

Societas delinquere potest

Laura Zúñiga Rodríguez

1. Generalidades. 2. La aplicación de las sanciones penales a las personas jurídicas. a. ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de la sanción penal? b. ¿Qué personas jurídicas son punibles? 3. Las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. 4. Determinación de la pena. 5. Cuestiones procesales y de ejecución de la pena. 6. Responsabilidad civil y comiso. 7. Excepción a la exención de responsabilidad penal a la persona jurídica. 8. Bibliografía sucinta.

1. Generalidades

Debido a la profusión de la criminalidad económica e internacional, desde hace años se ha sentido la necesidad de abandonar el principio clásico de la no responsabilidad penal de las personas jurídicas, mejor dicho de las empresas. Las razones son diversas, pero cabe destacar en particular el hecho que el papel muy importante que éstas desempeñan tanto a nivel nacional como internacional, así como en la política social y económica, las ha convertido en el marco desde el cual o en el cual se cometen infracciones penales económicas. En este contexto, diversos países europeos han ido admitiendo legislativamente la responsabilidad penal de la empresa, por ejemplo, en Francia, Bélgica, Holanda, Suiza, Austria. Es esta orientación de política criminal la que ha seguido nuestro legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, que reforma el CP.

Cabe destacar que de esta manera los países de Europa continental se han puesto al día respecto a los países anglosajones, donde dicha responsabilidad ya era reconocida desde hace más de un siglo. Además, se han asumido directivas o proposiciones hechas por diversas entidades internacionales, como la Comunidad y la UE. Pueden citarse el Convenio para la protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea (1995/1997), la Decisión Marco sobre la lucha contra la falsificación del Euro (2001) y otras iniciativas en ese sentido, como en materia de lucha contra el terrorismo (2002), tráfico de seres humanos (2002), inmigración ilegal (2002), protección del medio ambiente (2003) y corrupción del sector privado (2003), por nombrar algunos. Asimismo, otra normativa internacional se ocupaba de este tema,

como el Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de funcionarios extranjeros (1997) y la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada (2000).

En España, un arduo debate precede esta reforma. Desde que se introdujera en el art. 129 CP las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el CP de 1995 y éste diera carta de naturaleza de *delitos* a las más importantes infracciones socioeconómicas, mucho se discutió acerca de su naturaleza jurídica. Si eran penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas aplicables por jueces penales, un *tercium genus*, toda la discusión estaba marcada por el prejuicio de admitir o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un diálogo en esos términos, cada sector atrincherado en su propia posición sobre el tema de fondo, no podía llegar a buenos consensos. Mientras tanto los jueces se encontraban con una dificultad importante para aplicar estas consecuencias accesorias. Varias preguntas quedaban sin resolver ante las dificultades de interpretación por parte de la doctrina y el desconcierto de los jueces. Y, particularmente llama la atención el protagonismo de aplicación que ha tenido sobre la criminalidad organizada y mucho menos, sobre la criminalidad de empresa, cuando al parece han sido creadas pensando en esta forma de criminalidad.

Al declarar el art. 31 bis CP que “las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos...” se presenta un cambio importante en nuestro sistema de sanciones, puesto que es posible ahora hablar de un doble sistema de sanciones: uno para las personas físicas y otro distinto para las personas jurídicas, con unos presupuestos, principios, reglas propias, que es el que trataremos en esta lección. Por un lado, el legislador zanja la cuestión en el sentido que admite dicha responsabilidad de *lege lata*, pero, por otro, se abre todo un panorama de cuestiones que son novedosas y que han de resolverse para aplicar estas sanciones.

2. La aplicación de las sanciones penales a las personas jurídicas

La determinación de un sistema nuevo, distinto, de aplicación y determinación de las sanciones penales a las personas jurídicas está fundamentado, en primer lugar, por el *presupuesto* de aplicación: mientras que en el caso de las personas físicas el presupuesto es la comisión de un hecho ilícito tipificado como delito y realizado por un culpable, el presupuesto de aplicación de las sanciones penales a las personas jurídicas plantea algunas particularidades.

En efecto, desde hace algunos años se denunciaba que el delito realizado por una persona física con una víctima y fundamentalmente lesionando bienes jurídicos individuales, ha sido superado por una realidad criminológica en la que se producen comportamientos complejos, en los que el producto de las lesiones a bienes jurídicos suelen ser el resultado de una serie de comportamientos activos y omisivos, dolosos y culposos, perpetrados por varias personas que pertenecen a una organización. La determinación de la responsabilidad personal en estos casos encubre una realidad compleja en la que lo que suele suceder es que se carga toda la responsabilidad en determinadas personas, que actúan como “chivos expiatorios” de una actuación organizada. En muchos de los casos, el tipo objetivo y el tipo subjetivo no concurre en una sola persona, sino se divide en comportamientos parciales que aunados conllevan la realización del delito.

Por otro lado, la persona jurídica siempre en su actuación tiene escindido el comportamiento y la responsabilidad, en la medida que tiene que actuar con personas físicas que la comprometen en su actuación.

De todo ello se desprende una primera gran interrogante:

a. ¿Cuál es el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de la sanción penal?

El legislador ha optado por una *responsabilidad derivada* (o indirecta) de la responsabilidad de las personas que actúan en su nombre, o por cuenta de las mismas y en su provecho, por sus administradores de hecho y de derecho (apartado 1º). En estos supuestos estamos ante los conocidos como *responsabilidad del representante* (“actúan en su nombre”), que, al no decir nada el legislador podrán ser de derecho, pero también de hecho (“por cuenta de las mismas”) acogiendo así una teoría de la representación funcional y no formal. Además, la ley se ocupa de la actuación de los administradores de hecho y de derecho (*responsabilidad de los titulares de la organización*), también para comprometer en su actuación a la persona jurídica. En ambos casos, tendrá que ser “en provecho” de la persona jurídica, pues de lo contrario no estamos ante un delito de la organización, sino ante una infracción penal contra la organización o a favor de un tercero.

También podrán comprometer en su actuación a las personas jurídicas, las personas físicas subordinadas a aquéllas, cuando el delito se ha cometido por no haber realizado el debido control (apartado 2º). Es lo que se llama en doctrina *responsabilidad in vigilando*, esto es, por no ejercer las autoridades un debido control sobre las actuaciones de los subordinados. En organizaciones jerárquicas no basta con delegar las actuaciones a los subordinados; cuando se trata de actuaciones que ponen en peligro bienes jurídicos, el deber de control y vigilancia permanece en quien tiene el dominio de la organización (los titulares o administradores), pues ellos ostentan el poder de dirección y de mando necesario para hacer cumplir las reglas internas.

Es decir, de las opciones posibles en Derecho Comparado, la reforma de 2010 ha considerado que la responsabilidad penal de la personas jurídica será exigible “siempre que se constate la comisión de un delito” realizado por una persona física. Dicha toma de postura, aunque más simple en lo que se refiere a no tener que concebir un delito (injusto y culpabilidad) de la persona jurídica, a la larga plantea serios inconvenientes. La redacción del apartado 2º es buena muestra de ello, pues dice que procederá exigir dicha responsabilidad “siempre que se constate la comisión de un delito *que haya tenido que cometerse* por cualquiera que ostente los cargos del apartado 1º, *aun cuando la concreta persona física no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”. Y es que, la responsabilidad derivada plantea la dificultad que precisamente intenta superar la responsabilidad de la persona jurídica: sancionar los hechos cuando no se ha podido individualizar responsabilidades. La disposición que comentamos se refiere a un delito del que no se conoce el autor concreto o éste carece de culpabilidad, o está no habido, etc. Si el delito es un comportamiento tipificado en la ley, antijurídico y culpable, difícilmente se puede concebir realmente un delito del que no se conoce un autor.

La redacción del art. 31 bis, párrafos 1º y el 2º, nos lleva a soluciones contradictorias, pues por un lado se requiere un hecho de conexión: el delito cometido en nombre o por cuenta por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho, o el delito cometido por subordinados sobre los que no se ha ejercido el debido control, por tanto una responsabilidad dependiente de la comisión de un delito

de una persona física, pero por otro lado, se dice que se responsabilizará penalmente a la persona jurídica aún cuando la persona física responsable del hecho no haya sido individualizada. Para salvar esta contradicción y realizar una interpretación que permita una aplicabilidad razonable, considero que ha de comprenderse la cuestión de la siguiente manera: se requiere la comisión de un hecho típico y antijurídico realizado por las personas y con las condiciones antes dichas, no la declaración de culpabilidad de la persona física. Ahora bien, de todos modos el juzgador se encontrará con la comprensión de criterios subjetivos de atribución a la propia persona jurídica, como los defectos de organización, para imputarle una sanción sin individualizar al autor, sino se quiere caer en una mera responsabilidad objetiva. Problema que, dada la cultura dominante hasta ahora, muy probablemente conllevará una difícil aplicación de sanciones directas a las personas jurídicas sin individualizar a los autores. Por tanto, se corre el riesgo de mantener una responsabilidad vicarial, totalmente dependiente de la persona física que, al parecer, el legislador quiso evitar.

Por tanto, la opción de la responsabilidad directa de la persona jurídica, autónoma y no dependiente de la culpabilidad de una persona física parece ser la más idónea (Gómez-Jara, Nieto, Zúñiga), pues sólo así es posible resolver los problemas de imputación de los delitos producidos en el ámbito de organizaciones. Modelo, por otro lado, seguido por Suiza, Holanda y los países anglosajones, pues sólo este modelo puede ser idóneo para vigorizar el mensaje de la norma de promover una cultura jurídica de respeto al control de los riesgos que se desarrollan al interior de la empresa. Ésta es la única línea de política criminal que puede generar autorresponsabilidad en las empresas: declararlas sujeto de imputación penal a todos los efectos.

Si las personas jurídicas no son meros instrumentos en manos de personas físicas, sino sujetos del tráfico jurídico y económico, por tanto, plenos sujetos de derecho, también lo han de ser a los efectos de responder por sus comportamientos de organización. Cuestión distinta es cuando la persona jurídica es un mero instrumento en manos de personas físicas (empresas fantasmas, por ejemplo). En estos casos sí puede haber una responsabilidad derivada de la culpabilidad de la persona física. La respuesta está en el *fundamento* que se da a estas sanciones, que no es otro que su finalidad. Si es evitar la continuidad de la actividad delictiva de la organización, teniendo en cuenta que ellas pueden desarrollar capacidad criminógena más allá de sus miembros y de motivarse por las normas, ha de concebirse como una responsabilidad directa. Si, de lo que se trata de evitar que las personas físicas instrumenten personas jurídicas, ha de concebirse una responsabilidad derivada.

b. ¿Qué personas jurídicas son punibles?

En primer lugar, el legislador opta por el concepto de *persona jurídica* y distingue a la responsabilidad de organizaciones que carecen de personería jurídica o no legales para las que dispone las reglas del art. 129 CP reformado. Hemos de decir que este es un criterio sumamente formal y queda abierta la consideración de remitir directamente este concepto a las leyes especiales o concebir un concepto propio de carácter penal de persona jurídica, como sucede, por ejemplo con el de funcionario público. A falta de una disposición legal de un concepto penal, por supuesto ha de acudir a las leyes especiales, aunque debe reiterarse que bien podría la ley penal concebir su propio concepto de persona jurídica.

El Código Civil define la persona jurídica en su art. 35:

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.*

De esta manera, tanto las asociaciones, fundaciones, sociedades mercantiles, que estén válidamente constituidas, esto es, constituidas e inscritas en los registros correspondientes, adquieren una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros; de manera que se distingue de las personas físicas, tanto en su patrimonio, como en su responsabilidad.

Por supuesto, para los delitos socioeconómicos adquieren relevancia las empresas que se constituyen en sociedades. El Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en su art. 7 contempla:

1. La sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica.

Así, podemos ver que las diversas leyes de los entes asociativos establecen la personería jurídica en el momento de la inscripción. No obstante, al establecerse la posibilidad de imponer las mismas sanciones del art. 33.7 CP a las asociaciones sin personería jurídica, se cubre el espacio de actuaciones realizadas entre el momento de constitución e inscripción. Por tanto, si pueden ser sujetos de consecuencias accesorias art. 129 CP) las asociaciones de hecho, las organizaciones no formalizadas, las sociedades de hecho.

Menudo problema ha consistido en dilucidar el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de Derecho Público. El art. 31bis CP en su apartado 5º lo regula:

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Así, siguiendo una tónica general inaugurada por el CP francés, los entes públicos no están sujetos a esta responsabilidad penal. Los legisladores franceses, en su momento, se plantearon el problema y decidieron que, teniendo el Estado el monopolio del Derecho Penal no se puede castigar a sí mismo (Pradel). Tampoco los sindicatos, ni los partidos políticos están sujetos a responsabilidad penal, aunque parece distinto el fundamento. La posibilidad de ser objeto de persecución política, como así ha

sucedido por medio del delito de asociaciones ilícitas (García Pablos), aconseja sustraer estas entidades de interés público de la posibilidad de la imputación penal a los efectos de clausurar o cerrar un partido político o sindicato.

Ahora bien, esta disposición hace una salvedad importante: cuando estas entidades públicas se hayan creado para eludir una responsabilidad penal, esto es sean meras entidades encubridoras de una organización delictiva, sí cabe aplicar las penas del art. 33.7 CP. En nuestro caso, podemos evocar el caso Marbella, en el que toda la corporación municipal se dedicaba a cobrar comisiones por permisos, concursos públicos, recalificaciones de suelos, etc. de manera que se realizaron ingentes cantidades de delitos socioeconómicos y de corrupción. Es verdad que no fue creada “*con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*” como requiere la ley, pero bien puede ser un ejemplo de corporaciones públicas que delinquen.

3. Las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas

El art. 33.7 CP incorporado por la reforma de 2010, considera *penas graves* todas las aplicables a las personas jurídicas. Ello dice del carácter de ultima ratio de la intervención penal en delitos graves y que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será requerida sólo en los casos especiales que la ley lo disponga, no con carácter general.

Seguidamente se establece el catálogo de penas que ciertamente son las antiguas consecuencias jurídicas del art. 129 CP, más dos novedades: la multa y la inhabilitación para obtener subvenciones.

a) *Multa*, que puede ser por cuota o proporcional. La multa ha sido considerada en el Derecho Comparado como una de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas más idónea para hacer frente a la criminalidad de empresa. Indirectamente, ya había sido abordada por el legislador español en el 2003 cuando en la reforma del art. 31 CP introdujo el inc. 2º, estableciendo la responsabilidad solidaria de la persona jurídica del pago de multa que le correspondía al sujeto que actuó en nombre de ella. La reforma no hacía otra cosa que reconocer las dificultades que supone la disociación entre sujeto de imputación y sujeto de sanción, especialmente en lo que se refiere a la capacidad económica para afrontar el pago real de la multa. No obstante, los problemas doctrinales eran evidentes en la medida que nadie puede responder por la pena de otro. La reforma, con buen criterio, considera esta pena como la pena número 1 de las aplicables a las personas jurídicas. El sistema de determinación de esta sanción económica que puede poner en entredicho incluso la viabilidad de la empresa, en la medida que afecta su patrimonio social, podrá ser por cuotas (similar al sistema días-multa de las personas físicas) o proporcional al delito cometido. Se trata, en todo caso, de conciliar las necesidades preventivas de afligir a la empresa por su actividad delictiva, con la evitación de un daño irreparable que le impida hacer frente a sus compromisos sociales. El art. 31 bis CP, también nuevo, se ocupa del supuesto de que se imponga multa a la persona física y a la persona jurídica, en cuyo caso el juez modulará las respectivas cuantías, teniendo en cuenta que la suma resultante no sea desproporcionada en relación a la gravedad de los delitos. Es el único supuesto en el legislador se preocupa de evocar el principio de proporcionalidad en la sanción.

b) *La disolución de la persona jurídica*. Sanción ya existente en el antiguo art. 129 CP como consecuencia accesoria, no fue aplicada nunca, dado que se trata de una

auténtica pena de muerte. Sin duda, de acuerdo al principio de proporcionalidad sólo deberá ser aplicada como último recurso para los casos más graves. Piénsese en los supuestos de empresas fantasmas o instrumentalizadas por personas físicas por delitos graves. El artículo agrega que la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, algo superfluo toda vez que disolución significa precisamente ello.

c) *Suspensión de sus actividades por un máximo de 5 años.* Sanción también pre-existente en el antiguo art. 129 CP como consecuencia accesoria, intenta inhabilitar a la persona jurídica del ejercicio de las actividades sociales y económicas desde las cuales realizó el delito. Se entiende que la suspensión es total de todas las actividades, no sólo de aquellas vinculadas con el delito, sino más bien de una especie de inhabilitación temporal para el ejercicio del derecho de discurrir en el mundo social y jurídico.

d) *Clausura de locales y establecimientos por un máximo de 5 años.* También sanción ya regulada en el art. 129 CP como consecuencia accesoria, ha planteado problemas en su aplicación y ejecución, toda vez los locales y establecimientos pueden no coincidir en su titularidad con la de la persona jurídica. En estos casos el juez tendrá que razonar la pertinencia de la medida.

e) *Prohibición de realizar en el futuro las mismas actividades en las que se cometió el delito.* Asimismo nos encontramos con una sanción ya contemplada en el anterior art. 129 CP de consecuencias accesorias. En este caso la inhabilitación de la persona jurídica no es total, sino sólo sobre la actividad concreta en la cual se realizó el delito. Si se trata de la actividad principal de la persona jurídica, su objeto social, tendría que realizar un cambio de giro total. La prohibición puede ser temporal o definitiva. La prohibición temporal por 15 años parece excesiva, pues no se entiende por qué se triplica respecto a las otras sanciones similares en las que el máximo es 5 años.

f) *Inhabilitación para obtener subvenciones.* Novísima sanción, introducida por la reforma de 2010 es saludada por toda la doctrina especializada por considerarse justo que una empresa desde la cual se ha realizado delitos, encima goce del derecho de obtener ayudas públicas. La prohibición no es solo para obtener subvenciones, sino también toda ayuda pública, contratos públicos, beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. En estos casos, el legislador opta por un plazo largo de 15 años para señalar el máximo.

g) *La intervención judicial de la persona jurídica.* También ya contemplada dentro del catálogo de consecuencias jurídicas del art. 129 CP. Igualmente la norma dice “para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores”, pero en este caso el legislador se explaya más regulando con detalle esta importante sanción aplicable a la persona jurídica. Es cierto que estamos ante una de las penas más importantes del Derecho Comparado para las personas jurídicas, porque puede ayudar a conciliar una serie de intereses afectados cuando se infringe una sanción a las mismas. Al afectar a múltiples sujetos como trabajadores, acreedores, socios no intervinientes en el delito, etc., esta especie de curatela para la persona jurídica, se erige en una respuesta idónea del ordenamiento para contrarrestar la capacidad delictiva de la empresa, sin dañar en demasía a terceros posibles afectados. La novedad está en que puede suspenderse o modificarse en todo momento, previo informe del Interventor y del Ministerio Fiscal.

Resulta interesante que el legislador se haya ocupado de la ejecución de sólo esta última pena. Si bien es la más relevante y que requiere de personas especializadas como un Interventor, también otras requieren de profesionales calificados para llevarla a cabo. Así, la determinación y el pago de la multa, han de hacerse a partir de peritajes y estudios a los efectos que la misma no inflija un daño irreversible a la persona jurídica.

4. Determinación de la pena

Como se ha venido diciendo, estamos ante un sistema distinto de imposición de penas al de las personas físicas que se rigen por las reglas generales. El art. 31 bis CP se ha ocupado de las reglas para la determinación de la pena de las personas jurídicas, que son las siguientes:

1º) *Independencia de la responsabilidad penal de la persona física.* Aunque se ha optado por un sistema de responsabilidad derivada de los delitos cometidos por sus representantes, administradores de hecho y de derecho, y subordinados de aquéllos, el apartado 3º del art. 31bis establece que las circunstancias que afecten a la responsabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o que el sujeto se haya sustraído de la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se trata de dos responsabilidades, comunicadas, pero independientes, pues el juez modulará cada forma de responsabilidad de acuerdo a sus reglas propias. De todos modos, distinto será el supuesto de la concurrencia de atenuantes o agravantes, a la de exclusión de la culpabilidad de la persona física o de no individualizar persona responsable. En el primer caso, se trata de la incomunicabilidad de las circunstancias entre persona física y persona jurídica, algo razonable. Ahora bien, si no existe un autor de delito o es declarado no culpable, difícilmente puede haber un hecho de conexión.

2º) *Circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.* El apartado 4º del art. 31bis introduce estas reglas que sirven para la determinación de la pena. Hay que hacer la salvedad de que la norma se ocupa sólo de atenuantes, no de agravantes, con las cuales puede el juez calibrar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Son las de realizar las siguientes actividades:

a) *Confesión de la infracción a las autoridades.* Como en el caso de las personas físicas, la confesión es una medida que ayuda a la administración de justicia en el esclarecimiento del delito y dice del arrepentimiento de las conductas que han desembocado en la lesión de un bien jurídico y, por tanto, vislumbra la disponibilidad para no volver a realizarlas.

b) *Colaboración con la investigación del delito.* Al igual que en el caso anterior, estamos ante circunstancias que dicen del arrepentimiento de las conductas propiciadoras del delito. Ayuda, además, en el esclarecimiento de los hechos, siendo aún más importante que en el caso de las personas físicas, tratándose de comportamientos en organizaciones donde es más difícil dilucidar los hechos.

c) *Reparación del daño causado.* El legislador da a la reparación del daño el rango de atenuante de la responsabilidad de la persona jurídica, al igual como sucede en nuestra legislación para las personas físicas. La reparación del daño es una de las propuestas más recurrentes en el Derecho Comparado como sanciones a personas jurídicas, toda vez que pueden poseer la capacidad económica para, en su caso, restituir la situación al estado anterior de la vulneración del bien jurídico o indemnizar a las víctimas del

delito. Los efectos preventivo-generales y preventivo-especiales de esta pena serían destacables. Ha sido especialmente recomendada para delitos contra el medio ambiente. No obstante, la reforma no da el paso en este sentido, sino simplemente como un incentivo para rebajar la sanción.

d) *Establecer medidas de prevención eficaces para evitar futuros delitos.* Prácticamente todas las regulaciones del Derecho Comparado incorporan los llamados código éticos, medidas de autorregulación de las propias empresas para prevenir delitos. Ahora bien, llama la atención que el legislador haga alusión a medidas *posteriores a la comisión del delito*. El fundamento de estas medidas proviene de la necesidad de autogobernanza de las empresas que han de comprometerse en implementar reglas que impliquen una contención de los riesgos que ellas mismas producen. Estas reglas han tenido un peso específico en la responsabilidad de las empresas, como por ejemplo, en la ley italiana, para modular la sanción, en la medida que una empresa que se preocupa de establecerlas y llevarlas a cabo demuestra una real disponibilidad de prevención de delitos. Es saludable que, según nuestra regulación, las empresas implementen medidas de prevención una vez acaecido el delito, pero se debería premiar aún más a aquellas que los tenían antes de cometerlo.

5. Cuestiones procesales y de ejecución de la pena

Las dificultades de procedimiento que se vislumbraron para la aplicación de las consecuencias accesorias se siguen observando en estos casos. La ausencia de regulación sobre el *status* de la persona jurídica y sus derechos y obligaciones dentro del proceso penal conlleva una importante inseguridad jurídica y, en no pocos casos, una ausencia del principio de tutela judicial efectiva. Dos dificultades son especialmente relevantes: Primero, la persona jurídica carece de legitimación para actuar como imputado en un proceso penal, lo cual limita seriamente su derecho de defensa. Segundo: la imposición de la consecuencia accesoria está vinculada a la imposición de una pena a la persona física, por tanto, el status de imputado sólo lo puede ejercer la persona física y, sin ella, la situación procesal de la persona jurídica es realmente anómala (Días Pita).

En el ámbito de las sanciones aplicables a las personas jurídicas no sólo es importante *qué* sanciones se aplican sino *cómo* se aplican y ejecutan. La aplicación de una sanción a una persona jurídica no es asimilable a la aplicación de las penas a las personas físicas, pues puede ser un proceso largo, complejo y que requiere de personas especializadas. Ha de tenerse en cuenta que afecta y compromete derechos y obligaciones de terceros, como trabajadores, socios, acreedores, y puede afectar al patrimonio de la persona jurídica, a su actividad social y a sus ganancias presentes o futuras. Además, las personas físicas pueden crear otra persona jurídica para seguir delinquiendo. Por tanto, se hace necesario también un seguimiento de aquéllas en algunos casos, a los efectos que no sea un mero cambio formal.

Para la determinación de qué y cómo se aplican y ejecutan las sanciones penales a personas jurídicas debe tenerse en cuenta los criterios de proporcionalidad que rigen toda imposición de sanciones: Primero, *adecuación de la medida* para el fin propuesto que no es otro que evitar la continuidad de la actividad delictiva. Segundo, *necesidad de la medida*, esto es, no debe existir otra medida menos lesiva a derechos teniendo en cuenta que la sanción a personas jurídicas compromete derechos de terceros. Tercero, *proporcionalidad estricta de la medida*: una vez elegida la medida ésta debe aplicarse

en proporción al hecho cometido y a la capacidad para afectar en el futuro nuevos bienes jurídicos, sino corrige sus defectos de organización.

La variedad de las sanciones y el rodaje de la aplicación de las personas jurídicas pueden ser elementos a tener en cuenta para una mayor eficacia en la aplicación de sanciones a las personas jurídicas, porque el juez podrá evaluar con mayores posibilidades a su alcance cuál es la sanción más apropiada para la persona jurídica determinada. Existe mucha variedad en las formas de las personas jurídicas y mucha variedad en la posible actuación criminógena. Un catálogo amplio de sanciones y la capacidad del juez de ajustarlas de acuerdo a los principios de proporcionalidad y de prevención de delitos, puede significar un mayor rendimiento de las sanciones penales a las personas jurídicas.

6. Responsabilidad civil y comiso

Buena parte de las demandas de sanciones a personas jurídicas provienen de la necesidad de reparar a las víctimas de los delitos perpetrados en el ámbito de la empresa. Ambas vías, la reparación del daño como sanción penal y la reparación civil para reparar a las víctimas, pueden convivir, como así lo hacen en el Derecho Comparado. Cada una cumple un fin diverso, por lo que no son excluyentes, sino más bien incluso pueden ser complementarias para cubrir el amplio espectro de finalidades que se despliegan cuando una persona jurídica vulnera bienes jurídicos (Ramón Ribas). No obstante, la reforma no ha optado por la reparación del daño como sanción, sino más bien reforzar la responsabilidad civil *ex delicto*. El art. 116.3 CP no deja dudas y, al igual que en el caso de la persona física, la responsabilidad penal conlleva la responsabilidad civil de la persona jurídica. Se establece la solidaridad entre la responsabilidad civil de la persona jurídica y la de las personas físicas condenadas por los mismos hechos.

El comiso de los instrumentos y de las ganancias del delito se considera una institución estratégica para luchar contra la criminalidad organizada a nivel transnacional. Todas las normas internacionales de la materia hacen hincapié en la necesidad de estrangular el ciclo económico de la inversión mal habida. En este sentido, el comiso de las ganancias y/o instrumentos del delito que corresponden a personas jurídicas adquieren un tinte acentuado, toda vez, que la fórmula persona jurídica se aviene bien con la ocultación de las ganancias ilícitas. Por eso llama la atención que la reforma no haya dispuesto nada al respecto. Podrá entenderse que con la nueva redacción del comiso del art. 127 CP pueda comprenderse a la persona jurídica cuando se refiere a “actividades delictivas cometidas en el marco de una organización”, pero si el legislador distingue la responsabilidad de personas jurídicas (art. 31bis CP), de la responsabilidad de organizaciones sin personería jurídica (art. 129 CP) debía haber previsto expresamente el caso del comiso de la persona jurídica.

7. Excepción a la exención de responsabilidad penal a la persona jurídica

El art. 130 CP regula las causas por las que se extingue la responsabilidad penal, estableciendo en el apartado 2º una salvedad para las personas jurídicas: la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal que se trasladará a las entidades en que se transforme. El traslado de la pena a la nueva persona jurídica podrá moderarse en función de la proporción de la transformación. Tampoco extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. La norma

establece una presunción: se entenderá como tales cuando la persona jurídica continúe su actividad y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o la parte más relevante de todos ellos.

Con esta regla el legislador intenta evitar que se sortee la ejecución de una pena impuesta a la persona jurídica con las posibles transformaciones jurídicas que pueda sufrir. No hay que olvidar que la formalidad jurídica puede encubrir diversas formas que ayudan a camuflar diversas actividades lícitas e ilícitas. El mero cambio de razón social podría ser suficiente para un fraude en el cumplimiento de la pena impuesta.

8. Bibliografía sucinta

DÍAZ PITA, “Perspectiva procesal del principio *societas delinquere non potest*”, en MUÑOZ CONDE (Dir.), *Problemas actuales de Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, 2008.

FOFFANI, “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral: ¿hacia una culpabilidad de las personas jurídicas”, en BOIX / BERNARDI (Coords.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel, 2005.

GÓMEZ-JARA DIEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2005.

GUARDIOLA LAGO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 CP*, Tirant lo blanch, 2004.

HEINE, “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Aranzadi, 2006.

NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008.

RAMÓN RIBAS, *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal*, Comares, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, en *InDret*, abril de 2006

ZUGALDÍA, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo blanch, 2008.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 2009, 3ª ed.,