

EL MODELO DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA LO 5/2010

Andrés Díaz Gómez

Abogado y doctorando. Universidad de La Rioja

DÍAZ GÓMEZ, Andrés. El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2011, núm. 13-08, p. 08:1-08:28. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-08.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 13-08 (2011), 29 nov]

RESUMEN: La Ley Orgánica 5/2010 ha supuesto un cambio de paradigma en lo referente al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. De un modelo basado en el principio *societas delinquere non potest* se ha pasado a otro en el que,

a partir de un modelo mixto de imputación, se asume la responsabilidad penal de entidades con personalidad jurídica, y por consiguiente la posibilidad de imponerles sanciones penales. Este estudio trata de sintetizar los aspectos más destacados del sistema instaurado tras la novedosa reforma, donde la autorregulación asumirá un papel destacado e insólito en el Derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal, personas jurídicas, autorregulación.

Fecha de publicación: 29 noviembre 2011

SUMARIO: I. La consagración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. II. El nuevo artículo 31 bis CP. 1. La «doble vía» de responsabilidad. 2. Los delitos susceptibles de comisión por las personas jurídicas. 3. La relación entre el delito cometido por la persona física y la persona jurídica. 4. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad. 5 Las personas jurídicas responsables. III. Las sanciones a las personas jurídicas. 1. El catálogo de penas. 2. Determinación de las sanciones. IV. La extinción de la responsabilidad criminal, la responsabilidad civil ex delicto y las medidas cautelares. 1. La extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. 2. Breve referencia a la responsabilidad civil de la persona jurídica. 3. Breve referencia a las medidas cautelares. V. El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1. El modelo mixto de imputación. 2. La revalorización de la autorregulación tras la asunción del modelo *societas delinquere potest* en el Código Penal. Bibliografía.

I. LA CONSAGRACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En las últimas décadas, ríos de tinta han corrido en la doctrina penalista española y extranjera acerca de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En efecto, mucho se ha discutido sobre la conveniencia político-criminal de un castigo penal a las personas jurídicas, sobre las posibilidades de aplicar un modelo *societas delinquere potest* en los modernos ordenamientos europeos y sobre los inconvenientes y problemas dogmáticos que se encuentran en el camino. Más allá de estas consideraciones, cuyos postulados pueden encontrarse en numerosas obras publicadas, en la actualidad el problema parece haber superado el debate dogmático –al menos en parte– para pasar a un nivel más práctico. Ello viene además justificado por el recientísimo cambio de paradigma experimentado en nuestra Ley penal, producto de la reforma del Código Penal llevada a cabo en el año 2010¹. Ahora las personas jurídicas podrán delinquir en sentido estricto y consecuentemente será posible imponerles penas por este motivo. De esta forma se clausura, al menos sobre el papel, la antigua discusión acerca de si el Derecho español debía dejar atrás el modelo legislativo tradicional basado en *societas delinquere non potest* y el debate sobre el método más adecuado para hacerlo. Efectivamente, ya no será necesario empeñarse en buscar una responsabilidad criminal de las personas jurídicas a través de preceptos como 31, 31.2 o 129 del Código Penal, pues, como afirma el preámbulo de la LO 5/2010, ahora «se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas».

Precisamente el propio preámbulo reconoce que en la actual regulación han resultado de gran transcendencia los numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan respuestas penales para las personas jurídicas, especialmente en el ámbito empresarial. Del mismo modo, en el seno de la Unión Europea la legislación viene instando de un modo u otro a los Estados para que adopten las medidas correspondientes en su Derecho interno para la sanción de las personas jurídicas². La tendencia, de la que acabaría participando también España, es de una progresiva expansión del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas por toda Europa. En los últimos años, numerosos Estados se han sumado a la derogación del ya casi desfasado principio de *societas delinquere non potest*³.

Finalmente, en líneas generales, la mayor parte de la doctrina ha afirmado que la

¹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² V.g. *vid.* las DM 2002/629/JAI, 2004/757/JAI, 2005/22/JAI y 2005/667/JAI y la importante AC 98/733/JAI.

³ Efectivamente, cada vez son más los Estados que se acogen a la opción del castigo penal a las personas jurídicas. En la órbita europea, fue Holanda quien inauguró la tendencia (1976). Posteriormente le siguieron otros muchos países europeos: en 1991 Gran Bretaña, Irlanda y Noruega, en 1992 Francia, en 1993 Islandia, en 1995 Finlandia, en 1996 Eslovenia y Dinamarca, en 1998 Estonia, en 1999 Bélgica, en 2003 Suiza y Polonia y en 2007 Portugal (MORÓN LERMA, Esther, «Las responsabilidades penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», en TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 358).

reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 5/2010, en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, merece una valoración positiva. Se ha entendido que la admisión del modelo basado en *societas delinquere potest* era necesaria para, al tiempo que se satisfacían los compromisos internacionales a los que se hacía referencia *supra*, realizar mejoras en el sistema de responsabilidad del Derecho penal económico así como tratar de combatir la nueva delincuencia económica organizada.

II. EL NUEVO ARTÍCULO 31. BIS CP

1. La «doble vía» de responsabilidad

El artículo 31.bis.1 CP establece, en efecto, una doble vía de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas, en función de si el delito es cometido por representantes de la persona jurídica o por otras personas con la aquiescencia o pasividad de estos representantes.

Comenzando por el primero de los supuestos, del tenor literal del primer párrafo del artículo 31.bis.1 CP se desprende que «las personas jurídicas serán penalmente responsables 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». De este modo, se viene a responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus representantes, en sentido amplio. Se observa aquí que el precepto señalado se compone de tres elementos básicos a los que es necesario referirse. En primer lugar los delitos deben ser cometidos «por cuenta o en nombre» de las personas jurídicas. Ello significa que aquellas actuaciones ajenas a la empresa, esto es, a su ámbito de representación, deberán considerarse propias de la persona física y en nada deberían afectar a la persona jurídica. De igual forma ocurriría en los casos de extralimitación en la representación de la persona jurídica, donde el representante lleva a cabo una actuación que no se halla dentro de sus competencias formalmente establecidas. Sin embargo, esto no quiere decir que los elementos formales se impongan sobre los materiales a la hora de determinar una actuación por cuenta de la empresa. Deberá pues optarse por una representación de la persona jurídica en sentido laxo, habida cuenta de que el propio precepto incluye a los administradores de hecho. Por otro lado, para solucionar estos inconvenientes algunos autores apuestan por entender acreditada la actuación en representación de la persona jurídica mediante la exigencia de que la acción del representante «constituya la implementación de una política empresarial»⁴. En cuanto a la idea de «provecho» del tenor del precepto se deriva que la actuación de las personas físicas

⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pág. 69.

debe beneficiar a la persona jurídica para que pueda castigarse a ésta, circunstancia que variará dependiendo del delito que se imputa a la persona jurídica. Deberá entenderse por «provecho» la voluntad de obtener una ventaja o beneficio para la susodicha persona jurídica⁵. A *sensu contrario*, debiera entenderse que el individuo que actúa en provecho propio, con el fin de obtener ventajas personales, no puede generar ningún tipo de responsabilidad para la persona jurídica en cuyo nombre actúa. Sin embargo, como señala algún sector de la doctrina, los verdaderos problemas los encontraremos en los casos de solapamiento entre el provecho de ambas personas, o cuando la persona jurídica es susceptible de alcanzar una utilidad potencial⁶. Por último se hará sucinta referencia a los representantes legales y administradores de hecho o de derecho, que son las personas físicas que actuarán en nombre o por cuenta de las personas jurídicas. En principio, el administrador de derecho coincidirá con el representante legal de la empresa, que es aquél que se nombra siguiendo los requisitos formales que establece la norma mercantil⁷. Respecto de la figura del administrador de hecho, dada la prolija literatura existente, no es posible detenerse en este trabajo en su concreción. Baste decir, en lo que supone una remisión aceptada por la doctrina penal más reconocida a los conceptos desarrollados en el Derecho mercantil⁸, que se opta por un criterio sustancial o material de administración de hecho, consistente en una individualización de los elementos materiales de la injerencia en la gestión social que permiten asegurar la existencia de una verdadera relación de administración⁹. Dicho con otras palabras, se tratará de una interpretación amplia del término, no sólo en Derecho mercantil, sino también en el penal¹⁰.

La segunda vía del artículo 31.bis.1 CP establece lo siguiente: «las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso». Si en la primera de las vías se refería el Legislador a las acciones de los representantes o directivos de la persona jurídica, en este segundo supuesto parece referirse a la actuación de

⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 275.

⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, pág. 69.

⁷ *Vid.* el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece tales requisitos. De este modo será necesaria, a título de ejemplo, la inscripción en el Registro Mercantil (art. 215.1 LSC) y el nombramiento corresponde a la «junta de socios» (art. 214.1 LSC).

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Artículo 31», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000, pág. 391.

⁹ Por todos, en el ámbito mercantil: DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *Deberes y Responsabilidades de los Administradores de Sociedades de Capital*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 241 y 242.

¹⁰ SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho Penal*, Universidad de Burgos, Burgos, 2002, págs. 86 a 88.

todos los demás trabajadores o subordinados sometidos al poder de los primeros. Convendrá analizar más particularmente el significado de este precepto. En primer lugar nos referiremos a las personas físicas actuantes. El segundo párrafo del artículo 31.bis.1 CP habla de «quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos», sin referirse explícitamente a su identidad. Sin embargo, creemos que la descripción se refiere muy especialmente a los trabajadores o empleados, que al fin y al cabo son aquellos que participan en el ejercicio de las actividades sociales, están sometidos a la autoridad de los «representantes legales y administradores de hecho o de derecho» y son aquellos que con mayor facilidad pueden realizar «los hechos» a que se refiere el artículo 31.bis.1 CP –entendidos tales «hechos» como «delitos»–. En segundo lugar comprobamos que estos trabajadores o empleados, subordinados en definitiva, deben actuar en provecho de la persona jurídica. Como se ha indicado en relación con los representantes, por tal provecho debiera entenderse la intención de obtener para la persona jurídica algún tipo de beneficio o utilidad, que por supuesto pudiera ser o no económico. Los mismos problemas que encontrábamos en el caso anterior aparecerán también aquí. Igualmente, en tercer lugar, el artículo 31.bis.1 CP se refiere a la realización de las conductas delictivas «en el ejercicio de las actividades sociales». Se trata, estimamos, de una cláusula paralela a la prevista para los representantes de una persona jurídica que tiene por objeto vincular la actuación de los trabajadores con sus labores dentro de la empresa. Ello permite, del mismo modo, que las actuaciones de los empleados ajenas a la persona jurídica no puedan imputarse a ésta, ni tampoco aquellas otras en las que existe extralimitación en sus actividades. El paralelismo con respecto a la primera vía de responsabilidad de las personas jurídicas se establece del siguiente modo: para los administradores o representantes de la empresa, aquéllos que dirigen y ordenan la sociedad, es necesario que se cometan los delitos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, mientras que para los empleados es necesario que los delitos sean cometidos «en el ejercicio de actividades sociales» de la empresa. En cuarto y último lugar, el artículo 31.bis.1 CP establece que por medio de esta segunda vía es posible la asunción de responsabilidad penal de las personas jurídicas por las actuaciones delictivas de los subordinados, pero sólo cuando los representantes legales o administradores de hecho o de derecho no han «ejercido sobre ellos el debido control atendidas las circunstancias del caso». Esta es quizás la parte más importante de esta segunda vía, pues, lo que en realidad recoge es una asunción de responsabilidad penal de la empresa por una conducta de los administradores consistente en una omisión del «debido control». Las posibles analogías sistémicas entre esta figura y los delitos omisivos impropios o de comisión por omisión saltan a la vista. Del mismo modo, también subyace bajo este segundo supuesto «un cierto aroma fundamentador de la responsabilidad en los conceptos de reproche *in vigilando* o culpa

in eligendo, que en su día se acuñaran para la responsabilidad civil extracontractual», como ha manifestado MORALES PRATS¹¹. En efecto, lo que en realidad viene a establecer el precepto es un deber de supervisión de los superiores respecto de los empleados¹². Los trabajadores, o aquellas personas que no se hallan comprendidas en el primer párrafo del artículo 31.bis.1 CP, podrán cometer toda clase de delitos, pero éstos sólo podrán constituir a su vez un delito para la persona jurídica si además los directivos en sentido amplio omiten los deberes de supervisión. Como debe resultar lógico, en caso contrario, si la actuación delictiva se produce pese a un adecuado control de los administradores, la conducta de los empleados no puede generar responsabilidad penal alguna para la persona jurídica. En lo que respecta a estos deberes de los administradores y por ende de la persona jurídica de controlar las actuaciones de sus subordinados, jugará un papel muy importante la existencia de programas de cumplimiento –*compliance programs*– que velen por el cumplimiento de la Ley en el seno de la persona jurídica.

En definitiva, el Legislador ha venido a establecer una doble vía de asunción de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que en última instancia depende siempre de los representantes de la persona. La primera de ellas se caracteriza por una conducta activa u omisiva de los administradores tendente a procurar un provecho a la persona jurídica, mientras que la segunda será normalmente una conducta omisiva que no evite la comisión de hechos delictivos en su seno.

2. Los delitos susceptibles de comisión por las personas jurídicas

Con todo, las personas jurídicas no pueden cometer cualquiera de los delitos establecidos en la Parte Especial del Código Penal. El Legislador ha optado finalmente por limitar el catálogo de delitos de que puede ser responsable una persona jurídica, estableciendo un sistema de remisión a la Parte Especial del Código Penal para la determinación de estos ilícitos. Así lo hace al utilizar las expresiones «en los supuestos previstos en este Código», en el primer párrafo del artículo 31.bis.1 CP en relación con la primera vía y «en los mismos supuestos», en el segundo párrafo del artículo 31.bis.1 CP en relación con la segunda vía.

En definitiva, se opta por un sistema *numerus clausus* de delitos de los que puede responder la persona jurídica, que configuran un elenco cerrado no susceptible de ampliación en virtud del principio de legalidad penal y de prohibición de *analogía in malam partem*. Dichos delitos son los que a continuación se detallan: tráfico ilegal de órganos –art. 156 bis.3 CP–, trata de seres humanos –art. 177 bis.7 CP–, delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores –art. 189 bis–, delito

¹¹ MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 53.

¹² Más ampliamente, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, págs. 152 ss.

de descubrimiento y revelación de secretos –art. 197.8 CP–, delito de estafa –art. 251 bis CP–, insolvencias punibles –art. 261 bis–, daños informáticos –art. 264.4 CP–, delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores –art. 288.2.º CP–, blanqueo de capitales –art. 302.2 CP–, delitos contra la Hacienda Pública y la seguridad Social –art. 310 bis CP–, delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros –art. 318 bis. 4.3.º CP–, delitos contra la ordenación del territorio –art. 319.4 CP–, delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente –arts. 327 y 328.6 CP–, exposición a radiaciones ionizantes –art. 343.3 CP–, delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes –art. 348.3 CP–, delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas –art. 369 bis.3.º CP–, delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje –art. 399 bis.1.3.º CP–, cohecho –art. 427.2 CP–, tráfico de influencias –art. 430.3.º CP–, corrupción de funcionario público extranjero –art. 445.2 CP–, asociación ilícita –art. 520 CP–, delitos relacionados con las organizaciones y grupos criminales –art. 570 quáter.1 CP– y delito de financiación del terrorismo –art. 576 bis.3 CP–. Sobre este repertorio de delitos, puede criticarse, como se ha hecho, la falta de algunos ilícitos que pudieran haberse incluido, por ejemplo el delito contra los derechos de los trabajadores¹³. En cualquier caso, no cabe duda de que la selección de los delitos se ha efectuado, como resulta lógico, atendiendo preeminentemente al ámbito económico en el que se desenvuelven las sociedades.

3. La relación entre el delito cometido por la persona física y la persona jurídica

Los artículos 31.bis.2 y 31.bis.3 CP concretan algunas previsiones que buscan ordenar la responsabilidad penal entre la persona jurídica y la persona física que comete el delito. Lo que contienen, en realidad, es una disgregación entre las responsabilidades de ambas personas, mediante la indicación de que no es necesaria la identificación o individualización de las personas físicas responsables del delito para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Del mismo modo, tampoco importará si ha sido o no posible dirigir el correspondiente procedimiento penal contra la persona física. Igualmente, el artículo 31.bis.3 CP prevé que la concurrencia en las personas físicas de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluye ni modifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por todo ello es perfectamente posible que el acusado del delito, persona física, sea absuelto finalmente por la concurrencia de una eximente que anule su culpabilidad, pero la responsabilidad penal de la persona jurídica se mantenga; como también podrá llegar a ser frecuente que, mientras que las personas físicas logren eludir de algún modo su

¹³ Sobre estas cuestiones, v.g., ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, «Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 76, 2010, pág. 9.

responsabilidad, la de la persona jurídica permanezca exigible. Estos presupuestos, que vienen a asegurar la responsabilidad de las personas jurídicas ante determinadas contingencias que sucedan respecto a la comisión del delito por las personas físicas que materialmente hayan realizado los hechos –o que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control–, han sido interpretados por un importante sector de la doctrina como muestra inequívoca del modelo de culpabilidad autónoma de la persona jurídica por el que, según este sector doctrinal, ha optado el legislador. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

Afirma también el artículo 31.bis.2 CP que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [personas] 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». Se establece así una cláusula para el caso de que exista responsabilidad penal de persona física y jurídica, y ambas sean sancionadas con la pena de multa. Trata el precepto de aplicar el principio de proporcionalidad, para así ponderar la cuantía de la multa total y hacerla adecuada al delito cometido. ZUGALDÍA ESPINAR afirma que además con esta previsión se trata de prevenir un *bis in idem*. En tal caso, dice el autor que «dicha preocupación resulta innecesaria, errónea y contraproducente», pues no podrá producirse un *bis in idem* por el mero hecho de sancionar a una persona física y jurídica por los mismos hechos¹⁴. El precepto parece estar pensado para el supuesto de sanción a empresas de pequeño tamaño, podríamos decir familiares, donde una pena de multa «doble», a la persona física y a la jurídica, podría conllevar efectos devastadores para la supervivencia de la persona jurídica y el patrimonio de la persona física. Algún autor ha puesto de manifiesto en este sentido que la «desproporción» puede venir no sólo de la imposición de multas, sino también, y de una manera más preocupante, cuando se trate de una pena privativa de libertad para las personas físicas o de las demás penas previstas en el artículo 33.7 CP¹⁵.

4. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad

La única referencia directa a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se halla en el apartado cuarto del artículo 31.bis CP, el cual contempla diversas circunstancias atenuantes de la responsabilidad, sin rastro alguno de eximentes o circunstancias agravantes. Sí conocemos sin embargo, de acuerdo con lo anteriormente manifestado, que las circunstancias que afecten a

¹⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 591. Partiendo de la exigencia constitucional de la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos para apreciar una vulneración del principio *non bis in idem* (vid., por todas, STC 188/2005 (F.J. 2)), afirma el autor que ello no puede ocurrir cuando se imponga una pena de multa a una persona jurídica y a otra física, incluso en el caso de sociedades unipersonales, ya que existen dos personas y patrimonio claramente diferenciados.

¹⁵ NIETO MARTÍN, Adán, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», en *Revista Jurídica Galega*, nº. 63, 2009, pág. 62.

la culpabilidad de las personas físicas o agraven su responsabilidad no excluyen ni modifican la responsabilidad penal de las personas jurídicas, según el artículo 31.bis.3 CP. Analizaremos a continuación las previsiones –o la ausencia de éstas– en lo referente a las circunstancias agravantes, eximentes y circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, atendiendo a ese orden.

Respecto de las agravantes poco puede decirse, puesto que si bien queda claro que no pueden transferirse a la persona jurídica las circunstancias agravantes pertenecientes a la persona física –artículo 31.bis.3 CP–, la Ley no menciona agravantes cualificadas de las personas jurídicas. Sobre esta situación, se ha dicho siguiendo las «Guidelines» norteamericanas, que hubiera sido deseable la previsión de algunas de estas circunstancias, como la reincidencia o las conductas de obstaculización activa y relevante de la acción investigadora de las autoridades¹⁶. Precisamente, respecto de esta cuestión el artículo 66.bis CP establece el requisito de la reincidencia para el establecimiento de determinadas sanciones por un plazo superior al habitual, lo cual pudiera verse como una suerte de «agravación» de la pena.

En cuanto a las eximentes, tampoco existen previsiones expresas al respecto. MORALES PRATS manifestó en relación con el anteproyecto de reforma del Código Penal de 14 de noviembre de 2008 que era conveniente extender la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se diera una causa de justificación, por cuanto la concurrencia de este tipo de eximente determina la inexistencia de antijuridicidad del hecho¹⁷. Así, diría el autor que la previsión del artículo 31.bis.3 CP debería haberse limitado a la concurrencia de circunstancias eximentes relativas a la inimputabilidad del autor del hecho típico y antijurídico y a la causa de exclusión de la culpabilidad de miedo insuperable –artículo 20, 1º, 2º, 3º y 6º CP– pues en este caso «la responsabilidad de la persona jurídica en nada queda afectada por tales previsiones de exención»¹⁸. Sin embargo, continúa el autor, «no parece explicable que el hecho típico, perpetrado por persona física, declarado además justificado [...] acabe siendo en cambio antijurídico [y por tanto generador de responsabilidad] al ser proyectado al plano de la responsabilidad de la persona jurídica»¹⁹. Parece ser que el –pre– Legislador se dio cuenta de su error e introdujo, con respecto a la redacción del citado Anteproyecto, la cláusula: «circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado». Por ese motivo, siguiendo esta argumentación, parece plausible entender que al referirse el vigente artículo 31.bis.3 CP a circunstancias que afecten a la «culpabilidad» ello puede interpretarse

¹⁶ MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Estudios de derecho judicial*, nº. 155, 2009, pág. 402.

¹⁷ Es necesario aclarar que la redacción en ese momento del artículo 31.bis.3 CP hablaba de la no exclusión de la responsabilidad penal de persona jurídica por la presencia de «eximentes de la responsabilidad penal» (y no de «circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado» como declara el precepto hoy vigente) en la persona física que comete el hecho delictivo.

¹⁸ MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, pág. 401.

¹⁹ *Ibid.*

en el sentido de que si en el autor material concurre una eximente que justifique el hecho no debe deducirse responsabilidad penal para la persona jurídica²⁰. De este modo podemos concluir que el Código Penal recoge una suerte de «eximentes indirectas», de forma que si concurren determinadas eximentes que no afectan a la culpabilidad en la persona física actuante, éstas también podrán transferirse a la persona jurídica y en consecuencia ninguna de las personas responderá penalmente. Vale la pena señalar que las eximentes que no afectan a la culpabilidad son aquéllas en las que no es posible exigir responsabilidad debido a la ausencia de antijuridicidad. Nos referimos en particular a las causas de justificación –legítima defensa, artículo 20.4º CP; estado de necesidad, artículo 20.4º CP; y cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, artículo 20.7º– pero también, podría ser, al error invencible en el tipo²¹.

Queda referirse a la cuestión de las circunstancias atenuantes. En este sentido, las atenuantes que puedan apreciarse en las personas físicas que lleven a cabo materialmente la conducta delictiva no pueden trasladarse a la persona jurídica. Así lo dispone taxativamente el artículo 31.bis.4 CP, que afirma que las únicas circunstancias atenuantes que pueden considerarse respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas son las que en él se detallan. De este modo, se elabora un régimen paralelo al previsto en el artículo 21 CP para las personas físicas. El apartado cuarto del artículo 31.bis CP configura un sistema de atenuación compuesto por cuatro circunstancias que se sitúan en un momento posterior a la comisión del delito. Es decir, las circunstancias que se prevén son todas *ex post factum* y atienden a hechos posteriores al delito que no reflejan una disminución de la culpabilidad de la persona y por tanto pueden interpretarse como supuestos de menor necesidad preventiva de la pena²².

- a) *Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.* Se trata en definitiva de una circunstancia similar a la prevista en el artículo 21.4ª CP para las personas físicas, de modo que su finalidad es esencialmente la misma: fomentar la confesión voluntaria de los ilícitos. Como ha señalado la doctrina, principalmente dos cuestiones dificultosas se plantean en relación con esta atenuante: cuándo debe entenderse que una persona jurídica conoce que un procedimiento judicial se dirige contra ella y ante qué autoridades podrá efectuarse tal confesión²³.

²⁰ De esta opinión es también la doctrina más autorizada que ha analizado el actual art. 31.bis.3 CP; MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 632.

²¹ Sobre la exclusión de antijuridicidad por la suposición errónea objetivamente invencible *vid.* MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Repertor, Barcelona, 2006, págs. 415 y 421 ss.

²² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte general*, *cit.*, pág. 632.

²³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, pág. 91.

- b) *Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.* Se trata de una atenuante sumamente exigente en su cumplimiento, como ha manifestado la doctrina, pues nótese que es necesario aportar pruebas incriminatorias, que éstas sean novedosas y por tanto no figuren en el sumario de instrucción y que además resulten decisivas para el establecimiento de la responsabilidad penal²⁴. No bastará pues con la aportación de cualquier material probatorio, sino de la existencia de una estrecha colaboración de la empresa o la persona jurídica con la Administración de Justicia. Colaboración que puede llegar a plantear problemas en relación con los derechos fundamentales de defensa de las personas jurídicas y de las personas físicas que la componen, como advierte GÓMEZ-JARA DÍEZ²⁵. Será necesario en este sentido establecer con precisión hasta dónde puede llegar tal colaboración, para no caer en los inconvenientes del sistema de «Agreements» norteamericano²⁶.
- c) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.* Respecto de esta atenuante, como la confesión, encuentra su equivalencia en la atenuante «clásica» dispuesta en el artículo 21.5ª CP para las personas físicas. Se trata de una circunstancia que se compagina en su aplicación a las personas jurídicas, habida cuenta de que normalmente poseerán un patrimonio y organización suficientes como para hacer frente a la reparación o paliación de los daños causados por el delito.
- d) *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.* Se considera ésta la atenuante más novedosa y de mayor calado, que supone la concesión de un «premio» a la persona jurídica, tras haberse cometido el delito, por llevar a cabo una reorganización preventiva encaminada a evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos y a garantizar el cumplimiento de la legalidad. Por lo demás, es cierto que la atenuante «bascula sobre ideas preventivas de prognosis de futuro», lo que implica una gran incertidumbre²⁷. Parece que el Legislador ha terminado por escuchar a la doctrina que venía propugnando la autorregulación de las sociedades como una de las finalidades más impor-

²⁴ MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, págs. 403 y 404.

²⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «La atenuación de la responsabilidad empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia», en CASANUEVA SANZ, Itziar (*et alii*), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, págs. 274 ss.

²⁶ Sobre estas cuestiones *vid. ibid.* págs. 276 ss.

²⁷ MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», *cit.*, pág. 55.

tantes de la pena²⁸. Por tanto, las «medidas eficaces» a las que se refiere el precepto se compaginan bien con la idea de los programas de cumplimiento empresarial y la autorregulación de las personas jurídicas, aspecto sobre el que no se profundizará en este trabajo. En cuanto a la circunstancia atenuante en sí misma, se pueden plantear varios problemas, comenzando por las dificultades que plantea la indeterminación del concepto «*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos*». Deberá ser la jurisprudencia la que precise qué debe entenderse por estas medidas, a efectos de distinguir los programas de cumplimiento reales o efectivos de aquellos otros que constituyan mera apariencia. Por supuesto, en este sentido también existirán problemas procesales y probatorios, siendo necesarias investigaciones, auditorías, etc., para determinar la efectividad de los protocolos de actuación preventiva. Por último, se ha criticado que el Legislador no haya previsto la exención de responsabilidad cuando se instauran programas de cumplimiento con anterioridad al juicio oral. Lo cierto es que, como luego precisaremos con más detalle, a GÓMEZ-JARA DÍEZ no le falta razón cuando afirma que ello es «no sólo injusto sino ineficaz, puesto que no se apremia a la empresa que establece el programa de cumplimiento antes de la comisión del hecho delictivo, sino aquella que, una vez cometido el delito, lo instaura»²⁹.

5. Las personas jurídicas responsables

En primer lugar, algo que pudiera parecer evidente e incluso de innecesaria mención es que la nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo afecta, valga la redundancia, a las personas jurídicas. Es necesario aclarar bien esta circunstancia, pues las demás entidades podrán ser objeto, todo lo más, de una consecuencia accesoria a la pena del reformado artículo 129 CP. Respecto de las entidades dotadas de personalidad jurídica, nos remitimos a lo dispuesto en el artículo 35 del Código Civil. De este modo, se ha establecido un sistema dual de responsabilidad, si bien es cierto que asentado sobre distintos fundamentos dogmáticos: por un lado las consecuencias accesorias para las entidades supraindividuales carentes de personalidad jurídica –artículo 129 CP– y por otro sanciones penales para las personas jurídicas –artículo 31.bis CP–.

En segundo lugar, en su quinto y último apartado, el artículo 31.bis. CP se refiere a las personas jurídicas a las que son de aplicación las disposiciones que se acaban de señalar, aunque lo hace sólo para excluir a algunas de ellas. El susodicho precepto reza del siguiente modo: «Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones

²⁸ Vid. v.g. NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 49 y 81 ss.

²⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «La atenuación de la responsabilidad empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia», *cit.*, pág. 273.

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». No trataremos de definir de manera individualizada cada una de las «personas jurídicas» a las que se refiere el precepto. *Grosso modo* parece que entre todas ellas pueden apreciarse dos grupos: de un lado Administraciones o entidades de Derecho público o relacionadas con el sector público y de otro los partidos políticos y sindicatos, con caracteres esencialmente distintos. Dentro del primer grupo, resulta obvio que a efectos de responsabilidad penal no puede ser lo mismo un Ministerio, un Ayuntamiento y una sociedad mercantil estatal que ejecute políticas públicas. Por ejemplo, respecto de ésta última, no deja de resultar sorprendente que se niegue la responsabilidad penal a una sociedad mercantil estatal delincente que presta servicios de interés económico general, mientras que no existen problemas para sancionar penalmente a otra sociedad idéntica compuesta por capital privado. En la base de todo ello, por supuesto, está la voluntad del Legislador de privilegiar a sus propias personas jurídicas, o dicho de otro modo, de no sancionarse a sí mismo. Ya ha puesto de relieve la doctrina «lo anómalo de que el Estado ejerza la potestad punitiva sobre sí mismo o sobre los organismos mediante los cuales ejerce otras potestades», algo que se ha tenido muy en cuenta en la reforma penal³⁰. Podría decirse, de este modo, que un sector mayoritario de la doctrina apuesta por no sancionar penalmente a las instituciones estatales. Y es que frente al loable argumento de la igualdad ante la Ley de todas personas jurídicas, se imponen razones puramente prácticas. El Estado –entendido en un sentido amplio– es el que detenta las potestades, y no puede ser privado de éstas o de sus derechos; además ello conduciría a resultados ciertamente paradójicos: si se impone una multa, el Estado se la pagaría a sí mismo y en caso de confiscación de bienes, éstos regresarían al Estado³¹. Respecto de los partidos políticos y los sindicatos, las dificultades argumentativas aumentan sustancialmente. La doctrina en general se manifiesta crítica con esta situación³². Efectivamente, se comprende poco que la exclusión de responsabilidad penal se extienda a estos entes, habida cuenta de que en el Derecho comparado, por ejemplo en la legislación francesa, la responsabilidad les alcanza también a ellos. Por último, el artículo 31.bis.5 CP

³⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte general*, cit., pág. 629.

³¹ VERVAELE, Jhon, «Societas/Universitas delinquere ed puniri potest ¿la experiencia holandesa como modelo para España?», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, nº 115, Madrid, 2007, págs. 47 ss. Resultará interesante la exposición sobre la rica experiencia Holandesa acerca de la posibilidad de la persecución penal al Estado.

³² Verbigracia, ORTS BERENGER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 239 y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pág. 694.

contiene un segundo párrafo donde afirma que en los supuestos anteriores «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». De este modo, se relativiza la especial protección a determinadas personas jurídicas, en los casos llamativos en que la forma jurídica es creada con objeto de delinquir o eludir la responsabilidad.

III. LAS SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. El catálogo de penas

Puesto que no es posible imponer a las personas jurídicas las mismas penas que a las personas físicas, el Legislador opta por establecer un catálogo cerrado de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. Se trata de una enumeración *numerus clausus* ubicada sistemáticamente en el artículo 33. 7 CP. Las penas en él previstas tienen todas ellas la consideración de graves y no suponen verdaderamente una novedad en nuestro Código Penal si las comparamos con las «antiguas» medidas accesorias del artículo 129 CP. De hecho, lo verdaderamente novedoso es la introducción de la multa y la inhabilitación para la obtención de determinados beneficios de la Administración, mientras que todas las demás penas estaban ya contempladas. Siguiendo el orden utilizado en el propio precepto, a continuación se enumeran las distintas sanciones:

- a) *Multa*. Debe destacarse en primer lugar la novedad que supone esta sanción penal. La multa no se hallaba entre las antiguas consecuencias accesorias del artículo 129 CP, aunque el Legislador parecía apostar por ella desde la reforma penal de 2003 y la introducción del ya derogado artículo 31.2 CP. No en vano, se dice acertadamente que la pena de multa es la pena por excelencia para las personas jurídicas, dados los menores costes asociados a su ejecución y a que las empresas suelen calcular «escrupulosamente» los costes y beneficios derivados de su actuación y en consecuencia esta sanción goza de una eficacia altamente disuasoria³³. Por ello la reforma de la LO 5/2010 ha situado esta pena en el centro de todas las demás, estableciendo que «la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad», reservándose la imposición adicional de otras medidas sólo para los supuestos previstos en el artículo 66.bis CP³⁴. A tal efecto, el Legislador utilizará frecuentemente un sistema de tramos, calculando la cuantía de la multa en función de las penas de prisión que pudieran corresponder a las personas físicas.

³³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, pág.114.

³⁴ Preámbulo de la LO 5/2010, apartado VII.

sicas. Es decir, en la mayoría de los casos se establecerá un baremo que obliga a realizar el cálculo de la pena primero en la persona física, para luego transponer la pena de multa correspondiente a la persona jurídica.

- b) *Disolución de la persona jurídica.* La disolución de la persona jurídica, dice el artículo 33. 7 CP, «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». Se trata de una previsión que tal vez suene redundante, pues resulta lógico que la «muerte» de la persona implicará su desaparición como sujeto de Derecho. La sanción existía ya con anterioridad como medida accesoria en el artículo 129 CP anterior y su gravedad obliga a una utilización restrictiva de la sanción, indicada para asociaciones que desarrollen actividades ilícitas desde sus orígenes o para sociedades pantalla o casos extremadamente graves.
- c) *Suspensión de actividades.* Esta sanción implica la prohibición, por un plazo de tiempo que no puede exceder de cinco años, de realización de las actividades de la empresa. Comparándola con la sanción establecida en la letra e), se evidencia que se trata de una suspensión total, esto es, para todas sus actividades. Una especie de «muerte provisional o temporal» de la persona jurídica.
- d) *Clausura de sus locales y establecimientos.* La pena sólo puede imponerse por un plazo de cinco años máximo, y como ha señalado la doctrina, puede provocar problemas en su aplicación y ejecución puesto que los locales y establecimientos pueden no coincidir en su titularidad con los de la persona jurídica³⁵.
- e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.* Se trata de una sanción similar a la establecida en la letra a), pero se concreta sobre esas actividades específicas relacionadas con el ilícito penal. La prohibición puede ser temporal o definitiva, pero si es temporal, el plazo no puede exceder de quince años.
- f) *Inhabilitación para la obtención de determinados beneficios de la Administración.* Desde la aparición del antiguo artículo 129 CP, esta sanción venía reclamándose por la doctrina por la injusticia y paradoja que supondría que una empresa que realice actividades delictivas, verbigracia fraude de tributos, continúe sin embargo siendo beneficiaria de determinadas ayudas fiscales. El precepto contempla la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de benefi-

³⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo 1, Iustel, Madrid, 2010, pág. 231.

cios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que en todo caso no puede ser superior a quince años.

- g) *Intervención judicial*. La intervención judicial, como pena, se contempla para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. El Legislador dedica a esta sanción, que no podrá exceder de cinco años, una especial atención. Se afirma así que puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Del mismo modo, la intervención puede modificarse o suspenderse en todo momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal, a pesar de que sea primeramente el auto del Juez el que determine el contenido de la susodicha intervención.

2. Determinación de las sanciones

Con motivo de la reforma de la LO 5/2010, el Legislador ha introducido un nuevo precepto para complementar al tradicional artículo 66 CP que otorga «reglas generales para la aplicación de las penas» sobre las personas físicas. De este modo, el recientísimo artículo 66.bis CP servirá para determinar la aplicación de las sanciones penales que acabamos de enumerar a las personas jurídicas. El artículo 66.bis CP comienza afirmando que «en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66». Se efectúa así una primera remisión genérica acerca de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes que deberán pues tenerse en cuenta en relación con la penalidad de las personas jurídicas, algo que se antoja extraño si tenemos en cuenta lo dicho *supra* acerca de la inexistencia de circunstancias agravantes. Posteriormente el artículo 66.bis CP procede a especificar reglas concretas para las distintas penas que pueden imponerse a las personas jurídicas. Sin embargo, estas reglas específicas se refieren únicamente a las sanciones de la b) a la g), excluyendo por lo tanto la sanción pecuniaria consistente en la multa.

Veamos pues primeramente las particularidades de la pena de multa aplicada a las personas jurídicas. En la determinación y aplicación de la pena de multa no podrá estarse por lo tanto, salvo la remisión genérica a la que se ha hecho referencia, al artículo 66.bis CP. Por su parte, el art. 33.7 CP sólo expresa que la pena de multa puede ser por cuotas o proporcional. Debemos acudir a los artículos 50 ss. CP, que son los que vienen regulando la pena de multa destinada a las personas físicas. La LO 5/2010 ha introducido pequeñas referencias acerca de la pena de multa en las personas jurídicas a lo largo de los artículos 50 a 53 CP. De este modo, ciñéndonos en exclusiva a las modificaciones referidas, comprobamos que se establece una extensión máxima de la pena de multa de cinco años (art. 50.3 CP) y que la cuota diaria se fija en un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 euros (art. 50.3 CP). De igual modo se establece una regla para la determinación de la

multa en aquellos supuestos en que no es posible su cálculo. Se trata de los casos en que el Código Penal prevé multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto o a la cantidad defraudada y no es posible determinar la pena en base a tales conceptos. Prevé el artículo 52.4 CP la sustitución de las multas previstas por las siguientes: «a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos». Se contempla también el fraccionamiento del pago de la multa impuesta a la persona jurídica durante un período de hasta cinco años «cuando su cuantía ponga probablemente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general» (art. 53.5 CP). Circunstancia que parece tratar de relajar la imposición de la pena cuando la persona jurídica o empresa atraviesa una extrema situación económica. Por último, debe recordarse lo ya expuesto acerca de que la imposición simultánea a persona física y jurídica de la pena de multa obliga a los Jueces y Tribunales a moderar sus respectivas cuantías a fin evitar la desproporción con los delitos cometidos (art. 31.bis.2 CP).

Respecto de las penas que cuentan con su propio sistema regulatorio, todas las sanciones establecidas en el artículo 37.3 CP excepto la multa, el artículo 66.bis establece tres reglas a tener en cuenta: su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, sus consecuencias económicas y sociales, especialmente los efectos para los trabajadores, y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. En concreto, respecto de las penas previstas en las letras c) a g), esto es, todas las penas excepto la multa y la disolución de la persona jurídica, se establece una previsión para la garantía de la proporcionalidad de la pena, fijándose que su duración no puede exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por una persona física – artículo 66.bis.2ª CP–. De igual modo, con respecto a las mismas penas, el Legislador establece circunstancias adicionales que debe tener en cuenta el Juzgador para imponer la pena por un plazo superior a dos años. Tales circunstancias son la reincidencia de la persona jurídica y su utilización instrumental para la comisión de ilícitos penales³⁶. La atención a estas circunstancias, hay que añadir, también la prevé el Legislador para la imposición de la pena de disolución (b) y de prohibición de realizar determinadas actividades (e) con carácter definitivo y para la imposición

³⁶ En cuanto a la reincidencia, parece que debe entenderse referida al artículo 66.5ª CP, que define la circunstancia agravante de reincidencia para las personas físicas, por la referencia que hace posteriormente el precepto a ese artículo. Sobre la utilización instrumental, el artículo 66.bis.2ª CP aclara que «se entenderá que se está ante este [...] supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal».

por un plazo superior a cinco años de la prohibición de realizar determinadas actividades (e) y la inhabilitación para la obtener determinados beneficios de la Administración (f). Entendemos que la reincidencia y la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos son elementos que evidencian una mayor peligrosidad de la persona jurídica, que no puede ser considerada ya como «delincuente ocasional», puesto que denotarán una cierta tendencia a infringir la legalidad. Por eso estas circunstancias, basadas en definitiva en una mayor peligrosidad de la persona, justifican una pena cuantitativamente superior. Por otro lado, no puede evitarse pensar que esta previsión posee cierto regusto a circunstancia agravante y prueba de ello es la referencia al artículo 66.5ª CP, que regula la agravante de reincidencia para las personas físicas.

IV. LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL, LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. La extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica

La extinción de la persona jurídica provoca su desaparición de la faz de la tierra, de modo que deja de ser sujeto de derechos y obligaciones, como ocurre tras el fallecimiento de las personas físicas. De este modo se entiende, en principio, que la «muerte» de una persona jurídica impide cualquier persecución penal contra ésta, de forma que se extingue la responsabilidad penal. Sin embargo, aunque debe partirse de esta premisa, el Legislador ha introducido en el artículo 130.2 CP una previsión para evitar que los socios o personas físicas que se hallen detrás de la sociedad la disuelvan, y así eviten la responsabilidad penal que debiera irrogarse. Afirma el citado artículo que «no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica». Se establece además una presunción *iuris et de iure* de que existe siempre tal «disolución encubierta» cuando continúe la persona jurídica su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. En definitiva, con independencia de la extinción formal de la personalidad jurídica, si el sustrato empresarial guarda una «identidad sustancial» con la persona jurídica originaria, deberá extenderse la responsabilidad.

De igual modo, el artículo 130.2 CP contempla la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión, de modo que se traslada tal responsabilidad a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada, absorbida o resulten de la escisión. Se busca, de nuevo, evitar que se evadan responsabilidades recurriendo a distintas técnicas que otorga el Derecho mercantil. Algún autor ha criticado sin embargo el precepto, afirmando que pueden plantearse problemas de constituciona-

lidad, por las dificultades que entraña atribuir la responsabilidad a una sociedad distinta de la autora del delito o a una persona jurídica distinta de la condenada³⁷. Por último, el artículo 130.2 CP señala que el Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella, introduciendo un criterio de proporcionalidad que deberá ser valorado por el juzgador.

2. Breve referencia a la responsabilidad civil de la persona jurídica

De acuerdo con el artículo 109 del Código Penal, puesto en relación con el artículo 1.902 del Código Civil, la comisión de un delito genera responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados. Ello obliga a restituir, reparar o indemnizar a los sujetos pasivos del ilícito penal. Aunque es evidente que resulta aplicable a las personas jurídicas, la reforma del Código Penal ha establecido de forma expresa en el artículo 116.3 CP que la responsabilidad penal de una persona jurídica traerá consigo su responsabilidad civil. Se dice que tal responsabilidad será solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos. Con motivo de la atenuante de reparación del daño ya se ha hecho referencia a que las personas jurídicas, especialmente las grandes empresas, estarán normalmente en buenas condiciones de afrontar económicamente los perjuicios ocasionados por los ilícitos. Sin embargo, no es éste el lugar de detenerse en la cuestión de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, que sin embargo tendrá gran importancia en determinados delitos, como por ejemplo los medioambientales³⁸.

3. Breve referencia a las medidas cautelares

El artículo 33.7 CP, además de fijar el catálogo de penas de posible aplicación a las personas jurídicas, establece en su último párrafo la posibilidad de acordar por el Juez Instructor como medidas cautelares la clausura temporal de locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales y la intervención judicial de la persona jurídica; aunque a priori no existiría inconveniente en aplicar otras medidas que pudieran adaptarse a las personas jurídicas y que fueran menos gravosas que las contempladas expresamente³⁹. Similar previsión se halla en el actual artículo 129.3 CP para las organizaciones o entidades que carecen de personalidad jurídica. De este modo, como ocurría con las penas, se configura un modelo de medidas cautelares separado del de las personas físicas, que sin embargo está sometido a las

³⁷ ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio José, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 77, 2010, pág. 16.

³⁸ Acerca de la responsabilidad civil de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal (Anteproyecto) puede verse MAGRO SERVET, Vicente, «El régimen de la responsabilidad civil de las personas jurídicas «delincuentes» en el Proyecto de Código Penal», en *Práctica de Tribunales*, nº 39, 2007.

³⁹ BANACLOCHE PALAO, Julio, «La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción», en BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, págs. 231 y 232.

reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por tanto los clásicos *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, seguirán constituyendo requisitos de aplicabilidad. No nos detendremos más tiempo en esta cuestión asentada más bien en la órbita del Derecho procesal.

V. EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. El modelo mixto de imputación

Como es sabido, existen dos grandes sistemas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas: el modelo vicarial y el modelo de culpabilidad⁴⁰. Recordemos brevemente que los postulados del modelo vicarial pasan por la «transferencia» de la responsabilidad de la persona física que comete el hecho delictivo a la persona jurídica a la que se le atribuye, fruto de esa conexión, el delito. Por su parte, el modelo de culpabilidad, en todas sus variantes, se caracteriza *grosso modo* por no depender de la actuación de una persona física, de modo que la persona jurídica podrá ser castigada penalmente sin necesidad de realizar ninguna transferencia de responsabilidad. El interrogante que debemos plantearnos es si el modelo de responsabilidad instaurado por la LO 5/2010 se sitúa en una u otra tendencia. La cuestión es más compleja de lo que a simple vista pudiera parecer, por la ambigüedad que el artículo 31.bis CP manifiesta. Si bien la LO 5/2010 estableció de forma definitiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la nueva regulación no permite cicatrizar las heridas abiertas. De este modo, entre los autores que se han pronunciado sobre la nueva regulación de la Ley penal, aún siguen apareciendo posiciones encontradas⁴¹.

⁴⁰ Recalar en esta «tradicional» problemática exige un espacio del que carece este trabajo; nos remitimos pues al fantástico estudio de NIETO MARTÍN que sintetiza las características esenciales de ambas propuestas: NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., págs. 85 ss. En la doctrina española, a título ejemplificativo, pueden verse además los destacados estudios de BACIGALUPO SAGESSE y GÓMEZ-JARA DÍEZ: BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998 y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁴¹ Existen no pocos autores que consideran que con la reforma penal experimentada por la LO 5/2010 y el advenimiento del sistema *societas delinquere potest*, el Legislador definitivamente ha instaurado un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Puede verse en este sentido, entre otros: GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás y JUANES PECES, Ángel, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», en *Diario La Ley*, nº 7501, 2010, págs. 4 ss.; MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», cit., pág. 53; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, nº 7534, 2010, págs. 5 ss.; o NIETO MARTÍN, Adán, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», cit., págs. 55 ss. De otra parte, un sector diferente de la doctrina parece entender, con razón, que nos encontramos ante lo que podríamos denominar un «modelo mixto de imputación». No todos utilizarán esta terminología, aunque sí parecen apostar por ello. *Vid.* por ejemplo MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista internauta de práctica jurídica*, nº 26, 2011, págs. 69 ss.; MORÓN LERMA, Esther, «Las responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», cit., pág. 374; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, cit., págs. 684 y 685; o DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *Diario La Ley*, nº 7670, 2011, pág. 7, que parece que también apuesta por esta solución al referirse a un

Existen no pocos científicos que consideran que con la reforma penal experimentada por la LO 5/2010 y el advenimiento definitivo del sistema *societas delinquere potest*, el Legislador definitivamente ha instaurado un modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. La idea basculará principalmente sobre aquellas previsiones del artículo 31.bis CP que de alguna manera alejan la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la de las personas físicas: 1) la posibilidad de exigir responsabilidad a las personas jurídicas aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella –artículo 31.bis.2 CP– y 2) la incomunicabilidad de las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona física o agraven su responsabilidad y la persecución de las personas jurídicas pese a que los individuos físicos hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia – artículo 31.bis.3 CP–. GÓMEZ-JARA DÍEZ, recogiendo estas previsiones afirma además, que puesto que no hay pena sin dolo o imprudencia, «si para imponer una pena del art. 33 a las personas físicas no basta con la culpabilidad de su representante legal, tampoco resulta suficiente para imponer las penas contenidas en el mismo artículo a la persona jurídica la mera culpabilidad de la persona física que la representa»⁴². Por eso asevera el autor que el Legislador ha optado por una responsabilidad autónoma, de modo que para garantizar los principios básicos del Derecho penal resulta imprescindible consignar la culpabilidad de la propia persona jurídica⁴³. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ propone también la opción por la responsabilidad directa de la persona jurídica, no dependiente por tanto de la persona física que lleva a cabo el delito, con el objetivo de solucionar los inconvenientes dogmáticos que plantea la regulación actual, principalmente en lo que respecta a la posibilidad de sancionar a la persona jurídica cuando la persona física no ha sido determinada o individualizada⁴⁴. NIETO MARTÍN considera igualmente que la responsabilidad de las personas jurídicas en el artículo 31.bis CP debe interpretarse en atención al modelo de culpabilidad, y así, diferencia entre las dos vías de asunción de responsabilidad que establece el precepto indicado. Dice el autor que aunque en la primera vía se hace referencia a la comisión de un delito por los representantes de la persona jurídica en beneficio de ésta, «pareciendo» apuntar a un modelo de responsabilidad vicarial, sin embargo, «una interpretación sistemática y conforme a la constitución de este precepto conduce a resultados distintos»⁴⁵. Respecto de la

«modelo amplio de identificación».

⁴² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *cit.*, págs. 8 ss.

⁴³ *Ibid.* pág. 9.

⁴⁴ «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 al autor», asegura la autora. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», *cit.*, pág. 316.

⁴⁵ NIETO MARTÍN, Adán, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et álui*), *Curso de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, pág. 552. Así, el autor arguye que si se interpreta sistemáticamente el primer párrafo del artículo 31.bis.1 CP con el artículo

segunda vía de asunción de responsabilidad, su propia estructura haría más factible una apuesta por el modelo de culpabilidad y por tanto de autorresponsabilidad empresarial. Conforme a la segunda vía, para NIETO MARTÍN no se exigiría comprobar que un concreto administrador no ha vigilado correctamente al subordinado que cometió el delito, sino que los administradores no implementaron un conjunto de medidas organizativas con el objetivo de impedir a los empleados de la empresa realizar hechos delictivos. Así, dirá el autor que esta solución conduce a mejores resultados prácticos respecto de las grandes empresas⁴⁶.

Sin embargo, lo cierto es que otro sector muy importante de la doctrina ha manifestado que el Código Penal no recoge en puridad una responsabilidad propia o autónoma de la persona jurídica. La responsabilidad por el hecho de otro o responsabilidad vicarial, que no es otra cosa que atribuir la responsabilidad penal a una persona jurídica por la actuación de una persona física que reúne determinadas cualidades, ostenta un papel de calado en nuestra regulación. Aparece así la posibilidad de un modelo a caballo entre la responsabilidad vicaria y la de culpabilidad de la empresa, de un sistema mixto que parte de la heterorresponsabilidad y se encamina a la autorresponsabilidad⁴⁷. Se afirma, pues, que no existe una responsabilidad plenamente autónoma de la persona jurídica, sino que ésta se encuentra condicionada por la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica o por su cuenta o beneficio⁴⁸. Se trataría de una fórmula intermedia, que combina el modelo de transferencia de responsabilidad con el de culpabilidad empresarial «al otorgar al cumplimiento de las obligaciones de control por parte de quienes ocupan una posición de dirección [...] efectos eximentes o, al menos, atenuatorios respecto de la responsabilidad transferida a la empresa»⁴⁹. En este modelo, como en el vicarial, será esencial no las personas físicas en sí sino la existencia de un «hecho de conexión» atribuible a las personas físicas. El «hecho de conexión» es ese «hecho» –o delito– cometido por las personas físicas que el Código prevé en el artículo 31.bis.1 y que luego es trasladado a la persona jurídica.

Sin embargo, es cierto que un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno puede dar lugar a problemas dogmáticos, y que castigar a una persona jurídica por el delito de una persona física cuando no ha sido posible siquiera determinar la

31.bis.4.b) CP, que se refiere a la circunstancia atenuante a la que hemos prestado atención con anterioridad, la conclusión que se debe extraer es que «si el CP incita a que las medidas se implementen tras la realización del hecho, necesariamente debe tener relevancia para la imputación de la persona jurídica, si éstas cuenta con ellas antes de la comisión del delito» *sic*. Del mismo modo, dirá el autor que una interpretación conforme a la Constitución del primer párrafo del artículo 31.bis 1 CP parte de la constatación empírica de que cuando los administradores de la empresa cometen un hecho delictivo es poco creíble que se hayan esforzado en implementar en el interior de la empresa medidas de organización destinadas prevenir y descubrir hechos delictivos pues «si la cúspide de la empresa desprecia la legalidad es posible que toda la organización se contagie de ese espíritu criminal».

⁴⁶ *Ibid.*, pág. 550.

⁴⁷ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *cit.*, págs. 69 ss.

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, *cit.*, págs. 684 y 685.

⁴⁹ MORÓN LERMA, Esther, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», *cit.*, págs. 374 ss.

identidad de esta última entraña serios inconvenientes, incluso a nivel constitucional. Por ese motivo, algunos autores han afirmado que, puesto que se instaura en el ordenamiento penal un modelo vicarial, la transferencia de responsabilidad entre personas supone de algún modo reconocer que el principio de personalidad de las penas no resulta de aplicación a las personas jurídicas⁵⁰. Así las cosas, sobre la base de un modelo de transferencia de responsabilidad, pero ante el peligro de una desnaturalización de los principios más elementales del Derecho penal, debemos estar de acuerdo con BACIGALUPO SAGESSE en que el modelo de imputación establecido por el Legislador debe basarse no sólo en la existencia de un hecho de conexión, sino en otros elementos tales como el «defecto de organización»⁵¹. De lo contrario, si se atiende sólo al hecho de conexión, se caería en la responsabilidad objetiva, prohibida, y en todo caso indeseable en el Derecho penal. Es aquí donde mejor se observa la mixtura entre el modelo de transferencia y el de culpabilidad. En este sentido, atender al defecto de organización consistiría en bucear en la organización de la empresa para comprobar si se infringen o no de manera continuada de deberes de organización, donde los programas de cumplimiento de las empresas constituirán el mejor indicador.

De este modo, en nuestra opinión, el hecho de que exista cierta independencia entre las responsabilidades, no implicaría que podamos hablar de un modelo de culpabilidad de la propia persona jurídica *per se*. Es posible que el modelo de responsabilidad establecido en el Código Penal mire de algún modo hacia la autorresponsabilidad penal, pero mientras tal responsabilidad aparezca supeditada a las acciones u omisiones de las personas físicas que se detallan en el artículo 31.bis.1 CP, hablar de culpabilidad propia de la persona jurídica es imposible, sea o no deseable *de lege ferenda*. Inclusive, autores que parecen partidarios de entender el artículo 31.bis CP como incardinado en el modelo de autorresponsabilidad penal, confiesan que «si no existe un autor de delito o es declarado no culpable, difícilmente puede haber hecho de conexión»⁵² o incluso se ha dicho que el delito cometido por parte de la persona física «constituye una condición objetiva de punibilidad, a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización»⁵³. Como señala RODRÍGUEZ MOURULLO, «aunque algunos comentaristas se empeñen en sostener que la Reforma de 2010 consagra la responsabilidad penal «directa y autónoma» de las personas jurídicas, el inequívoco tenor del texto legal que acabamos de transcribir

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte general, cit.*, pág. 631.

⁵¹ BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno», *Diario La Ley*, nº 7541, 2011, págs. 4 ss.

⁵² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», *cit.*, pág. 322.

⁵³ NIETO MARTÍN, Adán, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *cit.*, pág. 61.

lo desmiente»⁵⁴. Tales consideraciones hacen que debamos pronunciarnos, como considera la mayor parte de la doctrina, por un modelo mixto de imputación de la culpabilidad de las personas jurídicas.

2. La revalorización de la autorregulación tras la asunción del modelo *societas delinquere potest* en el Código Penal

La autorregulación, desde el punto de vista de la criminalidad de las personas jurídicas, implica la adopción por parte de las mismas de medidas organizativas encaminadas a la prevención de ilícitos penales en su seno⁵⁵. Sutilmente hemos avanzado que la autoorganización adquiere para el Derecho penal consecuencias prácticas de las que antes carecía. Evidentemente, la discusión sobre el peso que jugará la autorregulación ante el nuevo panorama legislativo dependerá del modelo de imputación que escojamos. A tal efecto recordamos que en nuestra opinión la mejor opción, y la que parece seguir un sector mayoritario de la doctrina, es entender que nos hallamos ante un modelo mixto de imputación. Si apostáramos sin embargo, como lo hace parte destacada de la doctrina, por un modelo de imputación basado en la auténtica culpabilidad de la persona jurídica, en su autorresponsabilidad, entonces probablemente la autorregulación sería cardinal en nuestro planteamiento⁵⁶. Pero lo cierto es que, se apueste o no por la culpabilidad de la propia empresa, si entendemos que el modelo de imputación seguido por el legislador es de tipo mixto, esto es, situado entre el sistema vicarial y el de culpabilidad, el establecimiento de programas de cumplimiento empresarial encaminados a prevenir y descubrir futuros delitos debería tener también un importante papel. Efectivamente, para muchos autores, incluso aquellos que afirman que el modelo instaurado no es de responsabilidad «completamente autónoma», el defecto de organización de la empresa se convierte en condición indispensable para atribuir responsabilidad a la persona jurídica. Pero aún más, la importancia de la autorregu-

⁵⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político criminal y dogmática», en *Otrosí*, nº 6, 2011, pág. 10

⁵⁵ Lo cierto es que el término «autorregulación» carece de concepto unívoco: con probabilidad existirán diferentes definiciones en función del ámbito científico en el que nos movamos (ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «Introducción a la autorregulación», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 19 ss.). Con todo, en la aproximación que estamos realizando bastará con la propia definición semántica que marca el diccionario: «autorregularse» en definitiva es «regularse a sí mismo», lo que a su vez implica «determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo» (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Espasa Calpe, Madrid, 2001.)

⁵⁶ Efectivamente, es muy destacada la importancia que la autorregulación juega en los modelos de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Muy especialmente, los sistemas basados en la culpabilidad de la misma persona jurídica se orientan a estimular la fidelidad al Derecho de la persona jurídica, a través de una autorregulación empresarial que en definitiva conlleva el establecimiento de una «cultura empresarial de cumplimiento con del Derecho» (GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 8, 2006, pág. 26). Desde esta perspectiva, adquiere gran relevancia el «defecto de organización» como elemento que permite afirmar que una persona jurídica es culpable conforme a Derecho. Así, la culpabilidad de la empresa por defecto de organización significa que no se han cumplido eficazmente las obligaciones de autorregulación que impone el Derecho, y donde no existan tales regulaciones, aquellas que imponen los códigos éticos o de conducta (NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, cit., pág. 218).

lación se enerva si observamos la atenuante que el Código Penal establece en el artículo 31.bis.4.d): «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». Dijimos ya en su momento, a propósito de esta novedosa atenuante expresamente contemplada que las «medidas eficaces» a las que se refiere el precepto se compaginan bien con la idea de los programas de cumplimiento empresarial y la autorregulación de las personas jurídicas. De este modo, una persona jurídica que cometa un delito verá su pena atenuada si con posterioridad al hecho ilícito adopta un determinado programa de cumplimiento empresarial encaminado a prevenir y descubrir futuros delitos.

Así las cosas, queda claro que si la persona jurídica instaaura un código o programa de cumplimiento, esto es, si establece un modelo de organización determinado que esté orientado a la prevención y descubrimiento de delitos que pudieran cometerse con sus medios o bajo su cobertura, podrá ver atenuada su responsabilidad si ello se lleva a cabo con posterioridad al ilícito. Lo que no está tan claro, independientemente de las razones de justicia material que pudieran esgrimirse, es qué ocurriría si la persona jurídica poseyera un programa de estas características con anterioridad al ilícito. Para los partidarios de la culpabilidad de la organización, e incluso para algunos de los que están a favor de un *tertium genus*, la respuesta debería ser clara: si la persona ha adoptado todas las medidas posibles no es culpable, y por tanto no puede irrogarse responsabilidad penal. En efecto, la lógica dice que si la existencia del programa preventivo *ex post factum* puede atenuar la responsabilidad, uno *ex ante factum* debería eximirla, e igualmente esta interpretación se acompaña mejor con el principio de culpabilidad y cumpliría mejor los fines preventivos de la pena. Con todo, no debe olvidarse que una eximente de estas características no está expresamente contemplada en nuestro Código Penal. Por ese motivo algunos autores se oponen a la posibilidad de dotar de efectos eximentes a la implementación de medidas o programas de cumplimiento para evitar el defecto de organización con anterioridad al hecho delictivo⁵⁷. Sin embargo, en palabras de BACIGALUPO ZAPATER «el argumento de que esta consecuencia sólo sería válida si estuviera expresamente establecida en el derecho positivo [...] no toma en cuenta que la culpabilidad de la organización tiene una función legitimante de la pena o de la sanción y que, por ello, opera como un presupuesto necesario de las mismas y estará implícito en toda la legislación que se apoye en el principio de culpabilidad»⁵⁸. Del mismo modo, compartimos con FEIJOO SÁNCHEZ que de atender al tenor literal del texto legal, las empresas acabarían respondiendo penal-

⁵⁷ V. g. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», *cit.*, págs. 7 y 8.

⁵⁸ 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*, nº 7442, 2010, pág. 8.

mente aunque se comportaran correctamente, esto es, aunque fueran diligentes y hubieran implementado correctamente un programa de prevención de delitos; de modo que ello implicaría que «las personas jurídicas en realidad no pueden hacer nada contra la responsabilidad penal»⁵⁹. Por ello debemos repetir, como ya se dijo con anterioridad, que el modelo de imputación establecido por el Legislador debe basarse no sólo en la existencia de un hecho de conexión, sino también en otros elementos tales como el «defecto de organización», entendido como la no adopción o la adopción defectuosa de un programa de cumplimiento, motivo por el cual creemos que la autorregulación de las personas jurídicas jugará un papel cardinal en el sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas establecido.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis, «Introducción a la autorregulación», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.
- «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno», *Diario La Ley*, nº 7541, 2011.
- 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*, nº 7442, 2010.
- BANACLOCHE PALAO, Julio, «La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción», en en BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *Diario La Ley*, nº 7670, 2011.
- DÍAZ ECHEGARAY, José Luis, *Deberes y Responsabilidades de los Administradores de Sociedades de Capital*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008
- *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BANACLOCHE PALAO, Julio, ZARZALEJOS NIETO, Jesús y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.
- «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdade-

⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Autorregulación y Derecho Penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?», en ARROYO JIMÉNEZ, Luis, y NIETO MARTÍN, Adán (dirs.), *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 209.

- ra responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 8, 2006.
- «La atenuación de la responsabilidad empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la administración de justicia», en CASANUEVA SANZ, Itziar (*et alii*), *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008: algunos aspectos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
 - *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
 - «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, nº 7534, 2010.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás y JUANES PECES, Ángel, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», en *Diario La Ley*, nº 7501, 2010.
- MAGRO SERVET, Vicente, «El régimen de la responsabilidad civil de las personas jurídicas «delincuentes» en el Proyecto de Código Penal», en *Práctica de Tribunales*, nº 39, 2007.
- MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista internauta de práctica jurídica*, nº. 26, 2011.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal Parte General*, Repertor, Barcelona, 2006.
- MORALES PRATS, Fermín, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Estudios de derecho judicial*, nº. 155, 2009.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español», en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MORÓN LERMA, Esther, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevas estrategias político-criminales», en TAMARIT SUMALLA, Josep (coord.), *Las sanciones penales en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NIETO MARTÍN, Adán, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (*et alii*), *Curso de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», en *Revista Xurídica Galega*, nº. 63, 2009.
 - *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, Iustel, 2008.
- ORTS BERENGER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Parte General del Derecho Penal*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político criminal y dogmática», en *Otrosí*, nº 6, 2011.
- SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén, *Las actuaciones en nombre de otro en Derecho Penal*, Universidad de Burgos, Burgos, 2002.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Artículo 31», en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 2000.
- ÚBEDA DE LOS COBOS, Julio José, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/10, de 22 de junio», en *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº. 77, 2010.
- VERVAELE, Jhon, «Societas/Universitas delinquere ed puniri potest ¿la experiencia holandesa como modelo para España?», en *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, nº 115, Madrid, 2007.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- «Societas delinquere potest: análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º76, 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo 1, Iustel, Madrid, 2010.