

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA LO 5/2010

ADÁN NIETO MARTÍN

*Catedrático de Derecho Penal. Instituto de Derecho penal europeo e internacional. Universidad de Castilla-La Mancha*

### I. La evolución de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ordenamiento español

A partir del siglo XIX, la mayoría de los ordenamientos europeos – con la temprana excepción de Inglaterra – se mostraron contrarios a sancionar a las personas jurídicas. España no fue una excepción y en nuestro derecho penal durante mucho tiempo rigió el principio de *societas delinquere non potest*. El derecho penal se aplicaba a personas naturales o físicas, pero nunca a jurídicas, cuya presencia en el Código penal únicamente estaba prevista en el ámbito de la responsabilidad civil.

La Ley Orgánica 5/2010 culmina un largo proceso de reforma del CP tendente a introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde los comienzos de la reforma del Derecho penal español en los últimos años setenta, la responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre fue objeto de debate<sup>1</sup>. La polémica tenía lugar en los siguientes términos: la opinión mayoritaria consideraba que la responsabilidad de las personas jurídicas violaba principios básicos del derecho penal y era contraria a su inclusión, de otro lado, se mantenía que sancionar a las corporaciones resultaba necesario para combatir con eficacia

---

<sup>1</sup> Probablemente el artículo que reabre el debate tras la guerra civil fue el de Marino Barbero, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?, RDM, 1957, p. 258 y ss.

cia determinados tipos de criminalidad, criminalidad organizada, económica, así como para acabar con la utilización de empresas pantalla o de mera fachada cuyo objetivo era servir de tapadera a la realización de hechos delictivos sin desplegar una actividad económica real.

Esta tensión entre teoría<sup>2</sup> y pragmatismo<sup>3</sup>, que se ha extendido desde finales de los años 70 hasta la Ley 5/2010, produjo los siguientes resultados:

Primero: En el ámbito de las infracciones económicas se recurrió masivamente a establecer sanciones administrativas para personas jurídicas. En materia de medio ambiente, de defensa del consumidor, de mercado de valores, de defensa de la competencia, de ordenación bancaria y un largo etcétera se establecieron sanciones administrativas (multa) muy elevadas. En la mayoría de estos sectores la responsabilidad de las personas jurídicas resulta de mayor importancia que la de sus administradores o las personas naturales que cometieron la infracción, que tiene una importancia marginal.

La sanción generalizada de personas jurídicas en el derecho administrativo se compaginaba mal con la concepción que hoy existe acerca de las sanciones administrativas. Tras un largo debate que arranca de los comienzos del siglo XIX, hoy se entiende que el derecho penal y el derecho sancionador administrativo son “la misma cosa” (identidad ontológica), y que por tanto deben aplicarse los mismos principios (legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia...)<sup>4</sup>; partiendo de este presupuesto ¿por qué sancionar administrativamente a una persona jurídica no violaba principios básicos del derecho penal, como el de culpabilidad, y si en cambio lo hacía cuando se trataba de una sanción penal?. El TC se ocupó de esta cuestión en su sentencia 246/1991, que en realidad ponía de manifiesto que la responsabilidad de las personas jurídicas no era contraria a la Constitución<sup>5</sup>. Otros muchos explicaban esta con-

---

<sup>2</sup> Entre las elaboraciones teóricas más recientes en contra de la responsabilidad de personas jurídicas Feijoo Sánchez, Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente, Civitas, 2002; Gracia Martín, La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Actualidad Penal, 1993; Silva Sánchez, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, y las consecuencias accesorias en el art. 129 del CP, AAVV, Derecho penal económico. Manuales de formación continuada, CGPJ, 2001. En realidad el debate teórico en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas oscilaba entre el “círculo vicioso”, todo dependía de los presupuestos iniciales de cada autor, y lo puramente semántico, se estaba a favor de imponer sanciones, siempre y cuando no se llamaran penas. Para esta visión del debate García Arán, Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en LH a D. Ángel Torio López, Granada, Comares, 1999.

<sup>3</sup> Desde posiciones pragmáticas el único autor que en realidad se oponía a la responsabilidad de personas jurídicas era Bajo Fernández, De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ADPCP, 1981.

<sup>4</sup> Cfr. Cerezo Mir, Curso de Derecho penal español, Civitas, 6ª ed 2004, p 50 ss.

<sup>5</sup> Por ejemplo, Dopico Gómez Aller, Responsabilidad de personas jurídicas, en Ortiz de Urbina Gimeno (coord.), Memento, Reforma penal 2010, Ed Levebre, Madrid, 2010, p. 11; Gómez Jara, El nuevo art. 21.2 del Código penal: cuestiones de lege lata y de lege ferenda, en Gómez Jara (ed.), Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, Aranzadi, 2006, p. 262 s.

tradicción acudiendo a la teoría de los matices: los principios del derecho penal no se aplican tal cual al derecho sancionador administrativo, sino que se introducen algunas modificaciones, como, precisamente, la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>6</sup>.

Un aspecto a tener en cuenta es que, tras la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la LO 5/2010, entre estas innumerables sanciones administrativas y las sanciones penales pueden existir casos de *ne bis in idem*. Al igual que a una persona natural no se la puede sancionar dos veces por el mismo hecho, cuando el fundamento del castigo es idéntico (triple identidad), tampoco lógicamente puede sancionarse dos veces – penal y administrativamente – a la persona jurídica. Para solventar esta colisión de normas penales y administrativas debe utilizarse el mismo procedimiento existente para las personas naturales, es decir, el conformado por la STS 3/2001 y el art. 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. No obstante, debe advertirse que en algún caso esta forma de impedir el *bis in idem*, basada en la prevalencia de la sanción penal puede conducir a resultados paradójicos. Las sanciones administrativas que se establecen en muchas leyes como la Ley de Defensa de la Competencia o la Ley del Mercado de Valores son más graves que las multas penales.

Segundo: la tensión entre teoría y pragmatismo dio lugar también a un curioso resultado en el marco del CP. Como existía una oposición radical a que las sanciones a personas jurídicas fueran calificadas de penas, el legislador en los sucesivos Proyectos, Anteproyectos y reformas de CP decidió darles otra denominación. En un principio decide denominarlas medidas de seguridad (Anteproyecto de 1983)<sup>7</sup>, para después denominarlas consecuencias accesorias, que es la solución que acogería el CP de 1995 en el art. 129<sup>8</sup>.

Aunque aparentemente se trataba de una opción puramente semántica, en realidad escondía una importante elección de política criminal. El art. 129, en la redacción que le otorga el CP de 1995, contenía una gama muy amplia de “consecuencias accesorias”: disolución, suspensión de actividades, cierre de locales, intervención judicial. Como puede apreciarse en este catálogo de sanciones no estaba la multa, que en el derecho comparado es la “reina” de las sanciones contra personas jurídicas, y había abundancia de “consecuencias” demasiado drásticas para ser de aplicación a empresas de economía legal. Resulta descabellado disolver o cerrar los locales de, por ejemplo, una constructora porque haya pa-

---

<sup>6</sup> Una posición distinta, desde su peculiar visión del derecho administrativo sancionador puede verse en Alejandro Nieto, Derecho sancionador administrativo, Tecnos, 2008, p. 350 ss.

<sup>7</sup> Vid. en la bibliografía de la época Romeo Casabona, Peligrosidad y derecho penal preventivo, Bosch, 1986, p. 73 ss.

<sup>8</sup> Algunos autores, en lucha contra este nominalismo, denunciaron desde un primer momento la estafa de etiquetas, esencial para el 129 Zugaldía Espinar, Las penas previstas en el art. 129 del Código Penal para las personas jurídicas (Consideraciones teóricas y consecuencias prácticas), PJ nº46, 1997, p. 331 ss.

gado un soborno al Alcalde de un pueblo, para obtener la adjudicación de unas obras. En realidad el art. 129 no estaba pensando en empresas de economía legal, sino en personas jurídicas que no tienen otra actividad que la delictiva o son tapaderas del crimen organizado o el terrorismo, frente a las que sí tienen pleno sentido estas sanciones tan drásticas. Esta opinión se confirma cuando se atiende a los delitos en los cuales puede aplicarse el art. 129 – sobre todo en su versión original de 1995 –, relacionados casi todos con tráfico ilegal (de drogas, inmigración ilegal, trata de personas, de productos pirateados..) o con la criminalidad organizada y el terrorismo. Como veremos, el art. 129 tras la redacción que le ha otorgado la LO 5/2010 confirma de alguna manera esta dirección político criminal.

A partir del cambio de siglo a la tensión entre teoría y pragmatismo que venimos comentando se añadió otro factor más. Los Convenios internacionales en materia penal ratificados por España y sobre todo numerosas Decisiones marco de la UE obligaban al legislador español a introducir sanciones contra personas jurídicas. Como la solución de las sanciones administrativas no era siempre viable<sup>9</sup>, se optó en algunos casos por aplicar el art. 129, lo que en delitos cometidos por empresas de economía legal resultaba aberrante como se ha visto, y finalmente en la LO 15/2003 por introducir un segundo párrafo en el art. 31 del CP. Este precepto, derogado por la LO 15/2003, no satisfizo a nadie. De un lado, era político criminalmente defectuoso: permitía que los administradores se libieran de la multa y que esta fuera pagada por la persona jurídica. La consecuencia era una pérdida absoluta de prevención general, que se acentuaba además porque la cuantía de la multa era lógicamente calculada atendiendo al patrimonio de los administradores que, por muy alto que fuera, resultaba generalmente una nimiedad para la persona jurídica. Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia empezaron a cuestionar el que el art. 31.2 estableciese efectivamente una responsabilidad penal de personas jurídicas. Para muchos este precepto permitía únicamente que a efectos de hacer más sencillo el cobro de la multa, esta fuera pagada por la empresa, con independencia de que ésta después la repercutiera en el administrador. Por ello para algunos tenía una naturaleza más civil que penal<sup>10</sup>.

Así las cosas, hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010 teníamos, de un lado, en el CP dos preceptos el art. 31.2 y el art. 129, con tantos defectos técnicos y político criminales que apenas si tenían relevancia práctica y, de otro, innumerables sanciones administrativas que se aplican con toda normalidad a las personas jurídicas.

---

<sup>9</sup> A diferencia de lo que ocurre con otros modelos de sanciones administrativas, como el Alemán o incluso el Italiano, en que estas completan las prohibiciones del CP, el modelo español está ligado a tutelar la normativa administrativa y a proteger la actividad de la administración, por esta razón en ámbitos como los tráfico ilegal o la corrupción no cabe imaginar sanciones administrativas a personas jurídicas. Sobre los modelos de derechos sancionador administrativo europeos, vid. Nieto Martín, *Administrative Sanctions*, en Ortega/Arroyo/Plaza, *Spanish Administrative Law under European Influence*, Europa Law Publishing, Amsterdam, p. 169 ss.

<sup>10</sup> Sobre el art. 30 puede verse Gómez Jara (not. 6), *passim*, con amplias referencias bibliográficas.

## II. Argumentos favorables y contrarios a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como ya se ha advertido, durante casi dos siglos la mayoría de los ordenamientos continentales rechazaron la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hoy en cambio la práctica totalidad de los ordenamientos contemplan esta responsabilidad, a través de diversas formas. Conviene detenerse en el desarrollo del debate que ha conducido desde la negación radical a la imposición generalizada de sanciones.

El dogma a tenor del cual las personas jurídicas no podían cometer delitos (*societas delinquere non potest*) estaba estrechamente conectado con la forma de entender la culpabilidad y la pena que surgen en el siglo XIX. Cuando se dice que una persona actúa culpablemente se entiende que ha realizado un hecho delictivo, cuando le era posible actuar de otro modo, esto es, conforme al ordenamiento. En estas circunstancias, con la imposición de la pena el ordenamiento manifiesta un reproche a esa concreta persona. Esta idea es la que el derecho penal del siglo XIX quería indicar mediante el principio de personalidad de las penas, que vinculaba la pena a una culpabilidad individual. Fue una forma de reaccionar ante la sanción a colectivos (por ejemplo, un municipio o una familia) que había sido muy frecuente durante toda la Edad Media y el Antiguo Régimen. Más modernamente la responsabilidad colectiva reapareció en los ordenamientos fascistas europeos, italiano y alemán, bajo la forma de responsabilidad familiar. La imposición de una sanción a la persona jurídica significaba para muchos una forma de responsabilidad colectiva contraria al principio de personalidad de las penas, que acababa castigando a socios inocentes, sin ninguna responsabilidad en los hechos.

Un segundo bloque de argumentos teóricos en contra de la responsabilidad de personas jurídicas provenía de la forma de entender la esencia del delito, que a lo largo de la historia básicamente se ha concebido de dos formas. Una centrada en la causalidad: un comportamiento humano que pone en marcha un curso causal que produce la lesión del bien jurídico. Otra centrada en la finalidad: donde cobra protagonismo la intención del autor, el dolo, dirigida a la lesión del bien jurídico. Encajar la responsabilidad de las personas jurídicas dentro de cualquiera de estas dos formas de entender la esencia de un comportamiento delictivo resultaba poco menos que imposible. Pues evidentemente, una persona jurídica ni tiene voluntad en el sentido del concepto de acción final, ni tiene capacidad de poner en marcha un curso causal.

Los argumentos favorables a la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas son sobre todo de carácter pragmático<sup>11</sup>, esto es, que para la protección de deter-

---

<sup>11</sup> Como creación del mundo anglosajón, la responsabilidad de las personas jurídicas es producto del pragmatismo jurídico. No obstante, también en las últimas décadas en los EEUU se ha abierto un importante debate

minados bienes jurídicos resulta más eficaz sancionar conjuntamente con las personas naturales a las personas físicas. Estos argumentos son los siguientes<sup>12</sup>:

El primero de ellos y más clásico es que el derecho penal individual pierde “fuerza” cuando se aplica en el interior de una empresa. Esta pérdida de energía se debe a que:

En ocasiones no es posible encontrar una persona natural que pueda ser declarada enteramente responsable del delito. La organización de trabajo de las empresas implica que cada uno desempeña una labor determinada, pero a veces nadie es responsable del resultado final.

A veces sí que existe un claro responsable, pero la justicia penal tiene dificultades para aclarar quién es y juzgarlo. Las empresas, como cualquier corporación, son especialistas en buscar y fabricar “chivos expiatorios”, que van responder por lo ocurrido liberando del resto a todos, aunque no hayan sido totalmente ajenos al hecho delictivo. En otras situaciones el grupo se cierra y pone todos los obstáculos a su alcance para que el proceso penal no descubra al verdadero responsable.

Desde hace tiempo se indica que la existencia de una corporación constituye bajo determinadas circunstancias un factor criminógeno, en el sentido de que provoca comportamientos delictivos por parte de las personas naturales, comportamientos que de manera aislada no hubieran cometido. En determinadas empresas surge lo que se denomina un “espíritu criminal de grupo”. Inmersos en él administradores, directivos y empleados acaban considerando que es mucho más importante la lealtad a la empresa y la búsqueda de su beneficio, que el respeto a la ley. La importancia de la empresa sirve para neutralizar los valores o principios éticos que normalmente les detrae de la comisión de hechos delictivos.

A estos argumentos “clásico”, se suma otro mucho más moderno. El poder de las corporaciones es hoy en todo el mundo mucho mayor que hace dos décadas. Existen gigantes empresariales cuyo volumen de negocios es mayor que el Producto Interior Bruto de muchos países y que además gracias a la globalización puede escoger el ordenamiento más favorable a sus intereses. De hecho en los Estados Unidos la responsabilidad penal de las personas jurídicas nace como una forma más de lucha contra el abuso de poder de los gigantes corporativos, que van apareciendo tras la Guerra Civil y la construcción del ferrocarril. En Europa con un derecho administrativo tradicionalmente mucho más incisivo, y

---

teórico, a fin de encontrar un fundamento de esta naturaleza, vid. al respecto el exhaustivo trabajo de Gómez Jara, La responsabilidad penal de la empresa en los EEUU, Editorial Ramón Areces, 2005.

<sup>12</sup> Para más detalles Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo, Iustel, 2008, p. 37-84.

una economía donde el Estado y las empresas públicas jugaban un papel central, impulsando incluso procesos de cartelización, la situación ha sido bien distinta, hasta prácticamente la última década del pasado siglo.

La imposición de penas a las personas jurídicas serviría para compensar estos problemas de aplicación del derecho penal que acaban de enunciarse. Cuando se sanciona a una persona jurídica el mensaje que se le lanza es el siguiente: haz todo lo posible por evitar que en tu interior se cometan hechos delictivos o, en caso de que se comentan, intenta descubrirlos cuanto antes, porque si no serás sancionada. La función del derecho penal es motivar a las personas jurídicas a que adopten medidas de organización internas con el fin de prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos. A los administradores de una empresa les es más fácil evitar los hechos delictivos que comentan sus empleados y descubrirlos que al Estado.

Esta estrategia de control parte de una de los postulados básicos de la teoría de la organización empresarial: que la mejor forma de controlar a un colectivo es hacer responsable de lo que en él ocurra sus dirigentes. En una empresa que ha recibido fuertes sanciones, lo que puede tener también un importante coste reputacional, los socios, estarán mucho más interesados en que sus administradores implementen sistemas de cumplimiento normativo que eviten la imposición de sanciones. Un mundo sin derecho penal es ideal para socios tienen todo que ganar si se cometen hechos delictivos que de algún modo beneficien a la empresa y poco o nada que perder si son descubiertos. E igual ocurre con los altos dirigentes, que normalmente como antes señalaba, no serán responsables individuales. Este conjunto de ideas constituyen el argumento pragmático más importante en el que descansa la responsabilidad de las personas jurídicas y el que debe estar a la base de un sistema de imputación bien orientado políticamente<sup>13</sup>.

### **III. ¿Cuándo son responsables las personas jurídicas?: el art. 31 bis. 1 del CP**

El art. 31 bis.1 del Código penal establece dos supuestos en los que una persona jurídica resulta responsable:

- a) Art. 31.1 bis primer párrafo: la persona jurídica resulta penalmente responsable cuando el delito sea cometido por los (1) administradores y representantes

---

<sup>13</sup> Evidentemente existe también un buen número de propuestas teóricas que fundamentan la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid. Gómez Jara, La culpabilidad en el derecho penal de la empresa, Marcial Pons, 2005, a partir de lo que él autor denomina el modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial. Por mi parte, considero que la responsabilidad social corporativa constituye el fundamento material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Responsabilidad social, en Bajo Fernández (dir.), Bacigalupo Saggese/Gómez Jara (Coord.) Gobierno corporativo y derecho penal, Ramón Areces, 2008, p. 131 ss.

legales, de hecho o de derecho, (2) en su provecho, y (3) en nombre o por cuenta de las mismas, la persona jurídica resulta penalmente responsable.

b) Art. 31.1 bis segundo párrafo: la persona jurídica resulta penalmente responsable si el delito se comete por persona distinta a las anteriores por una persona que está sometida a la autoridad, cuando se demuestre que los hechos se han realizado porque los administradores de hecho o de derecho no han ejercido el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso (1), en su provecho (2) y en nombre o por cuenta de las mismas.

Del tenor literal del art. 31 bis.1 parece desprenderse dos supuestos claramente diferenciados de imputación. Conforme al primero, si la persona natural que comete el delito es un administrador de hecho o de derecho, la persona jurídica responde de manera inmediata, con tan solo probar que el administrador haya actuado en su provecho y en por cuenta y nombre de la misma. En cambio, cuando se trata de un subordinado el art. 31 bis.1, en su segundo párrafo, requiere demostrar además que los administradores no han ejercido el debido control atendidas las concretas circunstancias. Este sistema proviene casi literalmente de las Decisiones marco de la UE que ha transpuesto la LO 5/2010. Desde el Segundo protocolo relativo a la protección de los intereses financiero de la UE, en 1997<sup>14</sup>, la armonización europea ha pivotado siempre sobre este modelo diferenciado.

### 1. Modelo vicarial y modelo de culpabilidad propia.

Para interpretar correctamente el art. 31 bis.1 es necesario, exponer brevemente las dos teorías fundamentales que existen a la hora de señalar bajo qué circunstancias pueden ser hechas responsables de un delito<sup>15</sup>. Sabemos que en el caso de las personas físicas es necesario un comportamiento típico antijurídico y culpable, pero ¿qué ocurre con las personas jurídicas?

La forma más sencilla de resolver este problema es utilizar la teoría de la representación que desde hace siglos opera en el derecho privado. En el derecho de sociedades a las personas jurídicas les son imputables los comportamientos de sus órganos, es decir, de sus administradores por lo que lo mismo habría que hacer en el derecho penal<sup>16</sup>. Recurriendo a

---

<sup>14</sup> DO C 221, de 19.7.1997. Vid igualmente su Informe explicativo, de 12 de marzo de 1999, DC 0 91 de. 31.3.1999.

<sup>15</sup> Sobre lo que sigue más detalles, en Nieto Martín (not. 13), p. 85-214.

<sup>16</sup> La clásica polémica del derecho privado, acerca de si es mejor hablar de órganos o representantes (vid. por ejemplo, De Castro y Bravo, La persona jurídica, Civitas, 1991 (reimp), p 286, no tiene, en estos momentos, importancia en el debate penal, como tampoco resulta ya relevante el eterno debate civil Gierke v. Savigny o los que es igual teorías de la personalidad real v. teorías de la ficción. La polémica estaría hoy más en discutir si las per-

una imagen antropomórfica de la persona jurídica se indica que sus administradores son como su cerebro y sus manos. De esta forma se resuelven de un plumazo todos los inconvenientes teóricos que antes señalábamos. Al igual que en el derecho privado, la voluntad del órgano se traslada o – para otros – es la de la persona jurídica, en el derecho penal la acción, el dolo o la culpabilidad de la persona jurídica sería la de la persona natural que actúa como órgano de la misma. A esta forma de imputación se la llama el *modelo vicarial* e implica que la persona jurídica responde automáticamente cuando un representante ha cometido un delito, en su provecho actuando dentro del marco de sus funciones empresariales.

La forma más moderna de responder a la anterior pregunta es buscando una *responsabilidad o culpabilidad propia* de la persona jurídica. Ésta respondería cuando no ha adoptado las medidas de organización necesarias para prevenir y detectar la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados. Respondería de este modo por un hecho propio, su propio defecto de organización, y no derivado de la actuación de una persona natural. Cuando la persona jurídica ha hecho todo lo posible para evitar la aparición de un hecho delictivo, aunque un empleado o directivo lo realice, podría decir “que no es cosa suya” y de este modo no ser sancionada. El punto más débil de esta teoría podría ser que es excesivamente indeterminada: ¿qué es organizar bien una empresa para que no se cometan hechos delictivos en su interior?

Pues bien, este problema está, en parte, desde hace algunos años solucionado por el derecho administrativo que en materia tan importante como la protección de la seguridad del trabajador, el medio ambiente, el mercado de valores, la seguridad alimentaria, el blanqueo de capitales etc., determina a través de lo que se ha dado en llamar autorregulación regulada a las empresas a que adopten medidas que tiene un fin similar a las medidas de organización que requiere la responsabilidad de las personas jurídicas<sup>17</sup>. Por otro lado, en la práctica empresarial desde hace algún tiempo y por influencia del derecho norteamericano son conocidos los *compliance programs* o, en terminología italiana, los modelos de organización que atienden a estos fines. Es más cualquier empresa bien organizada tiene una numerosa normativa interna (protocolos, normas de conducta, códigos...) cuya confección

---

sonas jurídicas son “ciudadanos”, con iguales derechos – libertad de expresión, participación en la política a través de la financiación de partidos etc. – y por tanto responsabilidades. La irrupción de conceptos como good citizens corporations, la responsabilidad social de la empresa o determinadas sentencias, sobre todo de la jurisprudencia norteamericana, relativas a la posibilidad de participar en el vida política, parece que permiten hablar de una ciudadanía corporativa, a partir de la cuál puede fundamentarse la responsabilidad penal. Vid. especialmente Gómez Jara (not. 14), p. 288 ss; el mismo en El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un esbozo, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, Autorregulación y sanciones, Lex Nova, Valladolid, 2008, p.272 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Nieto Martín (not. 14), passim y los diversos trabajos publicados en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, Autorregulación y sanciones, Lex Nova, 2008.

responde a una metodología muy similar a la que hay que utilizar para crear medidas de control tendentes a impedir hechos delictivos por parte de los subordinados.

A primera vista, parece que el art. 31 bis.1 está mucho más cerca del modelo vicarial que del de la responsabilidad o culpabilidad propia. Ello parece *prima facie* evidente en el caso de la responsabilidad de los administradores, pero también en el caso de que los subordinados cometan el delito. El tenor literal del art. 31 bis invita a pensar que es preciso demostrar que un concreto administrador ha omitido vigilar personalmente al subordinado que ha cometido el delito. A la persona jurídica se le trasladaría la culpabilidad de este concreto administrador. Esta interpretación del art. 31 bis.1, literalmente posible, no resulta sin embargo correcta atendiendo a otros tipos de interpretación. Como a continuación expondré, la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 31 bis.1 CP debe interpretarse en ambos casos en atención al modelo de responsabilidad o culpabilidad propia. O dicho de otro modo: el art. 31 sólo consagra un modelo de imputación, basado en la responsabilidad propia.

## **2. La responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos cometidos por los subordinados**

En empresas medianas y, sobre todo en las grandes, el supuesto más habitual en la práctica será aquel en el que el hecho es cometido por un subordinado y no por los administradores o el personal de alta dirección. Conforme al modelo de responsabilidad propia, el segundo párrafo del art. 31 bis.1 no exige comprobar que un concreto administrador no ha vigilado correctamente al subordinado que cometió el delito, sino algo substancialmente distinto: que la empresa no ha implementado un conjunto de medidas organizativas destinadas a impedir que los empleados de la empresa realicen hechos delictivos o a detectar su comisión, una vez cometidos, atendiendo a las concretas circunstancias de la empresa. Se trata de examinar a la organización en su conjunto y no de manera aislada el comportamiento de uno o varios miembros de la misma. A los administradores, según el tamaño de la empresa, les corresponde impulsar, supervisar o incluso en las empresas más pequeñas ejecutado esta labor de organización. La falta de compromiso de la administración de la empresa con este sistema de prevención y detección de hechos delictivos es lo que debe entenderse por ausencia del “debido control”.

La interpretación del art. 31 bis. 1 segundo párrafo conforme al modelo de la responsabilidad propia resulta preferible por dos razones.

La primera, de índole teleológica o político criminal, es porque conduce a mejores resultados prácticos<sup>18</sup>. En una pequeña empresa, pongamos una PYME de 50 trabajadores,

---

<sup>18</sup> Sobre la interpretación teleológica y su valor en el derecho penal, Luzón Peña, Curso de Derecho Penal. Parte general I, Editorial Universitaria S.A, Madrid, 1995, p. 169.

si uno de ellos comete un hecho delictivo probablemente será relativamente sencillo reprochar a alguno de sus administradores que no ejerció el debido control. En una pequeña empresa el debido control puede ser ciertamente una cuestión de “vigilancia personal”. Sin embargo, esta teoría vicarial fracasa estrepitosamente en una gran empresa de 50.000 trabajadores y con diversos centros de trabajo. ¿Cómo puede demostrarse que el concretamente el administrador A, que dirige una gran empresa desde Ciudad Real, omitió el debido control sobre el trabajador B, a quien ni siquiera conoce, que trabaja en un establecimiento de la empresa en Madrid? De adoptarse el sistema vicarial, el resultado político criminal de este precepto sería desastrosos: toda la responsabilidad para las pequeñas empresas y ninguna para las grandes.

La segunda razón parte de una interpretación sistemática. El art. 31 bis 4.d considera una circunstancia atenuante de la responsabilidad el que la persona jurídica antes del juicio oral haya establecido 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. Este precepto claramente no parte de una vigilancia individual administrador-empleado, sino del establecimiento de programas de cumplimiento, es decir, de medidas de organización. Por tanto, y desde el punto de vista sistemático parece más oportuno identificar debido control con medidas de organización y no vigilancia personal.

La forma de configurar las relaciones entre la infracción cometida por la persona natural y la persona jurídica demuestran igualmente que el CP parte de dos culpabilidades independientes. Por un lado, cuando se imponga una doble sanción a la persona física y a la jurídica, que según el art. 31 bis 2 es el supuesto más frecuente, la existencia de dos “culpabilidades” diferentes es la que explica que no exista violación del principio de *ne bis in idem*. Por otro lado, el art. 31 bis.3 muestra también que el CP no parte de una “translación” de la culpabilidad de la persona física a la jurídica, pues claramente establece que las circunstancias que afecten a la culpabilidad o agraven la responsabilidad del autor individual no serán relevantes para el colectivo. El CP rechaza, por tanto, la idea de que la culpabilidad de la persona física se traslada o equivale tal cual a la de la jurídica.

En suma, el primer requisito a cumplir para hacer responsable a la persona jurídica es demostrar que carece de medidas de organización eficaces para prevenir y detectar delitos como el que se ha sido cometido por el empleado. La idoneidad de estas medidas de organización debe juzgarse, como el propio art. 31 bis.1 segundo párrafo señala “*atendiendo a las circunstancias del caso*”. Con ello se quiere señalar básicamente dos cosas: que debe atenderse al tamaño de la empresa e igualmente a la probabilidad que éste delito tenga lugar dentro de la empresa. No pueden ser lo mismo las medidas que razonablemente puede disponer la dirección de una PYME que las medidas de una gran empresa, ni pueden ser lo mismo las medidas para evitar la corrupción que establezca una constructora cuya actividad principal es la obra pública, que otra que su marco principal de actividad es la construcción a particulares. Una y otra no están obligadas a tener el mismo sistema de control de la corrupción, pues en la primera su aparición resulta mucho más probable que en la se-

gunda. De este modo, resultan esenciales para que el juez determine qué es el debido control la estructura de la empresa y la diligencia con que ha realizado lo que técnicamente se denomina análisis de riesgos (*risk assesment*). La intensidad del control para prevenir y descubrir hechos delictivos – y con ello los costes que origina a la empresa – no tiene por qué ser lo mismo ni en todas las empresas ni en todas sus unidades o procesos.

La imputación de la empresa exige aún dos requisitos más: (2) que el delito se haya cometido en su provecho y (3) en nombre o por cuenta de la misma.

La expresión “en su provecho” varía dependiendo del delito que se le imputa a la persona jurídica. Si por ejemplo, se trata de un delito de corrupción, el “provecho” consistirá en que la acción del funcionario público que se compra o intenta comprar beneficie de algún modo a la empresa. Cuando, por ejemplo, es un delito de estafa, el “provecho” consistirá en buscar un beneficio patrimonial para la empresa. En otros casos el término “provecho” tiene un significado más amplio o indirecto, cometer un delito contra el medio ambiente en provecho de la empresa, no es otra cosa que ahorrarle costes de producción<sup>19</sup>. Como se desprende de este último ejemplo la expresión “en provecho” debe interpretarse objetivamente.

En realidad, este término es tremendamente disfuncional y debería suprimirse en el futuro. Lo relevante no es si la empresa se beneficia o no por el delito, sino que el ordenamiento jurídico a través del derecho penal quiera que la empresa adopte medidas para prevenir y descubrir delitos, porque el desarrollo de su actividad genera ese tipo de riesgos. Así por ejemplo cabría establecer la responsabilidad de las personas jurídicas en delitos tan, en principio tan “sorprendentes”, como los abusos sexuales o el acoso sexual: Dado que la experiencia demuestra, que en determinadas personas jurídicas (por ejemplo, colegios religiosos) se producen con frecuencia abusos sexuales a menores, el ordenamiento puede estar interesado en coaccionar a través del derecho penal a que en estas instituciones se pongan en marcha medidas de prevención y detección de estos abusos. Igualmente, son muchas las empresas que ya hoy cuentan con medidas de prevención y detección del acoso sexual, estableciendo por ejemplo canales de denuncia, debido a que las relaciones laborales en el seno de una corporación traen aparejado este riesgo para la libertad sexual.

Por nombre o por cuenta de la misma exige comprobar que el empleado ha realizado el delito dentro de la actividad que realiza para la empresa. Lógicamente ningún ejecutivo tiene entre su actividad o funciones sobornar a funcionarios públicos, pero el delito se entiende cometido por cuenta de la misma cuando el soborno lo ha realizado actuando precisamente como directivo. En definitiva, al igual que ocurre en buena medida con el elemento anterior, se trata de dejar fuera de la responsabilidad penal los delitos cometidos en

---

<sup>19</sup> Cfr. Dopico Gómez Aller, (not. 6), p. 18

el ámbito privado, en esferas de actividad del individuo que la persona jurídica en modo alguno tiene que controlar.

### **3. La responsabilidad de las personas jurídicas por hechos cometidos por los administradores**

El modelo de imputación de la responsabilidad o culpabilidad propia de la empresa es también de aplicación a aquellos supuestos en los que son los administradores quienes cometen el delito. Aunque en este caso parece que el tenor literal del art. 31 bis.1 responde mucho más claramente al modelo vicarial, una interpretación sistemática y conforme a la constitución de este precepto conduce también a resultados distintos.

Como antes señalábamos, el art. 31 bis 4 b) considera una circunstancia atenuante la introducción de medidas de organización tras la comisión del delito. Pues bien, esta circunstancia atenuante se proyecta tanto sobre aquellos supuestos en que el delito ha sido cometido por un subordinado, como por un administrador. La consecuencia que de ello se extrae es clara: los sistemas de prevención y detección de hechos delictivos son relevantes en ambos supuestos y son relevantes porque en ambos se está pensando en una culpabilidad propia de la organización. Si el CP hubiera querido consagrar en el primer párrafo del art. 31 bis el modelo vicarial de imputación, se hubiera cuidado después de restringir esta atenuante a los supuestos de delitos cometidos por subordinados.

La interpretación conforme a la constitución del primer párrafo del art. 31 bis.1 parte de la siguiente constatación empírica. Cuando los administradores de la empresa cometen un hecho delictivo en realidad es poco creíble que se hayan esforzado seriamente en implementar en el interior de la empresa medidas de organización destinadas a prevenir y a descubrir hechos delictivos. Si la cúspide de la empresa desprecia la legalidad es posible que toda la organización se contagie de este espíritu criminal. El tono ético de una empresa, como el de cualquier grupo, se marca sobre todo por sus dirigentes o líderes. Por esta razón el modelo vicarial tiene un núcleo de verdad y es que de alguna manera la culpabilidad de la empresa se identifica con la de sus máximos dirigentes. En pequeñas empresas cuya gestión diaria es realizada por los administradores, a veces incluso únicos, es además difícil implementar mecanismos de control de la propia conducta de los administradores, por lo que la persona jurídica en realidad apenas si puede distanciarse de este delito.

Ahora bien, en grandes empresas con un número relevante de administradores y personal de alta dirección sí que es pensable la creación de medidas de organización tendentes a evitar que alguno de ellos realice hechos delictivos. De hecho todo el debate acerca del buen gobierno corporativo, que en la última década ha inspirado las reformas del derecho de sociedades, se basa en establecer un sistema de *check and balances* dentro de la empresa, con el fin de controlar y reducir el poder de administradores. La necesidad de nombrar consejeros independientes o de establecer comisiones como las de auditoría o de retribuciones son en realidad mecanismos de control del comportamiento de los administrado-

res para que no abusen de su poder. En el derecho italiano, el D.L 2001, inspirándose en una filosofía similar, establece que la empresa no será responsable por los delitos cometidos por los administradores cuando, entre otros requisitos, las funciones de vigilancia de los administradores han sido atribuidas a un órgano independiente.

Conforme a cuanto acaba de decirse el art. 31 bis.1 primer párrafo debe leerse como una presunción de responsabilidad de la empresa cuando el hecho haya sido cometido por los administradores. Pero como las presunciones no son constitucionalmente válidas en el derecho penal, pues afectan al principio de presunción de inocencia, se trata de una presunción refutable en la que la persona jurídica debe tener oportunidad de mostrar que contaba con una organización eficaz para la prevención y detección de hechos delictivos y la condena puede hacerse sólo a partir de la prueba de oficio de este elemento.

Los administradores de derecho a quien se refiere este párrafo son aquellos que representan a la empresa conforme la normativa societaria. Más complejo es el término administrador de hecho. Como es sabido, una de las características de este concepto es que no tiene igual extensión en los distintos delitos en los que se utiliza. Unos tipos penales como la administración desleal (art. 295), únicamente permiten un concepto estricto, mientras que en otros casos es posible un concepto más amplio, como por ejemplo ocurre en el delito de concurso (art. 260). De este modo, debe partirse de que el concepto de administrador de hecho del art. 31 bis no tiene por qué equivaler a ningún otro y debe ser concretado a partir de la ratio legis del precepto. En este sentido, tal y como acabamos de ver, el 31 bis parte de que resulta esencial asegurar el respeto a la legalidad por parte de la cúspide empresarial, de las personas que ostentan el poder de dirección y control en la empresa y que al desempeñar sus funciones con un gran grado de autonomía son especialmente difíciles de controlar. A partir de estas coordenadas el concepto de administrador de hecho debe interpretarse de forma estricta<sup>20</sup>. En él caben a mi juicio tres grupos de sujetos. El primero es el del personal de alta dirección (consejeros delegados, directores generales) que en las empresas, grandes y medianas actuales son realmente los que gestionan y controlan la actividad de la sociedad. En grandes empresas divididas en varias secciones o divisiones, que operan con un notable grado de autonomía, sus directores generales son administradores de hecho, por mucho que siempre exista un poder de supervisión sobre su labor por parte del consejo de administración<sup>21</sup>. El segundo grupo es el de los administradores ocultos, que gobiernan la empresa a través de testaferros. Finalmente, el tercer supuesto, del que después me ocuparé con más detalles, en cuanto reviste características especiales, es el de los administradores y directivos de la empresa madre en relación a las filiales.

---

<sup>20</sup> Cfr. Dopico Gómez Aller (not. 6), p. 16 s.

<sup>21</sup> En este sentido también la ley italiana D 8/2001, habla no solo de administradores o personal de dirección del ente, sino también de directores de alguna de sus unidades organizativas "dotas de autonomía financiera y funcional".

En relación a la interpretación que ha de darse a los términos “en provecho” y “en cuenta o por cuenta”, en este supuesto, nos remitimos a lo que anteriormente se señaló.

#### **4. La relación entre el delito cometido por la persona física y la persona jurídica**

Una consecuencia más del modelo de culpabilidad o responsabilidad propia elegido por el legislador es que el delito cometido por la persona natural y el cometido por la persona jurídica son dos realidades independientes. El delito cometido por la persona natural 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. En realidad, sería posible establecer un delito por parte de la persona jurídica absolutamente consistente en una falta de organización, con independencia de si se ha plasmado o no en la comisión de un concreto delito. De hecho, en el derecho sancionador administrativo existen numerosas sanciones que castigan este defecto de organización por sí solo<sup>22</sup>.

En el CP la independencia entre la responsabilidad de la persona natural y la de la persona jurídica se plasma en que:

(a) No es necesario identificar a la persona natural que ha cometido el delito, basta con que se constate que se ha cometido un delito, art. 31 bis. 2.

(b) Si la persona natural no resulta responsable por concurrir una causa de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad, error de prohibición, estado de necesidad justificante) ello no implica la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica, art. 31 bis. 2

(c) Tampoco afectan a la persona jurídica las circunstancias agravantes que afecten a la persona natural, art. 31 bis 3.

(d) La muerte de la persona física o su sustracción a la acción de la justicia tampoco impiden la responsabilidad de las personas jurídicas, art. 31 bis 3.

Las tres primeras previsiones, como ya apuntábamos, confirman que el Código penal ha acogido el modelo de responsabilidad o culpabilidad propia. De acuerdo con el modelo vicarial estas previsiones no tendrían sentido. Si la responsabilidad de la persona natural se traspasa o equivale a la persona jurídica ello implica necesariamente que también habrían de trasladarse las causas de exculpación y, por supuesto, las circunstancias agravantes. Así, por ejemplo, la reincidencia del autor habría de ser la de la persona jurídica.

---

<sup>22</sup> Cfr. Darnaculleta, Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, Autorregulación y sanciones, Lex Nova, 2008, p. 120 ss.

Por el contrario el CP ha decidido independizar ambos grados de culpabilidad como muestra el art. 66 bis 2ª a) en donde se contempla la reincidencia de la persona jurídica.

Cuando acaba de decirse, por lo dispuesto en el último párrafo del art. 31 bis.2 a tenor del cual cuando como consecuencia de los mismo hechos se impusiere a ambas la pena de multa, es posible compensar la sanción que se le impone a la persona jurídica y a la natural. Esta previsión viene a resolver un problema nada sencillo y como veremos lo hace de un modo bastante pragmático. Hasta ahora, la jurisprudencia del TC en materia de *bis in idem* ha venido señalando que no se conculca este principio cuando por una mismo hecho se impone una multa a la persona jurídica y otra a la persona física. En cuanto que se trata de sujetos distintos, la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) que provoca el *bis in idem*. Con razón esta jurisprudencia ha sido criticada. En grandes y medianas empresas es fácil convenir que existen dos sujetos distintos o, si prefieren, que la imposición de una multa a un administrador o a un Director General, y otra a la persona jurídica no resulta desproporcionada. Otra cosa ocurre, sin embargo, en una pequeña SL familiar, en donde el administrador sancionado es además uno de los tres socios de la empresa que también ha sido sancionada. Este problema podía haberse solventado reservando la responsabilidad de las personas jurídicas para grandes y medianas empresas o dejando que el juez caso por caso decida, mediante la prueba pericial pertinente, si realmente es posible apreciar una organización claramente diferenciada de las personas naturales que la componen. El art. 31 bis.2 opta sin embargo por una vía distinta y es permitir al juez, que caso por caso juzgue si es proporcional la doble sanción y en su caso pueda modularla.

Teniendo en cuenta este trasfondo, el error del art. 31 bis es no percatarse de que la desproporción puede venir no sólo de la imposición de dos multas. La falta de proporcionalidad puede ser mayor aún cuando se trate de una pena privativa de libertad o de la confluencia de cualquiera de las sanciones previstas en el art. 33.7 del CP. Dado que el principio de proporcionalidad, tiene rango constitucional, en realidad el esta previsión del art. 31 bis. 2 in fine debe leerse como un simple ejemplo. El juez está siempre obligado a modular las penas – incluso prescindiendo de la que considere innecesaria – cuando considere que la doble sanción a la persona física y a la jurídica es desproporcionada.

#### **IV. Las personas jurídicas responsables y los delitos que pueden cometer**

Una pregunta clave, desde el punto de vista de las opciones de política criminal, que plantea la responsabilidad de las corporaciones es en primer lugar establecer si el centro de imputación es cualquier empresa o organización o sólo a aquellas a las que el derecho reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, es decir, las personas jurídicas. La opción del CP ha sido clara solo las personas jurídicas tienen responsabilidad penal, al resto de organizaciones sin personalidad jurídica (“empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones”) les es de aplicación el nuevo art. 129, donde se establecen como consecuencias accesorias medidas como la disolución, suspensión de actividades y de más sanciones previstas en las letras c) a g) del art. 33.7.

Aunque esta elección es del todo coherente, sólo a las organizaciones que se conceden derechos (personas jurídicas) pueden ser privadas de ellos a través de la pena, plantea serios problemas en el caso de los grupos de sociedades, especialmente en aquellos en que existe una dirección unitaria y las distintas personas jurídicas que lo componen no son sino unidades organizativas, con funciones operativas pero sin una capacidad financiera autónoma. Este problema está resuelto desde hace décadas en el derecho sancionador de la competencia de la UE, e incluso en nuestra Ley de Defensa de la Competencia, a través del concepto de unidad económica. Sin embargo, el art. 31 bis ha preferido enrocarse en lo formal y mencionar sólo a las personas jurídicas. El legislador podía haberse alejado perfectamente del “formalismo” y acoger un “análisis económico” (*Wirtschaftlichebetrachtungweise*) como por ejemplo hace el art. 130 al regular los supuestos de escisión, absorción y fusión. El concepto de unidad económica en el derecho de la UE ha servido de hecho para solventar el caso de los grupos y las sucesiones de empresas<sup>23</sup>.

Al día de hoy es difícil adivinar cómo van a solucionarse los problemas que ello plantea, tanto materialmente como procesalmente. La multa que por ejemplo se imponga deberá calcularse en atención no al patrimonio del grupo sino de la concreta persona jurídica que va a ser sancionada o, por citar un problema procesal, ¿con qué argumento solicitará el juez un registro en la sede de la empresa madre, si la imputada es una persona jurídica distinta?. Probablemente la solución a estos problemas pueda venir de la mano de una coimputación de la empresa madre considerando a sus administradores, administradores de hecho de la filial o/y a partir de aquí a través de las formas de participación, considerando que por ejemplo la empresa madre participa en el delito de la filial. En este sentido, y de nuevo en el derecho sancionar de la competencia de la UE, se ha establecido un deber de vigilancia, cercano a la posición de garantía, de la empresa madre sobre las filiales. En cualquier caso, lo razonable es que la aplicación del art. 31 bis y del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas evolucione en los casos de grupos de sociedades a tomar como centro de imputación al grupo, cuando se demuestre que existe una dirección unitaria.

Un segundo aspecto político criminal clave, es el relativo a la responsabilidad penal del Estado y personas jurídicas de carácter público. La LO 5/2010 a través del art. 31 bis. 5 ha optado por la decisión probablemente mayoritaria en el derecho comparado<sup>24</sup> que es la exclusión de responsabilidad penal. No obstante, las razones a las que obedece esta limitación de responsabilidad no están claras. Un Ayuntamiento que no ha implementado medida alguna para evitar la corrupción debería ser sancionado igual que una empresa priva-

---

<sup>23</sup> Cfr. Nieto Martín, *Fraudes Comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 214 ss.

<sup>24</sup> Que no unánime como muestran los ejemplos de Estados Unidos o Holanda, Vervaele, *Societas/universitas delinquere ed puniri potest la experiencia holandesa como modelo para España?*, *Estudios de Derecho Judicial*, 2007, p. 11 ss.

da. Mucho menos se entiende la exclusión de sindicatos y partidos políticos, sobre todo y en relación a estos últimos debido al problema de la financiación ilegal y a que en realidad ya existe un régimen quasi penal de responsabilidad penal a través de la Ley de Partidos Políticos<sup>25</sup>. La última frase del art. 31 bis que permite establecer la responsabilidad de las personas jurídicas excluidas, cuando hayan sido creadas con el propósito de eludir la responsabilidad penal, no soluciona este problema.

Más allá del problema político criminal, desde el punto de vista técnico la cuestión más compleja es la relativa a las sociedades mercantiles estatales. A primera vista resulta claro que el CP no excluye la responsabilidad de cualquier sociedad mercantil, con participación estatal, sino solo de aquellas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés general. El problema radica precisamente en como concretar que se entienden por políticas públicas o servicios de interés general. ¿La gestión de un parking es un servicio de interés general?, ¿puede considerarse una política pública la explotación de una mina?<sup>26</sup>. Lo más aconsejable sería realizar una interpretación restrictiva de estos términos. Las sociedades mercantiles estatales constituyen precisamente una huida del derecho administrativo con el fin de escapar de sus más estrictos controles, por ello se crearía un régimen absurdamente privilegiado si además se les permitiera eludir la responsabilidad penal, que como hemos visto está orientada a que se establezcan medidas de control en la persona jurídica destinada a prevenir y descubrir hechos delictivos<sup>27</sup>.

Las opciones de política criminal que el legislador puede barajar a la hora de establecer un sistema de responsabilidad de personas jurídicas abarcan igualmente al tipo de delitos por las que se las puede hacer responsables. Tal como ya se indico al comentar el término “en provecho”, en principio, y tal como hoy se concibe la responsabilidad de personas jurídicas pueden ser hechas responsables por cualquier delito, como ocurre por ejemplo en el ordenamiento de los Estados Unidos. El legislador español, siguiendo la técnica legislativa que comenzó con el CP de 1995, ha sido bastante más restrictivo, limitándose a castigar a las personas jurídicas en relación a un listado concreto de delitos, que en su mayor parte coincide con las obligaciones que se derivan tanto de convenios internacionales, como de Decisiones marco de la UE.

---

<sup>25</sup> Cfr. Maroto Calatayud, Autorregulación y legitimidad corporativa: Democracia interna y control social en partidos políticos y empresas, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, Autorregulación y sanciones, Lex Nova, 2008, p. 151 ss.

<sup>26</sup> Las actividades que ejercen las sociedades mercantiles estatales son realmente de lo más variopinto, vid. el Inventario de Entes del Sector Público Estatal (INVESPE), [www.igae.pap.meh.es](http://www.igae.pap.meh.es)

<sup>27</sup> Favorable también a una interpretación restrictiva, Dopico Gómez Aller (not. 6), p. 15.

## V. La culpabilidad de empresa y fines de la pena

Para entender el sistema de sanciones contra las personas jurídicas y la forma de determinación de la sanción es preciso ocuparse brevemente de los fines de la pena en el caso de las personas jurídicas y de la noción de culpabilidad de empresa.

El fin que persigue la imposición de una sanción a las personas jurídicas es principalmente que esta adopte medidas de prevención y detección de hechos delictivos. La forma más sencilla para el *ius puniendi* de conseguir este objetivo es la multa. Las personas jurídicas son sobre todo empresas que buscan la obtención de beneficios con su actividad, actúan por ello racionalmente a partir de un análisis costes-beneficios. Ello quiere decir que realizan la siguiente reflexión: si sobornar a un funcionario público me puede aportar un beneficio X, y la pérdida patrimonial que puedo esperar de ser descubierto es X - 1, resulta racional realizar el comportamiento delictivo, sobre todo cuando las posibilidades de ser descubierta son bajas. La multa por ello debe ser lo suficientemente disuasiva para que sea más rentable el respeto a la legalidad, implementando medidas de prevención y detección de hechos delictivos. No obstante, esto tiene un límite. Una multa excesiva puede ocasionar la insolvencia de la empresa perjudicando excesivamente a socios, trabajadores o acreedores. Es decir, multas muy elevadas tienen un costo social indeseable.

Por otro lado, aunque muchas empresas puedan considerarse razonables y actuar según la lógica de costes-beneficios, no siempre es así. Los delitos pueden ser cometidos, por ejemplos, por ejecutivos tremendamente ambiciosos y con ganas de ascender dentro de la empresa, a los que el riesgo de ser sancionados a penas les asuste (aversión al riesgo)<sup>28</sup> o la empresa puede estar tan falta de cultura corporativa que pese a que se la ha sancionado reiteradas veces la multa no surge ningún efecto o igualmente la persona jurídica puede ser por ejemplo una constructora con la que el crimen organizado blanquea sus capitales. En estos casos la multa no es una sanción idónea para motivar a la organización empresarial y hacen falta otro tipo de sanciones, que permitan intervenir en introduciendo cambios estructurales en la empresa. El prototipo de estas sanciones es la intervención judicial<sup>29</sup>.

Como puede apreciarse para alcanzar el fin de la pena, es muy importante atender a la personalidad o al carácter de la persona jurídica. Las penas deben guardar lógicamente una proporcionalidad con el delito cometido, pero también con el tipo de autor. Esta característica de las sanciones contra personas jurídicas se acomoda por la forma en que hay que concebir su culpabilidad. Como antes hemos indicado, la culpabilidad de la persona jurídica deriva de no haberse organizado adecuadamente para evitar la comisión de hechos de-

---

<sup>28</sup> Cfr. Coffe, *Corporate Crime and Punishment: A Non Chicago View of the Economics of Criminal Sanctions*, *American Criminal Law Review*, Vol. 17, 1980; más detalles y referencias en Nieto Martín (not. 13), p. 263 ss.

<sup>29</sup> Cfr. Nieto Martín (not. 13), p. 286 ss.

lictivos o detectarlos. Esta forma de culpabilidad es desde el punto de vista temporal muy diferente a la culpabilidad individual. Cuando examinamos la culpabilidad de una persona natural comprobamos si ante el hecho concreto y en el espacio de tiempo en que éste tuvo lugar, existieron circunstancias normales para poderse motivar y comportarse conforme a derecho. En la persona jurídica examinamos por el contrario una forma de ser, un defecto de organización que existía antes del delito y que se prolonga probablemente después. Por esta razón, al configurar las circunstancias atenuantes y en el momento de determinar la pena (art. 66 bis) tiene gran importancia tanto el comportamiento post delictivo – art. 31 bis. 3 y 4 -, como la reincidencia o otros factores que indican una mayor peligrosidad. Si en las personas físicas, culpabilidad y peligrosidad delictivas son conceptos claramente diferenciados, como patentiza la dualidad entre penas y medidas de seguridad, en el caso de las personas jurídicas ambos conceptos se funden, como muestra la forma de determinación de la pena del art. 66 bis.

## **VI. Las sanciones y su determinación**

Conforme a cuanto se acaba de señalar elegir un buen catálogo de sanciones contra personas jurídicas es uno de los aspectos más importantes, pero a la vez más complejos. El CP español utiliza la siguiente estrategia, de un lado, establece un catálogo de posibles sanciones muy amplio:

Multa

Disolución

Suspensión de actividades hasta 5 años

Clausura de locales (hasta 5 años)

Prohibición de actividades (definitiva o hasta 15 años)

Intervención judicial

Inhabilitación hasta 15 años para obtener subvenciones y ayudas, contratar con las Administración públicas o interdicción de beneficios fiscales

Tal como muestra el art. 66 bis y los diversos preceptos de la Parte especial en el que se concretan las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas, en realidad existen dos supuestos claramente diferenciados.

### **1. Empresas de económica legal no peligrosas: la pena de multa (Art. 52)**

La imposición de una pena de multa es el supuesto ordinario y es de aplicación a las

personas jurídicas de economía legal en las que se haya cometido una infracción de modo ocasional y no presenten especiales indicios de peligrosidad. Con el fin de que esta sea lo más preventivo general, intimidatoria, posible la tipología de multa utilizada es la multa proporcional (al contrario de lo que ocurre con la persona física). En efecto el juez debe calcular la multa en atención al beneficio obtenido o esperado, el valor del objeto el daño causado o la cuantía defraudada. Así por ejemplo si una empresa ha defraudado una subvención pública de 500.000 € el art. 310 bis indica que se le puede imponer una multa de doble al cuádruple, es decir, una multa que puede llegar a los 2.000.000 €. La determinación concreta de la cuantía depende, además de las circunstancias atenuantes que puedan concurrir (art. 31 bis. 4), de la situación económica de las personas jurídicas.

Al lado de la multa proporcional, el CP prevé también el sistema de días multa. En algunos delitos, donde es difícil calcular el daño o el beneficio, el legislador prevé como pena principal la pena de días multa. Igualmente esta opera también como sustitutiva de la multa proporcional, en aquellos casos en que aunque esta sea la prevista originariamente, no es posible el cálculo de la misma al no poder ser determinado el beneficio o perjuicio obtenido o causado por el delito. Con el fin de incrementar los efectos preventivos de la pena de multa, y acoplarse a las múltiples situaciones patrimoniales que pueden tener las personas jurídicas, el periodo de los días multa se amplía hasta 5 años, e igualmente la cuantía diaria puede llegar hasta 5.000 €. Esto supone que en algunos delitos como el medio ambiente (327 CP) donde la multa puede llegar hasta los cinco años, puedan imponerse multas de hasta 9.000.000 €. En algunos delitos, como la corrupción (art. 427 CP), el legislador permite al juez impone que elija entre la cuantía que resulta mayor, el beneficio obtenido o la resultante de aplicar el sistema de días multa. La determinación de la multa conforme a este sistema funciona igual que en el caso de las personas naturales. Para la extensión, se tiene en cuenta las reglas de determinación de la pena previstas en el primer párrafo del art.66 bis. Mientras que para el cálculo de la cuantía de la cuota lo determinante es la situación económica de la persona jurídica.

Como se indicó anteriormente, existe una importante tensión entre el carácter preventivo general que debe alcanzar la pena de multa y otros costes sociales que puede acarrear su imposición (insolvencia de la empresa, pérdida de puestos de trabajo etc.). Por esta razón el art. 53 del CP permite el fraccionamiento del pago, que atiende sobre todo a aquellos supuestos en que se elija una multa proporcional.

## **2. Empresas de economía legal peligrosas y empresas de economía ilegal (crimen organizado)**

Tal como se estableció en el epígrafe anterior, la pena de multa no siempre funciona. La multa pretende que la empresa por sí sola se regenere y adopte las medidas de organización oportunas para prevenir delitos en su interior. Sin embargo, la autorregulación de la empresa no siempre es posible. No es posible por ejemplo porque ha reincidido varias veces, porque sus administradores son miembros de una organización criminal etc. Por esta

razón, el art. 66 bis 2ª y los distintos preceptos de la PE que establecen las penas contra personas jurídicas permiten imponer además de la multa, otras penas: disolución, suspensión, clausura de locales, intervención judicial o inhabilitación.

Estas sanciones siguen en su determinación una lógica similar a las medidas de seguridad. De este modo para su imposición es necesario constatar que existe una empresa peligrosa, en la que existe un defecto de organización permanente que hace posible que en el futuro aparezcan en su interior hechos delictivos similares o incluso van a mantenerse los efectos del delito. Si el juez no comprueba la peligrosidad de la empresa a que se refiere el art. 66 bis 1 a) estas sanciones no pueden imponerse<sup>30</sup>.

Una vez constatada la peligrosidad empresarial, al igual que ocurre con las medidas de seguridad, opera el principio de proporcionalidad:

a. Proporcionalidad con el delito: cuando estas penas tengan carácter temporal, su duración no puede ser superior a la pena privativa de libertad que tenga asignada el delito cometido imputado para la persona física (art. 66 bis 2ª).

b. Proporcionalidad con el grado de peligrosidad de la empresa:

i. La duración y el tipo de pena debe atender al grado de peligrosidad y además tener los menores efectos colaterales posibles para terceros (“sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores”, art. 66 bis 1º b)).

ii. Especialmente relevante resulta en aras a establecer la peligrosidad de la empresa, la dispuesto en la letra c): “El puesto en la estructura de la persona jurídica la persona u órgano que incumplió el deber control”. Esta previsión quiere decir lo siguiente: cuando los administradores de una empresa peligrosa no han previsto un sistema de prevención de aquellos comportamientos delictivos de sus subordinados que estaban obligados a evitar, esto es, no cuentan con ningún programa de cumplimiento, pueden abrirse las puertas a la imposición de este tipo de sanciones distintas a la multa.

iii. En las penas permanentes, es decir la disolución y la prohibición definitiva de realizar en el futuro determinadas actividades solo pueden imponerse cuando el grado de peligrosidad es muy notable. Es decir, se trata de empresas que no tienen posibilidad de volver a la legalidad alguna, por ser instrumentos del crimen organizado o personas jurídicas de económica ilegal (por

---

<sup>30</sup> Cfr. Dopico Gómez Aller (not. 6), p. 30

ejemplo, destinadas en exclusiva a la distribución de productos falsificados) (art. 66 bis 2ª último párrafo).

iv. Las sanciones no permanentes (suspensión temporal, clausura de locales, intervención judicial o inhabilitación), solo pueden imponerse por un tiempo superior a dos años cuando concurren especiales causas de peligrosidad empresarial muy relevantes (art. 66 bis 2ª, segundo párrafo):

reincidencia

o empresas de economía ilegal, en la que no obstante existe una parte de negocio legal

Téngase en cualquier caso en cuenta que según el criterio de proporcionalidad con el delito (a) solo cabe imponer este tipo de penas superiores a dos años, cuando el delito tenga prevista una pena privativa de libertad superior a dos años.

Algunas de estas penas preventivas, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de actividades sociales o la intervención judicial pueden utilizarse también como medidas cautelares dentro del proceso penal.

### **3. Agravantes y atenuantes: su relación con la diferente estructura temporal de la culpabilidad de empresa**

El CP contempla un catálogo cerrado de atenuantes para la empresa basado en su comportamiento post delictivo (art. 31 bis: “solo podrán considerarse circunstancias atenuantes”). A parte de que las atenuantes previstas en el art. 21 para las personas físicas basadas en la disminución del grado de culpabilidad carecen de importancia para la empresa, debido a la independencia de las “culpabilidades”, resulta un acierto dar especial importancia a atenuantes basadas en el comportamiento post delictivo de la empresa. Debido a la diversa estructura temporal de la culpabilidad de empresa basada en el defecto de organización, la culpabilidad reactiva resulta particularmente significativa<sup>31</sup>. Por ello, tal como prevé el art. 31 bis. 4. la sanción a la empresa debe atenuarse cuanto está dispuesta a:

- corregir con prontitud su defecto de organización,

---

<sup>31</sup> Cfr. Nieto Martín, (not. 13), p. 139 ss; el trabajo más importante acerca de la culpabilidad reactiva, como epicentro de la culpabilidad de empresa es el de Fisse, *Reconstructing Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanction*, *South California Law Review*, Vol. 56, 1983.

- a cooperar con la administración de justicia
  
- a reparar el daño

La concurrencia de estas circunstancias atenuantes no solo afectarán en el cálculo de la multa, sino que también y a, sensu contrario, en muchos casos servirán para demostrar que la empresa no es peligrosa y que por tanto no cabe la imposición de las penas preventivo especiales para empresas peligrosas.

Aunque en principio el CP no impide que las circunstancias agravantes del art. 22 sean de aplicación a las personas jurídicas, lo cierto es que es difícil imaginar la aplicación de la mayoría de ellas, en cuanto que en su caso afectarían a la culpabilidad o grado de injusto del hecho realizado por la persona individual pero no a la persona jurídica. El art. 31 bis 3 cierra expresamente la posibilidad de que estas agravantes sean de aplicación a la persona jurídica. De este modo, las únicas circunstancias agravantes que cabe aplicar a las personas jurídicas son aquellas que incrementen el desvalor de su defecto de organización. La agravante de reincidencia resulta particularmente importante en este punto y ello, nuevamente, conecta con la diferente estructura temporal de la culpabilidad de empresa. La reincidencia de muestra que el defecto de organización es duradero y que algo muy grave falla en la cultura empresarial de la empresa cuando no se corrige. Por ello, la reincidencia aparte de agravar la multa puede abrir las puertas – sobre todo cuando sea multirreincidencia – a que se aplique las penas preventivo especiales ( b) a g) del art. 33.7)

## VII. Las consecuencias accesorias (el art. 129 del CP)

La LO 5/2010 ha considerado oportuno mantener el art. 129 del CP, situado en las consecuencias accesorias del delito, si bien dotándolo de un sentido y una finalidad diferente<sup>32</sup>. La reforma ha conformado este precepto como una auténtica consecuencia accesoria cuyo fin es acabar con una organización, no dotada de personalidad jurídica, que es peligrosamente objetiva, en cuanto que su única función es la comisión de hechos delictivos. El art. 129 se aplica en aquellos casos en los que el CP prevé la responsabilidad de las personas jurídicas, y en aquellos otros en los que en el Libro II un precepto se remite a él expresamente, como ocurre por ejemplo en los delitos contra los derechos de los trabajadores<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Hemos dejado de lado en este trabajo los problemas de derecho transitorio, pero evidentemente el art. 129 tras la LO 5/2010 no puede considerarse, por regla general, la ley sucesora del actual art. 129. A mi juicio y a efectos de aplicar la ley penal más favorable a las personas jurídicas, la comparación debe hacerse entre los antiguos art. 129 y 31.2 y el nuevo artículo 31 bis.

<sup>33</sup> Críticamente y con razón sobre este supuesto Dopico Gómez Aller (not. 6), p. 23