

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España y valoración de la constitucionalidad y legalidad del modelo establecido

Juan José González Rus

Universidad de Córdoba (España)

RESUMEN: La LO 1/2015, que reforma el Código Penal español, consolida la (discutible) decisión político-criminal de sancionar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, pasando del modelo “vicarial”, que se había configurado en 2010, a otro de “culpabilidad de empresa”. De esta forma, las dudas sobre la constitucionalidad del primero (que puede ser tachado de “responsabilidad por hecho ajeno”) se ven sustituidas por los problemas de abierta incompatibilidad que surgen entre las categorías en que se fundamenta legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los conceptos centrales de una teoría jurídica del delito construida en el Código Penal español sobre la base exclusiva del comportamiento humano. Ello, hasta el punto de hacer posible afirmar que hoy, Código en mano, es posible imponer una pena a las personas jurídicas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad penal de la empresa, criminalidad de empresa, modelos de organización y gestión, capacidad de acción, capacidad de culpabilidad.

ABSTRACT: The LO 1/2015, that reforms the Spanish Criminal Law, strengthen the (polemic) political-criminal decision of impose penalties on criminal liability of legal entities, turning the “vicarial” model (configured in 2010) into a “corporate guilt”. In this way, the doubts about constitutionality of the first (that can be label like vicarial responsibility) are replaced by incompatibly problems between the categories in which the criminal liability of legal entities are founded and the main concepts of legal theory of crime contents in the Spanish Criminal Law on the exclusive base of human behavior. At this point, it is possible to sustain today, with Criminal Law on hand that is possible to impose penalties on legal entities.

KEY WORDS: Criminal liability of legal entities, corporate criminal liability, corporate crime, organization and management models, capacity for action, guilt capacity.

SUMARIO: I. La reforma del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. II. La pretendida necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas como única vía para afrontar la criminalidad de empresa. III. Modelo sancionado en el artículo 31 bis introducido por la LO 5/2010. IV. Modelo sancionado en la reforma de la LO 1/2015. V. Dificultades que presenta el establecimiento de un modelo de responsabilidad de empresa en la dogmática y teoría jurídica del delito que sustenta el Código Penal español.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

I. La reforma del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas

Apenas año y medio después de que entrara en vigor la LO 5/2010, del 22 junio, —que vino a sancionar en el Derecho español el principio *societas delinquere potest*—, se inició el proceso de reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas,¹ que ha culminado la LO 1/2015, de 30 de marzo,² y en el que se introducen sustanciales reformas en la regulación de tan crucial asunto. Como ya es tradición, tal revisión se incluye dentro de una (otra) profunda reconsideración de aspectos centrales del Código Penal de 1995 (en lo sucesivo, CPE), del que, la verdad, ya queda poco en pie, arrollado por el punitivismo histórico que alimenta las reformas penales españolas de los últimos años.

Pero, ¿por qué habría de ser necesario reformar una regulación tan reciente y, hasta donde alcanzo a conocer, todavía no aplicada por los tribunales? ¿Es

que no ha cumplido los objetivos que se perseguían con ella? ¿O acaso es que en tan poco tiempo han cambiado los objetivos?

El Preámbulo de la LO 1/2015 dice que lo que se introduce es una “mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas... con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”. “Con ello —añade— se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial” (*cf.* p. 27063).

Es decir: lo que el Preámbulo legal afirma es que la reforma tenía la necesidad de solventar las dudas interpretativas plateadas por “algunos sectores” al pretender, obviamente sin fundamento alguno —y vaya usted a saber con qué intención—, que el art. 31 bis CPE (LO 5/2010)³ sancionaba un régimen de responsabilidad vicarial. Al tratarse de una simple acla-

¹ Mediante el Proyecto de Ley 121/000065, de 4 de octubre de 2013. Véase *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, X Legislatura, Serie A: PROYECTOS DE LEY, 4 de octubre de 2013, Núm. 66-1, Proyecto de Ley 121/000065. Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

² LO 1/2015, en lo sucesivo. Véase *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, Sec. I, pp. 27061 y ss. La ley prevé la entrada en vigor el 1º de julio de 2015.

³ Artículo 31 bis, conforme a la redacción de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal (que es el texto que ahora se modifica por la LO 1/2015; véase *infra*, notas 9 a 14):

“1. En los supuestos previstos en este Código, 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”.

“En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

“2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales procederán a modular las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.”

“3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

“4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- 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.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado 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”.

“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 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.

En estos supuestos, 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”.

ración de dudas interpretativas, la idea que subyace a ello es, pues, que el régimen legal que se configura con esta última reforma de 2015 no supone cambio de modelo alguno, sino que, por el contrario, constituye la simple consolidación del anterior, que se vería ratificado y clarificado.

A mi juicio, sin embargo, ello no es así. Y esto es lo que trataré de demostrar en las páginas que siguen.

Por el contrario, la LO 1/2015 consolida en definitiva el modelo de “responsabilidad de empresa”, que tal vez tenían *in mente* quienes animaron e inspiraron la introducción en 2010 de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero que el artículo 31 bis del CP español en absoluto sancionó. A mi parecer, el problema real que pretende solventarse con la nueva modificación legal es acabar con la confusión creada por “algunos sectores” —por utilizar la referencia del Preámbulo— que —confundiendo la realidad con los

deseos— han patrocinado durante este tiempo la interesada idea de que las empresas y corporaciones que se dotaran de programas de cumplimiento corporativo y de organización y control de riesgos (*compliance programs*), completos y elaborados por equipos profesionales de solvencia, quedaban a salvo de la responsabilidad penal que se incorporaba al CPE. El problema real (la confusión a la que alude el Preámbulo de la LO 1/2015) ha sido que la regulación de 2010 no daba respaldo a esa idea, lo que ha generado el desconcierto de quienes se habían apresurado a dotarse de tales programas, bajo una certidumbre de impunidad que en modo alguno garantizaba la redacción del art. 31 bis del CPE, que ahora se reforma por la LO 1/2015.

La aparición del art. 31 bis ha centrado en la interpretación del mismo el debate doctrinal suscitado a partir de 2010,⁴ relegando al olvido la discusión en

⁴ Por tratarse de una reflexión general, no incluiré citas y opiniones detalladas y concretas de quienes en estos últimos años se han ocupado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal como la sancionó la LO 5/2010. La producción doctrinal ha sido abundante y de gran calidad, tanto en monografías y trabajos individuales como en las interesantes obras colectivas aparecidas y a las que se hace aquí una remisión general, sin especificación de trabajos concretos. Por mi parte, para las reflexiones que siguen he utilizado los siguientes trabajos: Palma Herrera, J.M. (dir.), González Tapia, M.I. (coord.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid, 2014. Arroyo Zapatero y Nieto Martín (dirs.), *El Derecho penal económico en la era compliance*, Valencia, 2013. Bacigalupo Zapater, E., “La prevención de la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y los programas de compliance”, *Compliance y Derecho penal*, Pamplona, 2011. Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2012. Banacloche Palao, J., Zarzalejos Nieto, Jesús, y Gómez-Jara Díez, Carlos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley*, Madrid, 2011. Carbonell Mateu, J.C., “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Tirant on Line, 2009, TOL1.568.028. De la Cuesta Arzamendi, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, A-05. De la Mata Barranco, N.J., Bilbao y Algorta, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal*, núm. 87, noviembre de 2011. Del Rosal Blasco, B., “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 103, 2011. Díaz Gómez, Andrés, “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-08, 2011. Díez Ripollés, J.L., “La responsabilidad penal de la persona jurídica. Regulación española”, *In Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2012, p. 2. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Valencia, 2012. Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, 2011. González Rus, J.J., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, cit., pp. 19 y ss. Gómez-Jara Díez, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Buenos Aires, 2010. González Tapia, M.I., “Las consecuencias accesorias del artículo 129: la nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 44 y ss. Dopico Gómez-Aller, J. (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Valencia, 2012. Mazzacua, F., “Funciones y requisitos del modelo organizativo en el ordenamiento jurídico italiano: el problema del juicio de adecuación”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 69 y ss. Morillas Cueva, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011 (<http://dx.doi.org/10.6018/analesderecho>). Morillas Fernández, “El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 89 y ss. Nieto Martín, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008. Robles Planas, R., “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, 7705, 29 de septiembre de 2011. Rodríguez Mourullo, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema”, *Abogados*, núm. 62, septiembre de 2010. Silva Sánchez y Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013. Ochoa Romero, R., “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Derecho penal mexicano. Especial referencia a su regulación en el Código Penal federal y en el Código Penal para el Distrito Federal”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 114 y ss. Palma Herrera, J.M., “El papel de los *compliance* en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica”, en AA.VV., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., pp. 158 y ss. Urruela Mora, A., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*”,

torno a la necesidad y conveniencia de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un Código, como el español, construido evidentemente, “de la A a la Z”, para castigar comportamientos humanos. La lógica que se ha seguido aquí también ha sido la de: “Bien, como ya está hecho, interpretemos el Código de la manera menos dañina posible”; lo que ha supuesto dar carta de naturaleza a una decisión político-criminal que, a mi juicio, sigue siendo tan cuestionable como el primer día.

II. La pretendida necesidad de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas como única vía eficaz para afrontar la criminalidad de empresa

Las razones fundamentales que se dieron en su día (antes de la LO 5/2010) para justificar la necesidad de reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica fueron básicamente dos: la necesidad de superar las dificultades que presenta la depuración de responsabilidades penales de representantes y directivos de corporaciones y empresas, y la intención de incrementar la represión de la criminalidad de empresa, dado el escaso efecto preventivo que tiene la responsabilidad individual. Por mi parte, estimo que ninguna de esas razones justificaba tal reconocimiento.

El argumento que se utilizó profusamente para justificar la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el cual se afirmaba que la estructura societaria constituía un impedimento para la identificación, imputación y, en su caso, condena, de las personas físicas responsables de las conductas delictivas, y de que, a menudo, las responsabilidades atribuibles a tales sujetos quedaban diluidas o difuminadas como consecuencia de su inserción en la estructura societaria, ha sido desmentido, a mi juicio, por la realidad.

Basta con ver la producción jurisprudencial española de los últimos años sobre criminalidad económica —referida a hechos anteriores a la LO 5/2010— para comprobar que, aun sin poder penar entonces a las personas jurídicas, nuestros tribunales han encontrado pocos obstáculos para condenar contundentemente a quienes han considerado necesario. Por el contrario, la jurisprudencia española reciente

en materia de delincuencia económica no ha encontrado grandes problemas para identificar y condenar a las personas físicas que, como administradores de Derecho o de hecho, actuaron en nombre y por cuenta de una persona jurídica. La prueba de indicios, la responsabilidad por omisión, una generosa aplicación de los concursos delictivos y, eventualmente, la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa, y, en menor grado, las medidas del artículo 129 CPE y la figura del “tercero lucrativo”, han sido instrumentos más que suficientes para castigar con contundencia la criminalidad “de” y “en” la empresa; sin que se haya echado en falta (y tampoco los ciudadanos, para calmar las demandas sociales de castigo) la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El análisis de las resoluciones de los últimos años muestra, más bien, que la apreciación de responsabilidades individuales en defraudaciones contra la hacienda pública, blanqueo de capitales, concursos punibles, apropiación indebida, administración desleal, estafas, falsedades, delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra los derechos de los trabajadores, o la participación (como inductores o cooperadores necesarios) en delitos asociados a la corrupción política que a menudo acompaña a la económica (cohecho, prevaricación, tráfico de influencias, falsedades, malversación de caudales públicos, fraude a la administración, etc.), se ha resuelto con bastante solvencia por juzgados y tribunales con la responsabilidad por omisión y con la prueba de indicios. En los últimos años, en sentencias sobre hechos anteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010 (que supuso la introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas), la verdad, yo no he visto que los tribunales se lamenten de las dificultades que presenta la imputación de representantes y directivos de sociedades. De hecho, si algo podría destacarse es que se ha operado con gran generosidad a la hora de extender el círculo de los condenados (véase, por ejemplo, en los delitos contra la libertad y seguridad del trabajo). Y consideraciones semejantes pueden hacerse respecto de los delitos de pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos, que eran las áreas delictivas a las que se

Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXII, 2012. Zugaldía Espinar, J.M., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, 2013. Zúñiga Rodríguez, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Pamplona, 2009.

refería el Preámbulo de la LO 5/2010 para justificar la necesidad de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Tampoco se acierta, a mi juicio, cuando se alerta sobre la insuficiente eficacia preventiva que se derivaría de centrar la responsabilidad penal por la criminalidad de empresa en el castigo de representantes y directivos. Por el contrario, en relación con la represión de la corrupción económica o política, lo que la sociedad demanda inequívocamente es el incremento de las penas que se imponen a las personas físicas responsables de la misma y la recuperación de los beneficios ilícitamente obtenidos o la reparación de los perjuicios causados. Seriamente, nadie puede decir que si los ciudadanos —justificada o injustificadamente— piden mayor represión penal para la criminalidad económica o para la corrupción política es porque echen en falta la punición o una punición más severa de las personas jurídicas.

Este argumento justificativo de la intervención, sin embargo, se ha dado sin más por bueno, prácticamente sin debate alguno y sin plantearse si para atender esa eventual demanda social de mayor castigo no hubiera sido suficiente complementar y, sobre todo, “aplicar bien”, las “consecuencias accesorias” del antiguo artículo 129 CPE.⁵ Sobre todo, si se considera que entre las medidas aplicables a la persona jurídica conforme a dicho precepto, y las penas previstas por el vigente artículo 33.7 CPE para las mismas, las únicas novedades son el reconocimiento de la multa por cuotas o proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios o incentivos fiscales. Todo lo demás, se podía imponer también ya con el antiguo artículo 129 CPE. Incluso los delitos en los que cabía la posibilidad de aplicarlas eran muy semejantes a aquellos en los que se reconoce ahora la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por consiguiente, se contempla la aplicación de las mismas medidas, sólo que con el nombre de penas. Por eso, alguien podría pensar que para el viaje que supone contar con dos consecuencias sancionadoras nuevas, y el cambio de naturaleza de las mismas, no hacía falta llenar las

alforjas con tantos y tan complicados problemas como trae el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En definitiva, unos logros insuficientes e incapaces de justificar el evidente destrozo que en las categorías dogmáticas centrales de la teoría jurídica del delito supone el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Del mismo modo, se hace difícil compartir la idea de que en el ordenamiento penal y en la jurisprudencia reciente las penas que se aplican a las personas físicas responsables de la criminalidad de empresa son insuficientes desde el punto de vista preventivo. En lo que se refiere a la persecución, es evidente que la notoria disminución de la impunidad, que ha sido habitual en este ámbito delictivo, tiene poco que ver con que se incorporase o no al Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por el contrario, ello ha sido debido al incremento más que notable de recursos y de medios dedicados a la tarea investigadora e instructora por técnicos e inspectores de la administración, cuerpos policiales, órganos especializados del ministerio fiscal y jueces de instrucción, que están desarrollando una actividad inquisidora como pocas veces se ha conocido en España, y que está dando evidentes frutos (al margen de la opinión que merezca la histeria desatada en algunos momentos).

En lo relativo a la represión, salvo raras excepciones, cualquier comportamiento delictivo de naturaleza económica conlleva de ordinario la apreciación de delitos continuados y de concurrencias delictivas que incrementan significativamente las penas aplicables. Evidencia palmaria, por otra parte, de que un principio como el del bien jurídico, concebido en su origen para limitar el *ius puniendi*, se ha convertido en la práctica en el enemigo mortal del concurso de normas, en el antídoto definitivo del *ne bis in idem* y en un eficaz nenzima de los concursos delictivos. Efecto sin duda favorecido por el entusiasmo con el que la doctrina busca —y naturalmente acaba encontrando— bienes jurídicos propios, y diferenciados, para cada tipo de injusto; lo que supone cerrar automáticamente la puerta del concurso de normas y abrir la del concurso de delitos. El resultado de todo ello es que se

⁵ Antes de la LO 5/2010, además de la responsabilidad penal de la persona física que actuaba como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, el artículo 129 CPE preveía la posibilidad de aplicar a la misma una serie de medidas entre las que se incluía desde la clausura provisional o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, hasta la disolución de la empresa, pasando por la suspensión de sus actividades, la prohibición de realizar en el futuro actividades o negocios semejantes a aquellos que habían sido objeto de enjuiciamiento y la intervención de la empresa. En definitiva, salvo dos, las mismas que actualmente contempla el CPE como penas aplicables a las personas jurídicas.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

multiplican las figuras delictivas capaces de concurrir en el injusto económico y que, consecuentemente, las penas aplicables son también varias, con llamativas posibilidades de concurrencia punitiva.

Las únicas lagunas de punición que realmente vino a cubrir la introducción en 2010 del artículo 31 bis CPE son, pues, las que pudieran producirse cuando no se individualizara o no pudiera dirigirse el procedimiento contra la persona física que actuó en nombre o por cuenta de la persona jurídica, y en su provecho; lo que, como ya he dicho, creo que cada vez es más ocasional y paradójicamente podría producir un efecto contrario al pretendido, en la medida en que, asegurada la posibilidad de condenar a la persona jurídica, pudiera ello servir para atemperar el interés en identificar a las personas físicas responsables de los delitos cometidos. En todo caso, se trata de una eventualidad que pudiera haberse resuelto también manteniendo la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo.

En definitiva, que, a mi juicio, ninguna de las razones que se esgrimieron para considerar imprescindible el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas justificaba verdaderamente tal medida. Ni siquiera era cierto —y en ello coincide plenamente la doctrina— frente a lo que se afirmó en el Preámbulo de la LO 5/2010, que la introducción en el Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas viniera impuesta por el cumplimiento de obligaciones foráneas, pues lo único que se reclamaba por la Unión Europea era que se estableciera un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, sin imponer en modo alguno la naturaleza penal del mismo. Y prueba de ello es la diversidad de soluciones legislativas que se han dado en los distintos países miembros.

Pese a todo, y —debe decirse— contando con el apoyo de un significativo sector doctrinal, prevaleció el criterio de incorporar al Código Penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que se hizo mediante la LO 5/2010, y se ve reformado ahora por la LO 1/2015, por las razones y con las consecuencias que trato de explicar a continuación.

III. Modelo sancionado en el artículo 31 bis introducido por la LO 5/2010

1. Interpretaciones doctrinales

El Preámbulo de la LO 1/2015 excluye directamente que el modelo vicarial sea el que se incorporó en

2010 en el art. 31 bis CPE. A mi juicio, sin embargo, tal afirmación es errónea, aunque es cierto que el panorama doctrinal sobre dicho precepto ofrece más discrepancias que acuerdos.

Conforme al objeto de estas consideraciones, no expondré sino lo indispensable sobre las características de los dos modelos básicos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (“vicarial” y de “responsabilidad o culpabilidad de empresa”), y sobre sus fortalezas y debilidades, para centrarme únicamente en si, como sugiere el Preámbulo de la LO 1/2015, la regulación legal española de 2010, que se reforma, se correspondía propiamente con el modelo de “responsabilidad de empresa”, aunque no haya querido verlo así cierta doctrina, que lo interpretó en términos de “modelo vicarial”.

Personalmente, al leer las más que interesantes reflexiones sobre el tema aparecidas en estos últimos años en España, he tenido la impresión (por repetida, ya familiar) de que en la interpretación del artículo 31 bis no se ha pretendido casi nunca “dejar hablar al precepto”, por así decir, aceptando lealmente las consecuencias que de ello se derivaran (gustaran o no), sino que lo que ha importado a la mayoría de los intérpretes ha sido ver cómo acomodarlo a las concepciones teóricas previas sobre el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas sostenidas por cada uno de ellos bien antes de su aparición, ya fuera el “modelo vicarial”, el “vicarial-mixto” o alguna de las variantes del de “culpabilidad de empresa”. Como es cada vez más habitual, ha predominado el principio que recomienda no dejar que la letra y el espíritu de la ley (que decían los clásicos) suponga problema alguno para el mantenimiento de la teoría que cada uno lleva defendiendo desde siempre; aunque una simple lectura de la prosa legal del art. 31 bis muestre lo inviable de la pretensión; detalle, obviamente de importancia menor (probablemente hasta reaccionario) para la interpretación y aplicación de la ley penal en un Estado de Derecho.

Un significativo número de autores ha entendido que el artículo 31 bis CPE, creado por la LO 5/2010, respondía a un modelo “vicarial”, conforme al cual, como es sabido, la responsabilidad penal de la persona jurídica se declara siempre que una persona física cometa un delito, en nombre y por cuenta de la sociedad, siendo ese “hecho de referencia” el único fundamento de la responsabilidad penal del ente. En el fondo, esta concepción parte de la incapacidad de

la persona jurídica para llevar a cabo injustos típicos y/o (según los casos) de su incapacidad de culpabilidad, por lo que respondería penalmente por el simple hecho de que en su seno y en su nombre y provecho se ha cometido un delito por una persona física; lo que valdría tanto para los casos de responsabilidad de directivos y representantes de la persona jurídica (art. 31 bis.1, párrafo primero) como para los delitos cometidos por los subordinados de éstos (art. 31 bis.1, párrafo segundo, CPE).

La confirmación más evidente de que el artículo 31 bis CPE recogería un modelo vicarial estaría —según los partidarios de esta idea— en que el “debido control” al que alude el precepto, debe entenderse como la omisión del específico deber personal de vigilancia que establece el tipo para los representantes legales y para los administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica, sin que pueda verse el mismo como el incumplimiento de las previsiones de control y actuación de un previo programa de organización de la empresa. Así lo confirmaría el hecho de que no se reconoce en el artículo 31 bis CPE eficacia eximente alguna a la existencia previa de esos programas de cumplimiento.⁶ Como consecuencia, el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no estaría en un injusto y/o una culpabilidad atribuible directamente a ella misma (por “deficiente organización” o por desenvolverse en una “cultura de incumplimiento”), sino en injustos y culpabilidades de personas físicas, que son las que fundamentan directamente y de forma automática la responsabilidad de la corporación (con los posibles problemas de inconstitucionalidad del modelo que ello puede plantear, y que apuntamos después).

Otro significativo grupo de intérpretes ha mantenido que el artículo 31 bis CPE sancionaba un modelo de “culpabilidad de empresa”, ya se entienda ésta —por citar sólo los entendimientos más mayoritarios— como existencia de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, ya como culpabilidad por defecto de organización. Los argumentos más utilizados en apoyo de este entendimiento han sido que la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se hace en el artículo con absoluta independencia

de la exigencia de responsabilidad a la persona física,⁷ y el sentido último de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas recogidas en el apartado 4. Fundamentalmente, por la circunstancia 4.d) de haber establecido la empresa, 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”. Lo que se ha interpretado en el sentido de que si la adopción con posterioridad al delito de una *compliance guide* atenúa la responsabilidad de la persona jurídica, por la misma razón, la existencia de esos protocolos de actuación antes de la actuación delictiva deberán permitir la exención de la responsabilidad criminal del ente.

Finalmente, otro sector doctrinal ha apreciado en la regulación del artículo 31 bis CPE un “sistema mixto de imputación”, encontrando en él tanto elementos de responsabilidad vicarial como aspectos propios de culpabilidad de empresa. Los primeros, apreciables en el hecho de que se atribuye a la persona jurídica el comportamiento delictivo de una persona física, que cumple el papel de hecho de conexión de la responsabilidad de ambos. Los elementos de autorresponsabilidad se pondrían de manifiesto en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis CPE —reconociendo la posibilidad de declarar la responsabilidad penal del ente aunque no sea posible hacer lo mismo con la persona física que lleva a cabo el hecho de conexión—, y en las atenuantes del apartado 4, en particular la del supuesto d); argumentos, ambos, ya comentados.

2. Interpretación que se propone

Hasta aquí, de forma extraordinariamente abreviada y simple, el estado de la cuestión en la doctrina española. A continuación, procederé a determinar cómo se compadece —a mi juicio— esta variedad interpretativa con el artículo 31 bis CPE, *ex* LO 5/2010, como paso necesario para poder valorar la necesidad y oportunidad de la reforma de la LO 1/2015.

Para empezar, se hace necesario recordar la obviedad de que sólo puede considerarse que este precepto responde a un modelo de culpabilidad de empresa si

⁶ Véase *infra*, nota 3, artículo 31 bis.1 y 4.d). A tales programas se les reconoce sólo eficacia atenuante, cuando han sido establecidos después de cometido el delito y antes del comienzo del juicio oral.

⁷ Como probaría el hecho de que ni siquiera sea precisa su identificación ni que incurra en responsabilidad criminal para que pueda responder la persona jurídica —apartados 2 y 3 del precepto—. *Vid. infra*, nota 3.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

se reconociera en él eficacia eximente a los programas de cumplimiento adoptados con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. Ello depende, como ya se ha dicho, del tratamiento que reciban las causas de exención y atenuación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y de cómo se interprete la referencia al “debido control” del párrafo segundo del art. 31 bis.1 CPE.

Si el “no haberse ejercido sobre ellos el debido control” se entiende como la omisión del deber de vigilancia por parte de los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica, es evidente que el precepto se situaría muy lejos de los modelos de culpabilidad de empresa, puesto que no es un defecto de organización corporativa, sino el incumplimiento de un deber personal de control, el que sería fundamento del delito cometido. Por el contrario, el artículo 31 bis CPE recogería efectivamente un modelo de responsabilidad de empresa si esa omisión del debido control resultara consecuencia directa de su (inadecuada) forma de organización y control de los riesgos derivados de su actividad.

A mi juicio, la prosa del párrafo segundo del apartado 1 y del apartado 3 del artículo 31 bis CPE (ex LO 5/2010) es concluyente para la interpretación del “debido control”. En el primero de ellos, el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica se basa en que los delitos cometidos por los subalternos se llevaron a cabo porque las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior no han ejercido sobre ellos el control al que estaban personalmente obligadas, atendidas las concretas circunstancias del caso. Significativo es que se utilice el verbo “ejercer”, cuyo sentido propio se refiere a acciones o facultades que incumben y se desarrollan por una persona. Igual de clara es, a mi juicio, la conclusión que se extrae del apartado 3º del mismo artículo 31 bis. En el mismo se alude a “las personas que materialmente hayan realizado los hechos” o... las... (personas físicas, obviamente) “que los hubiesen hecho posible por no haber ejercido el debido control...” Es decir: establece como antecedente del delito que se imputa a la persona jurídica el incumplimiento de sus deberes de control por parte de las personas físicas obligadas a ejercerlos. En definitiva, pues, ambos preceptos legales sitúan la omisión del debido control en el comportamiento de

personas concretas que, debiendo hacerlo, no lo han ejercido sobre sus subordinados, lo que entonces resulta difícilmente compatible con el entendimiento de que se estarían contemplando defectos estructurales de organización corporativa.

En términos parecidos se pronunció muy pronto la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011,⁸ entendiendo que en el artículo 31 bis CPE no se considera un modelo de imputación que se base en los defectos de organización o en el funcionamiento defectuoso del ente. Por el contrario, en lo que se refiere al “debido control”, lo importante, estimaba, no es la existencia de un código de autorregulación, sino acreditar que “los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos”. Prueba de ello era que el estar dotada de pautas organizativas y protocolos que garanticen un adecuado funcionamiento antes de cometer el delito ni siquiera está previsto en el art. 31 bis CPE como circunstancia de atenuación. Concluyendo, en definitiva, que la existencia de normas de autorregulación de las empresas o *compliances guides* no impide que se pueda incurrir en responsabilidad penal “porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si ésta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por su gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación”.

En todo caso, debe recordarse que los argumentos interpretativos apoyados en una consideración que se estima implícita en la regulación legal sólo son atendibles cuando tal conclusión no está expresamente desmentida por la misma norma en la que supuestamente se contendrían. Por eso, no es sostenible el criterio de quienes han visto en el art. 31 bis un modelo de “culpabilidad de empresa”, debido a que si la creación de un programa de organización y control de la empresa, establecido antes del comienzo del juicio oral, atenúa la responsabilidad criminal del ente (art. 31 bis 4.d, LO 1/2010), ello presupone implícita y necesariamente que la existencia del mismo antes

⁸ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

de la comisión delictiva debe excluir la responsabilidad criminal. Y no sirve tal argumento, porque lo cierto es que la única referencia legal que se hace a tales modelos es para reconocerles únicamente eficacia atenuante; por lo que el precepto donde supuestamente estaría implícita la conclusión exculpatoria, lo que verdaderamente hace es cerrar de plano cualquier lucubración sobre su eventual eficacia excluyente de la responsabilidad criminal.

A mi juicio, pues, conforme a la redacción del artículo 31 bis CPE (LO 5/2010), era obligado concluir que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se configuraba conforme al modelo “vicarial”; por más que ello le parezca ahora al Preámbulo de la LO 1/2015 la conclusión equivocada de una cierta doctrina.

Que se plasmará un modelo “vicarial”, sin embargo era un verdadero problema, pues ello significaba refrendar legalmente la responsabilidad por hecho ajeno, dado que el fundamento de la responsabilidad del ente no es otro que el delito cometido, en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por las personas físicas que la representan o la administran de hecho o de derecho, o por quienes están sometidos a la autoridad de los mismos.

Sin entrar ahora en el detalle del debate sobre la constitucionalidad de este modelo —sobradamente conocido—, baste decir que ello supone reconocer que la responsabilidad penal de la persona jurídica no se fundamenta en un injusto y en una culpabilidad propias, sino que es consecuencia necesaria de que “otro” ha realizado un delito, lo que choca frontalmente con los principios penales básicos de responsabilidad por hecho propio, culpabilidad y personalidad de las penas.

IV. Modelo sancionado en la reforma de la LO 1/2015

A tenor de lo expuesto, es claro, pues, que las dudas sobre el modelo efectivamente recogido por el artículo 31 bis CPE (LO 5/2010) no son fruto de la actitud renuente de “algunos”, como pretende el Preámbulo de la LO 1/2015, que no han querido ver lo que era evidente (que el modelo sancionado en 2010 era el de culpabilidad de empresa), sino que, por el contrario, han sido provocadas, por una parte, por la evidencia de que el artículo 31 bis CPE incorporado en ese momento respondía a un modelo vicarial, lo que genera

irreparables tachas de inconstitucionalidad y, por otra, por el empeño de ciertos sectores en ver recogido en el precepto legal un modelo de responsabilidad de empresa que éste no contempla y a cuyo supuesto amparo se patrocinó y propició una dinámica de adopción de *compliance guides* con supuesta función eximente, cuya eficacia fue pronto puesta en entredicho, con la consiguiente incertidumbre entre los destinatarios de la norma y entre los operadores jurídicos. Ésta es la duda que resultaba necesario y urgente aclarar.

La reforma, además, tenía que partir de otra evidencia: que los problemas de constitucionalidad que presenta el modelo vicarial son consustanciales al mismo y no achacables a una concreta redacción de los preceptos penales. La única forma de solventarlos era, pues, sancionando “otra forma” de fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una forma que, obviamente, dados los antecedentes de la cuestión, no podía ser otra que la de pronunciarse inequívocamente por un modelo de “culpabilidad de empresa”, que cimiente la responsabilidad penal de la persona jurídica en un defecto de organización corporativa, lo que constituye un soporte de la pena independiente de la culpabilidad de las personas físicas que actúan en su nombre o representación. Ésta es la única forma de no configurar la responsabilidad del ente como un supuesto de culpabilidad por hecho ajeno, sino de responsabilidad directa de la persona jurídica, basada en una culpabilidad (o en un injusto y una culpabilidad, según otros autores) apreciable directamente en la persona moral; por tanto: responsabilidad por hecho propio. El problema que se planteará ahora será otro, como comentamos después: la irreconciliable colisión de las categorías utilizadas para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con los conceptos básicos de la teoría jurídica del delito configurada en el Código Penal español.

Como no podía ser de otra forma, la LO 1/2015 sanciona la función eximente de la responsabilidad criminal de los *compliances guides*, cumplimentados antes de la comisión del delito y ejecutados con eficacia, lo que significa basar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la existencia de un defecto de organización. Ese fundamento de la responsabilidad, y la función eximente de tales modelos de organización y gestión previos, valdría tanto para los delitos cometidos por los representantes legales o administradores de la persona jurídica como para

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

los realizados por sus subordinados, por haber incumplido aquéllos los deberes de control de sus actividades, conforme al modelo. Es decir, para los mismos supuestos que contemplaba la versión anterior del artículo 31 bis.1 CPE:⁹ delitos cometidos por lo que genéricamente podemos denominar representantes y directivos de la persona jurídica, y delitos cometidos por subordinados de los anteriores. Para cada uno de los supuestos, sin embargo, se establecen condiciones distintas para la exención o atenuación de la responsabilidad criminal del ente. El presupuesto común a ambos casos es, obviamente, que el delito cometido por las personas físicas se haya hecho en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto.

Cuando se trata de delitos cometidos directamente por los representantes y directivos de la persona jurídica,¹⁰ la exención de responsabilidad se produce cuando el delito se ha cometido eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión adoptados antes de la comisión del delito, que resulten idóneos para prevenir o reducir el riesgo de comisión delictiva, y cuya supervisión del funcionamiento y cumplimiento ha sido encomendado a un órgano específico de la persona jurídica, con capacidad de

funcionamiento autónomo, y que ha actuado diligentemente en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control.

En el supuesto segundo, cuando el delito fuere cometido por los subordinados de representantes y directivos de la persona jurídica, la exención o atenuación de la responsabilidad criminal de la sociedad se produce también si, antes de la comisión del delito, se ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo para prevenirlos o reducir significativamente el riesgo de su comisión.¹¹ Además de hacer desaparecer de la prosa legal la referencia a “medidas de vigilancia y control idóneas”, a las que se aludía antes, no se reclaman ahora entre las condiciones que debe cumplir el modelo para la exención o atenuación de la responsabilidad criminal ni la exigencia de que la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del mismo se haya confiado a un órgano específico de la persona jurídica, con poderes autónomos, ni que el delito se haya cometido eludiendo fraudulentamente los modelos, ni que se haya carecido de un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano encargado de tal función.

Legalmente, se especifican para ambos supuestos los requisitos que deben cumplir los modelos de orga-

⁹ Para la comparación, véase *supra* nota 3. Art. 31 bis.1, LO 1/2015: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso”.

¹⁰ Art. 31 bis.2, LO 1/2015: “Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a

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

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

¹¹ Art. 31 bis.4, LO 1/2015: “4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

“En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo”.

nización y gestión capaces de desempeñar la función exigente o atenuante, reclamándose desde la identificación de las actividades en cuyo desenvolvimiento pueden producirse los delitos que deben ser prevenidos hasta la verificación periódica del modelo, pasando por los procedimientos conforme a los cuales configurar la voluntad de la persona jurídica, la adopción y ejecución de sus decisiones, el control de la gestión de los recursos financieros, la información sobre los posibles riesgos e incumplimientos al órgano de vigilancia y el establecimiento de un sistema disciplinario para la violación de las medidas que establezca el modelo.¹²

Como el objeto de estas reflexiones es simplemente identificar el modelo que fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no entraré en el detalle de las modificaciones concretas que se introducen. Señalaré sólo que la nueva redacción del artículo 31 *bis* CPE (LO 1/2015) es la prueba más convincente de que la redacción anterior no respondía a criterios de culpabilidad de empresa. El nuevo texto, configura a la existencia previa al delito de un modelo de organización y gestión como el elemento

que salva —supuestamente, como se verá— la exigencia de injusto/culpabilidad por hecho propio en la responsabilidad de las personas jurídicas; y ha creído necesario hacerlo —detalladamente, además— aun manteniendo la redacción de los apartados 2, 3 y 4 del anterior artículo 31 *bis*.

En efecto, la LO 1/2015 conserva, en los mismos términos que antes, la exigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no se individualice o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra la concreta persona física responsable del delito, y con independencia de que concurren en ella circunstancias que afecten a su culpabilidad o agraven su responsabilidad, hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia.¹³ Asimismo, se contempla de la misma forma la regulación de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, manteniendo su contenido y efectos, y sus condiciones de apreciación.¹⁴ Además —como ya se ha anticipado—, en congruencia con el modelo de culpabilidad de empresa que se establece, se prevé la atenuación de la pena cuando sólo se haya acreditado parcialmente el cumplimiento de las

¹² Art. 31 bis.5, LO 1/2015: “5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

“1º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

“2º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

“3º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

“4º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

“5º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

“6º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

¹³ Nuevo artículo 31 ter (LO 1/2015; que se corresponde con los anteriores apartados 2 y 3): “1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

“2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”.

¹⁴ Nuevo art. 31 quáter (LO 1/2015; que se corresponde con el anterior apartado 4): “Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

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.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado 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”.

condiciones previstas para la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en relación con los modelos de organización y gestión y con la supervisión, vigilancia y control de la aplicación de los mismos (artículo 31 bis. 2, párrafo segundo, y artículo 31 bis.4, párrafo segundo).

Como bien refleja la nueva redacción del artículo 31 bis, estas últimas previsiones no definen por sí solas la presencia de un modelo de autorresponsabilidad, sino que el elemento identificador de que se opta por un sistema de culpabilidad de empresa es que la carencia antes de la comisión delictiva de un modelo de organización y prevención de delitos pueda ser identificada como un defecto de organización (o como manifestación de una cultura de incumplimiento, si se prefiere), referible directamente a la persona jurídica; lo que, por añadidura, permite salvar las reservas de inconstitucionalidad que pueden dirigirse al modelo vicarial. El reconocimiento de la eficacia eximente (o atenuante) del modelo previo es la consecuencia necesaria de ese presupuesto, sirviendo su existencia y observancia para entender que la comisión del delito realizado por directivos, administradores o subalternos no se debe a circunstancia alguna imputable a la persona jurídica —que ha implementado los medios preventivos necesarios para evitar la comisión delictiva, y, por consiguiente, ha actuado con la diligencia que era legalmente exigible (supuesto del artículo 31 bis.1 a)— o para entender cumplidos también con diligencia por éstos los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de los subordinados que llevaron a cabo el comportamiento delictivo (supuesto del artículo 31 bis.1 b). En definitiva, que no hay “injusto/culpabilidad” alguna atribuible a la persona jurídica y, por consiguiente, que no puede haber tampoco responsabilidad penal alguna de la misma.

No me ocuparé de las observaciones y críticas que se han hecho a este modelo de imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica, que son variadas y de fuste. Diré, únicamente, que (al margen de la redacción concreta) me parece plausible que el artículo 31 bis (LO 1/2015) detalle los contenidos y requisitos que deben tener los modelos de organización y gestión y las condiciones que deben observarse para su adecuada supervisión y cumplimiento. Ello ayudará sin duda en la elaboración e implementación de los mismos por las personas jurídicas y, correlativamente, en la valoración judicial sobre la eficacia eximente o atenuante que están llamados a cumplir.

Aunque no creo, sin embargo, que vayan a encontrar solución fácil los numerosos problemas que la experiencia de otros ordenamientos ha puesto ya de relieve que plantea la implantación de este sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pudiendo resultar particularmente orientativa la situación italiana.

V. Dificultades que presenta el establecimiento de un modelo de responsabilidad de empresa en la dogmática y teoría jurídica del delito que sustenta el Código Penal español

A lo que me referiré ahora, también brevemente, será a las dificultades conceptuales que presenta la incardinación de este modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas en un sistema penal construido dogmática y legalmente para la prevención y represión de la conducta humana, lo que situaría a las personas jurídicas fuera del campo de aplicación de la dogmática y de la teoría jurídica del delito que sustenta al Código Penal español.

Si “son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”, como sigue diciendo el artículo 10 CPE, es obvio que la única forma de entender que las personas jurídicas cometen delitos es aceptando que tienen capacidad de acción y de culpabilidad; como defienden, por lo demás, una buena parte de quienes postulan modelos de responsabilidad de empresa, sobre la base de entendimientos exclusivamente normativos de la acción —aunque no siempre se sepa bien ni cómo ni por qué—.

Si el concepto de acción es pura y exclusivamente valorativo, sin ninguna servidumbre o condicionante existencial de lo que puede ser valorado, si la capacidad de acción puede reconocerse a todo aquello a lo que se pueda exigir el cumplimiento de un deber, y, por tanto, a las personas jurídicas se aproximan tiempos interesantes, pues el desarrollo de la inteligencia artificial, de la robótica y de las nuevas tecnologías en general presentará pronto ingenios mecánicos a los que, conforme a esos principios, no habrá razón alguna para negarles la capacidad de acción penal; y tengo para mí que no faltarán quienes pronto lo pretendan.

Si a una persona jurídica se le reconoce tal capacidad, porque —se dice— ha de organizarse respetando los deberes jurídicos que gobiernan su forma de configurarse y su actividad, también un vehículo au-

tomático de los que se anuncian como muy próximos, por ejemplo, y que se pretenda deba ser configurado y actuar respetando las normas de seguridad del tráfico, podría ser reconocido como sujeto de Derecho con capacidad de acción penal. Y para justificar tal atribución, podría invocarse igualmente el consabido argumento de que si tiene capacidad para conducir autónomamente (prestar dinero, en el ejemplo tradicional), debe reconocérsele la misma aptitud cuando conduzca temerariamente (prestar usurariamente) y responder penalmente por ello. Con mayor fundamento, incluso, porque mientras que la persona jurídica es incapaz de autoorganizarse o actuar en función de decisiones directamente referibles a ella, pues su estructura y su capacidad para cumplir con el deber jurídico es necesaria e ineludiblemente el resultado del comportamiento de personas físicas, los ingenios mecánicos dotados de inteligencia artificial tendrán (si acaso no la tienen ya) capacidad de decisión autónoma y de actuación congruente. Por este camino, el reconocimiento de la “responsabilidad penal de las cosas” y de los ingenios tecnológicos estaría más próximo de lo que parece, (re)apareciendo ante el dogmático una cuestión político-criminal que parecía culturalmente superada y que el progreso nos pondría, nuevamente, delante.

Por mi parte, entiendo que, incluso si se piensa que todo lo penal es valorativo, el presupuesto irrenunciable de los conceptos penales básicos es (y ha de ser) el reconocimiento de que su sustrato existencial lo constituye y tiene que seguir constituyéndolo el comportamiento humano. Como consecuencia, la capacidad de realizar acciones típicas sólo puede reconocerse a la persona física. Ni siquiera mediatamente podría atribuirse tal capacidad a la persona jurídica, argumentando que el sustrato de su responsabilidad se encuentra en los comportamientos de sus representantes legales, administradores o en los subordinados de éstos, pues tal argumentación no hace sino reconocer lo que pretendería negarse. Conforme a la definición legal del Código Penal español, el delito sólo puede cometerlo quien actúa u omite, y, conforme a lo expuesto, en mi criterio, las personas jurídicas, en cuanto tales, no actúan; *ergo*: no delinquen.

Consideraciones semejantes pueden hacerse en relación con la capacidad de culpabilidad. Mientras el dolo se entienda como hasta ahora, e integre necesariamente un componente psicológico del sujeto, y presuponga la capacidad del autor para conocer y querer (la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa

comprensión, dice el art. 20.1 CPE), las personas jurídicas no podrán actuar dolosamente. Y si el dolo es el elemento esencial del concepto de delito (artículo 10 CPE: “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”) y el dolo sea el fundamento de la pena (art. 5 CPE: “No hay pena sin dolo o imprudencia”) la conclusión es única y clara: conforme al concepto legal de delito, las personas jurídicas no delinquen; diga lo que diga el artículo 31 bis CPE. Y lo mismo vale para la imprudencia.

Las paradojas que ello suscita son numerosas. La primera y más evidente es que la gravedad que se valora a la hora de determinar la responsabilidad dolosa de la persona jurídica es la de quienes han concebido y ejecutado el modelo de organización: personas físicas, pues, cuya actuación, mediante una transferencia automática, pasa a definir el comportamiento doloso del ente, de forma que un grave defecto de organización o un incumplimiento grosero de los procedimientos de control dará lugar a calificar como dolosa la conducta de la persona jurídica. La segunda, que, siendo así, la responsabilidad de la persona jurídica en cuanto tal resultaría estrictamente objetiva, pues respondería por el dolo o la negligencia ajena. Y, finalmente, que algunos entendimientos de la culpabilidad de la persona jurídica, como el de la cultura corporativa desviada o cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, vendrían a situarla en el contexto del Derecho penal de autor y en la “culpabilidad por el carácter”; sin que ello despierte recelo alguno para sus defensores, por cierto.

Los propios partidarios de los modelos de autorresponsabilidad reconocen que es impropio hablar de responsabilidad a título de dolo o imprudencia en relación con las personas jurídicas, pues en realidad con tales referencias lo único que pretende precisarse es la gravedad del defecto de organización. Dolo y culpa, por tanto, no pueden ser en relación con los entes morales lo que son en relación con las personas físicas, pasando a convertirse únicamente en referencias con las que calificar la gravedad del defecto organizativo. El problema es que los conceptos que fundamentan la responsabilidad penal en el Código Penal español, y aplicables (porque ninguna salvedad se hace al respecto) a “cualquier responsabilidad penal”, sólo son posibles en relación con personas físicas, lo que deja sin sustento legal alguno a las categorías en las que se basa la imputación de responsabilidad criminal a las personas jurídicas.

La pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España

Incluso el concepto de pena deja de tener sentido respecto de la persona jurídica. El presupuesto de la capacidad preventiva (o retributiva, si se prefiere) de la pena, es que quien la sufre tiene la capacidad para percibir directa y personalmente la aflicción y privación de derechos fundamentales que comporta. Sólo así puede explicarse convincentemente su eficacia preventiva; pero ésa es sólo una función que resulta concebible en relación con personas físicas. Aplicada a las personas jurídicas, la pena no puede cumplir función preventiva alguna sobre el sujeto al que se aplica, y si la cumple es porque actúa sobre las personas físicas que la integran. Y lo mismo podría continuar diciéndose respecto de otros elementos de la teoría jurídica del delito, construida, como ya se ha dicho, con el único referente del comportamiento humano.

En definitiva: en el Código Penal español vigente —antes y después de cualquiera de las redacciones del artículo 31 bis— la responsabilidad criminal y la noción de delito están construidas sobre elementos que no son apreciables en las personas jurídicas. No parece razonablemente discutible que todos los conceptos sobre los que en el Código Penal se asienta la responsabilidad penal están definidos y concebidos en torno a la persona física, por lo que, conforme a la teoría jurídica del delito diseñada en el Código, es evidente que las personas jurídicas no pueden delinquir. De tal forma que puede decirse que a las personas jurídicas podrá, finalmente, imponérselas una pena, pero, desde luego, delinquir no delinquen, en los términos en los que el Código Penal español define al delito.

Conscientes de todo ello, un significativo sector de los partidarios de los modelos de autorresponsabilidad advierte que la búsqueda de un injusto y/o una culpabilidad propia de las personas jurídicas obliga a que los conceptos penales de la teoría jurídica del delito actual sean reinterpretados, acomodados, reformulados, conforme a las exigencias derivadas de la necesidad político-criminal de reconocer la responsabilidad penal de las corporaciones. Ello supone situar el debate en si es conveniente y deseable esa reinterpretación de los conceptos penales, con el peligro de que se vean mermadas las garantías individuales, o si no es preferible mantener la dogmática y la teoría jurídica del delito tal y como la conocemos y construir categorías *ad hoc*, que respondan a las necesidades de fundamentación que requiera la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Personalmente, no comparto el exabrupto de que si las categorías jurídicas del delito tienen dificultades para asumir la responsabilidad penal de las personas jurídicas “peor para ellas”, como se ha dicho por algún autor. Simplemente, porque a la postre, inevitablemente el “ellas” acabamos siendo “nosotros”, todos los ciudadanos. Sencillamente, porque estoy convencido de que la revisión con ese fin de los modelos de atribución de responsabilidad penal construidos para la persona física conllevaría una distorsión irreparable de los conceptos penales tradicionales y/o una revisión “a la baja” de las garantías características de la misma, y que son inaplicables a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Desde esta perspectiva, estimo que hubiera sido más apropiado regular la materia en una ley especial, como ha hecho por ejemplo Italia, y ha propuesto alguna doctrina española, lo que habría permitido configurar una Parte General apropiada a las singularidades de las personas jurídicas; buscando, además, fórmulas que permitieran que el enjuiciamiento de tales hechos se encargara a la Administración de Justicia, de la misma forma que se ha hecho al incluirla en el Código Penal. Ello, suponiendo que para afrontar los problemas que plantea la criminalidad de empresa no quede otro camino que el de reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que personalmente no comparto, como ya ha quedado expuesto.

La reforma operada por la LO 1/2015, sin embargo, consolida el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, marcando un punto de no retorno en el camino iniciado por la LO 5/2010, por lo que no es político-criminalmente esperable que pueda volverse atrás y replantearse, no ya la conveniencia de soluciones administrativas, sino al menos plantear si la regulación debe hacerse mejor en una ley especial, apoyada en categorías de imputación que no colisionen con los principios penales básicos. Ni siquiera parece verosímil una reforma del Código Penal que sirviera para acabar con la paradoja conceptual que supone que pueda serle impuesta una pena a quien, Código Penal español en mano, y definición de delito delante, no puede cometer un delito.

Así las cosas, no parece quedar otra solución que la que descubrió la doctrina mayoritaria incluso antes de la LO 5/2010: puesto que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho irreversible, obligada consecuencia de la “modernidad” (incluso dogmática), renunciemos al debate sobre su necesi-

dad y oportunidad, incluso sobre su constitucionalidad y correspondencia con el Código Penal, para ocuparnos de cómo interpretarla para que ocasione los menos destrozos posibles. En esto se ha centrado la producción doctrinal española de los últimos años, con aproximaciones y reflexiones de gran interés que tal vez hayan ayudado al legislador en la reforma del modelo; aunque es evidente que en la regulación propuesta han pesado especialmente los criterios de los partidarios de la culpabilidad de empresa, sin que se advierta ninguna toma en consideración de las observaciones formuladas por otras posiciones; y ello, a pesar de que hasta este sector doctrinal se ha rendido a la evidencia de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha llegado para quedarse.

En todo caso, es evidente que si se acuerda reconocer penalmente la responsabilidad penal de las per-

sonas jurídicas, sólo tiene sentido hacerlo en términos de culpabilidad de empresa. Sencillamente, porque la principal virtud que ello tiene es que compromete a las personas jurídicas en la prevención y detección activa de los delitos que puedan cometerse en su seno por parte de las personas físicas que actúan en su nombre y en su provecho, instando dinámicas de autoorganización y control de riesgos mediante el establecimiento de programas de cumplimiento corporativo, que son absolutamente convenientes y plausibles. Cuestión distinta es si eso hubiera podido lograrse igualmente manteniendo la responsabilidad en el ámbito administrativo y, sobre todo, si es constitucionalmente sostenible un modelo de responsabilidad penal que acaba imponiendo una pena a quien, conforme a la definición legal, no ha cometido delito alguno.