez a las decisiones de una persona jurídica, pero eso no significa que se esté aceptando que el acto formal en que se exterioriza esta decisión sea el resultado de un proceso de madurez reflexivo, autónomo y libre de la corporación.

HABERMAS rechaza de manera expresa y absoluta la atribución de responsabilidad al colectivo; Esta posición la manifestó al tratar la teoría de GOLDHAGEN sobre el antisemitismo de la sociedad alemana, incluida en el libro de éste último autor “Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto²⁸³”. Como señala LÓPEZ CALERA²⁸⁴, *Habermas se preguntaba si los crímenes de masas se pueden imputar a individuos particulares y también a grupos de personas*, a lo que responde que *una atribución colectiva de culpabilidad «es un absurdo puro y simple»*. Por ello concluye que *la tesis de Goldhagen de que el antisemitismo de la sociedad alemana llevó a muchos millares de alemanes 'corrientes' a asesinar judíos no puede llevar a la conclusión, según Habermas, de que los alemanes eran «una nación de asesinos, ni se puede hablar del exterminio de los judíos como un 'proyecto nacional'»*.

²⁸² FERRATER MORA, J. Diccionario de Filosofía. Editorial CL, Valencia.1991

²⁸³ GOLDHAGEN, D. Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto. TAURUS, 1997. ISBN 9788430600151

²⁸⁴ LÓPEZ CALERA, en Hasta dónde la responsabilidad colectiva?. En prensa, IDEAL, Tribuna abierta, fecha de publicación 30 de marzo de 2008.

Por tanto, en ningún caso puede atribuirse a la teoría de Habermas la deshumanización del Derecho, esto es, no puede considerarse, sin más, que para Habermas, que no opina desde planteamientos sociológicos estrictos sino filosóficos, el sujeto sea algo sustituible por su acción comunicativa. Y ello dado que Habermas solo actualiza (desde un punto de vista ético) el imperativo categórico de Kant a la modernidad introduciendo la comunicación lingüística como medio de interacción entre sujetos humanos.

Ahora bien, si extrapolamos al Derecho la interpretación que, por algún sector de la doctrina, se busca en HABERMAS, intuimos que lo que, quizás, se quiere indicar es que las relaciones sociales se producen por la interacción entre sujetos que simplemente tienen capacidad para comunicarse jurídicamente, esto es, con capacidad para constituir, declarar, modificar o extinguir una relación jurídica como consecuencia de dicha comunicación.

Por tanto, y seguimos intuyendo, este sector parte de que el derecho objetivo no ha cambiado (por tanto sigue necesitando de actos creadores, declarativos, extintivos, etc.), y lo que surge solo es una supuesta necesidad de valorar la introducción de nuevos sujetos con esa capacidad y que hasta ahora, desde perspectivas penales, no habían existido. Dicho de otra manera, esa nueva perspectiva de BACIGALUPO SAGGESE, trataría de analizar si el Derecho Penal permite esta evolución de la modernidad; Esta evolución que implica la

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

participación activa de sujetos que aún teniendo capacidad de actuar no la tienen para responder con arreglo a una pena personal.

Sin ánimo de frivolar la cuestión (y en ningún caso lo podríamos hacer con la teoría de la acción comunicativa cuya enorme complejidad se reconoce), considero que no puede utilizarse la crítica de la sociedad de HABERMAS para construir una teoría de la culpabilidad para sujetos no humanos, sencillamente, y como he pretendido explicar, porque nada tiene que ver lo uno con lo otro.

Estas construcciones dogmáticas son meras argumentaciones lingüísticas, o mejor dicho elucubraciones gramaticales, que parten de un término clave (Vg. sujetos con capacidad comunicativa), y cuyo significado, totalmente descontextualizado, pretende extenderse hasta el infinito, o al menos hasta que el autor y el lector se hayan perdido en los primeros esquejes (o intentonas de dicha extrapolación). Es más, y en sentido Habermasiano, esta descontextualización de palabras sueltas, y de las que se quieren forzar teorías enteras, no solo no se entienden bien, sino que generan serias dudas sobre si existe acción comunicativa entre los defensores y los detractores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sencillamente porque da la sensación de que no se está usando el mismo lenguaje para explicarlo. Dicho de otro modo, no es que estos argumentos sean ciertos o falsos, simplemente es que, quienes extrapolan, han abandonado el lenguaje comprensible (en nuestro caso el jurídico penal) para enmascarar en una pseudo sociología y pseudo

psicología toda una teoría vacía de contenido sobre la culpabilidad de un sujeto muerto, en términos de autonomía intelectual y volitiva.

Es tan conocido que en el mundo jurídico existen entes a los que se les dota de personalidad jurídica (otorgándole eficacia a sus actos), que parece hasta grotesco que se de la sensación de que hemos descubierto ahora lo que se sabe desde hace siglos. Como definiera el gran civilista MANUEL ALBALADEJO²⁸⁵, *jurídicamente es persona todo ser al que el Derecho acepta como miembro de la comunidad reconociéndole aptitud para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad jurídica). Y como quiera que esta capacidad, no solo le es reconocida al hombre, sino también concedida a determinadas organizaciones humanas, que se crean para conseguir los fines más variados, junto a aquel –persona física- están también, como personas, dichas organizaciones, que, por no ser hombres, se denominan personas jurídicas. Este autor, haciendo gala de una capacidad didáctica simplemente genial, se pregunta retóricamente si es que el Derecho, junto a la personas físicas, crea unos seres irreales que equipara a aquellos, respondiendo, con la misma brillantez, que el Derecho no crea seres de la nada, sino que atribuye personalidad (además de al hombre) a ciertos entes que aprehende del campo social, entes que sin tener una realidad corporal y espiritual como aquel, sin embargo, tienen realidad social, una individualidad propia, y toman parte en la vida de la Comunidad como unidades distintas e independientes (así, un municipio, un club deportivo, una sociedad anónima) de los singulares elementos que en cada momento concreto,*

²⁸⁵ ALBALADEJO, M. en Derecho Civil. Parte General. Introducción y derecho de la persona. Volumen I. JMB. Barcelona. 1991

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

los componen (los vecinos, los socios, lo accionistas), para alcanzar determinados fines que interesan, no a un solo hombre, sino a una pluralidad de ellos, o que prácticamente solo son conseguibles, o al menos, lo son más fácilmente, por organizaciones humanas, que el hombre aislado.

Como se ha dicho más arriba -a la hora de abordar las teorías sobre la culpabilidad que se manejan por cierto sector de la doctrina- la persona jurídica solo es un ente creado y diseñado para un fin. Un fin que, además, debe ser posible, lícito y determinado. Es decir, que se pretende extender la eficacia de los actos de un ente, que está diseñado para unos fines y dirigido por personas físicas, a supuestos no solo no amparados dentro de su objeto lícito sino que pueden incluso ser calificados de delictivos. Una cosa es que a una corporación se le exija responsabilidad en el ámbito económico (si ese es uno de sus fines) por sus actos “económicos” incorrectos, y otra muy distinta es que pretenda incluirse como sujeto para poderle atribuir penalmente las conductas que han realizado las personas físicas que la dirigen o gobiernan o administran para defraudar, etc. Dicho con otras palabras, los actos son formalmente de las personas jurídicas, pero las decisiones reflexivas que dan como resultado esos actos no.

A lo máximo que se puede llegar es a la aplicación de consecuencias jurídicas para evitar los beneficios –no buscados precisamente por la persona jurídica- que la conducta delictiva le haya podido procurar, incluso llegando a la

disolución si se entiende que la persona jurídica no ha sido constituida para obtener fines lícitos, pero nada más.

Es más, es un auténtico despropósito y una incoherencia jurídica que el propio Código Penal (Art. 31 bis, apartado 5, segundo párrafo), a la hora de excluir la responsabilidad de determinados entes públicos, afirme que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Y puede tildarse de incoherente porque, de un lado, se acepta por el código que quien comete los delitos son las personas físicas y que los fines de constitución de las personas jurídicas dependen, en igual sentido instrumental, de promotores, fundadores, administradores o representantes, y de otro, porque estos criterios generales se mutan o se olvidan para poderlos excluir de manera selectiva de las estructuras organizativas públicas, y ello por mucho que estas también hayan delinquido en los términos señalados en el artículo 31 bis. Es decir, que el precepto sigue una idea claramente defensista.

Aunque consideremos que la existencia de acción comunicativa válida entre sujetos implica una interacción entre éstos que permite producir efectos jurídicos en el mundo, debemos concluir que la selección de sujetos es, en todo caso, natural y no artificial o selectiva. Cuando cierto sector de la doctrina aboga

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

por esta capacidad comunicativa para entender que las personas jurídicas son sujetos con capacidad de responsabilidad penal en realidad está seleccionando o corrompiendo la teoría para hacer un claro supuesto de la cuestión, y ello, porque, siendo estrictos y no selectivos, los menores también tienen capacidad comunicativa y no por eso se les atribuye capacidad jurídica plena. Es más, no la tienen no porque carezcan de capacidad comunicativa sino porque el legislador - atendiendo a puros elementos de incapacidad intelectual y volitiva de estos sujetos para comprender y ordenar su voluntad- considera que son inimputables. Por eso no los somete a una reprobación personal e individual por sus actos.

Entendemos que, en sede penal, la capacidad comunicativa se debe relacionar con las bases que definen la imputabilidad. Siguiendo el anterior ejemplo, el menor tiene capacidad comunicativa pero no penal comunicativa, porque es incapaz de entender la trascendencia de su conducta y de la infracción en que consiste esta conducta sobre el bien jurídico que pretende proteger la norma.

No obstante, esa inimputabilidad (imaginemos que un menor de 9 años ha causado la muerte de un sujeto) no supone, en modo alguno, que el Derecho, que no solo es Derecho Penal, quede impasible ante tal hecho.

Así lo entiende también MORILLAS CUEVAS²⁸⁶, al afirmar, de un lado, la necesidad de *aceptar que sobre el cambio radical en el que se mueven los*

²⁸⁶ MORILLAS CUEVA, L, en La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

nuevos desarrollos económicos, sociales, tecnológicos asentados sobre una globalización... la estructura penal requiere respuestas adecuadas que muestren la exigencia creciente de encontrar instrumentos idóneos para combatir la denominada, de manera controvertida, “delincuencia societaria”, pero también, de otro lado, y frente a lo anterior, que las tesis favorables a la responsabilidad penal de la persona jurídica evidencian inconvenientes de difícil solución dogmática e incluso práctica modulados por las aceptables construcciones que sobre la teoría jurídica del delito son preferentes en nuestra Ciencia penal y el reproche culpable y personalizado que supone la pena criminal.

Para estos casos el Ordenamiento jurídico articula suficientes medidas sin necesidad de llegar a su última ratio; Es el caso del Derecho civil, que permite imponer –para resarcir los daños- una responsabilidad civil transferida a los progenitores (basada en la culpa in vigilando y no por el hecho causal natural del daño que es impune) o el Derecho Administrativo, que, en caso de desamparo del menor, podría llegar a atribuir la custodia de éste al órgano público competente.

En realidad, es necesario que algunos juristas recuerden que existen otras ramas del derecho; Consideración que ayudaría a confirmar la vigencia del principio de intervención mínima. Este principio, como sobradamente se conoce, se integra por dos subprincipios: De un lado, el principio de fragmentación del derecho penal, que limita éste a la salvaguarda de los ataques más intolerables a

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

los presupuestos inequívocamente imprescindibles para el mantenimiento del orden social y, de otro, el principio de subsidiariedad, que entiende el Derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos. Como decimos estos dos principios completan y dan contenido al más conocido principio de intervención mínima que, sintetizando los otros dos, expresa que el Derecho Penal debe ser la ultima ratio de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir.

Como afirma de manera rotunda CORCOY BIDASOLO²⁸⁷, *la pregunta no es tanto si se debe castigar una determinada conducta en atención a lo que se pretende evitar, sino cómo se debe castigar, es decir, preguntarse qué conductas de entre todas las posibles son realmente lesivas y limitar la intervención penal en ese sentido.*

En lugar de entender que esta es la solución más lógica, se pretende depurar una responsabilidad penal en la que no hay autor, no hay hecho propio y no puede hablarse, con un mínimo de propiedad, de culpabilidad y de capacidad de pena. Se compartirá que este derecho penal que se reclama por algunos sectores de la doctrina, basado en criterios puramente utilitaristas, será de todo menos derecho penal. La actual configuración de la responsabilidad penal de las

²⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, en Constitución y Sistema Penal. Colección Derecho Penal y Criminología. Marcial Pons. 2012

personas jurídicas es pura decisión del legislador y, por tanto, bien puede calificarse de artificial.

En efecto, entendemos que para el legislador ha primado la mala quia prohibita en lugar de la deseable prohibita quia mala²⁸⁸, conceptos que ya permitieron a VON LISZT²⁸⁹ diferenciar, respectivamente, entre los delitos artificiales y los delitos naturales²⁹⁰. Como sostenía este autor, y entendemos que es plenamente aplicable y extrapolable a nuestra disyuntiva Derecho penal del individuo (natural) versus derecho penal del ente (artificial), en aquel *se invoca la utilidad de la justicia* mientras que en éste *la justicia de la utilidad*. Y hablo de la deseable prohibita quia mala ya que ésta necesita inexorablemente de un juicio de valor como modo de garantizar que la norma queda acomodada al

²⁸⁸ Esta discusión, referida a la ley natural y a la realidad o no de una necesidad intrínseca para su existencia fue abordada por Duns Scoto y Guillermo de Ockham. Así, Duns Scoto consideraba que solo los dos primeros mandamientos del decálogo tenían necesidad intrínseca (prohibita quia mala) y el resto no, de tal forma que estos solo podían ser consideradas como Ley natural, en sentido amplio, por su concordancia con la Ley Natural que tiene necesidad intrínseca, pero no en sentido estricto, dado que no son conclusiones necesarias. Como indica RODRÍGUEZ PANIAGUA estas Leyes no naturales serían en realidad derecho positivo, aunque, por obvias razones del autor y de su época, *cargado de matiz voluntarista*. Los límites de la Ley natural se reducían al principio de contradicción. Este principio es más relajado en Ockham, quien consideraba que era el poder absoluto de Dios el que decidía lo que era bueno o lo que era malo. Por tanto, para Ockham lo malo y lo bueno son entidades relativas que dependen de la voluntad de Dios, es decir, que las cosas son malas si se encuentran prohibidas, pues así se ha ordenado (incluso llega a decir que el robo sería bueno si no estuviera prohibido). De ahí que entendiera que es una posibilidad lógica odiar a Dios si en realidad esta era su voluntad, pues amar a Dios implica –para no caer en contradicción– querer lo que él ordena, y, en este caso, lo que ordena es odiarlo (Scoto jamás habría compartido este razonamiento por contradictorio). Excursos aparte, entiendo que la concepción filosófica de lo prohibido empleada por estos autores, y actualizada posteriormente por otros tantos, explica muy claramente la cuestión que debatimos, lógicamente haciendo las correcciones propias de nuestra época, y así, donde allí Dios era el poder absoluto que creaba las leyes nosotros atribuimos tal facultad exclusiva al Legislador en virtud del principio de legalidad penal. Entiendo que una visión puramente funcionalista del Derecho sería compatible con una Ley Penal que hiciera primar lo útil a lo necesario. Sin embargo, y esta es la cuestión, esta utilidad facilitaría la instrumentalización de la justicia para alcanzar fines políticos (en este caso político- criminal), y abandonaría la idea de un Derecho como una rama de conocimiento técnico sometido también al principio de contradicción.

²⁸⁹ VON LISZT, Tratado de derecho penal Madrid, Editorial Reus, 1929

²⁹⁰ En un sentido parecido Garófalo distinguía entre el delito natural y el delito de creación política, que era, precisamente, aquel que era malo porque el Estado lo prohibía, es decir, el delicta mala quia prohibida.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

principio de intervención mínima. El caso opuesto, esto es, un Derecho penal extensivo creado por un legislador sin reglas (*mala quia prohibita*) produciría la desnaturalización y la quiebra lógica de esta rama del derecho por contravenir el principio de contradicción. En definitiva, la continua y sistemática expansión del derecho penal terminaría –ya lo ha hecho– por franquear los límites intrínsecos de esta disciplina.

Esta crítica en modo alguno puede considerarse novedosa. Como afirmaba BRICOLA *la inflación penal ha sido siempre objeto de críticas tanto por parte de los clásicos como por parte de los positivistas. Así, como ha recordado Padovani por parte de los primeros se denunciaba el recurso a sanciones criminales para disciplinar sectores extraños en la esfera de competencia del derecho penal, limitada al mantenimiento del equilibrio entre las posiciones jurídicas individuales y vinculada a la lesividad real (respecto a bienes ontológicamente existentes) de la conducta reprimida; por parte de los segundos, se señalaba más bien el efecto paradójico de tal expansión, en cuanto destinado a activar una verdadera y propia espiral criminógena, multiplicando en modo totalmente artificial las infracciones, las correspondientes condenas, y dando así amplio alimento al insensato desarrollo de penas de breve duración (BRÍCOLA²⁹¹).*

Defendemos, como mal menor, una vuelta al legislador de 1995, con sus consecuencias accesorias a las personas jurídicas, aunque éstas se apliquen por

²⁹¹ BRICOLA, F. prólogo al libro *El proceso despenalizador*. PERIS RIERA, J. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1983

un juez penal para unificar la resolución del caso en un mismo órgano jurisdiccional. Sobre todo, abogamos por la resurrección de un legislador técnico que sepa poner límites en el iter legis, omitiendo excesos de corte político mediático y ajustando sus normas a parámetros de estricta constitucionalidad²⁹².

Todo ello conduce a una sola afirmación: Es insostenible que se hable de una teoría deshumanizante para intentar legitimar de una manera natural la incorporación al ámbito penal de unos sujetos ficticios. Lamentablemente, el legislador ha previsto que, incluso, las personas jurídicas sustituyan por completo a los verdaderos autores del delito (personas físicas) en el caso de que éstos no puedan ser determinados, circunstancia no casual y que muy probablemente sea la piedra de toque de esta forzada política criminal.

Otra cosa muy distinta, aunque no cambie la opinión ya indicada, es que la teoría deshumanizante pueda explicarse desde la teoría sistémica de Luhmann, sobre todo porque éste autor, con una visión exclusivamente sociológica, entiende que lo relevante en la sociedad postindustrial es la comunicabilidad y no el sujeto.

²⁹² Como señala SCHÜNEMANN, *en momentos en los que no se conocían ni una constitución escrita ni un Tribunal Constitucional con competencia de expulsión frente al legislador*, se producía, de manera inversa, una gran confianza en la sabiduría del legislador parlamentario o monárquico ilustrado. Hoy en día, la idea fundamental de la limitación del Derecho Penal se concibe *en forma de limitación constitucional al legislativo*. SCHÜNEMANN, en *El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*, HEFENDEHL, R. (Ed.) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, SA. Madrid. 2007.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Sin embargo, esta perspectiva sociológica no puede tener validez en el mundo jurídico, por la sencilla razón de que en aquel lo importante es reducir la complejidad, dando igual como, y en el Derecho se atiende a una coherencia sistemática que impide una justicia arbitraria. Dicho con otras palabras, si entre dos vecinos surge un conflicto este puede resolverse mediante la violencia, haciendo uso de la justicia privada. Sin embargo, la coherencia sistemática del Derecho impide esta modalidad de justicia. En el mundo jurídico, las normas tienden a la unidad, coherencia y plenitud, y resulta imprescindible hacer uso de la razón y de la técnica para su aprehensión, creación y aplicación. En definitiva, para la sociología de Luhmann será prescindible el sujeto, para el Derecho no.

Luhmann lo reduce todo a un proceso, que podemos llamar burocrático, en el que no existe más complejidad que lo que se encuentra pendiente de resolución. Por tanto, este autor no sostiene un juicio ético ni valora la trascendencia material del conflicto personal. Es evidente, por ello mismo, que todas estas teorías, válidas desde planteamientos abstractos sociológicos, son inasumibles para los juristas. El Derecho no puede ir más allá del fenómeno jurídico que estudia. Es decir, las teorías jurídicas deben ser tan concretas, posibles y reales como el propio fenómeno que las funda; Dicho de otra manera, ofrecer soluciones que no se ajusten racionalmente al conflicto, nos llevaría a un derrotero técnico preocupante; Tanto como si el médico sostuviera la cura de una enfermedad en la hipotética bondad de un bálsamo extraterrestre revelado en un sueño.

Aunque se nos tache de repetitivos no podemos dejar de reiterar la brillante calificación de los hechos efectuada por el Profesor COBO DEL ROSAL: *hasta ahí ha llegado el inverosímil y oficioso legislador penal español, que concibe una responsabilidad criminal para las personas jurídicas que no han cometido delito o falta de ninguna clase.*

El equilibrio entre conflicto y solución debe ser una aspiración permanente del legislador, debiéndose evitar, en esta primera fase de la justicia, creaciones exageradas, ausentes de concreción. Ello nos derivaría a un sistema judicial, que estaría obligado a utilizar su autoridad y su capacidad interpretadora para integrar la deseable, pero inexistente, ley taxativa. Como afirma LUZ CASTANY²⁹³ *cuando los juristas se empecinan en despojar al derecho de cualquier contenido extra jurídico para aplicar como una regla en abstracto las premisas que proporciona la dogmática, se corre el peligro de que el juez se aleje de la realidad y de la sociedad de la cual forma parte. Como correlato, cuando los jueces en el afán de ponderar determinadas consecuencias de sus fallos que meritan como disvaliosas, se guían exclusivamente por sus apreciaciones personales, el sistema jurídico pierde previsibilidad tanto para el conjunto de los ciudadanos, como para los demás sujetos del sistema (abogados, fiscales, defensores). E incluso, si esta práctica se realiza abusivamente con desconocimiento de las leyes, puede plantearse una*

²⁹³ LUZ CASTANY, M. en Fundamentos del funcionalismo de Günter Jacobs. Dogmática y Derecho en LEHMANN. Revista Jurídica Online. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Guayaquil – Ecuador. Edición 21. 2006.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

ingerencia sobredimensionada del Poder Judicial con relación a los demás poderes del Estado.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 9. SOBRE LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LÍMITES
PREVENTIVOS Y PROTECTORES A LA DECLARACIÓN DE
RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.
COMPLIANCE PROGRAM.**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Como circunstancia que solo puede atenuar la responsabilidad de la persona jurídica, se encuentra la de *haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica* (artículo 31 bis, apartado 4, punto d,)

En consecuencia, no parece posible –siguiendo el tenor del precepto- dar valor exculpatorio alguno a la existencia de esas medidas eficaces preventivas con anterioridad a la comisión delictiva, entre otras razones, porque aún existiendo esas medidas resulta obvio que no eran eficaces. La responsabilidad vendrá determinada por la acreditación de una deficiente organización corporativa, con independencia de la existencia o no de tales medidas. Ahora bien, la existencia de planes preventivos constituye un claro indicio de una buena organización o, al menos, un indicio que acredita una organización no deficiente.

Considera ZULGADÍA ESPINAR²⁹⁴ que *rigen aquí las reglas generales que impiden considerar que haya existido una deficiente organización de empresa en los casos en los que, por ejemplo, los órganos de dirección de la persona jurídica han actuado ilícitamente pero con error de prohibición invencible (por haber sido mal asesorados tras solicitar un informe jurídico sobre sus posibilidades de actuación); cuando quien realiza el hecho de referencia no ha sido elegido por la persona jurídica, sino impuesto por un tercero (v. gr., en el*

²⁹⁴ Zugaldía Espinar, JM, en *Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio). La Ley Penal, N.º 76, Noviembre 2010, Editorial LA LEY

curso de una intervención judicial), cuando el hecho se ha llevado a cabo burlando los controles que garantizan una actividad lícita de empresa o cuando se ha actuado en contra de las órdenes de respetar la legalidad impartidas por los superiores.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas debe situarse dentro de la llamada *enforced self-regulation* (autorregulación forzada) como medio de prevención delictiva, siguiendo así el estilo de otras normas que ya imponen este deber de control (por ejemplo, la relativa al blanqueo de capitales)

La adopción formal de los programas señalados en el artículo 33 del código penal, tal y como señala CAZORLA GONZÁLEZ²⁹⁵, *no es garantía de exoneración o mitigación de responsabilidad penal, pero sí es el primer paso necesario para construir una cultura de empresa que permita que, en el caso concreto de que se trate, se haya ejercido adecuadamente el control debido exigido por la norma penal.*

El carácter no exculpatario otorgado a estos programas de prevención, por parte del legislador, es sin duda alguna el hecho más criticado por la doctrina, incluso por quienes defienden abiertamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es incuestionable la crítica que merece una regulación puramente objetivista y funcional, basada en una supuesta disfunción

²⁹⁵ CAZORLA GONZÁLEZ, en A vueltas con el llamado compliance penal. En Actualidad Jurídica Aranzadi num. 826/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

organizativa, a la que se une la imposibilidad de excluir la responsabilidad penal aún acreditando la plena organización de la corporación.

Esta forma de prevenir determinadas prácticas mediante la reglamentación de las pautas a seguir en el seno de la corporación ya se incluye, aunque no con carácter penal, en determinada legislación sectorial, como es el caso de la competencia, de la prevención de riesgos laborales o del blanqueo de capital, siendo acorde esta garantía con el hecho de instaurar una culpabilidad puramente normativa y no fáctica de la corporación.

Sin embargo, si la culpabilidad de la persona jurídica pretende establecerse como una exacta inadecuación a la norma –sin mayor elemento valorativo-, lo lógico es que dicha norma permita también una causa objetiva de exención de responsabilidad cuando se acredite que, dentro del riesgo a que se hace referencia en el delito de que se trate, la persona jurídica ha implantado un programa de prevención. Otra cosa es que tal programa sea examinado por el Juez o Tribunal, y sea éste el que tenga la última palabra sobre la eficacia o no del plan.

El propio legislador, consciente de la actual deficiencia en la que incurre el Código Penal en ese sentido, está preparando una nueva reforma legislativa en donde sí queda establecida la función exculpatoria de los programas eficaces de prevención. En este proyecto se prevé, como causa de exención de responsabilidad penal de la persona jurídica, tener implantado eficazmente un

programa de prevención de delitos o de cumplimiento normativo (compliance program). Ahora bien, la corporación no excluirá su responsabilidad por el mero hecho de decir que tiene implantado un programa eficaz de prevención, sino que éste debe reunir los siguientes elementos:

a.- Deberá haberse *evaluado el riesgo*, es decir, la persona jurídica debe analizar los supuestos delictivos en los que su actividad puede incurrir. Esto se justifica en el hecho de que no todos los delitos tipificados en el Código Penal pueden ser imputados a una persona jurídica sino solo aquellos que se prevean expresamente; En consecuencia, la persona jurídica deberá valorar su actividad y ponerla en relación, de manera hipotética y probable, con los delitos en que puede incurrir a la luz del catálogo de figuras delictivas previstas. Así pues, si, por ejemplo, una empresa dedica su actividad económica a la mera comercialización de algún producto farmacéutico su plan preventivo deberá establecer protocolos de actuación para la evitación de delitos como el de estafa, la propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores, la hacienda pública y la seguridad social, salud pública, etc., pero no tendrá que dedicar ni un solo capítulo, en términos de normalidad²⁹⁶, a prevenir el delito de trata de seres humanos porque su actividad no guardaría relación con el objeto delictivo y, por tanto, no sería previsible que realizara la conducta descrita en el artículo 177 bis.

²⁹⁶ Según la dimensión de la empresa, no se debería descartar un exhaustivo análisis de todos los delitos previstos para las personas jurídicas con el fin de evitar que ésta pueda ser utilizada más allá de su objeto social.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Esta *evaluación del riesgo* pone de relieve la plena identificación, tal y como hemos sostenido con anterioridad, entre la persona jurídica y su finalidad jurídica determinada. Es decir, que la corporación, como ente lequía dirigida a un fin patrimonial, solo encuentra el reconocimiento jurídico de sus actos siempre que éstos se incardinan en el objeto determinado al que sirven, lo que permite deducir la escasa relevancia de aquellas conductas delictivas que no sean consecuencia de una forma de organización desviada de su propio objeto social.

Para asegurar la defensa de la corporación, en caso de desviación o abuso de su personalidad jurídica, debería haberse previsto la fuerza mayor, incluso el caso fortuito, como causa de exoneración de responsabilidad penal, ya que esta conducta debe considerarse, en todo caso, imprevisible e inevitable. Por ejemplo, imaginemos una sociedad dedicada a la transformación de frutas en zumos que tiene una relación de venta continuada y estable con una sociedad extranjera de alimentación. Lo que no se conoce es que dicha relación estable no surge ni se mantiene por el tráfico legal de zumos sino para traficar con drogas tóxicas, siendo posible esta actividad ilegal gracias al ardid de un administrador de la sociedad, en connivencia con el encargado de la logística de ésta así como los administradores de la sociedad extranjera. En la medida que el tráfico de estupefacientes hace estable y duradera la relación comercial legal de zumos de la entidad resulta innecesario afirmar que existe un claro provecho para ésta sociedad. Por tanto, y haciendo un análisis meramente literal de la norma, nos encontraríamos con que el administrador y encargado de logística estarían cometiendo un delito de tráfico de drogas tóxicas previsto en el artículo

368 y la persona jurídica la modalidad establecida en el artículo 369 bis. Ahora bien, ¿sería lógico que la sociedad española respondiera por un hecho que en modo alguno podía prever y, de hacerlo, existen serias dudas de su posible evitación? Considero que en este supuesto la sociedad, como las personas físicas, no tiene obligación de establecer un plan de prevención absoluto que permita convertir lo inevitable o imprevisible en previsible y evitable, por la misma razón que la Ley, planteada con carácter general, no puede incluir todos los supuestos prácticos en los que puede materializarse una conducta.

b.- Debe establecer un *código ético o de comportamiento corporativo*, estableciendo los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.

c.- Se debe disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deberán ser prevenidos (due diligence)

d.- Se impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención (whistle blowers)

e.- Se establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Para la consideración de eficaz, única garantía de la exoneración de responsabilidad penal, el programa de prevención, según se detalla en el proyecto de reforma, se exige, de un lado, la verificación periódica del mismo y de su eventual modificación (monitoring and review), cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los haga necesarios y, de otro lado, un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención.

Obviamente el legislador no está siendo muy novedoso tampoco en esta reforma ya que, en palabras de DEL ROSAL BLASCO²⁹⁷, *el modelo seguido en este aspecto de la reforma parece querer aproximarse al de las conocidas líneas directrices que se contienen en The Bribery Act 2010 Guidance, about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, publicadas por el Ministry of Justice británico en el mes de marzo de 2011, y que contiene esos célebres seis principios: proportionate procedures (principio 1), top-level commitment (principio 2), risk assessment (principio 3), due diligence (principio 4), communication (principio 5) y monitoring and review (principio 6).*

²⁹⁷ DEL ROSAL BLASCO, y OTROS. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Importantísimas Novedades que se avecinan. Clifford Chance, Client Briefing. 110607-3-17503-v1.0. Madrid. Mayo 2013.

En definitiva, no existía problema alguno para que el legislador, en la propia reforma del 2010 (aquella que instaura precisamente esta responsabilidad penal) hubiese incluido esta causa de exención, y no dejarla limitada a una mera atenuante de la responsabilidad.

Un programa de prevención no puede consistir en un mero catálogo de buenas intenciones, sino en la adopción de un auténtico cuerpo normativo sectorial y particular de la corporación, fruto de un análisis profundo y especializado del derecho penal (en cuanto a los elementos típicos de los delitos que entran dentro del riesgo empresarial) y del derecho mercantil (en cuanto se debe analizar las diversas maneras de formación de la voluntad de la corporación y de su exteriorización al mundo real).

Solo el tiempo determinará si los programas de prevención sirven para graduar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De momento, para lo que sí están sirviendo es para incrementar la labor profesional de algunos despachos y asesorías. Circunstancia ésta que no valoro como una consecuencia casual, sobre todo teniendo en cuenta que, cada vez más, la legislación parece estar dirigida por grupos de presión que por consideraciones de índole técnica²⁹⁸.

²⁹⁸ Así lo evidencian los casos mediáticos. Se puede ver como las críticas, casi todas ellas infundadas, sobre las deficiencias del sistema penal se sigue, casi al unísono, una reforma del código en el sentido dirigido por la prensa, grupos de afectados, etc. De igual manera, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (beneficia la recaudación del Estado), y su prevención delictiva (beneficia la recaudación de despachos profesionales), parece tener una orientación y una motivación estrictamente económica.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Esta realidad objetiva, de muy fácil comprobación, también la pone de relieve RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ²⁹⁹ cuando afirma que los planes de prevención ha producido un *crecimiento exponencial de la actividad de los despachos penalistas en nuestro país durante el último año*, llegando incluso a crearse, en algunas firmas legales, *secciones específicas de “Corporate defense”, enfocadas al ofrecimiento de un asesoramiento penal íntegro a las empresas, incluyendo la confección de estos programas como servicio destacado.*

²⁹⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, en Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010. Cuadernos de Política Criminal. Número 105, III, Época II, diciembre 2011, pp. ISSN: 0210-4059

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

**CAPÍTULO 10. ASPECTOS PROCESALES MÁS RELEVANTES Y
ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA**

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A.- Aspectos procesales más relevantes

Que la reforma del Código Penal entró en vigor sin prever el legislador aspectos relevantes de carácter procesal no es ningún secreto. Desde muchos sectores se hicieron eco de tal olvido –no puede llamarse de otra manera-, y la enmienda llegó en el año 2011 a través de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. Como indica su exposición de motivos *en el orden penal, se introducen ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En particular, se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía.*

Hasta la entrada en vigor de esta Ley³⁰⁰ resultaba imposible imputar procesalmente a una persona jurídica (que para aquel entonces era sujeto activo de delitos desde hacía casi un año), sin conculcar sus derechos fundamentales y procesales.

Las modificaciones realizadas por esta reforma legislativa, para adaptar el procedimiento penal a la persona jurídica, pueden estructurarse de la siguiente manera:

³⁰⁰ A los veinte días de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 11 de octubre de 2011.

1.- Competencias de los Tribunales y tipo de procedimiento

Como resulta sobradamente conocido, la determinación del órgano competente para la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por delito se encuentra regulada en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciéndose diversos criterios objetivos que, de manera estructurada, se enumeran en aquel amplio precepto.

Salvando aquellos criterios que sirven para establecer las competencias de jueces y tribunales en supuestos de régimen especial³⁰¹, que en nada afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el resto de reglas competenciales se mantienen intactas para los supuestos de imputación de la corporación.

Así lo ha querido expresamente el legislador al instaurar un nuevo precepto, el artículo 14 bis, que establece que *cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica.*

³⁰¹ Por ejemplo la violencia de género (apartado 5 del artículo 14)

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

La distribución de asuntos en la planta judicial, conforme al artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dependerá de diversos criterios legales. En primer lugar, y por lo que hace a la competencia territorial, serán competentes los jueces y tribunales en donde se hubiere cometido el delito. Por tanto, instruirán los jueces de instrucción y enjuiciarán los jueces o Tribunales del partido judicial en donde se hubiera realizado el hecho criminal.

En segundo lugar, y una vez determinado el partido judicial, la competencia objetiva, esto es, aquella que determina el Juez o Tribunal se basará en la gravedad del delito de que se trate. Así, y siguiendo siempre el mismo precepto de la Ley procesal, el juez de lo penal conocerá del enjuiciamiento de aquellos delitos para los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos. Corresponderá a la Audiencia Provincial el enjuiciamiento del resto de supuestos, esto es, aquellos delitos con penas superiores a las atribuidas al Juzgado de lo Penal.

Con carácter general la instrucción corresponderá a los Jueces de Instrucción del partido en donde se hubiese cometido el delito, salvo que haya

en la causa un aforado³⁰². Igual consideración puede hacerse del enjuiciamiento en caso de existir un aforado.

Si, por el contrario, el delito es de los previstos para su enjuiciamiento por el Tribunal del jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.

Como se ha dicho, la imputación de una persona jurídica no modifica las reglas de atribución de competencia objetiva y, así, la determinación del Juez o Tribunal dependerá de la pena en abstracto prevista para la persona física, y ello con independencia de que ésta ni tan siquiera sea imputada en el proceso.

En cuanto al procedimiento a seguir, también rigen las reglas generales, esto es, el procedimiento ordinario (Libros II y III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 259 y 749) que rige para el enjuiciamiento de aquellos delitos castigados con una pena privativa de libertad superior a 9 años, y el procedimiento abreviado, que rige para enjuiciar aquellos delitos con pena de privación de libertad de hasta 9 años. Dado el criterio de competencia objetiva del artículo 14 LECrim se deduce que el enjuiciamiento siempre se atribuirá a la Audiencia Provincial en el caso de procedimiento ordinario o sumario. En el supuesto de procedimiento abreviado la competencia dependerá de la gravedad del delito.

³⁰² Que hará competentes a los Tribunales Superiores de Justicia o al Tribunal Supremo, según los casos.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

2.- Intervención de las personas jurídicas en el proceso.

Uno de los principales problemas que surge con la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde una perspectiva procesal, es su intervención en el procedimiento y, concretamente, la persona física que debe representarla. El hecho de la representación no ofrece problema alguno en cualquier otra rama del Derecho, pero adquiere unas connotaciones muy singulares en el ámbito penal ya que las personas jurídicas se encontrarán imputadas por un delito cometido por su representante legal, bien directamente bien por no haber ejercido éste el debido control sobre el personal dependiente. Por tanto, siempre que una persona jurídica esté implicada en un procedimiento penal también lo estará, directa o indirectamente, la persona física que la representa³⁰³.

Siendo esto así, se comprenderá, sin mayor esfuerzo, que el legislador haya tenido que arbitrar un estatuto de representación de la persona jurídica diferente a quien ostenta su representación legal, pues éste último también puede encontrarse imputado en el mismo proceso y era conveniente, si no exigible, desligar la posición jurídica de cada uno de ellos y garantizar en todo momento el derecho de defensa de ambos. Otra cosa es que se haya conseguido, que entiendo que no.

³⁰³ Esta implicación de la persona física puede ser indirecta porque su no imputación no afecta a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Desde un punto de vista formal, el derecho de defensa se protege si se permite que la persona física que representa en el tráfico jurídico a la corporación y la propia corporación puedan mantener criterios procesales independientes.

Siguiendo este sentido divisorio de las posiciones procesales, el artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que tan pronto sea imputada una persona jurídica se procederá a su citación, en su domicilio social, momento en el que ésta deberá designar un abogado y procurador (designándose uno de oficio en caso contrario) y un representante.

A lo largo de la tesis se ha ido analizando la singularidad jurídica que se produce con la imputación de una persona moral debido a que ésta responderá por un hecho cometido por otro, y concretamente, por un empleado o por su representante legal. Pues bien, desde un punto de vista procesal, la solución dada por el legislador tampoco deja de ser singular. Según hemos podido ver la persona jurídica deberá designar un representante en el momento de ser citada por el Juez de Instrucción. No entraremos aquí otra vez, pues son aplicables todas las consideraciones que ya hemos realizado, en la simulada y presumida facultad de la persona jurídica para designar un representante legal autónomo e independiente de la voluntad de sus órganos. La imposibilidad técnica de hacer penalmente responsable a una persona jurídica se traduce también en el imposible ejercicio de su derecho de defensa, porque, para empezar, su representación procesal será elegida por otro posible imputado (representante

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

legal). Esta circunstancia deja en entredicho la dualidad real de partes que pretende la ley procesal Penal.

Será difícil encontrar una dualidad procesal real a menos que la entidad se encuentre intervenida y su representación legal esté por completo desvinculada del conjunto de intereses de las personas físicas que la componen. Ahora bien, esta desvinculación creará, a su vez, un alto riesgo para el derecho de defensa de la persona física, y tampoco nos tranquiliza.

Lo más frecuente será que la persona física que representa a la sociedad en el tráfico jurídico económico -haciendo uso de su legítimo derecho de defensa- pretenderá controlar al representante procesal de la entidad con el fin de poder transferir a ésta el mayor ámbito de responsabilidad. Es más, esta posibilidad se encontraría autorizada desde el propio Código Penal al permitir la condena de la persona jurídica sin haberse imputado, ni tan siquiera, a persona física alguna. Esto se traduce, de manera indirecta, en un mayor protagonismo de la pena de multa –en perjuicio de la persona jurídica- que de la de prisión –en beneficio lógico de la persona física-.

Tampoco se establecen en el estatuto procesal de la persona jurídica las cualidades que debe tener el representante especialmente designado, ni si esta persona debe tener alguna vinculación con la corporación. Si no se requiere esta vinculación, el problema surge con la práctica y trascendencia de su declaración judicial. Imaginemos la situación en sentido práctico: Una persona jurídica es

citada a declarar en calidad de imputada por haberse cometido una estafa procesal consistente en la preparación de un acta ficticia de su junta de accionistas a favor de un socio, con el que existe clara connivencia; el objetivo es que éste último pueda aportar dicho documento a un procedimiento incoado por el mismo, ante un Juzgado de Primera Instancia, para obtener una sentencia favorable que obligue a un tercero, que ninguna obligación tenía para con él, a desembolsarle la cantidad de un millón de euros (todo ello gracias a la prueba directa que ofrece este documento mercantil falso). Lo primero que hará la entidad es designar a su representante ante el proceso penal. En esta fase, las personas físicas que la dirigen deberán sopesar si elegir a alguno de ellos para tal tarea (aún sabiendo que muy probablemente serán imputadas) o designar a un sujeto desvinculado con la sociedad y que no disponga de información sobre la falsedad cometida por todos los miembros de la Junta. Paradójicamente, la declaración del representante especialmente designado va dirigida, según expone el artículo 409 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la averiguación de los hechos y la participación en ellos de la entidad imputada y las demás personas que hubieran podido también intervenir en su realización.

Sin lugar a dudas, la cuestión de la elección de este representante designado es el primer acto del derecho de defensa de las personas físicas que componen la entidad y en ningún caso de ésta. La corporación nada puede hacer para evitar la designación. Dicho de otro modo, tan mal se puede defender la persona jurídica cuando su representante ante el Juzgado es uno de los que más interés pueden tener en ocultar su personal participación en los hechos

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

investigados, como cuando la persona física designada no tiene información de ninguna clase y en nada puede contribuir al esclarecimiento de los hechos en defensa real de la inocencia de la persona jurídica que representa. En la medida que el Código Penal no requiere la imputación de ninguna persona física en el asunto judicial para la condena de la entidad, la indefensión que sufre ésta desde el inicio es insalvable desde perspectivas constitucionales.

Para guardar coherencia con ese aparente derecho de defensa, la ley procesal establece una limitación: No se podrá ocupar la posición de representante especialmente designado cuando, a la vez, éste tenga que actuar en el proceso como testigo (esta limitación sirve tanto para la fase de instrucción como para la fase de plenario). Pero adviértase que se dice testigo y no imputado, y aunque esto tenga todo su sentido en términos procesales normales (las obligaciones del testigo deben ser garantizadas) el problema que hemos señalado no cambia en ningún momento. Es decir, un representante procesal no podrá tener al mismo tiempo la condición de testigo, pero basta para evitar tal circunstancia con seleccionar a alguien que se encuentre fuera de la órbita de la persona jurídica. En cuanto al representante legal no hay problema alguno, pues probablemente este será imputado (y no testigo) dado que la corporación responde criminalmente por un delito cometido por éste representante o por otro, pero dependiente de él.

No obstante, podemos afirmar que la posible imputación de la persona física cercena el derecho de defensa de la entidad tanto como se cercena el

derecho de defensa de la persona física. Así ocurre también cuando la persona jurídica se acoge, por ejemplo, a la conformidad prevista expresamente en el Estatuto procesal; Novedad legislativa ésta que merece también una especial atención.

3.- Derecho de defensa de las personas jurídicas. Conformidad no litisconsorcial

A la persona jurídica se le reconoce, como parte inseparable de su derecho de defensa, la facultad de guardar silencio, de no declarar contra sí misma y de no confesarse culpable. Como ya tenemos señalado, este burlesco haz de facultades se articularán a través de su representación procesal.

En el apartado anterior hemos podido ver que a la hora de designar al representante procesal de la entidad se puede producir una seria e irremediable conculcación del derecho de defensa de ésta. El legislador ha establecido un aparente derecho de defensa que no tiene efectividad autónoma en el proceso. Este es, verdaderamente, el punto álgido de una legislación poco respetuosa con el contenido esencial de los derechos fundamentales, y ello es así por mucho que se justifique en criterios de estricta política criminal.

Y ello por dos razones, de un lado, porque el Código instaura una responsabilidad penal carente de hecho propio en el que la culpabilidad se

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

convierte en la constatación objetiva de un hecho sin añadir elemento valorativo alguno, y de otro, porque si es imposible que la persona jurídica tenga autonomía para desvincularse de las decisiones adoptadas por su órganos, igual de imposible será que su derecho de defensa no dependa, sin posibilidad de cambio, de estas decisiones colectivas.

Dentro de este laberinto ideado para la defensa de la persona jurídica (e indirectamente de las personas físicas que la representan), merece mención aparte la posibilidad de prestar su conformidad con la pena como un modo de finalizar el proceso penal. La conformidad se define como *un acto unilateral de postulación de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder a los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una Sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada* (GIMENO SENDRA³⁰⁴).

La posibilidad de prestar esta conformidad por la persona jurídica se prevé expresamente en el artículo 787.8 de la Ley de enjuiciamiento criminal, introducido por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. En el citado precepto se indica que cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se

³⁰⁴ GIMENO SENDRA, V: “Derecho Procesal Penal”, Editorial Colex, Madrid, 2004.

sujeterá a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos.

La posibilidad de que uno de los acusados –en este caso la persona jurídica- preste su conformidad en contra del resto de acusados es lo que se denomina conformidad no litisconsorcial. La primera cuestión que debemos dejar clara es que la conformidad es una declaración de voluntad del sujeto y nunca una declaración de conocimiento. Esto, que quizás importe poco cuando estamos ante un solo acusado que se conforma o cuando se conforman todos los acusados, es de vital importancia en el caso de la conformidad no litisconsorcial, pues en ningún caso debe entenderse, porque no está dentro de la naturaleza jurídica de la institución, que con ella se aporta una prueba sobre los hechos enjuiciados. Por tanto, el acuerdo de un acusado con los hechos y la pena no puede ser utilizado contra el resto de acusados.

La reducción del campo de visión que supone el enjuiciamiento en casos así, y la discutible defensa efectiva que dispone el acusado que no se conforma, ha sido ampliamente debatida por la doctrina y la jurisprudencia, y precisa de una delimitación legal que en modo alguno perfila el artículo 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo tiene manifestado que *la sentencia que ponga término a un proceso en el que exista una pluralidad de imputados ha de ser el resultado, bien de la apreciación de las pruebas desarrolladas en el plenario, bien de la aceptación del escrito de*

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

acusación por parte de todos los imputados”, todo ello como forma de evitar el contrasentido de que un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad e incierto por el resultado de las pruebas. De ahí la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos (STS 11/2/2011 y STS 971/1998, entre otras).

No es infrecuente que se de en el foro este tipo de conformidad no litisconsorcial, siendo también usual que dicha forma de extinguir un procedimiento sea analizado, por los propios operadores jurídicos, como una forma de reducir la complejidad del sistema, olvidando por completo que las garantías del acusado que no se conforma se encuentran intactas. En estos casos, de auténtica *perversión de la forma*, se produce un auténtico torcimiento del criterio del Tribunal Supremo. Se trata de evitar el perjuicio que se produce para el otro acusado, y sobre todo de no limitar su derecho a practicar prueba, plena y efectiva. Por tanto, dejemos claro que una sentencia de conformidad en ningún caso se podrá convertir, *mutatis mutandi*, en toda una carta de hechos probados para esos otros sujetos que, por decisión voluntaria y respecto de estos mismos hechos, siguen pendientes del correspondiente enjuiciamiento.

Si volvemos a leer el artículo 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vemos que se dice que esta conformidad *se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores*. Sin embargo, en ninguno de estos apartados anteriores se habla de una eventual conformidad no litisconsorcial, de lo que se deduce que el olvido y la incoherencia sistemática del legislador aboca a tener

vigente otra institución más carente de fundamento y, lo que es peor, contradicha por el resto de la ley procesal. En definitiva, lo mismo que ha ocurrido con la regulación penal de la persona jurídica.

El efecto que produce una conformidad no litisconsorcial es la continuación del procedimiento para el resto de acusados. Esta situación no ofrece problema alguno si el resto de sujetos están acusados por hechos diferentes respecto de los que se ha conformado el primero. Sin embargo, todo cambia cuando los acusados se encuentran en el banquillo por los mismos hechos y unos se conforman y otros no. Sirva el siguiente ejemplo para explicar mejor esta diabólica situación.

Imaginemos un procedimiento abreviado en el que hay tres sujetos sentados en el banquillo, dos de ellos acusados por un delito de robo con fuerza en las cosas y el tercero por un delito de receptación. Ahora pensemos las consecuencias posibles de una conformidad no litisconsorcial:

a.- Primera hipótesis: Los dos acusados por el delito de robo con fuerza se conforman con la pena. Tal conformidad no afecta al derecho de defensa del tercer acusado ya que los dos acusados que se han conformados solo deben reconocer (y es una mera declaración de voluntad y no de conocimiento) los hechos tal y como los describe el tipo correspondiente al robo con fuerza. Por tanto, ninguna conexión se produce entre el hecho probado de reconocer un robo

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

con el acto delictivo posterior del receptor³⁰⁵. La sentencia de conformidad no podrá contener, en los hechos probados, referencia alguna a la receptación, pues esta se encuentra subiudice³⁰⁶. Resulta importantísimo entender que, en estos casos, la confesión del acusado es una declaración de voluntad y no una declaración de conocimiento, y por tanto su valoración de los hechos, por mucho que formalmente se consignen en los hechos probados de una sentencia, no pueden servir para perjudicar al tercer coacusado que no se conforma. El proceso finaliza para el acusado conformado porque acepta la pena para evitar otra superior (la que podría derivarse de una sentencia ordinaria de condena), pero no porque esté de acuerdo con los hechos.

b.- Segunda hipótesis: se podría dar el caso de que uno de los acusados de robo se conforme y el otro no. Aquí se produce realmente el efecto adverso de la conformidad no litisconsorcial, ya que, a diferencia del supuesto anterior, el Juez condenará a uno de los acusados porque se ha conformado con la pena y enjuiciará al otro para comprobar las pruebas que existen para condenarlo por el mismo delito de robo³⁰⁷. Una vez más los límites de los hechos probados que se

³⁰⁵ Obviamente esta sentencia de conformidad acreditaría el delito de referencia de la receptación, disminuyendo así la primera barrera de defensa objetiva de éste segundo tipo, pero en realidad la acreditación de un robo no pone fin, ni mucho menos, a la actividad probatoria encaminada a evidenciar el delito de receptación. Con todo, la eliminación de esta primera barrera de defensa objetiva, y el frecuente olvido de que este delito de referencia debe ser conocido por el autor de un delito de receptación hace que en numerosas ocasiones la conformidad no litisconsorcial del supuesto se torne claramente en sentido perjudicial para el tercer acusado que no ha querido conformarse.

³⁰⁶ Afirmación que sostenemos en el plano teórico, pues quienes se encuentran habituados a la práctica forense, conocen de sobra que siempre existen problemas derivados de una conformidad no litisconsorcial, y que los límites en la relación de hechos probados son el caballo de batalla en las negociaciones previas debido al interés del Ministerio Público, en casi todas las ocasiones que se produce esta situación, de ampliar estos hechos para facilitar la condena por el segundo delito.

³⁰⁷ Somos conscientes de que en tal caso la doctrina del Tribunal Supremo debería impedir la sentencia de conformidad, pero, sirva de ejemplo, la Sentencia del TSJ de la Región de Murcia número 6/2011, confirmada

consignen por la conformidad de uno de los acusados no pueden entorpecer los hechos que deben enjuiciarse para el resto. Dicho de otra manera, dar por acreditado que un sujeto A ha cometido un robo no prueba que otro sujeto B haya participado en ese hecho, es decir, en el hecho que A, voluntariamente, ha aceptado confesar para sí mismo y para pactar su condena y no para arrojar prueba frente a los demás. Aún así, imagínese que el objeto de enjuiciamiento es determinar el apoderamiento de una cosa ajena y que los acusados fueron detenidos al cometer el delito de manera flagrante. El hecho de que uno de los sujetos se conforme, aceptando que la cosa era del propietario de la vivienda en donde se encontraban (y, por tanto, que no era del otro coacusado) cercena cualquier atisbo de defensa para este otro, pues se podrá imaginar qué posibilidades tiene de defenderse de manera eficaz éste último si no alcanza un acuerdo con el fiscal.

3.- Tercera hipótesis: Que el acusado de receptación se conforme con la pena y los acusados de robo no se conformen. Aquí se produce el mismo efecto diabólico de la conformidad, pues el delito de receptación tiene conexidad con el delito de robo (delito de referencia), y por tanto, reconocida la culpabilidad de aquel este último tiene pocas posibilidades de defensa. Aquí hemos de señalar que este supuesto presenta muchos más problemas que los descritos en la hipótesis primera. En efecto, aunque una conformidad por un delito de robo

posteriormente por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia número 784/2012, que pone de manifiesto que los criterios jurisprudenciales no están sujetos más que a cuestiones de oportunidad, desterrando con ello la idea de una justicia segura (de seguridad jurídica), y dando la sensación de que las partes, en el proceso español, parecen de todo menos partes. De ahí que destaquemos con absoluta insistencia la necesidad de contar con una ley exhaustiva en el ámbito penal que rescate el viejo adagio latino *in claris non fit interpretatio*.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

(hecho de referencia) no implique la prueba para condenar a otro sujeto por un delito de receptación, la relación inversa no se da, y ello por lo siguiente: Según lo argumentado en la primera hipótesis, el delito de receptación, como hecho temporalmente posterior al delito de robo, no puede probarse por la simple acreditación de un delito previo, es decir, no todo acto posterior al robo que recaiga sobre la pieza de convicción es necesariamente delictivo (por muy robado que sea el objeto, nada prueba que posteriormente este fuera receptado). Sin embargo, existiendo un delito de receptación, el delito de referencia es premisa necesaria para su apreciación, de tal forma, que aquel se convierte, en términos procesales que no penales, en una fase de agotamiento del delito de referencia. En este caso, la prueba de la receptación se encuentra íntimamente conectada con el delito de robo. Por tanto, sería inadmisibile una conformidad no litisconsorcial.

Lo positivo de todas estas hipótesis, si es que puede calificarse de positivo, es que solo se producirán en función de criterios judiciales aislados, y éstos pueden impugnarse vía recurso ordinario o extraordinario, según proceda. Lo palmariamente negativo, en el caso de la persona jurídica, es que esta conformidad no litisconsorcial se encuentra autorizada de manera expresa por la ley.

En definitiva, entiendo que la configuración procesal instaurada por el legislador para dotar de derechos efectivos a las personas jurídicas no pasa de ser una mera formalidad de difícil solución teórica y práctica. Aunque BAJO

FERNÁNDEZ / GÓMEZ JARA³⁰⁸ afirman, con toda razón, que *las posibles tentaciones de considerar que la legislación material impone un sistema de responsabilidad objetiva o de heterorresponsabilidad se verán ciertamente cercenadas por las garantías procesales*, entiendo que tales expectativas trascienden la realidad para buscar solo lo deseable. Dado que los Tribunales están sujetos al imperio de la Ley lo único deseable no es ya que los Tribunales retomen la vía del Derecho Penal exhaustivo, sino que legislador entienda que el principio de intervención mínima es una llamada a él y que solo de una Ley correcta y concreta puede esperarse una justicia correcta y taxativa.

Como afirma CORCOY BIDASOLO³⁰⁹, la relajación de determinados principios (la autora señala concretamente los de responsabilidad subjetiva y el de lesividad) *sirven a los operadores jurídicos para, de forma indirecta, salvar los límites garantistas derivados del derecho de defensa, manteniendo formalmente su existencia, pero deviniendo, en la práctica, casi inexistentes. Y ello porque para la parte acusadora cada vez es necesaria una menor prueba. En concreto, no deberá probar el conocimiento por el acusado de los hechos ni la lesividad ex post de su conducta*. No es la primera vez que tratamos esta necesaria visión práctica del Derecho Penal como única forma de valorar, y poner en su justa medida, los esfuerzos que algunos sectores doctrinales dedican para introducir en sus dogmas un utilitarismo teórico creyendo que así hablan de Derecho Penal práctico. En modo alguno es así, la realidad en estos

³⁰⁸ BAJO FERNÁNDEZ / GÓMEZ JARA en Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas, Thomson Reuters. 2012.

³⁰⁹ CORCOY BIDASOLO, en Constitución y Sistema Penal. Colección Derecho Penal y Criminología. Marcial Pons. 2012

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

casos siempre supera la ficción y la diabólica práctica supera, con creces, cualquier exageración de corte utilitarista extrema. Es decir, que cuando ZUGALDÍA ESPINAR afirma que *si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues peor para esta última*, parece no conocer la deriva que, en realidad, va a suponer ese desconocimiento de la teoría jurídica por parte de un legislador mediático y de una judicatura desordenada (sin mecanismos de unificación) para las garantías de los ciudadanos. Y decimos que desconoce el alcance, porque si conociéndolo mantuviese tales afirmaciones su frivolidad sería temeraria. Un auténtico e insoportable despropósito.

El mundo práctico, se quiera o no, es el que evidencia los verdaderos excesos del sistema, y debemos atenderlo y obsérvalo tan cuidadosamente como un médico debe atender a la enfermedad y al enfermo en lugar de confiar en la correcta aplicación de un fármaco tomando solo en cuenta los efectos positivos que se indican en su prospecto. En definitiva, estamos de acuerdo en que la clínica jurídica no puede sobrepasar los límites teóricos del Derecho Penal, y creo que no puede haber desacuerdo a la hora de entender que bastante tiene el sistema judicial con una patente desunificación de criterios como para, además, suministrarle teorías pseudo prácticas que solo demuestran ser un prospecto de necesaria lectura, pero de insuficiente contenido técnico para poderlo defender como un juicio diagnóstico y/o terapéutico fiable.

Defendemos, pues, y hacemos nuestras todas las críticas que, con razón, se han efectuado desde diversos sectores, no solo el jurídico, de este practicismo, haciendo especial hincapié en sus resbaladizas secuelas. Como señalan MUÑERA/CASTRILLÓN³¹⁰ *los practicistas no van a querer ser señalados como alérgicos a las teorías, sino que predicán estar fundamentados en “otras teorías, igualmente válidas”, amparadas en un posmodernismo ecléctico subido de algunos docentes o comunidades “académicas” que se confunden y/o confunden a sus alumnos poniendo en el mismo plano discursivo los hechos las opiniones y los gustos, intereses, sentires, pasiones, etc., para promover la idea de que en ciencias, y más si son sociales y del hombre, “todo vale”, a lo que el doctor Luis Enrique Orozco (2008) bien llama “especie de indigencia intelectual”, que por demás no reconoce la relación inexorable entre conocimiento e interés.*

4.- Rebeldía de la persona jurídica

Por último, en el estatuto procesal de la persona jurídica, se establece la posibilidad de que se declare la rebeldía de la entidad. Para alcanzar esta situación procesal es preciso, como señala el artículo 839 bis, que previamente se haya intentado su citación para una primera comparecencia.

³¹⁰ MUÑERA /CASTRILLÓN, en El practicismo maquiavélico en la comunicación. supuestos y críticas para superar la tensión teoría práctica. Razón Y Palabra. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación. Número 74, noviembre 2010 - enero 2011.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

En el caso de que esta no se haya podido realizar por falta de un domicilio social conocido, será llamada mediante requisitoria. En esta requisitoria (que se publicará «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado) se harán constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa.

Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.

Los efectos de la declaración en rebeldía de la persona jurídica no difieren de la rebeldía de la persona física. Así, se suspenderán los autos y se procederá a su archivo respecto de la persona declarada rebelde. Esta paralización del procedimiento tiene un efecto importantísimo de cara a la responsabilidad penal pues supone el reinicio del plazo de prescripción del delito.

En suma, cualquier situación jurídico procesal que queramos predicar de la persona jurídica es, en realidad, de la persona física, pues será ésta última la que decida qué posición procesal conviene a todos los implicados. No habiéndose previsto un defensor judicial (es lo que ocurre con los menores cuando existe conflicto de intereses entre el menor y sus representantes), no se puede sostener -al menos con un mínimo de seriedad- que haya una dualidad

efectiva de partes. Así las cosas, al carácter meramente formal que subyace en la responsabilidad penal de la persona jurídica debe sumarse una formalidad procesal que nada asegura el esclarecimiento de la verdad, el derecho de defensa y la presunción de inocencia de la corporación.

B.- Estado de la cuestión en la Jurisprudencia

No ha transcurrido tiempo suficiente para que podamos tener criterios jurisprudenciales consolidados en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es más, dado el corto lapso de tiempo desde la reforma del año 2010 no podemos hablar, ni tan siquiera, de criterios jurisprudenciales respecto del nuevo modelo de incriminación.

En efecto, a día de hoy existen muy pocas resoluciones judiciales que dejen entrever la ruta por la que discurrirá el aspecto práctico de la imputación penal de una persona jurídica.

Las resoluciones que existen se limitan a realizar –como ya apuntábamos en otros apartados del trabajo- una imputación mecánica tan pronto se constate la existencia de una persona jurídica en el contexto de una conducta delictiva para la que se prevé su responsabilidad.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Ejemplo de ello, lo encontramos en el **Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción número seis** –primer caso de procesamiento de una persona jurídica- en el que ninguna profundización sobre lo técnico se realiza y, consecuentemente, ninguna afirmación técnica podemos extraer, mas allá de constatar que la orfandad sustantiva del modelo elegido por el legislador se traduce en una peligrosa base de resoluciones judiciales huérfanas de fundamento. Y decimos peligrosa, porque las resoluciones judiciales tienen la obligación de ser motivadas, pero tal obligatoriedad podría quedar efectivamente enervada cuando el legislador introduce, como en el supuesto analizado, modelos de responsabilidad pseudo-objetivas. Parece como si aquí lo importante ya no fuera razonar y filtrar, sino imputar. Por eso es peligroso.

Pues bien, lo único que se dice en el citado auto es lo siguiente:

“Igualmente la vinculación participativa de (art. 31 bis del Código Penal) los representantes legales y administradores de derecho y hecho (según la teoría del levantamiento del velo y lo desprendido de las conversaciones telefónicas que claramente indican quién ejerce el mando real y la toma de decisiones que luego testaferros/empleados obedecen), así como las actividades sociales descritas -reimportación de maquinaria- por cuenta y en provecho de las empresas TRANSPINELO SL (Administrador único Matías), "INVESTISSEMENT TRANS SPAIN ÁFRICA SA" (ITSA,) (Administradores Vicente e Agustín , y Apoderado Carlos Alberto , @ " Botines "), "MULTISERVICIOS Y MAQUINARIA O. P." (RIF, CIF venezolano, J-

29893674-6, Presidenta Noelia), J y M. C. A "JOYMACA", (Administrador venezolano: Geronimo) y GEORMADRID MACHINERY SL (Administrador y socio único Carlos Alberto , @ " Botines ") las hacen igualmente responsables en la esfera penal, debiendo quedar por ello, procesadas”

Como se observa, ni se identifica cuál es el provecho que la conducta penal da a la persona jurídica, ni si este provecho es consecuencia directa e intencionada de la propia conducta o secundaria o derivada, ni mucho menos se habla del posible defecto de organización, ni todo lo teorizado por la doctrina más autorizada en este ámbito resulta de aplicación cuando el asunto entra en sede práctica y escapa a planteamientos puramente retóricos, por muy utilitaristas que estos se consideren.

Bien al contrario, se puede observar cómo en sede judicial –verdadero destinatario de la norma penal- la falta de fundamentación de un modelo dado se convierte en pura responsabilidad objetiva. Dicho de otro modo, cuando existe un precepto que permite imputar, no hacerlo también supondría, desde el principio de legalidad penal, un exceso judicial, ya que el juez no puede inaplicar el derecho positivo. Otra cosa será la siempre posible cuestión de constitucionalidad, pero nada obliga a su interposición³¹¹.

³¹¹ De hecho, el método judicial y el método académico no coinciden, de forma que para lo que la doctrina supone un grave atentado a determinados principios generales, para la jurisprudencia la cuestión no pasará de la mera aplicación pura y dura de la Ley.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Esta situación no hace más que reafirmar lo que mantenemos: Existiendo aparentemente el delito, y dándose los genéricos requisitos del artículo 31 bis, será difícil que la persona jurídica no responda penalmente siempre.

Lamentablemente, en los Tribunales toda la visión dogmática del Derecho Penal se transforma en un radical funcionalismo. Es cierto que otra opción parece no haber, desde el mismo momento en que los Jueces y Tribunales son meros aplicadores automáticos de la ley en vigor, sin mayor consideración ni reflexión. Esta aplicación automática no obsta a que, cuando los tribunales así lo consideran, interpretan de manera extraordinaria la ley. El ejemplo paradigmático lo encontraríamos en los acuerdos no jurisdiccionales, en los que, siguiendo un auténtico pacto scaeleris, permítase la expresión, el Tribunal Supremo delimita y redefine el sentido de la norma hasta producir situaciones de auténtica injusticia. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la aplicación retroactiva de estos acuerdos ³¹². La cuestión es ¿Se infringe el principio de legalidad cuando el Tribunal Supremo, en acuerdos no jurisdiccionales, hace las veces de legislador para definir y concretar³¹³ tipos penales? Entiendo que si.

³¹² Tal es el caso del alcance de la extrema gravedad en relación con el exceso notable de notoria importancia y utilización del buque, y otras cuestiones relativas al tráfico de estupefacientes convenidos en los acuerdos de fecha 13/12/2004, 19/10/2001, 25/11/2008, 25/11/2008, 3/2/2005, 25/5/2005, 25/10/2005, 11/7/2003 y 26/2/2009.

³¹³ A título de mero ejemplo, obsérvese hasta la propia dicción legislativa que se hacen incluir en dichos acuerdos: Acuerdo 25/11/2008: “La aplicación de la agravación del art. 370.3 del C.P., referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia”.

Un Estado que permite eso de sus Tribunales no defiende el Derecho, entendido como técnica de resolución de conflictos, sino la mera represión de hechos basándose en un análisis meramente gramatical de lo prohibido. Entendemos que el Derecho Penal se caracteriza no solo por la capacidad de reacción frente a ataques graves a bienes jurídicos sino por la existencia de parámetros técnicos que permiten garantizar –o al menos intentarlo- que no cualquier persona será destinatario de la ultima ratio del Estado. Por ello, ese funcionalismo, extraído de criterios ajurídicos, pone en serio riesgo no solo la disciplina penal –que pasa a convertirse en un mero brazo gestor de otros órdenes- sino su sentido teleológico.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

CAPÍTULO 11. CONCLUSIONES

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

1.- Considero que la instauración de la responsabilidad penal de la persona jurídica se debe solo a razones de política criminal. Buscar un amparo Constitucional a tal modelo de responsabilidad en base a exigencias derivadas de instrumentos internacionales, no resulta a mi juicio admisible dado que el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha señalado que *cuando un Reglamento comunitario no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita a este respecto a las disposiciones nacionales, los Estados miembros conservarán una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones.*

2.- Los diversos modelos de responsabilidad de las personas jurídicas se han visto multiplicados en derecho comparado, si bien su incremento no lo es uniformemente en cuanto a su naturaleza penal. Países que se colocan muy en línea con nuestra dogmática penal, es el caso de Alemania o Italia, adoptan un sistema de responsabilidad más cercano al derecho administrativo, con independencia de que las sanciones sean aplicadas por los jueces y tribunales penales a la hora de abordar la responsabilidad penal de la persona física.

3.- En las teorías más recientes sobre la cuestión, y en especial por aquellas que se autocalifican de punteras, se olvida que en la historia más reciente fue precisamente el derecho administrativo sancionador el que incluyó (creándola) la responsabilidad de la persona jurídica. Justificando esa “artificiosa” creación en su imposibilidad para adaptar la responsabilidad de la corporación a los elementos penales de la conducta.

4.- Considero que acudir a un sistema de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, como el aceptado por el legislador español, supone desnaturalizar esta rama del ordenamiento jurídico si, tan solo por seguir criterios de estricta política criminal, se amplía la esfera del derecho penal alcanzando supuestos reconducibles a una culpabilidad meramente formal. No debe olvidarse que precisamente esta culpabilidad meramente formal es la que se reprime en el ámbito administrativo, sector al que debe quedar relegada, en última instancia, la responsabilidad de las personas jurídicas.

5.- La persona jurídica no tiene capacidad de acción, dado que ésta solo es predicable de la persona física, en tanto sujeto único con capacidad de razonar y elegir un determinado comportamiento (activo u omisivo de tipo doloso) y/o advertir peligros (en la imprudencia).

En última instancia, la persona jurídica no es sino un patrimonio organizado en torno a una actividad, dirigida y administrada por personas físicas, siendo imposible aislar e independizar la titularidad de la conducta (que recae jurídicamente sobre la persona jurídica) del autor real y material de esta (que exclusivamente recae sobre personas físicas). En definitiva, la persona jurídica no puede ser considerada más que un instrumento –de corte jurídico- en el iter criminis de los autores.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

6.- Solo desde perspectivas funcionalistas que no acepto puede atribuirse responsabilidad penal a la persona jurídica, en la medida en que esta corriente abstrae la naturaleza de las cosas y aboga por aplicar la consecuencia de la pena a cualquier sujeto o ente legal con implicaciones en el delito (bastando una implicación instrumental). Aceptar tal concepción conduce a un derecho penal simbólico que desnaturaliza esta disciplina como instrumento último del Estado para responder a los ataques más graves hacia los bienes jurídicos más relevantes.

7.- Entiendo que no hay en el código penal una teoría sobre la autoría de la persona jurídica. La persona jurídica acaba siendo responsable sin ser, en sentido estricto, autor o partícipe. Considero que no otra cosa está reconociendo el artículo 31 bis cuando afirma que *las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos “por”*. La desafortunada redacción de este precepto no es sino una inaceptable mezcla de puras referencias a conceptos comunes que después no se compadece, en absoluto, con el articulado correspondiente del Código Penal referido a la persona física.

8.- Con estas premisas en la nueva regulación legal, la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye una vía de responsabilidad distinta de la persona física. Por eso mismo, considero que para llegar a este punto, y si lo único que se veía como necesario era incrementar el nivel de castigo, hubiera sido preferible su concepción como mera responsabilidad administrativa. Y ello

aún cuando esta responsabilidad quedara incardinada en el propio código penal a título de consecuencia accesoria.

9.- Con la legislación vigente considero que solo hay tres posibilidades jurídicas a la hora de sistematizar el modelo de imputación elegido por el legislador, y ninguna de ellas resulta admisible desde perspectivas penales y constitucionales.

10.- Entiendo que el modelo de responsabilidad establecido en el artículo 31 bis puede interpretarse como mera causalidad del resultado (primera posibilidad), es decir, solo debemos considerar relevante la mera causación del resultado típico. Sin embargo, esta posibilidad vulnera los artículos 5, 10 y 12 del Código Penal.

Esta consideración sería la misma bien se hable de comisión como de comisión por omisión.

11.- Como segunda posibilidad, y siguiendo una concepción finalista, el modelo de responsabilidad establecido en el artículo 31 bis puede interpretarse como causación dirigida por el resultado. Entiendo que esta segunda posibilidad explica por qué solo se prevén delitos dolosos en el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Sin embargo, esta alternativa entra en contradicción con el artículo 31 bis. Este precepto establece la responsabilidad penal de la persona jurídica por una conducta dirigida por otro y no por ella misma (en el caso de representantes legales) o por una omisión imprudente (en el caso de empleados).

12.- Una tercera posición, de corte mixto, consistiría en exigir la causación del resultado típico siempre que se ajuste subjetivamente a la cláusula general de vinculación establecida en el artículo 31 bis: Delitos cometidos por los representantes legales de manera dolosa y delitos cometidos por los empleados por omisión imprudente.

Sin embargo, esta tercera posibilidad vulnera el artículo 10 del código penal al atribuir artificialmente a la persona jurídica la conducta dolosa de un tercero, y el artículo 12 al castigar a la persona jurídica por una omisión imprudente no dispuesta expresamente en el código.

13.- Considero que ninguna de las teorías construidas por la doctrina para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas (espíritu normativo, funcional, carácter de la empresa, defecto de organización, cultura empresarial constructivista, etc.) se ajustan al principio de legalidad a la hora de conectar hecho y culpabilidad.

14.- Entiendo que ésta ambigüedad conceptual va a permitir a la jurisprudencia perfilar y definir con absoluta libertad el modelo de

responsabilidad penal de la persona jurídica, vulnerándose principios esenciales del Derecho Penal, como el principio de legalidad y taxatividad Penal, seguridad jurídica, o el de prohibición de interpretación extensiva de la norma penal.

15.- Considero que el incalificable modelo de responsabilidad establecido en el Art. 31 bis es una defectuosa combinación de:

- A. Un modelo de responsabilidad por identificación estricta respecto de los delitos cometidos por los representantes legales.
- B. Un modelo, a su vez, combinado entre responsabilidad vicaria y responsabilidad por identificación respecto de los delitos cometidos por los empleados. Vicaria porque la responsabilidad se transfiere, en un primer momento, al representante legal (omisión de control o vigilancia) pero de identificación porque la corporación sigue respondiendo por esta conducta transferida del administrador.

El modelo de responsabilidad establecido en el Art. 31 bis sostiene, en definitiva, una responsabilidad por transferencia.

16- Entiendo que no cabe individualizar en ningún caso responsabilidad por hecho propio. Se trata en realidad de un fraude de etiquetas para salvar la posible inconstitucionalidad del artículo 31 bis, y sobre todo para poder inculpar siempre a la entidad aún cuando la persona física concreta y autora del hecho no

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

pudiera ser perseguida. Todo ello sustentado en el escurridizo criterio del defecto social de la organización.

17- En el sistema seguido por el legislador español entiendo que todo queda circunscrito a un hecho objetivo del que solo puede derivar una responsabilidad objetiva: Si la conducta penal existe debe existir un culpable.

Considero inadmisibile un modelo de responsabilidad de la persona jurídica basado en lo que algunos han denominado “la defensa a ultranza del bien jurídico”, porque una posición tan defensista quiebra la idea de última ratio del derecho penal. En la medida que la persona jurídica no es capaz de asumir la función preventiva especial de la pena, las penas establecidas en el código no son más que un catálogo de sanciones que bien pudieran haberse establecido en el ámbito administrativo.

18- Aceptar una idea de culpabilidad corporativa entraña admitir una pura visión teórica y extremadamente especulativa. La fenomenología jurídica explica el conflicto y su génesis, pero afirmar que la pura formalidad de un acto corporativo es en realidad un hecho en si mismo evaluable desde perspectivas de reprobación individual ex ante, supone rebasar inaceptablemente el umbral del fenómeno jurídico. Se quiera o no la persona jurídica no puede actuar de otra manera y su acto es una mera formalidad que exterioriza una decisión adoptada por personas físicas. Y esta decisión es la única capaz de ser subsumida en un tipo penal.

19.- En contra de lo afirmado por algunas metateorías surgidas para justificar la responsabilidad corporativa, considero que no existe fundamento jurídico, ni filosófico, que sustente la pretendida capacidad de la persona jurídica para ser sujeto activo en derecho penal. Por esto mismo, entiendo que la denominada acción comunicativa de Habermas no permite, en modo alguno, una modificación del sujeto. Por su parte, la teoría sistémica de Luhmann, única que avalaría tal deshumanización, plantea una tesis sociológica de imposible conciliación con la argumentación jurídica.

Las teorías que pretenden armonizar las posiciones de Luhmann y de Habermas no son sino muestras inaceptables de una auténtica contradicción, dado que Habermas, desde la escuela de Frankfurt, defiende abiertamente lo que Luhmann critica.

20.- Se acepta, como no puede ser de otro modo, que las personas jurídicas intervienen en el tráfico jurídico-económico, llegando a participar en acciones delictivas. Sin embargo, esta participación, que es puramente instrumental, no puede ser objeto directo, sino indirecto, del Derecho Penal. Ello no impide que el Derecho prevea medidas eficaces para evitar futuras irregularidades por parte de éstos sujetos morales. Sin embargo, para tal fin, considero que eran más que suficientes las consecuencias accesorias establecidas en el artículo 129 instaurado con el Código Penal de 1995.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

21.- Entiendo que la medida a aplicar a la persona jurídica solo puede tener naturaleza instrumental. En ningún caso se podrá sustentar una función retributiva ni motivadora de la pena.

22.- Desde perspectivas procesales entiendo que el legislador ha improvisado el estatuto procesal de la persona jurídica. No se puede hablar de derechos procesales autónomos de la corporación cuando existe conflicto entre ésta y las personas físicas que la representan.

Considero que el estatuto procesal es el mejor ejemplo de la orfandad técnica del sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas establecido en el artículo 31 bis del código penal.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

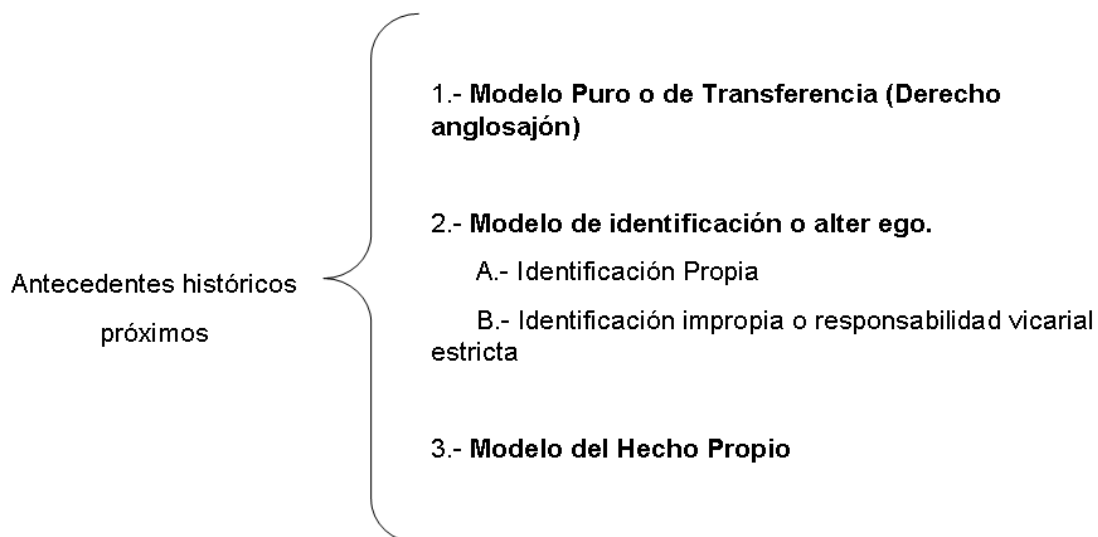
Jacinto Pérez Arias

12. ANEXOS

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Anexo 1.



Anexo 2.

Modelo Puro o de Transferencia (Derecho anglosajón)

A.- Primer momento

- Responsabilidad de los Señores
 - Por las acciones de sus sirvientes
- } Omisión de control
- No aplicable a supuestos de responsabilidad por acción

B.- Segundo momento

- Se amplía a delitos de acción
 - Solo por supuestos de responsabilidad objetiva: no culpabilidad individuo
- Creación jurisprudencial (S.XIX). Queen v. Great North of England Railway (1846) o en, Estados Unidos, el caso State v. Morris & Essex Railroad Co. (1852).

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Anexo 3

Modelo de
identificación o alter
ego

A.- Identificación Propia

- Siglo XX.
- Concepción persona jurídica como sujeto dominado y gestionado por sus representantes legales
- Responsabilidad de los directivos (mente)
- No apta para responsabilidad de los empleados
- caso Lennard's Carrying Co. Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd. (1915)

B.- Identificación impropia o responsabilidad vicarial estricta

- Tribunal de Apelaciones inglés, en el caso R v. British Steel (1995).
- Actuación de los empleados siempre que:
 - * Se encuentren en el ámbito de la autoridad
 - * supongan un provecho para la Corporación
- Responsabilidad compartida por los representantes legales por no haber ejercido el debido control

Anexo 4

Modelo del hecho Propio

- Derivación del concepto de persona jurídica de Gierke
- modelo basado en la sociología de las Organizaciones (Perrow)
- Defecto sistémico de la organización
- Tiedemann: Defecto de organización como concepto específico de la culpabilidad de la persona jurídica

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

13. BIBLIOGRAFÍA

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

1. AAVV. Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial, coordinado por Lorenzo Morillas Cueva. Dykinson, SL. Madrid. 2.005.
2. AAVV, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I, Dirigido por D. Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1.996, págs. 891 y ss.
3. AAVV: “Derecho Penal Español. Parte Especial. Coordinado por Manuel Cobo del Rosal”, Dykinson, SL, 2.005.
4. AAVV (dirigido por Gonzalo Quintero Olivares), Comentarios al Código Penal. Tomo I. 5ª Edición, Thomson Aranzadi, 2008.
5. AAVV, Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam, Volumen I, dirigido por Luis. A. Arroyo Zapatero y Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Personas Jurídicas, Consecuencias Accesorias y Responsabilidad Penal. Autor: José Luis de la Cuesta Armendáriz (Páginas 967 a 991), Editorial Universidad de Castilla La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca., 2.001.
6. AAVV, Fundamentos de Derecho Penal Parte General, Dirigida por José Miguel Zugaldía Espinar, 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
7. AAVV, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, aspectos sustantivos y procesales, La Ley Temas. Madrid, 2.011.

8. AAVV, Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010 (dirigido por Corcoy Bidasolo y Mir Puig). Tirant lo Blanch Tratados. Valencia. 2011.
9. AAVV. Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Civitas, Thomson Reuters. 2012.
10. AAVV (Dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bisasolo y Coordinado por Juan Carlos Hortal Ibarra). Constitución y Sistema Penal. Colección Derecho Penal y Criminología. Marcial Pons. 2012.
11. AAVV (Dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bisasolo y Coordinado por Víctor Gómez Martín). Garantías Constitucionales y Derecho Penal Europeo. Marcial Pons. 2012.
12. AAVV (dirigido por MC Gómez Rivero). Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General. Tecnos. 2010.
13. AAVV, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistemas Penales comparados. Revista Penal, número 17, Wolters Kluwer España, S.A. 2006.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

14. AAVV. (Coordinado por Arroyo Zapatero, Neumann, Nietos Martín). Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Ediciones Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca. 2003. ISBN. 84-8427-259-1
15. ALAIN COEURET: La nouvelle responsabilite penale des personnes morales consequences de la colloque de printemps du barreau des hauts-de-seine du 23 mai 2006 generalisation par la loi « perben ii » du 9 mars 2004 (art. 54). Colloque de printemps du barreau des hauts-de-seine du 23 mai 2006.
16. ALBALADEJO, M. Derecho Civil. Parte General. Introducción y derecho de la persona. Volumen I. JMB. Barcelona. 1991
17. BACIGALUPO SAGGESE, S: La Responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1998, Editorial Bosch, Casa Editorial, SA.
18. BACIGALUPO SAGGESE, S: La problemática del sujeto en el Derecho Penal. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, ICADE, 1997.

19. BACIGALUPO SAGGESE, Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP). Diario La Ley, número 7541, 5 de enero de 2011.
20. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del proyecto de reformas del Código penal de 2009”, diario La Ley, sección doctrina, 9 Jul. 2010, año XXXI, La Ley nº 3818/2010.
21. BAJO FERNÁNDEZ, M. La unidad del Derecho Sancionador. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo / coord. por Antonio Cabanillas Sánchez, Vol. 4, 2002 (Derecho civil, derecho de sucesiones, otras materias), ISBN 84-470-2112-2 , págs. 6683-6696
22. BAJO FERNÁNDEZ, M. Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal. InDret 3/2008. Barcelona.
23. BERISTAIN, A. Ciencia penal y Criminología, Madrid, 1985, pp.202 y s; S. PANIZO ORALLO, Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV), Pamplona, 1975, pp. 343 ss.
24. BERNARD, T.J.: “The Historical Development of Corporate Criminal Liability”, en Criminology, vol. 22, nº. 1, 1984, pág. 5; Wells, C.:

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

Corporations and Criminal Responsibility, 2ª ed., Oxford University Press, New York, 2001, pág. 88.

25. BRICOLA, F. prólogo al libro El proceso despenalizador. PERIS RIERA, J. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1983
26. CARBONELL MATEU, JC: Responsabilidad Penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. Cuadernos de Política Criminal. Nº 101, 2010. Pág. 7-12.
27. CARLOS SANTIAGO, N. Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal), 1a. Reimp. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 7. México. ISBN 968-36-0725-X
28. CARNELUTTI FRANCESCO, Teoría General del Delito (1852), 2007, Editorial Reus.
29. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. A vueltas con el llamado compliance penal. En Actualidad Jurídica Aranzadi num. 826/2011 parte Tribuna. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

30. CEREZO MIR, J. El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a del código Penal Español. Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho », Libro Homenaje a D. Luis Jiménez de Asua. Buenos Aires, 1970, Ediciones Pannedille.
31. CIRCULAR NÚMERO 1/2011 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.
32. COBO DEL ROSAL, M. Societas Delinquere Non Potest, Anales de Derecho, Número 30, 2012, págs. 1-14. ISSN: 1989-5992. <http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>.
33. COBO DEL ROSAL / QUINTANAR DIEZ. Instituciones de Derecho Penal Español, Editorial Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, SA, 2005.
34. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN. Derecho Penal. Parte General. Tirant lo Blanch. Valencia. 1991
35. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 19/1995, de 23 de noviembre, del código Penal, CGPJ, 2.009.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

36. CUADRADO RUIZ, MA. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante...¿Un paso hacía atrás?. Revista Jurídica de Castilla Y León. N.º 12. Abril 2007. http://www.larioja.org/upload/documents/687033_RJCYL_N_12-2006_La_responsabilidad_penal.pdf
37. CUELLO CONTRERAS, J. El Derecho penal Español. Parte General. Dykinson, Madrid. 2002.
38. DE ÁNGEL YAGÜEZ. La doctrina del "levantamiento del velo" de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia, Madrid, 1990
39. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUÍS, Una “Nueva” Línea De Intervención Penal: El Derecho Penal De Las Personas Jurídicas, en A. Messuti, J.A. Sampedro Arrubla (Comps.), La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio, Buenos Aires, 2001, pp.65-80.
40. DE LA CUESTA, JL. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español. Revue électronique de l’AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP (ISSN - 1993-2995), 2011, A-05:1.

41. DE MARSICO, La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo, Studi di Diritto Penale, Napoli, 1930.
42. DEL ROSAL BLASCO, B: Reflexiones De Urgencia Sobre La Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas En La Ley Orgánica 5/2010 De Reforma Del Código Penal, 2011. Enfoque XXI, Barcelona.
43. DEL ROSAL BLASCO, B: Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa, en Diario LA LEY, número 7670, 11 de julio de 2.011.
44. DEL ROSAL BLASCO, B: La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1 del Código Penal. Cuadernos de Política Criminal. ISSN:0210-4059. Año 2011
45. DEL ROSAL BLASCO, y OTROS. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Importantísimas Novedades que se avecinan. Clifford Chance, Client Briefing. 110607-3-17503-v1.0. Madrid. Mayo 2013.
46. DEL ROSAL FERNÁNDEZ, J. Tratado de Derecho Penal español. Parte general. Tomo II. Madrid. 1976.
47. DÍAZ BAUTISTA, ANTONIO, Manual de Derecho Romano, 3ª Edición, Barcelona 1992, Editorial DM PPU.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

48. DÍAZ MAROTO, J./ POLO, J.: Problemas generales de aplicación de los delitos societarios. Edit. Ceura, 2002.
49. DÍEZ RIPOLLÉS, JL, La Responsabilidad Penal de las personas jurídicas. Regulación española. Indret, Revista para el análisis del Derecho. ISSN 1698-739X. Barcelona. 2.012.
50. DONAIRES SÁNCHEZ, P. Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado. Artículo electrónico. derechocambiosocial.com. ISSN: 2224-4131. Depósito legal: 2005-5822- Fecha de publicación: 01/01/2013.
51. DOPICO GÓMEZ-ALLER, en ORTIZ DE URBINA (Coord.), Memento Experto Reforma Penal, 2.010.
52. DOPICO GÓMEZ-ALLER. J. Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos. Diario La Ley (Doctrina). Año XXXIII, Número 7796, 13 de febrero de 2012. ISSN: 1138-9907.
53. ESCRIHUELA CRUMILLA. Todo Penal. La Ley, 2011

54. FEIJOÓ SANCHEZ, B. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?”, en Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación, Ara, Lima, 2007.
55. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. Naturaleza Tridimensional de la persona jurídica. Derecho PUC”, n° 52, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, abril-diciembre de 1999.
56. FERRARA, F. Teoria delle persone giuridiche, UTET, primera edición, Torino, 1923.
57. FERRATER MORA, J. Diccionario de Filosofía. Editorial CL, Valencia.1991
58. FIANDACA/MUSCO: DP PG, reed.,1994
59. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011 Relativa a la Responsabilidad penal de la persona jurídica conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.
60. FISCHER, H.R.. El final de los grandes proyectos. Editorial Gedisa, S.A. 1. ed. 1997.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

61. FLORA, G.: «L'attualità del principio “societas delinquere non potest”», en Riv. trim. di Diritto penale dell'Economia, núm. 22, 1, 1995.
62. GALLOSO MARIÑOS Las personas jurídicas de derecho privado en el derecho comparado, en prensa.
63. GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO L., Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera parte Instituta-Digesto, 1889, Jaime Molina Editor, Consejo de Ciento nº 237
64. GARRIDO VERGARA, L. Habermas y la teoría de la acción comunicativa. RAZÓN Y PALABRA Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación. NÚMERO 75 FEBRERO - ABRIL 2011.
65. GIMENO SENDRA, V: “*Derecho Procesal Penal*”, Editorial Colex, Madrid, 2004.
66. GOLDHAGEN, D. Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el holocausto. TAURUS, 1997. ISBN 9788430600151
67. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal. LA LEY 14962/2010.

68. GÓMEZ TOMILLO, M: Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova, Valladolid, 2.010.
69. GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, AE. Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 26, año 2011, págs. 79-92. ISSN:1139-5885.
70. GUIÑAZU MARIANI, M. Las personas jurídicas en el Derecho Romano. XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina: Homenaje al Dr. Luís Rodolfo Arguello. PubliFadecs (Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, octubre de 2005
71. HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Taurus. 2003
72. HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Taurus. 2003, Grupo Santillana de Ediciones, S. A

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

73. HEFENDEHL, R. (Ed.) La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?. Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, SA. Madrid. 2007.
74. HUSSERL, E. Investigaciones lógicas, alianza Editorial. Filosofía y Pensamiento, Segunda reimpresión. 2006. Madrid.
75. HIRSCH, H.J.: «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en ADPCP, 1993.
76. HJ SCHROTH, Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte, Giessen, 1993. Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken, Baden Baden, 1995.
77. HOLMES, O. W.: La Senda del Derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, pp. 21.
78. IBÁÑEZ SORRIBES, B. La abstención de voto en los órganos colegiados de las Corporaciones Locales. ¿Responsabilidad penal por acción u omisión?. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 19, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Oct. 2010, Ref. 2812/2010, pág. 2812, tomo 3, Editorial LA LEY

79. JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Ed., Berlin/New York, 1991.
80. JESCHECK / WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General (traducción de Miguel Olmedo Cardenete), Quinta edición. Editorial Comares. Granada. 2.002.
81. LALANDE, A. Vocabulario Técnico y crítico de la Filosofía. El Ateneo. Buenos Aires. 1953
82. LOBATO DE BLAS, J. Excesos en la teoría del levantamiento del velo de las personas jurídicas. Revista jurídica de Navarra, ISSN 0213-5795, Nº 15, 1993
83. LÓPEZ CALERA, NM. ¿Hasta dónde la responsabilidad colectiva?. En prensa, IDEAL, Tribuna abierta, fecha de publicación 30 de marzo de 2008.
84. LÓPEZ HERNÁNDEZ, J: “*Introducción histórica a la Filosofía del Derecho contemporánea*”, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, reimpresión 2005..
85. LÓPEZ WONG, R: “Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

- consecuencias accesorias: ¿Sanción penal o medida administrativa?”, en *Urbe et Ius Revista de análisis Jurídico*. Año I. Newsletter Número. 6. Argentina. 2005.
86. LUZ CASTANY, M. Fundamentos del funcionalismo de Günter Jakobs. *Dogmática y Derecho en LEHMANN*. Revista Jurídica Online. Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas, Universidad Católica de Guayaquil – Ecuador. Edición 21. 2006.
87. LUZÓN PEÑA, DM. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 2012. Tirant Lo Blanch.
88. GRACIA, MARTÍN L. La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”. *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 4- Julio-Diciembre de 1994
89. MADRID CONESA, F. *El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal y las Variaciones Jurisprudenciales Desfavorables al Reo*, en *Colección de Estudios. Serie Minor*. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia .1982
90. MADRID CONESA, F. *La Legalidad del Delito*. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1983

91. MANTOVANI, F. Diritto Penale. Parte Generale. 5ª ed, Padova, 2007
92. MAQUEDA ABREU, ML. La idea de peligro en el moderno Derecho Penal (algunas reflexiones a propósito del proyecto de Código Penal de 1992). Actualidad Penal, 1994.
93. MARTÍNEZ BLANCO, ANTONIO. Derecho Canónico, Editorial DM, Murcia, 1995.
94. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J. Curso de Teoría del Derecho. Universidad de la Rioja. 1998.
95. MATTES, H. Problemas del Derecho Penal administrativo. Historia y derecho comparado; traducción y notas de José María Rodríguez Devesa. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1979
96. MEZGER, E. Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Revisada por José Arturo Rodríguez Muñoz. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955. Madrid.
97. MIR PUIG, SANTIAGO, Una Tercera Vía En Materia De Responsabilidad Penal De Las Personas Jurídicas, Revista Electrónica de de Ciencia Penal y Criminología, 2004, núm. 06-01

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

98. MIR PUIG, S. Derecho Penal, Parte General. 9ª Edición. Editorial Reppertor. 2.011. Barcelona
99. MODOLELL/GALLEGO. Empresa y Derecho penal. Caracas. Cátedra fundacional Banco Mercantil. Centro de Investigaciones Jurídicas , Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica (NEDE), Universidad Católica Andrés Bello, 2004. ISBN 980-244-391-3.
100. MONTERO CRUZ, E.L. El funcionalismo penal (Una introducción a la teoría de Günther Jakobs). TRUJILLO – PERÚ. 2008
101. MORALES PRAT, F. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Thomson Aranzadi. WestlawES. BIB 2010\7391. 25 de marzo de 2011.
102. MORILLAS CUEVA, L: Derecho Penal Parte General (Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal), Editorial Dykinson, SL, 2010.
103. MORILLAS CUEVA, L: La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Anales de Derecho (Universidad de Murcia). Núm. 29, 2011, Pags. 1-33. ISSN 1989-5992

104. MÚNERA URIBE/CASTRILLÓN VELÁSQUEZ. El practicismo maquiavélico en la comunicación. supuestos y críticas para superar la tensión teoría práctica. Razón Y Palabra. Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación. Número 74, noviembre 2010 - enero 2011.
105. NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Iustel. Madrid. 2008.
106. NIETO MARTÍN, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. Revista Xurídica Galega, N° 63 páx. 47. <https://www.rexurga.es/pdf/COL260.pdf>
107. NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, La Responsabilidad Penal en la empresa, 2001, Editorial Tirant lo Blanch, S.L.
108. PALIERO, C.E. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996
109. PALIERO, C.E., Criminal Liability of Corporations- Italy, in La criminalisation du comportement collectif ps. 251-273. 14e Congrès international de droit comparé.

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

110. PALIERO, CE. Paliero, La sanzione amministrativa como moderno strumento di lotta alla criminalità economica, in Rivista penale economica 1993, p. 1043
111. PARADA, R. Derecho Administrativo. I Parte General. Marcial Pons. Madrid. 1995
112. PARIONA ARANA, R. El derecho penal «moderno». Revista Penal, n.º 20.—Julio 2007
113. PÉREZ CEPEDA, A.I.: La Responsabilidad de los administradores de Sociedades: criterios de atribución, Cedecs, Barcelona 1997.
114. PERIS RIERA, J. El proceso despenalizador. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1983
115. PERIS RIERA, J. La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual (tendencias restrictivas a favor de la penetración en el elemento subjetivo). Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.
116. PERIS RIERA, J / CUESTA PASTOR, P. Control penal del peligro y delitos contra la seguridad del tráfico (el modelo de criminalización de los

- riesgos para la seguridad vial en el código penal de 1995). La Ley. Tráfico y Seguridad vial, Revista de Derecho de la circulación. Número 23. Noviembre 2000. ISSN 1139-4447.
117. PERIS RIERA, J. Algunas cuestiones conflictivas de la parte general surgidas tras la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de modificación del Código Penal. Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-9670, N°. 3, 2005 (Ejemplar dedicado a: Las últimas reformas penales), págs. 353-374.
118. POLAINO NAVARRETE, M. Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas), 2009, Grijley. Perú
119. PRADEL J, La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones, Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Penal celebrado en la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania) los días 2 y 3 de mayo de 1998 bajo la coordinación del Prof. Dr. Klaus TIEDEMANN, titulado «Harmonisierung des allgemeinen Teils-Prolegomena zu einem europäischen Modellstrafgesetzbuch». Traducido por Susana Soto Navarro
120. QUINTERO OLIVARES, La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios, Aranzadi, 2011

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

121. RAMELLA, La responsabilità penale e delle associazioni, Trattato del Cogliolo, II, I, Milano 1895,
122. ROBLES PLANAS, R.: “El ‘hecho propio’ de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, en Indret, 2/2009.
123. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S. Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010. Cuadernos de Política Criminal. Número 105, III, Época II, diciembre 2011, pp. ISSN: 0210-4059
124. RODRÍGUEZ MOURULLO, G: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema. Revista del Consejo General de la Abogacía, Septiembre de 2010.
125. RODRÍGUEZ MOURULLO, G: la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática. En revista OTROSÍ (Ilustre Colegio de Abogados de Madrid). Número 6 , Abril-junio 2011, 5ª Época. Madrid
126. ROXIN, CL. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Ed., 1972

127. ROXIN, CL. el concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. RECPC 15-01 (2013) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194.
128. SÁNCHEZ ROBERT, MJ. La persona jurídica en los delitos del artículo 319 del código penal. Anales de Derecho. Número 30, 2012, págs. 215-253. ISSN: 1989-5992.
129. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, MARINA, La cuestión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el nuevo artículo 31,2 del Código Penal. Diario de las Audiencias y de los Tribunales Superiores de Justicia. Año XI. Número 508, 27 de septiembre de 2006. El Derecho Editores. Depósito Legal M-32591-94
130. SAVIGNY, M. F. C de; Durán y Bas, Manuel (pról.). Sistema del Derecho Romano Actual, Reimp. de la edcn. de Madrid, Centro editorial de Góngora. Analecta Editorial ANALECTA. 2004. ISBN:84-96012-42-5
131. SCHÜNEMANN, Unternehmenskriminalität und Strafrecht - Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihre Führungskräfte geltendem und geplanten Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979, passim

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

132. SCHÜNEMANN, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en A.AV.V., “Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann”, Editorial Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1995.
133. SERRANO GÓMEZ. Derecho Penal. Parte Especial. Dykinson, 2011
134. SILVA SÁNCHEZ, JM, La expansión del Derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales, EDISOFER S.L., 2011.
135. SILVA SÁNCHEZ, JM: La evolución ideológica de la discusión sobre la ”Responsabilidad penal” de las personas jurídicas, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. 29, nº 86-87. 2.008
136. SOLARI PERALTA, T E. Versari In re illicita. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Número 1. Chile. 1977. ISSN online: 0718-6851
137. SOUTO PAZ, JA. Derecho Canónico. Volumen 1. Edición Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. 1990.
138. TIEDEMANN, K: La Responsabilidad Penal de las Persona Jurídicas, en Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg, 1996, página 97

139. TIEDEMANN, Lecciones de Derecho Penal Económico, 1993.
140. TIEDEMANN, Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
141. UBEDA DE LOS COBOS, JJ. La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio. La Ley Penal, N.º 77, Diciembre 2010, Editorial LA LEY
142. VELASCO NUÑEZ, , E.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales. Diario La Ley, núm. 7883, de 19 de junio de 2012. ISSN 1138-9907.
143. VELÁZQUEZ VIOQUE, D, Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?, en Diario La Ley (Tribuna), Año XXXIII, Número 7794, 9 de febrero de 2012. Especial Cuadernos de Probática y Derecho Probatorio. Número 7. ISSN: 1138-9907. Madrid
144. VERVAELE, J. A. E., La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica, REVISTA de Derecho Penal y Criminología, 2. Época, núm. 1 (1998), págs. 153-184

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

145. VON LISZT, Tratado de derecho penal Madrid, Editorial Reus, 1929
146. WEISMANN, A. y NEWMAN, D.: “Rethinking Criminal Corporate Liability”, en Indiana Law Journal, vol. 82, 2007.
147. WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 11. Ed., Berlin, 1969
148. ZUGALDÍA ESPINAR, JM. Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio). La Ley Penal, N.º 76, Noviembre 2010 , Editorial LA LEY net
149. ZUGALDÍA ESPINAR, JM. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal. Colección Delitos. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

14. LEGISLACIÓN

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A.- Española

1. CÓDIGO PENAL
2. LO 8/1983 DE REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL CÓDIGO PENAL
3. LO 15/2003 de 25 de noviembre
4. LO 5/2010, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL
5. LEY ORGÁNICA 7/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE TRANSPARENCIA Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE FISCAL Y EN LA SEGURIDAD SOCIAL.
6. PROYECTO SILVELA DEL CÓDIGO PENAL (1884)
7. PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL, 2013
8. LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, DE MEDIDAS DE AGILIZACIÓN PROCESAL

9. CÓDIGO CIVIL (Artículo 35, artículo 113)

10. LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

11. REAL DECRETO 2063/2004, DE 15 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DEL RÉGIMEN SANCIONADOR TRIBUTARIO

B.- Supranacional

1. SEGUNDO PROTOCOLO DEL CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

2. DECISIÓN MARCO 2001/413/JAI

3. DECISIÓN MARCO 2002/629/JAI

4. DECISIÓN MARCO 2003/BO/JAI

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

5. DECISIÓN MARCO 20041757/JAI
6. DECISIÓN MARCO 20051222/JAI
7. DECISIÓN MARCO 2005/667/JAI
8. DECISIÓN MARCO 2004/6B/JAI
9. DIRECTIVA 200B/99/CE
10. DIRECTIVA 2009/123/CE
11. CONVENIO DE DERECHO PENAL DEL CONSEJO DE EUROPA
CONTRA LA CORRUPCIÓN O EL CONVENIO OCDE DE
LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN DE AGENTES PÚBLICOS
EXTRANJEROS EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES
INTERNACIONALES.

C.- Extranjera

1. CÓDIGO PENAL ALEMÁN
2. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

3. CÓDIGO PENAL ITALIANO

4. CÓDIGO PENAL FRANCÉS

5. LEY PENAL ALEMANA, 1949

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

15. JURISPRUDENCIA

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

A.- Tribunales Nacionales

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 150/1991
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 246/1991
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 18/1987
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 42/1987
5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 76/1990
6. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 219/1988
7. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 16 de noviembre de 1992

8. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 20 de mayo de 1993
9. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de 27 de enero de 1994
10. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚMERO 87/2001, de 2 de abril
11. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 28 de mayo de 1984.
12. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 18 de mayo de 1998
13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 5 de mayo de 1997
14. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 23 de abril
15. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 21 de mayo de 1996

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

16. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 de octubre de 2007
17. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO número 862/2009, de 23 de julio. Sala Segunda
18. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO número 1129/2010, de 27 de diciembre
19. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO número 436/2012 de 28 mayo de 2012
20. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO de 26 de diciembre de 1991
21. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO de 4 de diciembre de 1992
22. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO de 21 de mayo de 1993
23. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO de 1 de octubre de 1994

24. SENTENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO de 18 de mayo de 1995
25. AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN, número seis, de 11 de octubre de 2011.
26. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA número 404/2012, de 30 de julio.
27. SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2011 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA
28. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA de 12 de febrero de 2008.
29. AUTO DE LA ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MURCIA, SECCIÓN 5, de fecha 18 de junio de 20013

B.- Tribunales Extranjeros

SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS
JURÍDICAS

Jacinto Pérez Arias

1. CASO CAREMARK, COURT OF CHANCERY OF DELAWARE.
1996
2. CASO QUEEN V. GREAT NORTH OF ENGLAND RAILWAY 1846
(INGLATERRA)
3. CASO STATE V. MORRIS & ESSEX RAILROAD CO. (1852).
ESTADOS UNIDOS
4. CASO LENNARD'S CARRYING CO. LTD. V. ASIATIC
PETROLEUM CO. LTD. (1915)
5. CASO R V. BRITISH STEEL (1995). TRIBUNAL DE
APELACIONES INGLÉS

C.- Tribunales Internacionales

1. TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,
EN SU SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1991 (Caso Proceso
penal contra Paul Vandevenney otros)