



Documento de trabajo

SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO, ¿BASE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

María Lidón Lara Ortiz

SPCS Documento de trabajo 2013/4

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

María Lidón Lara Ortiz

mlara@uji.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca
Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Pilar Domínguez Martínez

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaita

Secretaria: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Nuria Legazpe Moraleja

Avda. de los Alfares, 44

16.071-CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. CD-ROM) 1988-1118 (ed. en línea)

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO, ¿BASE PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

María Lidón Lara-Ortiz¹

Profesor Asociado Derecho Administrativo, Universitat Jaume I

RESUMEN

La responsabilidad civil derivada de delitos o faltas, escasamente regulada en nuestro derecho, pero muy desarrollada jurisprudencialmente, tiene una naturaleza claramente civil, siendo sus presupuestos y elementos bien diferentes de los que sirven al Derecho penal para la configuración de sus instituciones. Esto no obstante, la configuración legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, permite que nos planteemos si cabe hablar de una nueva categoría de Derecho penal, puesto que la imputación a las mismas de esta responsabilidad penal, se construye sobre los criterios que tradicionalmente han servido para la atribución de responsabilidad civil, alejándose de los criterios y de los presupuestos penales clásicos. La particularidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que su atribución parte de un hecho delictivo cometido materialmente por una persona física, esto es, otra entidad jurídica diferente a la persona jurídica responsable, y que se atribuye a la misma a través de los criterios clásicos de atribución de responsabilidad civil por hecho de otro -como son la responsabilidad por culpa *in vigilando* y la responsabilidad basada en un criterio de atribución vicarial que podemos considerar cuasi-objetivo-, que puede llevarnos a pensar que estamos ante una nueva categoría de Derecho penal, dado que el elemento de la culpabilidad tal y como se concibe en sentido clásico, no concurre en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se pretende, por tanto, estudiar en profundidad como actúa la culpabilidad en cada uno de estos criterios de atribución, analizar la adecuación de la aplicación de estos criterios de imputación de origen civilista para configurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Derecho

¹ mlara@uji.es

penal clásico, así como pensar en los problemas prácticos que se pueden dar, ofreciendo, si es posible, soluciones adecuadas a los mismos.

Palabras clave: responsabilidad penal, responsabilidad civil, persona jurídica, empresas, culpabilidad, imputación.

Indicadores JEL: K13, K14.

ABSTRACT

The civil liability of crimes or offenses, poorly regulated in our law, but very developed in case law, has a clearly civilian nature, with budgets and elements quite different from those that serve criminal law for setting up institutions. However, legal setup of criminal liability of companies, allows us to consider whether we are in front of a new category of criminal law, since their imputation with criminal liability, it is built on the criteria used traditionally for the attribution of civil liability, which are far away from the criteria and budgets of classic criminal ones. The particularity of the criminal liability of companies is that the crime has been committed by an individual person, i.e., a different legal entity of the other legal person, who becomes responsible, and that is attributed to companies through the classical criteria of attribution of liability for acts of someone else, such as liability for custodial culpability and responsibility based on a vicarious award criterion than can be considered quasi-target, which can lead us to think that we have a new category of criminal law, because the element of guilt, conceived in the classical sense, is lacking in the criminal liability of companies. Therefore, this essay intended, to study in depth, as guilt acts in each of these award criteria, to analyze the adequacy of implementation of these criteria applied in civilian source in setting up the criminal liability of companies, to the classic criminal law, and think of the practical problems that can occur, providing, if possible, suitable solutions.

Keywords: Criminal liability, civil liability, corporate, companies, guilt, imputation.

JEL-codes: K13, K14.

1. INTRODUCCIÓN: ¿LA RESPONSABILIDAD CIVIL ES LA BASE SOBRE LA QUE SE HA CONFIGURADO LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

La responsabilidad civil derivada de delitos o faltas, escasamente regulada en nuestro derecho, pero muy desarrollada jurisprudencialmente, tiene una configuración especial que, por participar su naturaleza de la de las normas civiles y no penales, la aproximan a aquellas, siendo sus presupuestos y elementos bien diferentes del Derecho penal. Esto no obstante, es necesario destacar que, a pesar de sus diferencias esenciales, ante el reciente reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se plantea en la doctrina si cabe hablar de una nueva categoría de Derecho penal, puesto que la imputación a las mismas de responsabilidad penal, parece estar basada en algunos de los criterios que tradicionalmente han servido para la atribución de responsabilidad civil alejándose de los criterios y de los presupuestos penales clásicos.

Esta idea ya se había apuntado anteriormente a la reforma penal de 2010 que introduce tal responsabilidad de forma expresa en el artículo 31 bis CP, con ocasión de la redacción dada por la L.O. 15/2003, al artículo 31 CP que introdujo un segundo párrafo (ahora derogado, o si se prefiere, sustituido por el artículo 31 bis CP que regula expresamente la responsabilidad penal de los entes morales) y que abrió la puerta a la admisión de cierta responsabilidad para las personas jurídicas en el ámbito penal; en aquel 31.2 CP introducido en el año 2003 lo que se incorporó a continuación de la regulación de la responsabilidad penal de los administradores y representantes de una persona jurídica, fue una incipiente responsabilidad penal de estas últimas, pues se introducía la solidaridad en el pago de la multa del autor del delito (persona física) y de la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta se actuaba, y con la imposición de una pena, al imponer el carácter solidario al pago de la multa presupone de cierta responsabilidad penal propia, es decir, en concepto de autor. Ello hizo que, desde un punto de vista doctrinal, se apreciara desde ese momento la posibilidad de imponer, aunque de forma indirecta, una sanción penal a la persona jurídica. Esta norma era para algunos autores, como Mir Puig “extremadamente confusa en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad solidaria que impone a la persona jurídica”², y en el mismo sentido Silva Sánchez y Ortiz de Urbina se planteaban si <<estamos ante una institución de

² MIR PUIG S., (2004) Derecho Penal, Parte General, Barcelona: Ed. Reppertor, p. 201.

naturaleza penal o si, por el contrario, tiene otra naturaleza”³, puesto que “la condición de “responsable del pago” sugiere, de entrada, la figura de un “responsable civil”>>. Otras posturas mantenidas en la doctrina al respecto son la de identificar esta responsabilidad con una sanción administrativa o la de considerarlo una distinta forma de sanción penal, pues para la admisión de su naturaleza penal existen algunas dificultades dogmáticas.

En mi opinión, a la vista no solo de esta norma, sino también del actual artículo 31 bis CP, debe considerarse que estamos ante una sanción penal puesto que se recoge en una norma penal, y es consecuencia de una infracción penal; ahora bien, indudablemente su especial fisonomía nos hace volver la mirada sobre una buena parte de normas civiles, mercantiles y administrativas sancionadoras; y dentro de todas ellas, al tratar los criterios de imputación, los problemas prácticos que se pueden generar, y las posibles soluciones, se hace necesario acudir a la construcción legal y doctrinal de la responsabilidad civil, y más concretamente, la responsabilidad civil derivada de delito.

Así pues, el hecho de que las personas jurídicas puedan incurrir en responsabilidad penal obedece al fenómeno de que en los últimos tiempos el Derecho penal se está transformando, alejándose de los principios tradicionales que han regido siempre el mismo, con la indudable finalidad de adaptarse a la realidad actual, y prueba de ello es que con las últimas reformas se anticipa la barrera punitiva, habiendo crecido el número de delitos de peligro que reciben respuesta penal, y desde el punto de vista doctrinal se han elaborado algunas construcciones dogmáticas con las que también se trata de anticipar la sanción penal en ciertos casos, y que han obtenido mucha resonancia en los últimos años, como es la configuración del derecho penal del enemigo.

Centrando la cuestión que en este trabajo se pretende plantear, la reforma penal de 2010 tiene por finalidad alcanzar mayor seguridad en el marco de los Derechos Fundamentales, como uno de los pilares básicos del Estado de Derecho en el que nos encontramos⁴, imponiendo responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero ello

³ SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ORTIZ DE URBINA I., (2006) “El art. 31.2 del Código penal, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, INDRET 2/2006, p. 8-10, <http://www.indret.com>.

⁴ Preámbulo I, L.O. 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 1.

supone alejarnos, de algún modo, del Derecho penal clásico. La particularidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que se parte de un hecho delictivo cometido materialmente por una persona física, esto es, otra entidad jurídica diferente a la persona jurídica, y ello en base a los criterios clásicos de atribución de responsabilidad civil por hecho de otro -como es la responsabilidad por culpa in vigilando y la responsabilidad basada en un criterio de atribución que podemos considerar cuasi-objetivo-, siendo por ello conveniente efectuar un análisis comparativo de algunos aspectos, con la construcción legal y jurisprudencial de la responsabilidad civil, todo ello con la finalidad de obtener una mejor configuración de esta nueva categoría de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y digo nueva categoría, porque debemos compartir la idea propuesta por García Arán⁵, quien al estudiar las consecuencias accesorias de las penas que regula el artículo 129 CP en el Proyecto de reforma de 2007, ya manifestaba que la particular fisonomía de las personas jurídicas, en caso de reconocerles o atribuirles responsabilidad penal, supone aceptar previamente que estamos ante un nuevo Derecho penal, pues como ha sido puesto de manifiesto por diversos autores⁶ no puede existir el elemento de la culpabilidad tal y como se concibe en sentido clásico. En consecuencia, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas indudablemente supone un avance jurídico, un avance en el sentido de obtener ciertos efectos perseguidos a nivel de política criminal, dado que ya se había destacado anteriormente que en cuanto a los delitos que podían cometerse en el marco de la empresa existía una “ineficacia preventiva del sistema penal”, como destaca Miró Llinares⁷, pero el reconocimiento de tal responsabilidad criminal era de difícil encaje en el Derecho penal clásico; y además, presupone ciertos conceptos y mecanismos que tradicionalmente se han utilizado en el Derecho civil, o más ampliamente, en el Derecho privado. Al estudiar esta nueva dimensión y alcance del Derecho penal, y dado que las

⁵ GARCÍA ARÁN M., (2011) “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007”, en Libro homenaje dedicado al Prof. Prats Canut, p. 245, Universitat Barcelona.

⁶ Por ejemplo, GARCÍA ARÁN M., (2011) “Las consecuencias accesorias...”, Ob. cit., p. 254, cita a FEIJOO SANCHEZ, para destacar que la culpabilidad de la empresa es difícilmente construible, de acuerdo con el principio de culpabilidad clásico referido al sujeto individual, que se recoge en el artículo 5 CP, tanto si se trata de desplazar la culpabilidad individual de la persona jurídica, como si se pretende elaborar un concepto de culpabilidad propio de esta última (En FEIJOO SANCHEZ, “Sanciones para la empresa por delitos contra el medioambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas”. Civitas, Madrid, 2002).

⁷ MIRÓ LLINARES F. (2007), “Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del código penal” en Manual de Formación Continuada, págs. 195, Madrid, Ed. CGPJ.

distintas materias del ordenamiento jurídico no conforman compartimentos estancos, sino materias interrelacionadas entre sí, se hace necesario analizar la aplicación de ciertos aspectos que tradicionalmente pertenecen al Derecho privado, a esta nueva dimensión del Derecho penal que es la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuya configuración, siempre ha sido parte del Derecho privado (esencialmente civil y mercantil), con la finalidad de un mejor encaje en el ámbito penal, al que realmente deben pertenecer como antes he indicado.

Responsabilidad civil y penal, comparten el elemento subjetivo, pues como indican Ospina Sánchez y Delgado Pinzón⁸ tradicionalmente se ha considerado que “la culpa extracontractual es la proveniente de un cuasidelito, es decir, de una violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que debe y puede evitarse. Como se aprecia la culpabilidad es el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal”. Este denominador común, la culpabilidad, permite encontrar similitudes en la responsabilidad civil y penal de las personas jurídicas, que serán de utilidad para la configuración de esta última, menos desarrollada por ser novedosa en nuestro derecho, que la primera. De todos modos, algunos sectores doctrinales habían puesto de manifiesto, incluso antes de la reforma de 2010, que la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se formula sobre bases que pertenecen puramente al ámbito de la responsabilidad civil⁹, y no sobre las bases del derecho penal, y, según la postura que adoptemos en algunos puntos, es bien cierto que aceptar su existencia implica hacer verdaderos esfuerzos para pasar por alto conceptos esenciales de la esfera del Derecho penal, como la culpabilidad, al menos entendida en el sentido tradicional; todo ello a pesar de que en nuestro derecho encontramos algún precedente que, de forma incipiente, ya pretendía su admisión, como el artículo 499 bis introducido en el entonces vigente Código Penal por la Ley de 15 de noviembre de

⁸ OSPINA SANCHEZ y DELGADO PINZÓN (2010), “De la culpa a la responsabilidad objetiva: Aplicación de la culpa en los casos de Responsabilidad civil”,

http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/DE_LA_CULPA_A_LA_RESPONSABILIDAD_OBJETIVA_APLICACION_DE_LA_CULPA_EN_LOS_CASOS_DE_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf, p. 78.

⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ C. (2005), “La culpabilidad penal de la empresa”, p. 73, Ed. Marcial Pons. Este autor destaca que con el reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas “se plantea la siguiente disyuntiva: si bien la intención del legislador parece haber sido claramente la de abordar definitivamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la regulación jurídico-positiva introduce un modelo de responsabilidad civil y no de responsabilidad penal.” El autor destaca también que en el modelo estadounidense el punto de partida es puramente civilista.

1971 que describía el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, considerando que “de aquellos hechos pudieran ser responsables las personas jurídicas”.

En este trabajo se pretende, por tanto, analizar la adecuación de la aplicación de estos criterios de imputación de origen civilista para configurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como pensar en los posibles problemas prácticos que se pueden dar, ofreciendo, si es posible, soluciones adecuadas a los mismos.

2. EXTENSIÓN SUBJETIVA DE LAS RESPONSABILIDADES CIVIL Y PENAL

2.1. Las personas físicas y jurídicas como responsables civiles y penales

En materia de responsabilidad civil no cabe duda de que es posible atribuir responsabilidad civil por hechos propios, esto es, por los daños causados por las propias acciones y basado en la culpa propia del autor, a tenor del artículo 1902 CC –“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”¹⁰-, aunque también cabe la responsabilidad civil por hechos propios en base a un criterio objetivo –en realidad, es cuasi-objetivo, dado que no opera absolutamente al margen de la culpa del agente-, en base a la llamada teoría del riesgo¹¹ -en la que más adelante profundizaré-, y responsabilidad civil derivada, es decir, por hechos de otro, de modo que, en este último caso, los criterios de atribución de responsabilidad realmente, amplían las posibilidades, pues cabe la atribución de responsabilidad de forma cuasi-objetiva, y también por culpa, admitiéndose que los responsables lo sean de forma directa o subsidiaria.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, las personas jurídicas, por su parte, nunca ha cabido duda de que pueden ser civilmente responsables, dado que tienen capacidad de acción, y por tanto capacidad de obrar en el ámbito civil y mercantil. Así

¹⁰ Este precepto se basa en la concurrencia de culpa o negligencia en el responsable para que se le pueda imponer la obligación de reparar el daño causado.

¹¹ A pesar de valorarse el riesgo como elemento que concurre para que exista nexo causal entre la actuación del sujeto y el resultado, esta teoría no elimina el factor subjetivo por completo; así, en última instancia es necesaria cierta culpa o negligencia, cabe destacar que la responsabilidad civil configurada sobre una base cuasi-objetiva la encontramos en nuestro derecho en distintas normas: la Ley de caza de 4 de abril de 1974, artículos 139 y ss. Ley 30/1992, y otras normas concordantes, en relación con la responsabilidad de las Administraciones Públicas, Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, artículos 17 y ss. de la Ley de Ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999, entre otras.

se recoge expresamente en el sistema español en el artículo 38.1º CC¹² y en otras normas específicas que regulan cada uno de los tipos sociales admitidos (1669 CC a sensu contrario, respecto a sociedades civiles; artículo 4.1º Ley 50/2002, de 26 de diciembre, respecto a fundaciones; artículo 5.2 Ley Orgánica 1/2002 respecto a asociaciones; artículo 33 del Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, respecto a las mismas - sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedad comanditaria por acciones-; artículo 7 de la ley 27/1999 de 16 de julio, respecto a las cooperativas, etc.).

Frente a ello, tradicionalmente se ha venido aplicando en nuestro sistema jurídico penal el principio “Societas delinquere non potest” por el cual se les negaba capacidad de infracción penal a las personas jurídicas; precisamente, en el Derecho penal tradicional se concebía a la persona física o natural como única posible responsable penal, por obvias razones, puesto que la responsabilidad penal ha requerido siempre que el sujeto actúe con dolo o imprudencia, es decir, se exige una manifestación culpabilística, siendo este elemento subjetivo esencial para la configuración del tipo. Por ello, la doctrina tradicionalmente se ha manifestado en contra de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y en este sentido destacar manifestaciones como la de Bajo Fernández¹³, que señalaba en relación con el principio “Societas delinquere non potest” que ello es así porque “tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena”. Por su parte Muñoz Conde¹⁴ sostenía que “desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”. En estas citas doctrinales se resumen las razones por las que la dogmática jurídico-penal, se oponía a la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

¹² Se reconoce en general capacidad de obrar, al indicar el precepto: “Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución”.

¹³ BAJO FERNÁNDEZ, M.; “De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, Anuario de Derecho Penal; pg. 371.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, F. (1991), Teoría General Del Delito, Valencia Ed. Tirant Lo Blanch, Pág. 28.

Este principio, no obstante, ha sido derogado por la reforma penal efectuada por la L.O. 5/2010 que introduce en el Código Penal el artículo 31 bis al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es consecuencia, en gran medida, de la influencia de normas de la Unión Europea¹⁵ y otras normas internacionales¹⁶, así como de la normativa de otros países¹⁷, y desde luego, es consecuencia de la demanda internacional que desde hace años venía marcando la tendencia de la regulación de la capacidad de infracción penal, y por tanto de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Precisamente, para venir a fundamentar la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una línea doctrinal, que en los últimos años ha devenido en mayoritaria es la seguida, entre otros autores por Hirsch, Tiedemann, Brender, Stratenwerth, Y Schünemann¹⁸, que coinciden en considerar que la dogmática tradicional debe quedar circunscrita al Derecho penal de la persona física, y que se hace necesario que se elaboren nuevos conceptos de acción aplicables a las personas jurídicas. Por ello, para poder introducir la responsabilidad penal de las personas

¹⁵ Así, podemos mencionar entre otros, el Convenio europeo de 4 de noviembre de 1998 para la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, la Recomendación 18/88 de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Decisión Marco 2005/667/JAI, 12-7-05 en relación con la represión penal de la contaminación procedente de buques, la Decisión Marco 2005/222/JAI, 24-2-05, sobre ataques a los sistemas de información, la Decisión Marco 2005/757/JAI, 25-10-04 sobre disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delito y penas aplicables al delito de tráfico de drogas, Decisión Marco 2004/68/JAI, 22-12-03, en relación con la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, la Decisión Marco 2003/568/JAI 22-7-03 contra la corrupción en el sector privado, la Decisión Marco 2002/475/JAI 13-6-02 sobre lucha contra el terrorismo, la Directiva 2005/60/CE de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, la Decisión Marco 2001/413/JAI, sobre lucha contra el fraude y falsificación e medios de pago, Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, entre otras normas.

¹⁶ Así, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, y la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional, entre otras.

¹⁷ Tradicionalmente algunos países han admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentalmente los países de cultura anglosajona. Otros países, sin embargo, han venido a regularla más recientemente, como ha ocurrido con España, y en tal situación encontramos Alemania, Suecia, Noruega, Finlandia, Islandia, Bélgica, Holanda, Suiza, Dinamarca, Eslovenia, Austria, Luxemburgo, Francia, Italia, Portugal, Letonia, Lituania, Estonia, Turquía y Croacia.

¹⁸ LOPEZ WONG, R.S., “Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?”, p.7, disponible en

http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/respo_pjuridicas.doc, última entrada 6 de septiembre de 2012.

jurídicas estos autores apoyan la elaboración dogmática de nuevas bases sobre las que construir la responsabilidad penal de estos entes morales; Así Tiedemann considera que “...es únicamente un dogma la afirmación de que, en el Derecho penal, las acciones son solamente acciones humanas. La acción de una empresa también es acción en la realidad jurídica...”. Partiendo de ello Quintero Olivares concluye que si la responsabilidad penal es un concepto jurídico, y no un concepto social o material de la realidad, no hay inconveniente en, también mediante una ficción legal, atribuir esa responsabilidad penal a las personas jurídicas¹⁹. Ciertamente, hay que tener presente que el reconocimiento de capacidad de obrar a las personas jurídicas se basa en la teoría de la ficción elaborada por Savigny²⁰.

En este sentido, para afirmar la capacidad de acción de las personas jurídicas, se han aplicado por algunos autores, los principios inspiradores y las reglas generales de la coautoría y de la autoría mediata ya utilizadas en el ámbito penal. Así, un sector de la doctrina acude a la teoría del autor detrás del autor, elaborada por Roxin²¹, que es una variante de la autoría mediata y está basada en el denominado "dominio de la organización". Siguiendo esta teoría el ejecutor material puede calificarse de instrumento, aunque responsable, y es posible considerar autor al sujeto que sea el superior jerárquico²². Pero fundamentalmente se argumenta que las personas jurídicas son destinatarias de obligaciones, de modo que pueden cometer una lesión a ese deber, cuando no cumplen las órdenes normativas que se les dirigen, considerándose que son las acciones u omisiones de sus administradores y representantes quienes configuran la actuación de la entidad. Al ser destinatarias de obligaciones, pueden infringirlas, y ello hace necesaria la previsión normativa que les reconozca que tengan una voluntad propia, individual y distinta de los miembros que la integran. Se acoge, por tanto, la teoría civilista del órgano, entendiendo que las personas jurídicas que asumen el cargo de administrador o representante, actúan por la persona jurídica como un instrumento,

¹⁹ QUINTERO OLIVARES G. (2007), “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas”, Estudios de Derecho Judicial, p.181, CGPJ nº 115.

²⁰ LOPEZ WONG, R.S., ob. cit. “Acerca de la de responsabilidad ...”, p.4.

²¹ Roxin publicó esta teoría originariamente en la revista *Goltdammer's Archiv* (1963) para luego plasmarla en “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, 6ª edición 1994. En versión española: “Autoría y dominio del hecho en derecho penal” trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

²² Así lo recoge GRANADOS PÉREZ C. (2007), en “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal” pág. 131, Madrid, Estudios de derecho judicial, nº 115.

sirviendo esta idea como explicación de la imputación de la voluntad humana a la persona jurídica. Esta idea fue adoptada por la jurisprudencia al sostener: “La teoría del órgano, admitida generalmente por la moderna doctrina jurídica lleva como ínsito presupuesto la negación de todo tipo de diferenciación de sujetos jurídicos en la relación funcional órgano sociedad. En virtud de ella, el órgano de administración y representación no es mandatario del ente social, sino que es la sociedad misma la que actúa mediante la actividad concreta de una persona física”²³.

2.2. Los entes sin personalidad jurídica, ¿pueden considerarse responsables de algún modo?

La extensión de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, nos lleva a plantearnos que ocurre con los entes sin personalidad jurídica, ya que, si bien, los mismos civilmente no tienen reconocida capacidad de obrar, al no constituir por sí mismos una personalidad jurídica diferente a la de sus integrantes o partícipes, y además, tampoco cabe atribuir a los mismos como tales responsabilidad civil, sino que en su caso, tal responsabilidad se soportaría por los integrantes del mismo en que fuera posible individualizar como responsables (personas físicas), o en su defecto, por todos los integrantes de forma solidaria²⁴, sin embargo, administrativamente sí que tienen reconocimiento y capacidad de infracción con anterioridad al reconocimiento de la

²³ GIRON TENA, J. (1975); Derecho de Sociedades, p. 303, Madrid Ed. T.I.

²⁴ El carácter solidario de la responsabilidad civil, se impone en diversas normas, en los casos en los que no es posible individualizar la culpa. Hay que tener en cuenta que se contempla de forma diferente en cada caso, ya que, existen supuestos en los que primero se trata de individualizar la responsabilidad, y en caso de que no sea posible se impone la solidaridad, así, por ejemplo, el artículo 17.2 y 3 de la Ley de Ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999, si bien inicialmente disponen que “2. La responsabilidad civil será exigible en forma personal e individualizada, tanto por actos u omisiones propios, como por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a esta Ley, se deba responder.”, se tiene en cuenta que es posible que los responsables no puedan ser individualizados, y por ello dispone la norma en su número 3 que “No obstante, cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase debidamente probada la concurrencia de culpas sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. En todo caso, el promotor responderá solidariamente con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción”. Otros supuestos imponen la solidaridad siempre, en este sentido, la Ley 30/1992 contempla la solidaridad cuando existe responsabilidad concurrente de varias Administraciones públicas, así su artículo 140.1, dispone que “Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria”. Igualmente, la Ley de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, en su artículo 7 impone la solidaridad en todos los casos, ya que establece que las “personas responsables del mismo daño por aplicación de la presente Ley lo serán solidariamente”.

responsabilidad penal de las personas jurídicas, basta a tal efecto tener en cuenta algunas normas fiscales, como por ejemplo el artículo 35.4 LGT -58/2003- que considera obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición. Debemos, además tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991 que viene a reconocer la capacidad de infracción administrativa de las personas jurídicas; Todo lo anterior, podría servir para fundamentar el reconocimiento de la responsabilidad penal de tales entes, pero claro, dada la especial configuración de la materia penal, y por aplicación del principio de legalidad y tipicidad, no puede aplicarse responsabilidad penal si no existe una norma expresa que así lo disponga. Tal vez sería necesario en este punto armonizar la legislación penal con la administrativa-fiscal para conseguir las finalidades que de política criminal se persiguen con el reconocimiento de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que de lo contrario hay un vacío, que se puede salvar, por el momento, del mismo modo que se solucionaba la no atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas antes de la reforma de 2010, es decir, tratando de atribuir la responsabilidad penal a los integrantes en la medida que resultaran individualizables en base a los criterios tradicionales del derecho penal, o en caso contrario, dejar impune la conducta delictiva si no se puede atribuir a nadie en concreto, e imponer, sin embargo, la responsabilidad civil derivada de delito por los daños que se hubieran producido, atribuyendo esta última a todos los integrantes de forma solidaria, en base a un criterio cuasi-objetivo, tomando en consideración los criterios jurisprudenciales arrojados cuando el responsable no puede ser individualizado.

El reconocimiento de capacidad de infracción administrativa a los entes sin personalidad puede tener cierta relevancia penal por la interacción con las normas sobre el delito fiscal –artículo 305 CP-, ya que en este caso, penalmente no podríamos considerar a tales entes como responsables penales, y sin embargo, en el expediente administrativo sí que serían parte, pues se consideran obligados tributarios. Ello hace necesario, como apuntaba antes, armonizar la legislación penal y la tributaria en este ámbito, pues, uno de los principales problemas que se plantean es el definir la posición procesal de tales entes, que en el expediente administrativo sí que resultarían ser parte, pero en el proceso penal no pueden intervenir como tales, sino que, en su caso,

resultarían imputadas las personas físicas que, formando parte de las mismas, sean los destinatarios del beneficio que haya comportado la infracción tributaria.

La diferencia de tratamiento en una legislación y en otra no está demasiado justificada si atendemos al criterio mayoritario en la doctrina que, como señala Bajo Fernández²⁵, mantiene la inexistencia de diferencias sustanciales entre el injusto penal y administrativo, destacando que la distinción entre injusto penal y administrativo no es cualitativa, ni tampoco cuantitativa, sino puramente formal. Otra distinción de carácter sustancial no es posible según un amplio sector doctrinal, por lo que, se hace necesario que esté armonizado, máxime si entre ellos existe cierta comunicación, dada la posibilidad de concurrencia de infracciones²⁶ (aunque no de sanciones dado el principio de “non bis in idem” o de no concurrencia).

Esto no obstante, señala Feijoo Sánchez²⁷ que existen diferencias, sobre todo atendiendo a la finalidad de la pena, considerando que los fines del derecho administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales desde una perspectiva social o global sin necesidad de justificar individualmente la lesividad social de la conducta (el injusto material), siendo las infracciones de peligro abstracto perfectamente compatibles con los fines del derecho sancionador. Sin embargo, para este autor la pena solo puede cumplir los fines preventivos a través de la retribución de un hecho concreto que consiste en una conducta que por sí misma encierra una lesividad potencial. De este modo el derecho penal solo puede prevenir riesgos futuros sobre la base de retribución de efectivos riesgos pasados de los que la sociedad tiene que aprender, mientras que el derecho administrativo es el encargado de la prevención de situaciones de riesgo o de inseguridad. Esto sin embargo, esta idea no se refleja totalmente en el derecho positivo, dado que, si bien la pena sí que es retribución de un hecho lesivo o peligroso, también se persigue una finalidad preventiva, y además la sanción administrativa no solo es una

²⁵ BAJO FERNÁNDEZ M. (2008), “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, p. 2, INDRET, julio de 2008. Disponible en http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf. Última consulta el 6 de septiembre de 2012.

²⁶ Algunos de los delitos tipificados en el Código Penal se configuran en la legislación administrativa como infracciones en este último ámbito también, así ocurre con los delitos contra la ordenación del territorio, y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social, delitos contra la seguridad colectiva, delitos de falsedades, y delitos contra la Administración.

²⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, (2007) “Normativización del Derecho penal y realidad social”, p. 206, Bogotá Ed. Universidad Externado de Colombia.

medida preventivo-instrumental (no retributiva) de prevención de riesgos o de inseguridad, sino que también juega un papel retributivo. Además, en las últimas reformas penales se aprecia una tendencia a introducir tipos configurados en base al peligro posible sobre ciertos bienes jurídicos, anticipando la barrera punitiva, y sancionando ciertas conductas que podrían llegar a lesionar a los mismos, por lo que las diferencias entre el ámbito penal y administrativo sancionador están en la actualidad muy matizadas en relación con la finalidad; Por ello, debemos concluir que la verdadera diferencia, radica en las garantías procesales y materiales que se aplican en cada caso.

De todos modos, la necesidad de unificar la diferencia de tratamiento se pone todavía más de manifiesto si tenemos en cuenta que la L.O. 5/2010 de reforma del Código Penal introduce en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil. Así se introduce en el párrafo 5 del artículo 305 CP, la regla de que para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya podido liquidar por prescripción u otra causa legal en los términos previstos en la Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, incluidos sus intereses de demora, los jueces y tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración Tributaria que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio en los términos establecidos en la citada ley, la cual en su Disposición Adicional décima, regula la exacción de la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública, de modo que, conforme a la misma, en estos casos, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio²⁸. Aquí la necesidad de unificar la diferencia de trato en ambas legislaciones es todavía más patente porque, por un lado, en esta ejecución –en el supuesto que contempla el artículo 305.5 CP-, estamos ante un procedimiento de apremio tributario, vinculada con la ejecución judicial contra quien resulte ser responsable civil (si se trata

²⁸ Cabe tener en cuenta que, en estos casos, sí que existe cierta relación con la ejecución judicial, a pesar de todo, ya que en los casos en que se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil, conforme al artículo 125 del Código Penal, el juez o tribunal lo comunicará a la Administración tributaria. En este caso, el procedimiento de apremio se iniciará si el responsable civil del delito incumpliera los términos del fraccionamiento. Esto sin embargo, la Administración tributaria informará al juez o tribunal sentenciador, a los efectos del artículo 117.3 de la Constitución Española, de la tramitación y, en su caso, de los incidentes relativos a la ejecución encomendada.

de indemnización) o penal (si se trata de multa) en el proceso judicial, y frente a ello, por otro lado, encontramos los casos en los que se haya podido obtener en vía de apremio (administrativo) las cantidades debidas por el delito contra la Hacienda Pública, antes de su prescripción, y al margen del procedimiento judicial (que puede que no se haya iniciado) de modo que, en este supuesto el apremio, podrá dirigirse contra los obligados tributarios infractores, aunque sean entes sin personalidad, haciéndose efectiva, en primera instancia, sobre el patrimonio que pudiera pertenecer al ente como comunidad de bienes formada por sus miembros, o, subsidiariamente, a título individual de forma solidaria.

El principal problema que encontramos para el reconocimiento de la responsabilidad penal a los mismos es que si a las personas jurídicas se les considera responsables penalmente por ser titulares de obligaciones y destinatarios de deberes legalmente impuestos, deberíamos preguntarnos si a los entes sin personalidad jurídica se les imponen, como tales, también ciertos deberes u obligaciones; Ciertamente, sí que son titulares de algunas obligaciones y deberes legales; así no sólo en materia tributaria son responsables, sino que en el ámbito civil también son destinatarios de obligaciones y responsables; basta para llegar a esta conclusión ver la regulación de ciertas comunidades, como por ejemplo, las comunidades de propietarios, puesto que la Ley de Propiedad Horizontal regula una estructura organizada para el funcionamiento de las mismas, les impone obligaciones como la llevanza y legalización de libros de la comunidad, y de conformidad con las normas de la comunidad de bienes del Código Civil que rigen como supletorias en relación con las normas reguladoras de la responsabilidad civil, pueden ser responsables de los daños que se ocasionen por la falta de conservación de los elementos comunes a la vista de lo previsto en el artículo 1907 y 1908 CC. Además, no hay que olvidar que procesalmente los entes sin personalidad tienen capacidad para ser parte de acuerdo con el artículo 6.5º LEC. Todo ello, unido a la obligación general de actuar sin causar daño a otro, que debe trascender el tipo de destinatario y la forma jurídica que ostente, permite fundamentar que la posibilidad de imponer a los mismos también responsabilidad penal.

Debería de algún modo poderse equiparar, sobre todo a tales efectos, la situación con las personas jurídicas, tanto a efectos de responsabilidad civil derivada de delito, como a efectos de responsabilidad penal, así como poderse aplicar las consecuencias accesorias que prevé el artículo 129 CP a los entes sin personalidad. Esto último, es

decir, la aplicación a los mismos de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 CP si que se considera viable en la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado²⁹.

La posibilidad de reconocer la responsabilidad tanto civil como penal de entes sin personalidad jurídica, permitiría armonizar y unificar, en materia de responsables, los distintos supuestos de responsabilidad, ya sea civil, penal y administrativa (sobre todo en el ámbito fiscal, pero también en el ámbito urbanístico, de protección del medioambiente, de protección a los consumidores, etc., donde pueden coexistir las responsabilidades civil, penal y administrativa con facilidad). En cualquier caso, ya hemos visto que en el ámbito fiscal sí que se les considera responsables, en el ámbito civil se admite que puedan realizar ciertos actos jurídicos con eficacia, y en el ámbito penal ya hay un primer paso dado, puesto que se les pueden aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129 CC como recoge la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado (relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal, efectuada por Ley Orgánica número 5/2010), y el mismo artículo 129 CP fue el precedente inmediato al reconocimiento de responsabilidad criminal propia a las personas jurídicas, de hecho, como bien señala Morales Prats³⁰, el art. 129 CP incluye un estatuto de responsabilidad penal accesoria, pero que, en todo caso, exige una previa declaración principal de responsabilidad criminal de la persona física, por lo que la naturaleza de tales consecuencias accesorias, debemos concluir que también tienen carácter penal.

A todo ello, cabe añadir que el Anteproyecto de reforma del Código Penal que fue aprobado recientemente por el Consejo de Ministros en fecha 11 de octubre de 2012, da un paso en el sentido que aquí estamos defendiendo, puesto que se proyecta la modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 129 CP, que, quedarían redactados del siguiente modo: “1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a

²⁹ Expresamente la Circular FGE 1/2011 recoge “En el caso de las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente una o varias consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 y acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita” (p. 73).

³⁰ MORALES PRATS F. (2009), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Estudios de derecho judicial, Nº. 155, p. 381 (Ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos).

través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.” Lo que está recogiendo en este precepto es la posibilidad de aplicar a las entidades sin personalidad jurídica, las consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, en los casos en los que esté prevista su aplicación a las personas jurídicas; es decir que, a efectos de consecuencias accesorias, las entidades sin personalidad jurídica quedan equiparadas a las entidades que sí que tiene personalidad jurídica propia. Si la reforma penal así proyectada se aprueba en estos términos, indudablemente se está dando un paso más hacia el reconocimiento de responsabilidad penal a las mismas, aunque con ello simplemente se recoge de forma expresa el criterio que ya había mantenido la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, no suponiendo el reconocimiento directo de responsabilidad penal de las mismas, pero indudablemente es un paso hacia ello.

3. LOS CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

3.1. El sistema de la doble vía para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en relación con el elemento subjetivo

Indudablemente, debemos comenzar señalando que los criterios que se han acogido por la reforma de 2010, para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas se regulan el artículo 31.1 bis CP, y con ello se acoge el sistema de la

doble vía³¹, esto es, dos criterios de atribución distintos: el primero es de carácter objetivo –en mi opinión, cuasi-objetivo, como veremos-, puesto que atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica una vez concurren los presupuestos legales, y al margen de la culpabilidad -para algunos autores, aunque, en realidad, sí que se tiene en cuenta la culpabilidad, pero configurada de otro modo a como se toma en consideración en el Derecho penal clásico-; el segundo criterio se basa en la culpa in vigilando, que toma, por tanto, en cuenta en mayor medida el elemento de índole culpabilística que el criterio cuasi-objetivo, siendo más acorde con el principio clásico del Derecho penal por el que no hay responsabilidad penal sin dolo o imprudencia –ex artículos 5 y 10 CP-. Vemos ya, a simple vista, que de entrada, uno de los criterios, el cuasi-objetivo, necesariamente por su propia configuración requiere un Derecho penal diferente al tradicional, sino que además, ambos criterios de atribución son criterios ya adoptados para la atribución de la responsabilidad civil –tanto la que deriva de delito como de otros hechos que no son delitos-.

En materia de responsabilidad civil, hay una gran variedad de modalidades de responsabilidad por hechos ajenos, y en la mayoría de los mismos la diferencia se encuentra en el criterio de atribución, o más concretamente, en la culpa (civil) del responsable, diferenciando aquellos supuestos en los que concurre claramente la misma y aquellos otros en los que el derecho atribuye la responsabilidad civil de forma objetiva. Además, todavía cabe tener en cuenta otro dato, y es que en los casos en los que se atribuye responsabilidad por hechos de otro, y sobre todo atendiendo a la intervención culpable del responsable o a su atribución objetiva, la responsabilidad civil puede ser subsidiaria o solidaria.

Los anteriores criterios y tipos de responsabilidad, de algún modo, se han extrapolado (no queda claro si el proceso ha ocurrido de un modo consciente, o si de un modo inconsciente, por parte del legislador) como criterios para la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, dado que concurre en ambos casos un elemento común que es la actuación de un tercero con el que pueda tener conexión la persona jurídica, no pareciendo adecuada simplemente la expresión “hecho de otro” al tratar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que, en primer lugar, el

³¹ Así lo denominan CORCOY BIDASOLO M. y MIR PUIG S. (dir.) (2011), Comentarios al Código Penal, Reforma L.O. 5/2010, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 132.

artículo 31 bis CP la atribuye de forma directa, como responsabilidad independiente de la persona jurídica al margen de la de una persona física –cuyos actos, sin embargo, serán necesarios para que se produzca el hecho delictivo-, y en segundo lugar, porque la consideración explícita de que es posible atribuir responsabilidad penal por “hecho de otro”, entendiendo que ello supone, que no existe ni intervención ni conexión alguna con el responsable penal persona jurídica, viene a contravenir las bases mismas del Derecho penal tradicional –puesto que del artículo 5 CP resulta ser necesaria la concurrencia del elemento culpabilístico para que pueda derivarse responsabilidad penal respecto de una persona y también atendiendo al principio de personalidad de las penas-. Precisamente, aunque no nos refiramos a la responsabilidad penal de la persona jurídica como una responsabilidad derivada de un hecho de otro, no puede dejarse de reconocer que los criterios de imputación de la misma en el artículo 31.1 bis CP, recogen una responsabilidad que, aunque independiente, se vincula a la actuación de otra persona, utilizando criterios que pertenecen más bien a la esfera de la responsabilidad civil derivada o por hecho de otro y que nos llevan a pensar que, estamos ante una nueva categoría de responsabilidad de naturaleza penal, pero construida sobre la bases de la responsabilidad civil; o por el contrario, si pretendemos encajar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema clásico podemos llegar a pensar que es contraria a las bases fundamentales del derecho penal, llegando incluso a ser inconstitucional (dado que quiebran algunos principios como el de presunción de inocencia y el de igualdad).

Los defensores de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas salvan ambos obstáculos al entender que la diferencia de trato está justificada por la existencia de diferencias objetivas y, las mismas se admiten por el mismo Tribunal Constitucional en el marco de la infracción y sanción administrativa, entendiéndose en Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre que, dado que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, es aplicable el principio de culpabilidad en este último ámbito, y que, si bien, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, ello no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo; por lo que en base a ello admite la culpabilidad de las personas jurídicas en materia administrativa. Cabe destacar que las SSTC 76/1990 y 246/1991 matizan el principio de culpabilidad

en materia de infracciones administrativas, de modo que resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva pura o sin culpa.

Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admitiese la responsabilidad directa de las personas jurídicas antes que el Derecho penal, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. El Tribunal Constitucional ya declaró en las Sentencias mencionadas que esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Es de la responsabilidad de cumplir las obligaciones que legalmente se les imponen, de donde se considera que emana la capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz³².

Un elemento que es de destacar para poder entender la responsabilidad tanto civil como penal, así atribuida, es el elemento del riesgo que es asumido por la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de una norma. Es la asunción de este riesgo, que, según de la Fuente Honrubia³³, es asumido por las personas vinculadas directa o indirectamente al ente (socios, directivos sin participación directa, o trabajadores, proveedores o terceros) como riesgo derivado de su relación estatutaria o contractual con el ente, lo que lleva a asumir ciertas desviaciones que pueden producir consecuencias negativas por la intervención sancionadora del Estado; este riesgo se deriva del simple hecho de actuar en un ámbito material con eficacia jurídica sirviéndose para ello de una persona física que actúa como órgano de la misma, lo que

³² En el caso que la sentencia trata, aunque referido al ámbito de la infracción administrativa, se pone en relación con la obligación legal del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos.

³³ DE LA FUENTE HONRUBIA F. (2008), “Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Caso EKIN (sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *La LEY*, Nº 6888, 21 Feb. 2008, Año XXIX, Sección Doctrina, p. 5.

permite atribuir la responsabilidad por los daños que surjan de dicha actividad, aunque los realice un tercero conectado en la forma prevista en los artículos 31 bis CP para la responsabilidad penal y 109 y ss CP para la responsabilidad civil. Se trata pues, de una atribución cuasi-objetiva de responsabilidad, en la que no se considera que el elemento culpabilístico está ausente, sino presente pero matizado, pues el hecho del que deriva es la asunción del riesgo antes descrito.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que el incumplimiento de normas por empleados, y la negligencia de quien deba dirigir la persona jurídica, permite basar el juicio de reprochabilidad de la persona jurídica en la necesidad de estimular el riguroso cumplimiento de las normas que se deben acatar, de modo que, el incumplimiento de las mismas por quien realice el hecho de transferencia genera responsabilidad a la entidad en base a esta obligación. Así, en el Tribunal Constitucional califica de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988), pero sin que ello implique, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se deba suprimir el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Lo mismo debemos entender tratándose de la responsabilidad penal, pues este criterio, extraído del ámbito administrativo sancionador, puede servirnos para matizar también la culpabilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, configurándola en base a dos elementos que tradicionalmente han formado parte de la responsabilidad civil y no penal, como son el riesgo en el desarrollo de una actividad y la negligencia en el deber de velar por el cumplimiento de las normas.

En consecuencia, respecto de la culpabilidad, para aceptar esta responsabilidad penal de las personas jurídicas, en base a un criterio cuasi-objetivo, y pasando por alto, de algún modo, la necesidad de que concurra la culpabilidad en la misma forma que tradicionalmente se exige que concurra, esto es, basándolo para estos casos en el riesgo de la actividad junto con la inexistencia de la diligencia debida en el responsable, debemos tomar en consideración la finalidad perseguida por la imposición de la pena.

Al respecto, destacar que Sarrulle³⁴ se refiere a ello en relación con la tesis seguida por Roxin³⁵. Destaca este autor la vinculación del concepto dogmático de culpabilidad a la necesidad preventiva del castigo, denominando a la categoría que sigue al injusto, responsabilidad. Cabría hablar por tanto, de una especie de responsabilidad que siendo penal por sus efectos (pues conlleva sanción penal) participa de la naturaleza de la responsabilidad civil, en cuanto a los presupuestos para su atribución, y que podría considerarse como un *tertium genus* de responsabilidad diferente a las responsabilidades civil o penal puras.

Podríamos afirmar en base a ello que, más que la finalidad retributiva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretende la atribución de una especie de responsabilidad que pertenece a la esfera del derecho penal, pero que es similar en cuanto a su atribución y reconocimiento a la responsabilidad civil, por configurarse en base a un resultado y que persigue una finalidad más preventiva que retributiva.

En base a todo ello, no parece que puedan desecharse los criterios utilizados por el legislador para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, toda vez que, como ya he anticipado, se alejan del Derecho penal clásico y se han tomado de la esfera de la responsabilidad civil. En cualquier caso, la posibilidad de que ello pueda ocasionar dificultades en su aplicación práctica exige un estudio específico de cada uno de los criterios utilizados.

3.2. El criterio de atribución de la responsabilidad en base a la existencia de *culpa in vigilando*

El criterio de atribución de la responsabilidad penal en base a la existencia de *culpa in vigilando*, permite atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, en base

³⁴ En este sentido, SARRULLE O.E. (1998), “La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)”, Ed. Universidad Buenos Aires, p. 29 y ss. Disponible en <http://biblioteca.d2g.com>.

³⁵ ROXIN, C. (1997), Derecho Penal Parte General –Tomo I- Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Madrid Ed. CIVITAS. Para ROXIN la pena se justifica solamente a partir de una combinación de la culpabilidad con la necesidad de prevención; de modo tal que la pena no debe servir como retribución en el sentido de una compensación de la culpabilidad con fundamentos metaafísicos. ROXIN transfiere esta concepción del fin de la pena a la teoría de la responsabilidad, exigiendo que junto a la culpabilidad siempre haya una necesidad preventiva de castigo, porque en la categoría de la responsabilidad se decide principalmente sobre la punibilidad del autor y para ello sólo puede ser válido, para que tenga sentido, lo que está indicado por la teoría del fin de la pena.

a un hecho que materialmente lo realiza un tercero persona física y que está sometido a la autoridad de personas físicas que ostenten la condición de representantes legales, y administradores de hecho o de derecho, actúen en el ejercicio de actividades sociales, y, por cuenta y provecho de la persona jurídica, habiéndose realizado tales actividades delictivas sin el debido control, atendidas las circunstancias del caso. Este criterio supone en la entidad una manifestación culpabilística, que es la falta del debido control.

Volviendo la mirada, como punto de partida, sobre la responsabilidad civil, los criterios de imputación basados en la culpa pueden dar lugar a una responsabilidad directa, esto es por hechos propios, o bien a una culpa indirecta, en los casos en los que el hecho lesivo lo realiza otro, pero en estos casos el responsable civil tiene obligación de control o vigilancia de la actuación de aquel. De este modo, se exige en ambos casos una clara culpa civil en quien debe responder derivada del resultado lesivo, que cuando es un hecho delictivo se recoge en el artículo 116 CP (declarando responsabilidad civil derivada de delito y por hechos propios), en el artículo 120 CP que recoge responsabilidad civil subsidiaria para las personas naturales y las jurídicas en defecto de los que sean criminalmente responsables, y en el artículo 118.1º CP que impone la obligación de responder civilmente de forma derivada para quienes tengan bajo su responsabilidad a un inimputable por los daños causados por este –en el sentido que recogen los artículos 20.1º, 2º, y 3º CP- , “siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte” –por parte de los que lo tienen bajo su potestad o guarda legal o de hecho-. En este último caso la responsabilidad aunque es por hecho de otro, se hace responder por ser negligente en el deber de vigilar a quien se tiene bajo potestad o guarda, presumiéndose *iruis tantum* la negligencia, pues se admite que pueda probarse que se puso la diligencia debida. Y en los supuestos del artículo 120 CP que están conectados con los previstos en el artículo 1903 CC también se exige que no hayan puesto la diligencia debida en impedir el resultado dañoso, pero permitiendo además el artículo 1904 CC que puedan ejercitar la acción de repetición contra el responsable que causó los daños en el caso de que lleguen a responder de forma subsidiaria.

3.2.1. Interacción entre responsabilidad civil y responsabilidad penal

Considerando que existe entre la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad penal cierta interacción, es de destacar que, cuando el responsable es

una persona jurídica, dado que para la atribución de ambas responsabilidades individualmente analizadas, se utiliza el mismo criterio de imputación, que es la existencia de *culpa in vigilando*, no cabe duda de que existe entre la responsabilidad civil derivada de delito y la responsabilidad penal de las personas jurídicas una mayor comunicación, ya que, el hecho de que la persona jurídica pueda ser responsable penal puede alterar el carácter solidario o subsidiario de la responsabilidad civil por los mismos hechos y en base al mismo criterio de imputación. Por ejemplo, supongamos que una entidad con personalidad jurídica propia es legalmente el tutor de una persona física incapacitada; y que la misma comete un delito. En este caso el autor material del hecho lesivo sería un inimputable en los términos del artículo 20.1º CP (exento de responsabilidad penal), pero sí que sería responsable civil de los daños derivados del delito vía 1902 CC y 120.1 CP (no vía artículo 116 CP, ya que exige para que se imponga responsabilidad civil al mismo que sea “criminalmente responsable”, si bien el artículo 118.1.º CP da a entender que si responde el incapacitado y también quien los tenga “bajo su potestad o guarda”, en este caso se trataría para el incapaz de una responsabilidad civil por hechos propios por imposición del artículo 1902 CC, quiero decir que opera al margen de la responsabilidad penal para él), además la entidad con personalidad jurídica independiente sería responsable civil subsidiaria. Ahora bien, en el mismo supuesto, imaginemos que el inimputable comete un delito existiendo participación de otra persona física vinculada a la entidad que en la misma ostentara el cargo de administrador o representante de la entidad, y que en este caso además de la responsabilidad penal propia y civil solidaria de este último que participo como autor o coautor (a través del inimputable) puede estimarse responsable a la persona jurídica de los hechos cometidos por quien actuó en calidad de administrador o representante de la entidad, por existir *culpa in vigilando*, haciendo que la misma sea responsable penalmente como autora de los hechos y su responsabilidad civil será solidaria ex artículo 116.3 CP. De este modo se puede afirmar que la consideración de que la persona jurídica tiene responsabilidad penal en los hechos cambia el vínculo de esa responsabilidad civil con respecto a la de los demás responsables, aunque el criterio de imputación siempre es la *culpa in vigilando* (tanto para determinar la responsabilidad civil como la penal, ya concurra solo la civil o ambas).

Además, podría darse un problema práctico en el caso de que la tutela la ostente una entidad pública, ya que esta podrá ser civilmente responsable, pero penalmente no

responderá en el caso expuesto –como resulta del número 5 del artículo 31 bis CP-, siendo el criterio de atribución de responsabilidad el mismo, y sin embargo, si la entidad fuese privada podría ser responsable, en base a este criterio, tanto en el aspecto civil como en el penal –si se reunieran los demás presupuestos legales que recoge el artículo 31 bis CP-. Con la consecuencia práctica de que si la entidad es pública, de los daños causados, responderá civilmente de forma subsidiaria, y si es privada, previa declaración de su responsabilidad penal, responderá civilmente de forma solidaria.

3.2.2. *La culpa in vigilando presunta, y el principio de presunción de inocencia*

Al margen de todo ello, en materia de responsabilidad civil, se admite sin ningún problema la atribución de la misma en base a una culpa presunta, la cual no solo supone que el hecho que produce un resultado dañoso o lesivo se haya realizado por un tercero por el que se debe responder, sino que además, tal culpa se presume, invirtiéndose la carga de la prueba, pues la responsabilidad civil en base a una culpa presunta se impondrá mientras el presunto culpable no demuestre que puso toda la diligencia debida para evitar el perjuicio³⁶. Desde el punto de vista penal, el problema que nos encontramos es el principio de presunción de inocencia (este problema concurre también en relación con la atribución de responsabilidad penal en base al criterio cuasi-objetivo). Lo que sí que debemos destacar en este caso, es que la responsabilidad (tanto civil como penal) por *culpa in vigilando*, es claramente de carácter subjetivo. El hecho de que sea de tipo subjetivo, en mi opinión, debe permitir al responsable probar que puso la diligencia debida para evitar el perjuicio, y ello no produce ningún problema cuando estamos hablando de responsabilidad civil, esto sin embargo, al utilizar el mismo criterio para imputar responsabilidad penal a una persona jurídica, dado que se produce la inversión de la carga de la prueba, nos deberíamos plantear la si con ello se vulnera el principio de presunción de inocencia. Precisamente, los Informes del Consejo General del Poder Judicial referentes a los Anteproyectos de 2006 y de 2008 se referían

³⁶ La idea de cuál es la “diligencia debida” para evitar el perjuicio nos remite necesariamente a normas de Derecho civil, en concreto el artículo 1903 CC hace referencia a la diligencia que emplearía el buen padre de familia para evitar el daño causado, y también del artículo 1104 CC se deduce que la culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar –referido a las obligaciones, se puede aplicar no solo a las obligaciones contractuales sino a las legales, es decir a cualquier caso en que se deba actuar de un determinado modo-. Si la ley no determina la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia –ex 1104.2 CC-

a la posible inconstitucionalidad de este sistema de imputación por este motivo. En el mismo sentido, encontramos algunas críticas doctrinales, puesto que algunos autores destacan que no puede desconocerse que con ello se están pasando por alto algunos de los principios más elementales del derecho penal. Así, en este sentido, Morales Prats, Carbonell Mateu, Álvarez y González Cussac, entre otros.

El principio de presunción de inocencia, en el derecho penal tradicional no permite atribuir la culpabilidad ab initio y de forma presunta, si no a la inversa, se presume que el sujeto es inocente, y por tanto no puede recaer en él tal responsabilidad penal sin cumplida prueba que lo acredite como responsable. Esto sin embargo, para imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas se invierte la carga de la prueba, y para ver cómo opera la culpabilidad en estos casos hay que acudir a la teoría del riesgo configurada para la responsabilidad civil.

3.2.3. La teoría del riesgo y la presunción de inocencia

La teoría del riesgo, construida en relación con la responsabilidad civil, y admitida por la Sala Primera del Tribunal Supremo, viene aceptando soluciones cuasi-objetivas en actividades de riesgo, que en el plano procesal se traducen en la inversión de la carga de la prueba con presunción "iuris tantum" de la culpabilidad del agente del evento dañoso, en tanto este no acredite que obró con la diligencia debida para evitar o prevenir el daño. Pero sin que pueda fundarse la responsabilidad exclusivamente en el riesgo³⁷. En consecuencia, la inversión de la carga de la prueba se produce porque en situaciones de riesgo, se han de agotar los medios y evitar todas las circunstancias que transformen el peligro potencial en un daño efectivo. Esto es, existe una exigencia de mayor diligencia, pero no elimina absolutamente el elemento subjetivo de la culpa (es decir, es una responsabilidad cuasi-objetiva, y no objetiva absolutamente), ya que no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado (que no tiene encaje en el artículo 1902 CC, como declara, entre otras, la STS de 25 de marzo de 2010, RC n.º 1018/2006), sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es a aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño

³⁷ En este sentido, las SSTs de 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 1 de octubre de 1985, y la STS de 12 de abril de 2002.

desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole. Así, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta. En esta línea, la STS de 21 de mayo de 2009, RC n.º 2005/2004, afirma que ni siquiera la obligatoriedad del aseguramiento –cuando una determinada norma impone con carácter obligatorio que se concierte un seguro de responsabilidad civil por quien realice alguna actividad con cierto riesgo- determina la presencia de un sistema de responsabilidad civil objetivo puro que permita fundarla exclusivamente en el resultado o en el riesgo creado al margen del elemento culpabilístico, siendo necesario la acreditación de la culpa o negligencia del asegurado, por lo que en el fondo no se aleja tanto del sistema tradicional y subjetivo de responsabilidad.

En cualquier caso, desde el momento en que aplicamos el mismo criterio para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, se hace necesario que, precisamente, en base a la misma teoría del riesgo, se introduzca la posibilidad de quedar exenta la persona jurídica de la responsabilidad penal de que se trate, acreditando haber puesto toda la diligencia debida en evitar la infracción, actuando como se exige en el ámbito civil al “buen padre de familia”. Es cierto que el mundo evoluciona muy deprisa, especialmente a nivel tecnológico, y que al surgir nuevos bienes jurídicos que puedan ser lesionados y nuevas formas de lesionarlos, se hace necesario adoptar medidas jurídicas que tal vez nos alejen de los principios jurídicos que siempre han servido de base, como ocurre en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que se matiza el elemento de la culpabilidad hasta presumirlo por entender que la culpa se vincula con el riesgo asumido por el simple hecho de ser persona jurídica, y tener que actuar a través de personas físicas que la representan, o asumen ciertas funciones en la misma, pero ello, no puede justificar que no se regule como causa de exención la actuación con toda la diligencia exigible a la actividad realizada, permitiendo acreditar que el resultado lesivo se produjo a pesar de haber adoptado la persona jurídica todas las medidas que razonablemente permitirían

evitar aquel. Lo contrario no es que vulnere el principio de presunción de inocencia, sino que obvia la inocencia para imponer responsabilidad en los casos en los que por no existir realmente culpa la entidad es inocente. La idea de que alguien pueda ser responsable penalmente siendo inocente es inaceptable por injusta, y no es posible admitirla ni aun considerando que estamos ante un Derecho Penal nuevo y distinto al clásico.

Más acorde con la idea de justicia y con la finalidad de obtener la verdad material que persigue el proceso penal sería acudir, en su caso, a hacer responder a la persona física que actuó en contra de la norma penal, y, en su caso, a los administradores y representantes vía artículo 31 CP³⁸ -antes 15 bis CP³⁹-, que realiza una extensión del tipo o de la autoría en dichas infracciones al asignar al representante persona física las específicas condiciones personales exigidas para ser autor de la infracción, aun cuando dichas condiciones no se den en él y sí en la persona física o jurídica a la que representa. Y que permite que nos planteemos si también vulnera la presunción de inocencia, por la inversión de la carga de la prueba, pero claramente la jurisprudencia matiza su aplicación exigiendo que concurra culpa o imprudencia acreditadas en el administrador o representante responsable. Al respecto, debemos destacar la Sentencia del Tribunal Supremo número 816/2006, de 26 de junio, que sintetiza la interpretación actual de la cuestión, cuando se expresa en los términos siguientes: “... su incorporación al Código [se refiere a la del anterior artículo 15 bis] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva” de modo que “no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos”. En base a las críticas y reflexiones anteriores podemos plantearnos si no estaremos realmente ante un nuevo derecho penal estructurado sobre otros principios. En este sentido, al tratar las consecuencias accesorias del artículo 129 CP en relación

³⁸ El artículo 31 CP atribuye responsabilidad penal a quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

³⁹ La inclusión del artículo 31 bis en el Código Penal de 1995 se acoge una solución prácticamente coincidente con la del pre-vigente artículo 15 bis del Código Penal de 1973 introducido en dicho texto legal por medio de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal -inspirado a su vez en el § 14 del St.G.B. alemán- si bien el vigente artículo 31 de nuestro Código añade la alusión a la representación de personas físicas, no prevista en el antiguo artículo 15 bis, que solo se refería a la representación de personas jurídicas.

con las personas jurídicas, Córdoba Roda y García Arán, entre otros, diferencian la responsabilidad por hecho de otro, de la responsabilidad propia asumida a través de un criterio objetivo, valorando que, en el primer caso se pasan por alto los principios elementales del derecho penal, y en el segundo caso, los problemas que se generan pueden salvarse acudiendo a los principios del derecho administrativo sancionador (los principios del derecho sancionador y del derecho penal deben ser los mismos, puesto que comparten naturaleza sancionadora, y en este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional).

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, reconoce a las personas jurídicas capacidad de infracción. A pesar de ello, el Consejo General del Poder Judicial, considera que la jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional no permite la elaboración de un concepto de culpabilidad de la empresa, pues la referida Sentencia incurre en algunos errores conceptuales⁴⁰. Fundamentalmente, se destaca que el error en el que incurre es el de atribuir culpabilidad cuando al mismo tiempo se recoge que “falta el elemento volitivo en sentido estricto pero no la capacidad para infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva de un bien jurídico protegido por la norma que se infringe y de la necesidad que dicha protección sea eficaz”. Todo ello no obstante, este criterio se ha recogido como criterio para atribuir tal responsabilidad penal a las personas jurídicas, por lo que teniendo en cuenta los puntos en los que se aleja del derecho penal tradicional, podemos afirmar que estamos ante un derecho penal distinto al tradicional.

3.2.4. La culpa in vigilando y el cumplimiento del deber impuesto

El criterio de imputación basado en la existencia de *culpa in vigilando* permite imponer responsabilidad penal en base a un criterio culpabilístico basado en la inexistencia del debido control, aproximándose así, mas a los delitos por omisión que a los delitos por acción, pues si bien se hace necesario un hecho o acción positiva de un tercero, persona física, la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de su omisión del deber de control. Así, destacan algunos autores como Corcoy Bidasolo y

⁴⁰ GARCIA GARCIA M.A. (dir.) (2007), CGPJ, Estudios de Derecho Judicial nº 115 –Centro de Documentación Judicial-, p. 262.

Mir Puig que esta omisión supone un defecto de organización, y sucederá cuando no se hayan implementado por la persona jurídica los mecanismos idóneos de prevención de los delitos que puedan cometer los representantes legales o administradores de las mismas en su nombre y en su representación⁴¹.

Si consideramos que siguiendo este criterio de atribución de responsabilidad penal por *culpa in vigilando*, se basa en la omisión de un deber de vigilancia de la propia entidad, salvamos la dificultad de configurarlo únicamente sobre la idea de que la responsabilidad derive de un hecho de otro, y respetamos así los criterios generalmente admitidos por la doctrina⁴², que exigen para derivar responsabilidad penal la imputación del hecho a persona determinada por sus propios actos, eliminando no sólo la casualidad en la producción del mismo, sino también la posibilidad de que el acaecimiento obedezca solamente a la conducta de otro, o, aun realizada por el sujeto, que éste no posea capacidad de culpabilidad. De todos modos, debemos pensar que la omisión, también es atribuible, en la práctica a una o varias personas, ya sean administradores o directivos de la persona jurídica, que son en última instancia quienes toman las decisiones referentes a la gestión.

Para la adecuada configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas queda por delimitar la extensión de este deber de control o vigilancia que a la inversa supone la delimitación de la omisión de la implementación de los mecanismos que sirvan para prevenir la comisión de delitos por los representantes legales y administradores de la entidad, ya que no delimitarlo supone extender esta responsabilidad de un modo cuasi-objetivo, y debería quedar acotada a la adopción de las medidas que previsiblemente sirvan para impedir las infracciones que pueda preverse se pueden cometer. El legislador sí ha delimitado estas últimas, puesto que establece un *numerus clausus* de delitos de los que se puede derivar responsabilidad penal para las personas jurídicas, de modo que sólo es exigible cuando así lo establece expresamente el tipo penal⁴³. Respecto de los mecanismos a adoptar para evitarlos, es

⁴¹ CORCOY BIDASOLO M. y MIR PUIG S. (dir.), “Comentarios al Código Penal...” ob. cit., p.132.

⁴² Así lo destaca SARRULLE O.E., ob. cit. “La crisis...”, p. 70 y ss.

⁴³ Esta especial responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo es exigible por contemplarlo expresamente el tipo penal, entre otros, en los delitos económicos, en relación con las insolvencias y concursos punibles –artículo 261 bis CP-, en los delitos de receptación y delito de blanqueo de capitales – artículo 302.2-, en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social –artículo 310 bis CP-, delitos contra el medioambiente –artículos 327 y 328.2 CP-, en el delito de tráfico de órganos –artículo

más difícil hacer una delimitación ya que no debe ser taxativa, pues existen infinitas posibilidades que permiten proceder de una forma u otra, y cuya configuración será casuística, y que además los avances tecnológicos futuros permitirán sin duda, seguir aumentando la lista de posibilidades. En cierto modo, del tenor literal del mismo artículo 31 bis CP, en su número 1, in fine, viene a reconocer que ello es así, al recoger la expresión “...por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las circunstancias del caso”.

Esto no obstante, Feijoo Sánchez considera que el defecto de organización, y en definitiva, la existencia de *culpa in vigilando o in eligendo*, es un concepto objetivo que permite imputar los hechos cuando realmente ha existido este defecto de organización, y sin atender a otros elementos que pudieran moralizar la culpa existente según las circunstancias que pudieran concurrir en cada caso; yo personalmente discrepo respecto a esta idea, pues si bien, es cierto que la buena organización existe o no existe y esta es una obligación legal de quien administre la empresa (así se deduce para las sociedades de capital del artículo 225 del RD-Legislativo 1/2010 de 2 de julio que impone el deber de llevar una diligente administración, exigiendo en consecuencia que los administradores desempeñen su cargo con la diligencia de un ordenado empresario, debiendo informarse diligentemente de la marcha de la sociedad), no es menos cierto que el artículo 31.1 bis CP se refiere a “no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las circunstancias del caso”, y no hay que olvidar que seguimos estando ante una norma de Derecho penal, por lo que hay que estar a lo que legalmente recoja la norma, atendiendo así al principio de legalidad y de tipicidad; pues lo contrario supondría alejarnos todavía más del Derecho penal como siempre se ha entendido, y lo cierto es que, al reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas, matizando el elemento subjetivo, ya nos estamos alejando en demasía de las exigencias básicas de aquel. Por tanto, es necesario que se elabore el concepto de defecto de organización, y de que se pueda oponer la “buena organización” como circunstancia exculpante, de

156 bis-, en el delito de trata de seres humanos –artículo 177 bis CP-, en los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores -artículo 189 bis CP-. Claramente se pueden diferenciar dos grupos diferentes de tipos delictivos en los que cabe responsabilidad penal de la empresa, por un lado aquellos que tradicionalmente se han cometido en la esfera de la empresa, es decir, que se cometen de forma eventual y colateral a otras actividades de la empresa persona jurídica, y por otro lado aquellos que se desarrollan de forma ajena a una empresa que se considere legal, por su finalidad, puesto que la finalidad es la misma comisión del delito, por lo que tengan o no estructura legal que atribuya personalidad jurídica; en estos casos, también concurren los requisitos para entender que sus miembros forman una organización criminal, siendo destacable exista una apariencia legal o no, el elemento tendencial relativo a la finalidad delictiva.

modo similar a como se aplican las eximentes y atenuantes de los artículos 20 y 21 CP (que estemos ante una u otra dependerá del grado de diligencia adoptada en el caso concreto). Lo contrario supondría obviar por completo el elemento subjetivo, y es más actuar en contra incluso, de la buena voluntad del sujeto, en este caso persona jurídica, por lo que si realmente la persona jurídica va a responder como consecuencia de una especie de transferencia de responsabilidad por el defecto de organización de las personas físicas que ostentan los cargos indicados, el imponer esta responsabilidad de forma absolutamente objetiva, sin poder probar lo contrario, nos lleva a la situación injusta de que la responsabilidad será objetiva para la persona jurídica mientras que la responsabilidad de los administradores y representantes que son personas físicas, de las que se transfiere la responsabilidad a aquella, si se acogen a las normas generales, si que podrán acreditar que pusieron la diligencia debida que les exime de responsabilidad; o bien, si esta distorsión nos parece inaceptable, y aplicamos el mismo régimen objetivo de responsabilidad penal a las personas físicas (administradores y representantes de la entidad) y a las personas jurídicas lo que ocurrirá es todavía peor, pues se vulnera el principio de igualdad, ya que para otros delitos cometidos por personas físicas sin conexión con una persona jurídica se podrán oponer mayores causas de exención de responsabilidad penal y de atenuación, que en aquellos casos en que la persona física que ostente los cargos indicados en una entidad, la cual va a transferir a la misma, la responsabilidad por el defecto de organización, sin atender si ello ocurrió como consecuencia de un supuesto que excede de la debida organización y control, de modo que, siendo de todo punto imprevisible la necesidad de extender la organización más allá de lo que se hizo, el resultado fue lesivo para un bien jurídico, pero no querido, ni asumido aún en concepto de falta de culpa, por el sujeto responsable (en este caso la persona jurídica), pues se puso la diligencia debida. Este último caso, no solo obvia el principio de presunción de inocencia, sino que además trata con desigualdad según el tipo de delito en que nos encontremos; y en materia penal, esto no es aceptable por la gravedad de las consecuencias de la sanción penal –aunque en otros ámbitos del derecho también sería inconstitucional un trato desigual, atendido el artículo 14 CE-.

Se hace necesario, de *lege ferenda*, que se delimite que es omisión o defecto de organización en el ámbito de la persona jurídica, así como la inclusión entre las atenuantes, o incluso, su configuración como eximente, la adecuada organización y observancia de los deberes de control legalmente impuestos, porque ¿Qué tipo de

culpabilidad hay en los casos en que sí que se ha cumplido suficientemente el deber de control? Debemos concluir que ninguna.

3.2.5. La comisión por omisión del deber de control y la teoría de las funciones

El deber de control, su observancia y su incumplimiento, darán lugar a que en algunas ocasiones la conducta sea sancionable penalmente y otras no. Es por ello importante a efectos de delimitar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando el incumplimiento del mismo da lugar a la conducta penalmente reprochable y cuando no. A tal efecto debemos destacar la STS, Sala Segunda, de 11 de marzo de 2010 (Roj: STS 1303/2010) que viene a interpretar la comisión por omisión en relación con la responsabilidad de los administradores y representantes, y así, partiendo del artículo 11 del Código Penal dispone que "Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. El tipo objetivo de la comisión por omisión requiere, pues, la producción de un resultado propio de un delito de acción; la posición de garante en el omitente; que la omisión equivalga en el caso a la producción del resultado; la capacidad del omitente para realizar la acción y la causalidad hipotética.

Una parte de la doctrina entiende, según la teoría de las funciones, que la posición de garante existe cuando el sujeto tiene una específica función de protección del bien jurídico afectado o le corresponde una función de control de una fuente de peligro en determinadas condiciones. En la regulación legal, inclinada a la teoría formal del deber jurídico, la posición de garante depende de la existencia de un deber jurídico del autor, que puede derivar de la ley, del contrato o de una injerencia anterior, que le obligue a actuar para evitar el resultado típico. La responsabilidad en los casos de comisión por omisión depende además, de que la omisión sea equivalente a la acción. Así como el origen del deber jurídico se explica, aun cuando solo sea mediante la cita explícita de casos en los que existe, que no excluyen otros, (obligación legal o contractual de actuar y situaciones de previa injerencia), el precepto no aporta criterios expresos para establecer la equivalencia entre la acción y la omisión. Según parte de la

doctrina la cuestión no podría resolverse afirmando que siempre que se infrinja un deber específico de actuar, la equivalencia será apreciable, a pesar de que ese podría ser el sentido literal del texto. Y no solo en su inciso segundo, sino también en el primero, cuando exige que la no evitación del resultado equivalga a su causación "al infringir un especial deber jurídico del autor". Esa doctrina sostiene, sin embargo, que el segundo inciso debe interpretarse como una precisión del primero, y que la exigencia de equivalencia entre la acción y la omisión subsiste como exigencia independiente. Si se entiende que la equivalencia es un elemento distinto a la existencia del deber, se derivará, más bien, de la posibilidad de actuar, determinada en relación con la posición de dominio sobre la fuente de peligro (capacidad de ordenar una conducta o de impedirla), y de la posibilidad de que la acción impuesta por el deber sea capaz de evitar el resultado, en una causalidad hipotética. Parte de la doctrina entiende que para determinar cuándo se da la equivalencia material será preciso acudir a la teoría de las funciones.

En la STS, Sala Segunda nº 257/2009, se examinaba la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente tuviera la posibilidad de ejercer una vigilancia y ejerciera una cierta autoridad que le permitiera evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos fuera considerada como una fuente de peligros para intereses ajenos. La cuestión de la responsabilidad penal de los dirigentes por las acciones delictivas cometidas por sus subordinados se examina doctrinalmente, según esta sentencia, en el marco de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal, "analizando, en particular, la posible existencia de un deber de garante que incumbiría a quienes tienen una determinada autoridad y la posibilidad de vigilancia sobre otras personas, de cuya conducta pueden derivarse peligros para intereses jurídicos ajenos. En este sentido se ha considerado que "también las personas, cuyas conductas están bajo control de quien ejerce una vigilancia sobre ellas, pueden ser una fuente de peligros" y el cuidado y control de la misma puede ser objeto de un deber de garante que imponga al sujeto evitar que tales peligros se concreten en el resultado del tipo de un delito. En tales casos, se ha sostenido incluso, que el fundamento del deber de garante derivado de la autoridad tiene una significación independiente, tanto respecto de un hecho anterior peligroso como de una libre aceptación de la posición de garante, pues se entiende que se trata del dominio sobre una determinada fuente de peligros, análogo al que rige para

los peligros provenientes de cosas, pero que, en este caso, está referido a peligros emergentes de personas". La posición de garante, pues, concurre cuando existe un deber jurídico de actuar, derivado de la ley, del contrato o de una previa injerencia creadora de riesgo, lo que incluiría los casos en los que el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro. La responsabilidad por la omisión de la conducta que el deber demanda exige además la posibilidad de actuar y la eficacia hipotética de la acción que se omite. La cuestión relativa a los supuestos de control sobre una fuente de peligros, dejando a un lado ahora las dificultades para establecer que el cumplimiento de esas obligaciones de vigilancia habrían conducido, sin duda, al conocimiento de la conducta peligrosa y por lo tanto a la posibilidad de evitarla, no puede resolverse sin una referencia al alcance de la obligación de vigilar o controlar, en relación, de un lado, con las potestades del superior y de otro con las características de la actividad.

Respecto a la primera cuestión, no puede imputarse incumplimiento de una obligación de vigilancia cuando la conducta delictiva no se encuentra entre aquellas que están bajo la potestad del superior, pues resulta excesivo extender la responsabilidad penal del vigilante a todas las posibles acciones delictivas que pudiera cometer el vigilado, cuando presenten alguna clase de relación con la conducta que debe ser controlada. En cuanto a la segunda cuestión, la vigilancia de actividades ordinarias que en sí mismas son peligrosas puede requerir mayores exigencias que cuando tal cosa no ocurre. En otras palabras, las actividades peligrosas pueden exigir de los superiores una mayor vigilancia respecto al cumplimiento de las normas y de las órdenes emitidas para evitar el daño manteniendo el riesgo dentro de los límites permitidos, que aquellas otras que ordinariamente, es decir, en su ejecución ordinaria, no son creadoras de riesgo para intereses ajenos. Aun en estos casos, puede establecerse una excepción cuando existan datos que indiquen al superior un incremento del peligro que lo sitúe en el marco de lo no permitido. En el aspecto subjetivo, mantiene el Tribunal Supremo que es preciso que el autor conozca la situación de peligro que le obliga a actuar y la obligación que le incumbe.

Por tanto, en la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, teniendo en cuenta el criterio de imputación basado en la falta de control –culpa in vigilando– si que deberá valorarse el elemento subjetivo, del mismo modo que se valora en nuestra jurisprudencia este elemento para imputar la responsabilidad penal a quien asume el cargo de administrador o representante vía artículo 31 CP, ya que en

definitiva, los criterios de imputación son los mismos en ambos casos, y también el hecho delictivo de referencia se realiza materialmente por otra persona. Todo ello, sin embargo, debe hacer necesario que se acredite la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo de la comisión por omisión. La doctrina ha señalado que es preciso el conocimiento en el imputado de la situación que genera el deber de actuar, de las circunstancias que fundamentan la posición de garante y de las que fundamentan la posibilidad de actuar. Basta fijarnos en la regulación mercantil de la responsabilidad societaria del artículo 236 y 237 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010 que (similaramente a lo que antes recogía el artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas) dispone que los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, no quedando exonerados, en ningún caso, por la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general. Ahora bien, el artículo 237 recoge de forma expresa la causa de exención de esta responsabilidad social al indicar que “Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”. Si resulta claro que en el ámbito societario, que es el que configura el deber legal de control, del que derivan tanto la responsabilidad social, civil, y administrativa, como la responsabilidad penal, la responsabilidad queda excluida por el desconocimiento del acto lesivo, deberíamos extender el desconocimiento como causa de exclusión de la responsabilidad penal al ámbito penal. Ahora bien, el mismo Tribunal Supremo, al tratar la responsabilidad penal de los administradores y representantes en estos casos, cuando el hecho delictivo lo ha realizado otra persona en nombre de la empresa, se plantea si es posible hacer equivalente al conocimiento seguido de la omisión, la situación de quien no sabe a consecuencia del incumplimiento consciente de su obligación, o de su negligencia, pues estaba obligado a saber, o al menos a realizar los actos de vigilancia que conducirían a saber, esto es, si quien omite los deberes de vigilancia sobre la actividad de terceros respecto de los que tenga alguna autoridad (para ordenar una conducta o impedir la), que le permitirían conocer el riesgo y actuar para evitar el resultado, es responsable de éste

por omisión. La cuestión nuevamente se remite, según el Tribunal Supremo, al contenido y alcance de la obligación de vigilancia en relación con las características de la actividad en cuanto creadora de riesgos para terceros, por lo que se configura de forma cuasi-objetiva y no puramente objetiva, y queda delimitada a los actos comprendidos en el objeto social no pudiendo extender la obligación de vigilar, tan ampliamente que comprenda cualquier actividad delictiva que pudieran cometer quienes también estén vinculados a la entidad.

A pesar de todo ello, existen posiciones diferentes, como la de Bacigalupo⁴⁴ que, respecto al alcance del deber de garantía de los miembros de un consejo de administración, considera en base a los deberes de actuación diligente y de estar informado sobre la marcha de la actividad social (ahora recogidos en el artículo 225 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital) que hay que valorar que el artículo 11 CP es una norma en blanco, dado que no establece los deberes de garante particulares, por lo que se hace necesario un complemento jurídico-normativo que procede del tipo penal que en cada caso se deba valorar y de la norma que impone el deber de control o vigilancia y del que deriva la posiciones de garante (en estos casos el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de capital). Este autor, además considera que esta última norma es un elemento normativo de los que en la teoría se denominan "empírico-culturales", pues se relacionan con una realidad cultural existente. Consecuentemente, es preciso definir su contenido sobre la base los valores culturales vigentes en una determinada sociedad. Para Bacigalupo la posición de garante puede surgir de deberes de protección o de deberes de vigilancia: Los primeros imponen al garante el cuidado de determinados bienes jurídicos frente a los eventuales peligros que pudieran amenazarlos. Los deberes de vigilancia, por el contrario, tienen la función de cuidar una posible fuente de peligros para evitar que se lesionen bienes jurídicos ajenos. No cabe duda que un ordenado empresario tiene el deber de vigilar la legalidad de la actuación de la sociedad de cuyo consejo de administración es miembro y, en tanto las sociedades sólo actúan mediante acciones de sus representantes y directivos, esa vigilancia tiene que extenderse a las acciones de los representantes y directivos realizadas dentro de sus competencias sociales. Es obvio, también, que quienes tienen un deber de vigilancia no pueden invocar respecto de los vigilados el principio de confianza, que autoriza a suponer que se comportarán de acuerdo a derecho, ya que ello

⁴⁴ STS núm. 234/2010 (Sala de lo Penal), de 11 de marzo.

supondría eliminar el deber de vigilancia del garante. Es por ello que este autor considera que la diligencia debida sólo se alcanza cuando el obligado se informa suficientemente sobre la marcha de la sociedad y, sobre todo, de la legalidad de esa marcha, por lo que considera que es difícil admitir que un miembro del consejo de administración desempeña su cargo diligentemente cuando se le exige de comprobar la legalidad de la actuación de los representantes o de otros miembros del consejo de administración, aunque aun así en el ámbito mercantil, la responsabilidad se entiende excluida cuando los administradores no conocían los actos o conociéndolos prueben que "hicieron todo lo conveniente para evitar el daño". Ahora bien, entiende que el nivel de exigencia respecto del deber de vigilancia es alto para poder ajustarnos al concepto de "ordenado empresario" que recogen las normas mercantiles para considerarlo diligente, requiriéndose para aplicar la causa de exclusión de la responsabilidad social que se actúe por los mismos de forma activa para evitar la actividad delictiva. Ambas posturas difieren en el nivel de vigilancia que se debe exigir para ser un ordenado comerciante y representante legal que exigen las normas mercantiles, y ello afecta directamente a la delimitación de la *culpa in vigilando* en un caso y otro, ya que a menor deber de vigilar exigido menor posibilidad existe de incurrir en *culpa in vigilando* o si se prefiere, mayor margen para acreditar el empleo de la diligencia debida, y a la inversa, siguiendo la segunda de las tesis, a mayor deber de vigilancia exigido, con más facilidad se incurre en *culpa in vigilando*, y más difícil es probar que se empleó la diligencia exigida, indudablemente seguir una u otra tesis afecta a la configuración del elemento subjetivo; a pesar de ello, y de la diferencia en cuanto a su extensión, siguiendo cada una de las dos posturas, se acepta en mayor o menor medida la existencia de una causa de exclusión que es haber puesto la diligencia debida para evitarlo.

Todo ello viene referido a la responsabilidad social y penal de los administradores y representantes de sociedades mercantiles, pero debemos entender que es predicable igualmente a todos los casos en los que se trate de imputar responsabilidad de cualquier tipo en base al criterio de *culpa in vigilando*, ya sea responsabilidad civil imputable a personas físicas o jurídicas, responsabilidad administrativa sancionadora, o responsabilidad penal imputable a personas jurídicas en base a este criterio.

3.3. El criterio objetivo

3.3.1. *El criterio objetivo y la responsabilidad vicaria*

El criterio de atribución de la responsabilidad penal a las personas jurídicas en base a un criterio objetivo, requiere que se reúnan los presupuestos que la ley contempla, esto es, que se trate de delitos cometidos en nombre o por cuenta de las personas jurídicas, y en su provecho, por quienes sean sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho (primer inciso del artículo 31 bis CP). Tiene, por tanto, este criterio de imputación un carácter objetivo, más bien cuasi-objetivo, como veremos, y se configura como responsabilidad vicaria⁴⁵, pues se soporta, aunque derive de hechos de otro, como si se tratara de una responsabilidad por hechos propios.

En el ámbito de la responsabilidad civil, este criterio se acoge en el artículo 120.4 CP, que impone responsabilidad civil a las personas, tanto físicas como jurídicas, dedicadas a cualquier género de industria, de modo que los mismos son responsables civilmente por los daños causados por quienes sean sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el ejercicio de las funciones que tengan atribuidas –en el mismo sentido el artículo 1903 CC⁴⁶-. Para que tenga lugar la responsabilidad civil en base a este criterio objetivo es necesario que la persona jurídica o física sea un empresario que se dedique a cualquier género de industria o comercio, que el responsable esté bajo su dependencia, y que cause daño en el desempeño de sus funciones; no se exige, sin embargo, que haya ninguna ventaja o beneficio para el empresario. Por su parte, para que se atribuya responsabilidad penal a una persona jurídica en base a este criterio objetivo ex 31 bis CP, será necesario que se haya realizado un delito de los que pueden ser cometidos por las mismas, a través de un hecho realizado por una o varias personas que tengan asumida la cualidad de representante legal o administrador de hecho o de derecho, y exista un provecho para la persona jurídica.

⁴⁵ La transferencia de la responsabilidad sí que se contempla en otros sistemas, como los sistemas anglosajones, donde se admite la atribución de responsabilidad a través de un criterio vicarial en las llamadas “vicarious liability” que recoge el sistema británico, o las “guidelines” del sistema norteamericano. También más próximos a nuestro derecho se admite la traslación de la responsabilidad jurídica de la persona física a la jurídica en los sistemas francés e italiano.

⁴⁶ Este precepto impone responsabilidad civil a los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

A la vista de lo indicado, son similares en gran medida, aunque con algunas diferencias, los presupuestos exigidos para que exista responsabilidad civil y/o responsabilidad penal de la persona jurídica, pudiendo ocurrir que existan casos en los que concurra una de ellas y no la otra, como consecuencia de los mismos hechos, dado que los criterios de atribución no son exactamente los mismos. Concretamente, puede que una entidad con personalidad jurídica independiente resulte responsable civil, vía responsabilidad objetiva (art. 120.4 CP y 1903 CC), por hechos delictivos de sus empleados en el ejercicio de sus funciones, y que sin embargo no resulte responsable penal por no concurrir uno de los presupuestos que permitan imputar la responsabilidad penal a la misma, como ocurre en el caso de que no exista beneficio o provecho para la misma, o no haya actuado un representante o administrador, sino quien no esté legitimado ni de hecho ni de derecho para actuar en nombre de la empresa, o que actuando los mismos se hayan extralimitado (en vía objetiva), o porque se hayan adoptado todas las prevenciones necesarias que impiden acudir al criterio de imputación subjetivo, antes expuesto, por *culpa in vigilando o in eligendo*. También podemos encontrar el supuesto inverso, que no se reúnan los requisitos para la imputación derivada de responsabilidad civil por hechos de tercero, pero sin embargo en este caso, si la persona jurídica resulta responsable en vía penal, poco importará que no se reúnan los presupuestos para la imputación de responsabilidad civil derivada de los artículos 120.4 CP y 1903 CC pues si resulta que la persona jurídica es responsable penal ex 31 bis CP, igualmente será responsable civil por hechos propios y no de otro, al ser considerada autora de los mismos, de conformidad con el artículo 116.3 CP, respondiendo civilmente de forma solidaria con las personas físicas que, en su caso, fueran condenadas por los mismos hechos.

Esto sin embargo, la diferencia esencial entre la responsabilidad civil atribuida de forma objetiva, y la responsabilidad penal atribuida mediante este criterio objetivo, viene dada por las consecuencias prácticas derivadas de la posibilidad de repercutir la responsabilidad civil soportada por el empresario o empleador a quien, actuando como empleado, agente, o representante de aquel, realmente causó el daño objeto de la reparación, mediante el ejercicio de una acción⁴⁷ contra este último que permita

⁴⁷ Es la acción de regreso o de repetición que se recoge en el artículo 1904 CC para la responsabilidad civil del empresario y que permite al que paga el daño causado por sus dependientes repetir a éstos lo que hubiese satisfecho (también “Cuando se trate de centros docentes de enseñanza no superior, sus titulares podrán exigir de los profesores las cantidades satisfechas, si hubiesen incurrido en dolo o culpa grave en

reestablecer su situación patrimonial, garantizando al mismo tiempo al perjudicado la pronta y efectiva reparación; Ello es aplicable a la responsabilidad civil en general, y respecto a la que se deriva de delito, también de modo que la persona jurídica, que responde civilmente por hechos de sus dependientes, administradores o representantes, pero que no ha sido condenada a título propio penalmente, dado que tiene una responsabilidad subsidiaria ejercerá la acción de regreso frente al autor o autores condenados penalmente por el importe total de la indemnización que se haya visto obligado a abonar; frente a ello si la persona jurídica fue también condenada penalmente, dado que la responsabilidad es propia y, en su caso solidaria (si concurre con otros autores), en el caso de que haya abonado totalmente indemnización debida a los perjudicados, podrá ejercitar la acción de regreso los términos del artículo 1145 CC, pudiendo reclamar de los demás penados, como codeudores, la parte que a cada uno le corresponde con los intereses del anticipo, pero en la parte que, como autora, le corresponde en las relaciones internas entre los codeudores, debe sufrirla a título personal, dado que es coautor penal. Precisamente, como bien destacan Silva Sánchez y Ortiz De Urbina, la jurisprudencia del TS en materia civil tiene establecido que en el proceso en el que el deudor solidario que efectuó el pago ejercita la acción de regreso desaparece la solidaridad para pasar a regir la mancomunidad (v., por todas, STS, 1ª, 16.7.2001 (MP: Marín Castán, FD 6º))⁴⁸.

3.3.2. El criterio objetivo en el derecho comparado

No es la nuestra la única legislación que acude a bases puramente civilistas para tratar de construir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y tampoco ello es

el ejercicio de sus funciones que fuesen causa del daño”). La STS Sala 1ª, 20 de octubre de 2010 (Roj: STS 6359/2010), trata el ejercicio de la acción de regreso ente los deudores solidarios de la responsabilidad civil derivada de delito, tratando la interpretación conjunta de los artículos 116 y 117 del Código Penal que regulan la responsabilidad civil nacida del delito o la falta, en relación con lo dispuesto en los artículos 1092 y 1145 del Código Civil. Pues bien, la Sala declara que el segundo párrafo del artículo 1145 del Código Civil dispone que "El que hizo el pago sólo puede reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda, con los intereses del anticipo", por lo que como afirma la sentencia 770/2001, 16 de julio "los condenados solidariamente en un proceso anterior puedan acudir a otro posterior, en ejercicio de la acción de regreso, distinta de la subrogación, para debatir la distribución entre ellos del contenido de la obligación, desapareciendo entonces la solidaridad para pasar a regir la mancomunidad ", de tal forma que el codeudor solidario que paga o cumple en su totalidad con el acreedor extingue el vínculo obligatorio, adquiriendo por ministerio de la Ley un derecho a repetir en la esfera interna, exclusivamente contra el conjunto de obligados unidos por vínculos de solidaridad, y tan solo lo que pagó más los intereses del anticipo, siendo este un crédito ajeno por completo al que ostentaba el acreedor primigenio y desprovisto además de las garantías que tenía el crédito extinguido (en este sentido también la Sentencia 274/2010, de 5 de mayo).

⁴⁸ SILVA J.M. y ORTIZ DE URBINA I., "El art. 31.2 del Código penal...", ob. cit. p. 28.

reciente, debemos fijarnos, de entrada, en el derecho estadounidense, en donde se origina la construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y así por ejemplo, podemos hacer referencia a la Sentencia recaída en 1909, en relación con el caso Hudson, de la Corte Suprema norteamericana, que a falta de un desarrollo suficiente de la dogmática jurídico-penal, tomó del Derecho civil la doctrina del “superior responsable” o “superior que responde”⁴⁹. En el derecho norteamericano, esta Sentencia es importante porque, más allá de ser un precedente, sienta el principio básico para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, en base a un criterio objetivo, pues permite atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, sin necesidad de que exista omisión o acto de la persona jurídica, y bastando que el resultado lesivo que supone infracción penal se haya cometido por cualquier persona física que trabaja en el seno o para la persona jurídica. Esto sin embargo, el derecho norteamericano también contempla el otro criterio de imputación, por negligencia, basado en la omisión de deberes, o *culpa in vigilando*, como bien se pone de manifiesto en otra Sentencia de la Corte Suprema norteamericana de 1975 recaída en el caso Park⁵⁰.

Resulta claro que la tradición jurídica norteamericana es distinta de la nuestra, pues si bien, el origen de aquella es el derecho anglosajón, esto es el llamado *Common Law*, con diferencias claras en aspectos fundamentales con el *Continental Law*, que inspira y es origen de la mayoría de Códigos europeos, y también del nuestro, tal vez resulte contraproducente fijarse en un Derecho inspirado en principios y configurado sobre elementos tan diferentes a los propios. Por este motivo, podemos analizar esta cuestión en otros sistemas penales, como por ejemplo, el holandés, que durante el siglo XIX aceptó la punibilidad de las personas jurídicas en el derecho penal fiscal; nuestro derecho, recordemos que, como antes he comentado, también reconoció la capacidad de infracción administrativa fiscal de las personas jurídicas, antes de considerarlas responsables penales, parece ser este un paso inicial adoptado comúnmente en ambos sistemas. En el Derecho holandés, siguiendo su evolución, la responsabilidad penal se extendió también a otros delitos vinculados con infracciones administrativas, como es el fraude aduanero en materia de exportación, muy vinculado con el fraude fiscal. Si bien, inicialmente, la responsabilidad penal de las persona jurídicas en Holanda no tiene carácter objetivo, según algunos autores, ya que es necesario que el Ministerio público

⁴⁹ New York Central & Hudson River Railroad Company v. United States, 212, US, 481.

⁵⁰ U.S. v. Park. 421 U.S. 658 (1975)

pruebe la existencia de culpa personal en el director, administrador, etc., que realiza el acto de transferencia; esto no obstante debemos concluir que el carácter objetivo para la entidad sí que concurre porque la culpa se valora en el administrador o representante y se transfiere a la persona jurídica, por lo que para ella es objetiva. Posteriormente, durante la primera mitad del siglo XX, se va configurando la teoría de la responsabilidad funcional, de índole objetiva o vicarial (*vicarious liability*), de modo que se puede atribuir responsabilidad funcional a un autor indirecto, a través de la acción de un autor directo. En nuestro derecho, también de algún modo se ha venido a configurar la responsabilidad de los administradores, directores, etc., en definitiva responsables funcionales, en el artículo 31 CP, anterior 15 bis CP 1973.

Un paso más se da en el derecho holandés, a principios de los años 50, con la entrada en vigor de la “Wet op de Economische Delicten”, referida a delitos económicos, en la que se contemplan penas a imponer al infractor persona física, pero también penas accesorias para la empresa, y en la que admite el ejercicio de acciones judiciales contra la persona jurídica, en el ámbito del delito económico, actuando en el proceso a través del administrador de la entidad, como representante de la misma. La responsabilidad penal de la empresa se reconoce pero vinculada a la del infractor persona física que realiza el hecho de transferencia, de modo que se reconoce la punibilidad de la persona jurídica sobre la base de un hecho de otro de forma vicarial, pero la responsabilidad penal de las mismas, en el sentido de concebírseles como posibles autores de infracciones penales se introdujo en 1976, en el artículo 51.3 del Código Penal Holandés, que equiparó a las personas jurídicas con las físicas en cuanto a responsabilidad penal, e incluso equipara a ambos a la “sociedad que no tenga personalidad jurídica”. Se trata de extender la punibilidad que antes sea aplicaba únicamente a la responsabilidad penal de las personas físicas, no solo a las personas jurídicas legalmente constituidas sino también, a lo que en nuestro derecho mercantil conocemos como sociedad en formación o sociedad irregular⁵¹. Todo ello es argumento

⁵¹ En la Ley de Sociedades de Capital, partiendo de que el artículo 33 atribuye personalidad jurídica independiente desde la inscripción registral de la sociedad y es desde ese momento desde cuándo puede adquirir derechos y obligaciones, tratándose de evitar posibles fraudes amparados en la todavía no adquisición de la personalidad jurídica, se considera sociedad en formación a la sociedad todavía no inscrita, y de acuerdo con los artículos 36 y ss, se imponen diferentes responsabilidades. Así: Por los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, responderán solidariamente quienes los hubiesen celebrado, a no ser que su eficacia hubiese quedado condicionada a la inscripción y, en su caso, posterior asunción de los mismos por parte de la sociedad. Además, por los actos y contratos indispensables para la inscripción de la sociedad, por los realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la

para extender el mismo régimen jurídico a entes sin personalidad jurídica que no sean sociedades, ya que indudablemente la finalidad es evitar que haya ámbitos en los que no se pueda sancionar a nadie por los actos realizados en una situación no regularizada, dado que la entidad todavía no ha adquirido su personalidad jurídica, y por tanto, ello podría permitir que se eludan ciertas responsabilidades.

A pesar de que, como hemos visto en el derecho de origen anglosajón, se admite con más facilidad la responsabilidad penal de los entes morales, y que en los de base continental su admisión ha sido posterior, hay que tener en cuenta que en la doctrina moderna, como señala Sánchez-Ostiz⁵², no son pocas las voces que proponen abatir las barreras de las tradiciones de pensamiento jurídico y aproximar las posiciones; entre esas voces, la de Duff pretende tender puentes entre las doctrinas continentales y anglo-americanas, filosóficas y jurídico-penales. No cabe duda de que en ocasiones sea difícil de conseguir, pero indudablemente, ante la tendencia actual a la globalización ello conlleva numerosas ventajas, desde unificar, dando similares soluciones en todos los países a las mismas conductas, hasta importar y exportar las mejores soluciones, para conseguir mayor avance jurídico en todas las legislaciones. Pero, el principal inconveniente radica en que no se pueden importar soluciones de sistemas estructuralmente distintos al nuestro, tal cual se conocen en su país de origen, ya que es necesario, que lo que se importe se adapte, primero, a nuestro propio sistema.

inscripción y por los estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, responderá la sociedad en formación con el patrimonio que tuviere. En este caso, los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar. Una vez inscrita, la sociedad quedará obligada por aquellos actos y contratos indicados así como por los que acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción. En ambos supuestos cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes mencionada. En el caso de que el valor del patrimonio social, sumado al importe de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad fuese inferior a la cifra del capital, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia. Del mismo modo, se regula con la misma finalidad la sociedad irregular en el artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, considerando como tales los casos en que una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, y en estos casos se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones. La aplicación de las normas de la sociedad colectiva y de la responsabilidad civil implican la atribución de responsabilidad societaria a todos los socios de forma solidaria y personal.

⁵² SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ P. (2008), “Reseña a Raymond Antony Duff, Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing), 322 págs”. *Indret* 4/2008, octubre, p. 4.

3.3.3. El criterio objetivo y el principio de presunción de inocencia

Dado que la responsabilidad objetiva asumida de modo vicarial se basa en el hecho de una persona física que tenga asumido el cargo de administrador o representante, debe destacarse que el Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico Tercero de su Sentencia de 20 de julio de 1993, [RTC 1993\253], en referencia al antiguo artículo 15 bis CP señaló que: “Su incorporación al Código Penal, en efecto, no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Lo que el mismo persigue, por el contrario, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 15 bis CP tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y sólo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Mas, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica, del citado precepto no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos”. Por tanto a pesar de todo, se hace necesario que concurra el elemento culpabilístico, por lo que no podemos hablar en este caso de responsabilidad objetiva en puridad, sino más bien cuasi-objetiva, ya que no podemos entender que opere al margen absolutamente del elemento subjetivo. Del mismo modo, al tratar la responsabilidad de la persona jurídica, que es atribuida en base a similares criterios, tampoco actúa del todo al margen del elemento culpabilístico, pero además, debería quedar limitada la atribución de responsabilidad penal en base al mismo, al igual que ocurre en materia de responsabilidad civil cuando se aplica el criterio objetivo de imputación de responsabilidad ya sea por hechos propios o de otro, en base a la

teoría del riesgo; esto es, debemos pensar en la conveniencia de que la teoría del riesgo referida a la responsabilidad civil se tome en consideración en la delimitación del alcance de este criterio aplicado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tomando por tanto, en cada caso en consideración el riesgo creado y al deber de extremar su cuidado que incumbe al que tiene u ostenta el control de la fuente que lo origina o incrementa. En base a esta teoría es como se pueden configurar adecuadamente algunas causas de exención, ya sea por haberse empleado toda la diligencia necesaria para impedir el hecho dañoso, o bien por concurrir fuerza mayor o caso fortuito. En materia de responsabilidad civil la teoría del riesgo⁵³ impone la carga de la prueba a quien soporta el riesgo de realizar cierta actividad, exigiéndole que demuestre que actuó extremando la diligencia para evitar el evento dañoso. Por tanto en el ámbito de la responsabilidad civil la aplicación de este criterio no opera al margen del elemento subjetivo, pero se invierte la carga de la prueba; En el ámbito de la responsabilidad penal el inconveniente para seguir el mismo criterio no es la minoración del elemento subjetivo, ya que este sí que concurre en la falta de diligencia, sino que el mayor inconveniente lo encontramos, en la inversión de la carga de la prueba, dado que puede entenderse que es contraria al principio de presunción de inocencia. Ocurre aquí lo mismo que en el criterio de imputación basado en la *culpa in vigilando*; igualmente, los obstáculos sobre su admisión se superan si entendemos que estamos ante un derecho penal diferente, aunque en ningún caso debe obviarse la posibilidad de que el presunto responsable pueda acreditar su inocencia, probando que el resultado ocurrió a pesar de concurrir una causa de exención o de atenuación de su responsabilidad.

Así, la diligencia exigible, por su parte, será, en cada caso, la necesaria para evitar el resultado a tenor de las circunstancias de personas, tiempo y lugar y del mayor o menor riesgo creado, pues un riesgo mayor conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta. Desde la perspectiva causal, la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, la existencia de un riesgo superior al normal que se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una diligencia extrema adecuada a las circunstancias, y por ende, en la necesidad de que se adopten las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como

⁵³ SSTS de 9 noviembre de 1993, 29 de enero de 1996, 13 de junio de 1998, 11 de febrero de 2000, 12 de febrero de 2001.

desde el jurídico. La imputación objetiva en relación con la responsabilidad civil se considera por el Tribunal Supremo⁵⁴ como una cuestión jurídica en que se valora la posibilidad de imputar al agente el daño causado, apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. De este modo, valorando todo esto, si en el caso concreto se concluye que se puso la diligencia debida, ello rompe el nexo causal entre el acto lesivo y la responsabilidad del agente (o en definitiva posible responsable). La construcción teórica de la doctrina del riesgo comporta una presunción de culpa (que corresponde destruir al agente por encontrarse cercano a la fuente de peligro), y que hace que sea relevante el nexo causal o relación de causalidad entre su actuación y el resultado. En este sentido el Tribunal Supremo se ha referido tanto a la causalidad física que se desarrolla en el plano fenomenológico, como a la causalidad jurídica que se refiere al plano jurídico. En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la causalidad vendrá referida especialmente al plano jurídico, dado que la entidad es una ficción legal, y el riesgo asumido viene determinado por el ejercicio de su actividad a la que el derecho reconoce efectos jurídicos, también como ficción legal, derivando, además, su deber de control, o vigilancia, de la ley.

3.3.4. Posibles causas de exención y atenuación de la responsabilidad en relación con el criterio objetivo

En materia de responsabilidad civil, la aplicación del criterio objetivo tiene en cuenta la culpa, y se considera que en estos casos viene determinada, como indicaba la STS de 30 de marzo de 2010 (Roj: STS 1866/2010), por la omisión de la necesaria actividad para evitar el hecho delictivo vinculado con la misma, siendo la previsibilidad y evitabilidad del daño presupuestos de la culpa y, ésta, único fundamento posible de la responsabilidad, en que la jurisprudencia descarta cualquier clase de objetivación entendida en sentido absoluto⁵⁵, pues en materia de responsabilidad civil, que es el ámbito en el que se ha tratado en profundidad esta materia, no cabría exigir responsabilidad civil en los casos en los que concurren circunstancias o consecuencias

⁵⁴ Así el TS (Sala Primera) en SSTs 30 de abril de 1998, 2 de marzo de 2001, 29 de abril y 22 de julio de 2003, 17 de abril de 2007, RC n.º 1007/2007 y 21 de abril de 2008, RC n.º 442/2001, entre otras.

⁵⁵ STS 6 noviembre 1990, 12 marzo 1999 y 10 abril 2001, del Tribunal Supremo y 24 noviembre 1995 y 6 marzo 1996 de este Tribunal Superior de Justicia.

imprevisibles, ni en aquellos en los que siendo previsibles fueran inevitables pese a haber empleado la diligencia debida según las circunstancias del caso⁵⁶. De este modo, cuando el resultado lesivo es causa de algo insólito, atípico o anormal que escapa a una común, prudente y razonable previsión de los riesgos asociados a la actividad se excluye la responsabilidad. Su misma imprevisibilidad, es excluyente de la culpa por su falta de prevención, y hace disculpable la omisión en la actuación. Ocurre así claramente en la responsabilidad civil, y debería al extenderse el mismo criterio y la misma doctrina a la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y del mismo modo a la responsabilidad societaria, civil, administrativa (sancionadora) y penal de los administradores y representantes de la entidad; la base de todo ello es que lo imprevisible es desconocido por el sujeto, y el desconocimiento excluye la culpa y la posibilidad de actuar en prevención. Esta imprevisibilidad es la base de la fuerza mayor y del caso fortuito, y por ello deberían configurarse como causas de exclusión de la responsabilidad penal, ya que, si bien para la responsabilidad civil y para la responsabilidad societaria sí que actúan como excluyentes; con más razón en el ámbito administrativo (sancionador) y en el penal, dado que en estos últimos es esencial la concurrencia del elemento subjetivo.

El artículo 1902 CC se basa fundamentalmente en la existencia de cualquier tipo de culpa o negligencia del responsable para que se pueda imponer la obligación de reparar el daño causado. En relación con ello, cabe destacar que tradicionalmente se han considerado como causas de exclusión de la responsabilidad civil aquellos casos en los que concurre un supuesto de fuerza mayor o de caso fortuito, habiéndose considerado las mismas como causas excluyentes de tal responsabilidad. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2010 (Roj: STS 4717/2010), aunque referida a la responsabilidad contractual, recoge expresamente la siguiente idea: “La excepción a la responsabilidad contractual contemplada en el artículo 1101 del Código Civil se ubica en el artículo 1105 del Código Civil: la concurrencia de caso fortuito o de fuerza mayor. El artículo 1105 del Código Civil hay que interpretarlo en el sentido de que excluye del ámbito de la responsabilidad aquellos acontecimientos totalmente insólitos y extraordinarios, no previsibles por una conducta prudente y atenta a las eventualidades

⁵⁶ Para la responsabilidad civil, la diligencia debida es la que depende de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar –ex artículo 1105 CC-, y para la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la que depende de las circunstancias del caso –ex 31.1 bis in fine CP-.

que el curso de los acontecimientos se puede esperar.” Si se recoge para la responsabilidad contractual, con más razón resulta aplicable si la responsabilidad es extracontractual y la responsabilidad deriva de la obligación de actuar de modo que no se perjudique a otro; en este sentido destacar la STS de 6 de febrero de 2012 (ROJ nº 1581/2012) en la que el concepto de caso fortuito al que se refiere el artículo 1105 CC se pone en relación con el artículo 1902 y 1903 CC. Esto sin embargo, cabe destacar una línea cuasi-objetiva innovadora del culpabilismo subjetivo que lleva a sentar que quien se lucra u obtiene un beneficio por una actividad está obligado a extremar todas las precauciones, a fin de que no se traduzca en daño lo que no pasa de riesgo potencial. En supuestos de actividad de riesgo, la culpa se presume en tanto no se demuestre que el agente obró con prudencia y diligencia. Pero no basta la culpa; es preciso acreditar la existencia de una relación de causalidad entre dicha conducta susceptible de crear el riesgo y el daño producido. La doctrina no ha llegado al extremo de erigir el riesgo en criterio de imputación, prescindiendo de la culpa. Esta debe concurrir siempre y estar causalmente vinculada con el resultado dañoso. Solo cuando se trata de riesgos extraordinarios es posible invertir la carga de la prueba, en este sentido se pronuncian las SSTS de 27 de febrero de 2003 y 3 de febrero de 2005. En cualquier caso, el Tribunal Supremo tiene declarado que no hay inconveniente en imponer un acento cuasi-objetivo a la responsabilidad en ciertos casos, no pretendiéndose, sin más, seguir un criterio absolutamente objetivista en la estimación de la culpa, ni de afirmar la responsabilidad por riesgo, sino de sentar los pilares que fundamenten, cuando menos, la inversión de la carga de la prueba, de tal suerte que haya de ser el que causó el daño, y el que puede resultar responsable, quien haya de acreditar que adoptó todas las cautelas precisas, y que quedó agotada la diligencia que era exigible (SSTS 31 de enero de 2000 y 6 de mayo de 2004). En los casos en los que existe riesgo cualificado en la actividad llevada a cabo, se viene a objetivizar la responsabilidad, pero no al margen de toda culpa, sino que lo que ocurre es que en estos casos la misma se presume, y se invierte la carga de la prueba, exigiéndose además una mayor diligencia debida, a la que se refiere la STS de 5 de mayo de 1998 y en la que, haciéndose eco de la jurisprudencia reiterada declara que la diligencia requerida corresponde no solo a las prevenciones y cuidados legales y reglamentarios y los aconsejados por la técnica, sino además a todos los que la prudencia imponga y sean necesarios para prevenir el evento dañoso, añadiendo que "si todas las medidas utilizadas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, se exige agotar las diligencias, hasta tanto ello no se haga, el suceso no se

puede reputar sea imprevisible, insuperable o irresistible y, en definitiva, sea hecho fortuito". Sólo en estos términos la fuerza mayor o el caso fortuito eximen de responsabilidad civil, en los casos de responsabilidad cuasi-objetiva, pero en definitiva, se sigue exigiendo cierto grado de culpa.

En definitiva, la apreciación de la responsabilidad exige el concurso, entre otros elementos de la relación de causalidad que supone que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del hecho u omisión realizada, vinculado o ligado causalmente al mismo, en el sentido de ser un riesgo típico o asociado a aquel, lo que elimina los casos en que ocurra un resultado imprevisible cuyo acaecimiento quedaría plenamente integrado en el caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 del Código Civil); ya que la concurrencia de algo imprevisto rompe el nexo causal.

Todo ello supone que, de *lege ferenda*, sea aconsejable que se introdujera en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como causa eximente la fuerza mayor y el caso fortuito, y, cuando concurren de modo relativo, como atenuantes. El elemento subjetivo debe delimitarse de algún modo legalmente, en aras a lograr la efectividad del principio de seguridad jurídica, puesto que no queda claro, de entrada, si se entiende que existe negligencia y por tanto culpabilidad, en no haber velado la entidad porque se cumpla cualquier norma jurídica, o si debe entenderse que sólo se debe considerar negligente el hecho de que no se hayan adoptado las medidas necesarias para hacer cumplir las normas que pertenezcan al ámbito de actuación de la persona jurídica, lo cual conecta con el otro elemento, esto es, con el riesgo asumido. Parece más adecuado inclinarse por la última de las posibilidades, no sólo porque en materia de responsabilidad civil así lo acoge la jurisprudencia, sino porque en caso contrario estamos imponiendo un deber exorbitante de vigilancia a la entidad, difícil de cumplir y que daría lugar a que, en última instancia se estuviera configurando la responsabilidad penal de las personas jurídicas como puramente objetiva, y no cuasi-objetiva, ya que no acotar el ámbito en que la entidad debe actuar con diligencia, supone que siempre será responsable, sin contemplar la posibilidad de que concurren causas de exención.

En este sentido, debemos seguir el mismo criterio que en relación con la responsabilidad civil recoge la STS, Sala 1ª, de 2 de enero de 2006 declara que el artículo 1902 CC exige una actuación negligente, bien claramente demostrable o que se pueda presumir, sin que exista imprudencia cuando los hechos obedecen a fuerza mayor

o a culpa de un tercero. Por tanto, contempla también, como criterios de exención de la responsabilidad civil, además de los casos de fuerza mayor (que se pueden hacer extensivos al caso fortuito), las actuaciones culposas o negligentes de un tercero, lo que nos lleva a tratar otra posible causa de limitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que en el ámbito de la responsabilidad civil es un criterio que modera tal responsabilidad la concurrencia de culpas; que regula el artículo 114 CP en relación con la responsabilidad civil derivada de delito.

4. LA CONCURRENCIA DE CULPAS

Para apreciar la existencia de responsabilidad penal, debería valorarse como atenuante específica la concausa o concurrencia de culpas, teniendo en cuenta la conducta de terceros, titulares de los bienes jurídicos lesionados o terceros, y al igual que ocurre con la responsabilidad civil derivada de delito, apreciarse para matizar dicha responsabilidad; puesto que, dado, que el artículo 114 CP dispone que “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”, y por la particular configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debería valorarse la intervención de otras personas, ya sean terceros o el propio perjudicado, en el resultado dañoso. Nuestra jurisprudencia ha tratado la concurrencia de culpas como criterio para atenuar la responsabilidad civil, y por tanto, para moderar equitativamente la suma de la indemnización. Así, STS, Sala 1ª, de 6 septiembre de 2005 (Roj STS 5216/2005), considera que si existe también una actuación culposa del perjudicado, se produce una interferencia del nexo causal de la actuación negligente de la víctima que ocasiona una concurrencia de culpas, lo que determina la moderación de la responsabilidad exigible y la consiguiente reducción de la suma a satisfacer como indemnización.

Así, poniéndolo en relación con la teoría del riesgo, la existencia de un riesgo potencial no es suficiente para fundamentar la responsabilidad⁵⁷. Se requiere, además, lo que se ha venido llamado un reproche culpabilístico, de modo que la culpa es, además,

⁵⁷ STS de 8 de octubre de 1996, de 19 de septiembre de 1996, 4 de febrero de 1997, 17 de octubre de 1997, 8 de junio de 1998 o 13 de marzo de 2002.

criterio de imputación y criterio de cuantificación del daño resarcible, como enseñan los artículos 1101 y 1104 CC, por una parte, y el artículo 1107 CC, por otra.

Así, cuando el responsable actúa con la diligencia exigible o cuidado normal, la concurrencia de la culpa de la víctima debe tratarse, como un elemento imprevisible para aquel, dado que, el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad, permite construir un tratamiento "causal" de la cuestión, por la coincidencia de dos comportamientos susceptibles de un juicio de reprobabilidad⁵⁸.

Como vemos en materia de responsabilidad civil la concurrencia de culpa en la víctima se ha tratado como elemento que rompe el nexo causal, o por lo menos afecta a la causalidad entre la responsabilidad de aquel a quien se trata de imputar y sus actos; y dado que los mismos criterios de imputación se utilizan para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, deberíamos plantearnos la aplicación de la concurrencia de culpas como elemento de moderación de la responsabilidad penal de las mismas atendidos los elementos del riesgo existente en el caso concreto, de la diligencia –o adecuado cumplimiento del deber de control- adoptada por la persona jurídica a través de sus administradores y representantes, entendidos como órganos de la misma, y de la participación del perjudicado en el resultado. A la vista de todo ello, deberíamos valorar el hecho de que haya concurrido cierta culpa o negligencia en la víctima o perjudicado para determinar la existencia y la extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y según los casos podrá ocurrir que se aplique bien como eximente de la responsabilidad penal, si la entidad ha actuado con toda la diligencia debida, o bien como atenuante de su responsabilidad penal, en los casos en los que no haya puesto toda la diligencia debida pero concurra culpa de la víctima o perjudicado, esto es, que concurran ambas causas.

⁵⁸ STSS, Sala 1ª, de 22 de abril de 1987, de 11 de febrero de 1993, de 27 de septiembre de 1993, de 17 de octubre de 2001, de 2 de diciembre de 2002, entre otras.

5. LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS COMO RESPONSABILIDAD INDEPENDIENTE Y DIRECTA

En materia de responsabilidad civil, se ha diferenciado si la vinculación entre el responsable civil y el tercero que cometió el hecho lesivo es directa y solidaria, o subsidiaria. Debemos partir de que cuando la responsabilidad civil deriva de delito siempre se considera vinculada a una infracción penal, y además con carácter general cuando se deriva de hechos ajenos, tiene en común con la responsabilidad penal atribuida a la persona jurídica que de algún modo está vinculada con el hecho de la persona física que actúa por cuenta y en el nombre de la persona jurídica o, si es administrador o representante legal, actúa como elemento de la misma insertado en su organización.

Todo ello, no obstante, cabe analizar el tipo de vinculación que existe entre el hecho de referencia⁵⁹ y la persona jurídica. Pues en este caso, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad civil por hecho ajeno, la vinculación se considera directa entre la persona jurídica y el hecho delictivo imputado, y ello determina que la responsabilidad civil derivada de delito del que se considere autora o coautora a la persona jurídica se le atribuirá con carácter directo y solidario (si existen más autores), mientras que si no se considera penalmente responsable, la persona jurídica, en su caso podrá ser responsable civilmente de forma derivada y por tanto subsidiaria respecto al responsable penal. Ello es consecuencia de que, para poder imputar a la persona jurídica la responsabilidad penal, a pesar de ser necesario un hecho de persona física que reúna las condiciones antes expuestas, de modo que el artículo 31.1 bis CP, configura una responsabilidad penal para la persona jurídica en concepto de autor, es decir, directa, aunque se exige el hecho de referencia como presupuesto; su responsabilidad será independiente de la responsabilidad penal que pueda tener la persona física que actuó por la entidad⁶⁰.

⁵⁹ El “hecho de referencia” es el realizado por la persona física que actúa en nombre de la persona física y por cuenta de la misma o bien que actúa como administrador o representante legal de la misma, cometiendo, en este caso, el delito en nombre de la misma.

⁶⁰ En este sentido, MORALES PRATS (2010), “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), La reforma penal de 2010, Ed. Cizur Menor, p.47.

Es independiente la responsabilidad penal de la persona jurídica y la civil que se derive de tal responsabilidad penal, de la que pueda tener el autor del hecho de referencia o de los administradores o representantes porque así la configura el legislador, al entender que se están incumpliendo deberes propios impuestos legalmente, y ello es una ficción legal, es decir, tiene responsabilidad porque el derecho se la atribuye, y ello es consecuencia de su capacidad de obrar, porque el derecho también se la ha reconocido, pero no comparto que tal responsabilidad independiente proceda del hecho de que la entidad actúa con voluntad propia, como destaca Gómez Jara; también Jakobs considera que la entidad tiene voluntad independiente de la de los socios, y ello sirve de base a sus argumentos para entender que la responsabilidad penal de la entidad excluye la de sus miembros, pues se transfiere la voluntad de los mismos, y por tanto, con ello la responsabilidad de los mismos. No puedo compartir esta tesis dado que la voluntad de la entidad realmente no existe –la formación de la voluntad social en Junta general de acuerdo con las normas reguladoras de cada una de las personas jurídicas que nuestro derecho regula, sigue siendo una ficción legal y se forma con las mayorías y con el quórum que exige la ley en cada caso-, y para vincular tal voluntad al elemento subjetivo es necesario tener en cuenta la voluntad y posición dentro de la entidad de las personas físicas que actúan, y aunque el mismo argumento se adopta por algunos autores, como Silva Sánchez, al entender que la falta de libertad y autoconciencia de la persona jurídica impide que ésta sea destinataria de la norma de determinación, lo cierto es que basándonos en el derecho positivo, si que se hace destinataria de obligaciones a la persona jurídica, a pesar de ser esto una ficción legal, y por tanto, en la realidad material serán las personas físicas que ostentan cierto cargo o posición en la entidad quienes las cumplan, pero no hay que olvidar que actúan como órgano o instrumento. Es en este punto, en el que Jakobs⁶¹ se basa, para entender que su responsabilidad penal excluye la de la persona física actuante, porque actúa como órgano o instrumento de aquella, pero en realidad en el ámbito penal y teniendo en cuenta la finalidad preventiva de la norma se hace necesario considerar que todos ellos –persona física que realiza el hecho de transferencia, persona jurídica, administradores o representantes- son autores, más bien coautores, porque todos ellos tienen el deber de cumplir las leyes y las obligaciones que de las mismas se derivan a título individual. Además, como se ha indicado antes, la responsabilidad penal se imputa a las personas

⁶¹ JAKOBS, G. (1995), Derecho Penal. Parte General: Fundamentos y Teorías de la Imputación, traducción de Joaquín Cuello Contreras, José L. Serrano González de Murillo, Madrid.

jurídicas de forma culposa, por incumplir deberes legales de organización y vigilancia, y ello, si bien se admite con facilidad en el ámbito de la responsabilidad civil, solamente se puede mantener en el ámbito de la responsabilidad penal si somos conscientes de que estamos ante un derecho penal diferente, en el que el elemento subjetivo no recibe el mismo tratamiento que en Derecho penal clásico.

Por otro lado, se ha discutido doctrinalmente si la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas recoge un sistema de autoresponsabilidad o de heteroresponsabilidad; Al respecto la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado se pronuncia indicando que el legislador español dibuja un sistema de heteroresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere⁶². Así, se considera que se prevé un sistema de heteroresponsabilidad construido sobre la base de las específicas exigencias contenidas en el precepto que, en lo esencial, obedecen a una construcción jurídica análoga en ambos párrafos del artículo 31.1 bis CP, es decir, para los dos criterios de imputación. Se trata, por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma cumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que minimiza notablemente los previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa. Con la redacción actual del artículo 31 bis CP, se elimina así la vinculación de los anteriores artículos 31.2 y 129 del Código Penal, sin que ello suponga, en modo alguno, que pueda prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas para que el proceso penal pueda dirigirse contra las corporaciones. Ciertamente se acoge en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella,

⁶² En ese sentido, este primer párrafo presenta importantes similitudes con el tenor del artículo 121.1 del Código Penal francés conforme a su redacción dada por Ley de 9 de marzo de 2004, en el que también se hace responder a la corporación por los hechos de sus gestores, en una construcción que se ha denominado responsabilidad del hecho personal por representación, que es a su vez el asumido, con algunos matices, por uno de los dos supuestos de autoría característicos de las Directivas de la Unión Europea en esta materia.

y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos, pero debe entenderse matizado por su propia culpabilidad.

6. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS ADMINISTRADORES Y DIRECTORES

A pesar de la configuración como independiente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y a la vista de la redacción del artículo 31.1 bis CP debemos plantearnos si, de algún modo, se hace necesario que exista condena de alguna persona física, puesto que para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo que es necesario es un hecho de transferencia que será realizado por quien sea administrador o representante de la entidad o bien actuando en el nombre y derecho de aquella, realice un acto del que resulte un beneficio material para la misma. Partiendo de cómo resulta construida la responsabilidad civil derivada de un hecho de otro por el que se debe responder, vía artículo 1903 CC y 120 CP, podemos afirmar que será necesaria la declaración previa de la responsabilidad de la persona física, cuando la responsabilidad civil para las personas jurídicas se configura como una responsabilidad subsidiaria a la del autor persona física en la mayoría de los casos –existen algunos casos de responsabilidad civil solidaria cuando la persona jurídica es responsable civil directa, como ocurre con las compañías de seguros, pero en estos casos la responsabilidad viene determinada por un contrato de seguro, y no por ley; de modo que en los casos en los que no exista tal contrato, el responsable persona jurídica que lo es por ser empresario respecto de las personas físicas que incurren en responsabilidad en los términos previstos en el artículo 1903 CC y 120.3 y 4 CP, la responsabilidad civil será siempre subsidiaria y no solidaria-. Frente a ello, la responsabilidad penal de las de las personas jurídicas, como hemos visto, se configura como una responsabilidad independiente de la de la persona física que realiza el hecho de transferencia, prueba de ello es el contenido de los párrafos 2 y 3 del artículo 31 bis CP.

Podemos concluir, por tanto que, a diferencia de lo que ocurre con la atribución de responsabilidad civil derivada de hechos ajenos, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas el hecho de transferencia de la persona física es un presupuesto o elemento objetivo del tipo penal, que junto con otros elementos, especialmente el

subjetivo de incurrir en *culpa in vigilando* o en la omisión del deber de control, permite configurar una responsabilidad independiente de carácter penal para la entidad, y su independencia no requiere que se condene también a las personas físicas que realizan el hecho de transferencia, pues será necesario que en las mismas concurren los elementos del tipo penal, o bien que se ajuste al artículo 31 CP tratándose de administradores o representantes de la entidad.

Otra cuestión es en qué medida, en la práctica, se impondrán también sanciones penales a los autores materiales de los hechos; ello dependerá, en gran medida, de que se puedan individualizar los mismos y analizando el artículo 31 CP en relación con los tipos de la parte especial, que concurren los elementos necesarios en cada caso; aunque será frecuente que se deriven responsabilidades penales tanto para la persona física que realiza el hecho de transferencia y la persona jurídica. En estos casos la responsabilidad penal será independiente y no podrá ser calificada como ni solidaria ni subsidiaria respecto de la del otro responsable –excepto en el caso regulado en el artículo 30 CP que recoge un supuesto de responsabilidad penal subsidiaria-, todo ello sin perjuicio de que en estos casos, de la responsabilidad penal exista derivada responsabilidad civil, de la que como coautores, deberán responder tanto persona física como persona jurídica de forma solidaria como apunta el artículo 116.2 CP, y particularmente, cuando sean personas jurídicas artículo 116.3 CP.

Algún problema práctico podemos encontrar en los casos en los que, dado que las causas de exención y atenuación de la responsabilidad penal de las personas físicas y jurídicas no son las mismas, la persona física quede exenta de responsabilidad penal y sin embargo, no sea posible aplicar causa semejante a la persona jurídica; sería adecuado para evitar distorsiones de este tipo, y la exigencia de un desmedido deber de control en la entidad, que se extienda incluso a los casos en los que concurre una causa de exención en la persona física, debería como ya se ha apuntado antes configurarse como causa de exención o de atenuación –según los casos- de responsabilidad penal de la persona jurídica, tanto la fuerza mayor y el caso fortuito, como el cumplimiento escrupuloso del deber de control y la culpa exclusiva de un tercero. Así por ejemplo, en el caso de que el administrador de la entidad cometa un delito implicando a la entidad y le sea aplicable una atenuante o eximente más o menos completa por trastorno psíquico, este último podrá evitar o ver limitada su responsabilidad penal –según estemos en el caso del artículo 20 ó del 21 CP-, sin

embargo la persona jurídica debería poder evitar tal responsabilidad penal, o en su caso, poder limitarla acogiéndose a que estamos ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor para ella, por imprevisto, ya que se sale de lo común la situación, habiendo actuado el administrador fuera de las condiciones normales y previsibles para la entidad. Y aún en el caso de que, en este supuesto, hubiera descuidado su obligación de control, debería poderse atenuar la responsabilidad penal por concurrir diferentes responsabilidades en el resultado, de forma análoga a como se contempla en el artículo 114 CP para la responsabilidad civil la concurrencia de culpas. Por todo ello, no me parece del todo ajustado a Derecho el artículo 31 bis CP en sus párrafos 3 y 4, puesto que si la responsabilidad penal de la entidad se vincula con un hecho de una o varias personas físicas, las circunstancias que rodean este hecho en las mismas deben de ser valoradas, siendo incluso contradictorio que no se tengan en cuenta con el último inciso del artículo 31.1 bis CP cuando recoge la expresión “atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Por su parte, en el Derecho Holandés existe una gran comunicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica con la de los dirigentes de la misma, puesto que una vez imputada la persona jurídica como autora independiente de una infracción penal, se produce una comunicación entre la esfera de la persona jurídica y la de los dirigentes de la misma personas físicas, distinguiéndose en su doctrina la figura del “autor propio”, como persona física que actúa en su propio nombre participando en el delito, de la figura del “autor funcional”, que es la persona física que actúa ejerciendo un especial cargo o función dentro de la entidad. La primera de las figuras no presenta ningún problema de imputación de la responsabilidad porque siendo imputado por hechos propios no se aleja de las reglas tradicionales relativas al elemento subjetivo, esto sin embargo, la segunda de las figuras a los efectos de conectar la responsabilidad penal de las personas físicas con la persona jurídica, suponen construir la culpabilidad sobre bases teóricas, concretamente, sobre la teoría de la cualidad funcional de autor o sobre teorías orgánicas que, desde luego han sido tomadas del Derecho civil, en cuanto que es en el ámbito civil en el que se han desarrollado las teorías por las que se considera que los actos de quienes actúan como órgano en el ámbito de sus competencias, realmente actúan como instrumento de la persona jurídica transmitiendo sus efectos a la misma, y haciéndola responsable (en principio en el ámbito civil y en el mercantil). En el ámbito penal, hasta la reforma de 2010, en nuestro derecho respondía

la persona física que actuaba, pero también ahora responde la persona jurídica, precisamente por existir esa comunicación, a pesar de configurarse la responsabilidad penal de la entidad como independiente de la responsabilidad de la persona jurídica. Nuestro artículo 31.1 bis CP acoge el criterio de imputación cuasi-objetiva sobre la base civilista de la estructura orgánica o funcional, y en este sentido Vervaele⁶³ lo considera más cercano al modelo tradicional de imputación de la culpabilidad; sin embargo, el problema de imputación para la persona jurídica lo encontraríamos en los casos en los que la persona física que realiza el hecho de transferencia (que indudablemente podría ser imputado vía artículo 31 CP) no actúa dentro del ámbito en el que se tiene poder de representación. A tal efecto debemos tener en cuenta desde el punto de vista de la responsabilidad societaria, y ello implica la responsabilidad civil por los perjuicios que se puedan haber causado, el artículo 234 Ley de Sociedades de Capital (anteriores artículos 129 LSA y 63 LSRL, normas actualmente derogadas) dispone que la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos, no siendo efectiva cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil frente a terceros, y quedando obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social, por lo que en el ámbito mercantil y civil se hace necesario que actúen los administradores y representantes de la entidad dentro de su ámbito de representación (ocurriría lo mismo teniendo en cuenta las normas del mandato⁶⁴) para que exista responsabilidad societaria objetiva respecto de terceros. En consecuencia, si el modelo de imputación parte de la responsabilidad civil y se presuponen en la atribución de responsabilidad penal conceptos de derecho civil, la delimitación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también debe tomar esa limitación, de modo que si no se actúa dentro del ámbito del poder de representación, ya no es posible aplicar la teoría del órgano para imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica, tampoco la civil (así artículo 1903 CC), y por ello debería responder, en estos casos, solamente la persona física que actuó materialmente, aplicando el artículo 31 CP.

⁶³ VERVAELE J. (2007), “Societas/Universitas delinquere ed puniri poest, ¿La experiencia holandesa como base para España?”, CGPJ nº 115, p.31 y ss.

⁶⁴ El artículo 1727 CC dispone que el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, y en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.

Aunque la responsabilidad penal de las personas jurídicas se configure como independiente de la de las personas físicas que realizan el hecho de transferencia, debe existir cierta comunicación de las circunstancias concurrentes tanto en la actuación de la persona física como de la persona jurídica para valorar en qué medida esta es responsable penal, al igual que se valora para determinar si existe responsabilidad civil de la misma, y para determinar la cuantía de la indemnización, sobre todo porque, en cierto modo, se tiene en cuenta en la redacción del artículo 31.2 bis in fine, cuando establece que si se impone pena de multa a la persona jurídica y a aquel que realizó el hecho de transferencia, el juez, al imponer tales multas deberá atender al principio de proporcionalidad y moderar su cuantía; El legislador recoge la idea que vengo defendiendo en este punto, aunque se limita a moderar la responsabilidad penal cuando impone un tipo de pena -multa- a dos responsables; por lo que recogiendo el mismo fundamento la moderación de las penas debería tener lugar en la aplicación de todas ellas, cuando resulta acreditada la concurrencia de culpas y, en consecuencia, la concurrencia de responsabilidades penales (y también civiles, pero para estas sí que se recoge expresamente). Es más, es el propio Tribunal Supremo, Sala Segunda (Sentencias de 3 de julio de 1992, 10 de noviembre de 1993 y 24 de marzo de 1997, entre otras) y también el Tribunal Constitucional (Sentencia 253/1993) quien en relación con el anterior art. 15 bis, actual artículo 31 CP, declara que este precepto no constituye merma alguna del principio de culpabilidad, en cuanto no se puede construir una responsabilidad objetiva derivada del solo hecho de ser órgano o representante de una persona jurídica (o de una empresa o de una persona física): han de concurrir los elementos exigidos en los arts. 12 a 14 CP de 1973 (o en los arts. 27 a 30 CP actual) para las respectivas conductas como autor, inductor, cooperador necesario o cómplice. Conforme a tal doctrina, está claro que no cabe condenar por el mero hecho de ostentar un determinado cargo en la sociedad utilizada para delinquir: ha de existir una actuación concreta de cada uno de los acusados que pueda considerarse suficiente para que encaje en alguna de las categorías de responsables antes referidas, como indica Granados⁶⁵. A pesar de todo lo aquí apuntado, Quintero Olivares⁶⁶ al respecto considera que no debe haber problemas prácticos como consecuencia de la limitación de la responsabilidad de

⁶⁵ GRANADOS PÉREZ C. (2007), “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal”, CGPJ, Estudios de Derecho Judicial nº 115, pg. 137 y 138.

⁶⁶ QUINTERO OLIVARES G., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas...” ob. cit., p. 198.

la persona física, por el hecho de concurrir en la misma, exenciones de responsabilidad inconcebibles para la persona jurídica, pues destaca este autor que si la eximente es una causa de justificación no habrá responsabilidad para ninguna de las dos, pues el hecho será sustancialmente ajustado a derecho. Si se trata de una causa de exculpación sería exclusivamente apreciable en la persona física. Por último, para este autor, si la persona física es exculpable por estado de necesidad o miedo, es patente que no alcanzaría a la persona jurídica.

7. LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DE VELO COMO SOLUCIÓN

En aquellos casos en los que no es posible averiguar realmente quien actuó en nombre de la entidad en la actuación delictiva y no sea posible imputar a la entidad; es conveniente volver de nuevo al derecho civil para aplicar una de las teorías que tradicionalmente se han utilizado en el mismo, como es la teoría del levantamiento de velo⁶⁷; si la misma se ha utilizado para descartar a la persona jurídica y poder atribuir responsabilidad civil o societaria en los casos en los que era difícil la identificación del responsable, por haberse utilizado la entidad como sociedad pantalla de forma intencional, procederá descartar la personalidad de la entidad para hacer responder civilmente a quienes de algún modo hayan intervenido, bien como órganos de la misma en sentido funcional, bien como miembros o socios beneficiarios en última instancia;

⁶⁷ La teoría del levantamiento de velo fue importada a nuestro derecho desde el derecho alemán por FEDERICO DE CASTRO y aplicada por nuestro Tribunal Supremo en materia civil, por primera vez en 1959. Esta técnica se considera de carácter excepcional (así STS de 13 de octubre de 2011 - Roj: STS 7173/2011-). En ocasiones ha recurrido la jurisprudencia a levantar el velo de las sociedades, entre otras razones, para corregir los usos fraudulentos de la personalidad jurídica - la sentencia 457/2008, de 30 de mayo, se refiere al abuso de la personalidad de la sociedad en daño de tercero y la 439/2009, de 25 de junio, al abuso de personalidad jurídica como vehículo del fraude-. En términos de la sentencia 670/2010, de 4 de noviembre, el que en nuestro sistema se reconozca "la personalidad jurídica de las sociedades, como centro de imputación de relaciones jurídicas" y se entienda que "como regla, es la sociedad la que debe responder de su propio actuar aunque instrumentalmente actúe por medio de sus administradores", ello no constituye "obstáculo para que, excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias -son clásicos los supuestos de infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso- sea procedente el «levantamiento del velo» a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros. En tales supuestos, por entenderse que la personalidad jurídica no fue utilizada como instrumento adecuado al fin para el que ha sido reconocida por el ordenamiento, se elimina la separación entre la sociedad y el socio, a fin de vincular directamente a éste mediante una extensión de la imputación o de la responsabilidad. Dicha técnica - que como señalan las sentencias 475/2008, de 26 de mayo, y 422/2011, de 7 de junio, tiene que ser objeto de una aplicación restrictiva. Como recoge la STS de 1 de junio de 2011 - Roj: STS 4322/2011- es necesario que para que se aplique haya cumplida prueba de que se utiliza la persona jurídica para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o extracontractuales.

Del mismo modo, en ambos casos, una vez descartada la personalidad jurídica del ente moral, los responsables penales resultarán imputados, si existe infracción penal, de acuerdo con las reglas generales, siempre que sea posible, por concurrir todos los elementos del tipo penal en ellos, para hacerlos responder por los hechos delictivos como autores o a través de otro tipo de participación admitido para imputar tal responsabilidad (cooperadores, inductores, cómplices). Lo que está claro es que, en estos casos, el proceso penal será decisivo para encontrar la verdad material que permite averiguar quién es el responsable.

La teoría del levantamiento de velo precisamente, siguiendo a Granados⁶⁸ se utiliza para descartar a las sociedades pantalla que sirven para ocultar la actividad real de quien las utiliza e instrumentaliza, y el mismo Tribunal Supremo se refiere a esta teoría considerando en STS 986/2005, de 21 de julio, que la finalidad de la misma es evitar el fraude de ley, que persiguen quienes se amparan en esta forma jurídica, para eludir el cumplimiento de obligaciones, o conseguir cualquier otra finalidad fraudulenta; igualmente, la STS, Sala 2ª, 952/2006, de 10 de octubre, consideró en el caso tratado en la misma, que la aplicación de la teoría del levantamiento de velo procede en los casos en los que la sociedad es simple apariencia o pantalla, y con más razón en el ámbito del proceso penal, debería poderse aplicar, ya que, en él rige el principio de averiguación de la verdad material. Esta teoría originariamente surgida en el ámbito de la responsabilidad civil y societaria, en el Derecho alemán, ha sido trasladada al ámbito penal por la jurisprudencia angloamericana. En la jurisprudencia española se ha utilizado en numerosas ocasiones, especialmente para atribuir responsabilidad civil subsidiaria a la entidad, y para imponer responsabilidad penal a los socios o miembros del ente que estaban utilizando su estructura para obtener algún beneficio con fraude a la ley o a terceros, dado que, eliminada la sociedad pantalla, esto es, eliminada la ficción legal, los responsables penales son las personas físicas indicadas que estaban obteniendo un beneficio en su utilización.

⁶⁸ GRANADOS PÉREZ C. “Análisis jurisprudencial...”, ob. cit., pg. 153.

8. PROBLEMAS DE SUPERVIVENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL A LA EXTINCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA

En materia de responsabilidad civil derivada del delito, debemos entender que la misma sobrevive al responsable –cuya responsabilidad penal, sin embargo, se extingue por fallecimiento del reo en aplicación del principio de personalidad de las penas y a la vista de lo previsto en el artículo 130.1.1º CP-, ya que, de acuerdo con las normas civiles en materia de sucesión, las obligaciones impuestas al fallecido forman parte de su herencia. Ello supone que la responsabilidad civil derivada de un delito, una vez declarada judicialmente, subsiste a la persona del deudor persona física aunque este fallezca, siendo sus sucesores quienes asumen esta obligación del causante y ello porque se subrogan en la personalidad jurídica del mismo, existiendo confusión patrimonial de sus propios bienes y deudas con las del causante, siempre que no se acepte la herencia a beneficio de inventario; y si la aceptaran a beneficio de inventario, no existiría esta confusión patrimonial entre los patrimonios del causante responsable civil y sus sucesores, no quedando estos por tanto, obligados a satisfacerla, pero quedando abonada la responsabilidad civil del patrimonio del causante responsable civil (si existieren bienes suficientes) antes de producirse la sucesión a favor de quien le herede en lo que quede tras hacer la liquidación de bienes y deudas. Estas reglas actúan en los casos de fallecimiento del responsable civil persona física –fundamentalmente el Código civil se refiere a ellas en este punto-, y en los casos de extinción de la persona jurídica se contemplan en las normas reguladoras de cada forma social los procesos de liquidación y disolución, debiendo ser abonada la responsabilidad civil como una deuda más, y si el patrimonio fuera insuficiente se tendrían en cuenta las reglas sobre prelación y preferencia de créditos que contempla el mismo Código civil si no existe concurso de acreedores y si lo hubiera, de acuerdo con las reglas de la Ley Concursal –ex artículo 1921 CC-.

Ahora bien, ello ocurriría en caso de extinción de la entidad, pero los casos de transformación, fusión, absorción, escisión son distintos y deben recibir un tratamiento diferente, ya que si bien la sociedad inicialmente es una, con una personalidad jurídica determinada, no siempre se extingue, como consecuencia de tales operaciones, la personalidad jurídica inicial de la entidad, con la necesaria consecuencia de que, cuando no se extingue tal personalidad, las deudas subsisten a cargo del mismo deudor, y no se produce ninguna transferencia patrimonial, y respecto a la responsabilidad penal, la

continuidad de la persona jurídica supone la continuidad de la responsabilidad penal en que se hubiera incurrido; Por tanto, en los casos en los que se extingue su personalidad, sí que se producen transferencias patrimoniales, y para verificar que entidad asume tanto el activo como el pasivo de su patrimonio hay que estar a lo previsto en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Esta Ley en su artículo 3, respecto de la transformación, prescribe que la sociedad en este caso, conserva su personalidad jurídica, por lo que en este caso la entidad es la misma, aunque con otra forma jurídica, y por ello debe continuar siendo responsable civil y penalmente, por lo que no ofrece problemas de imputación, y es innecesaria la declaración del artículo 130.2 CP en cuanto a la transformación.

Respecto a los casos de fusión, el artículo 23 de la Ley 3/2009 recoge implícitamente dos supuestos, por un lado el de fusión por nueva creación, que implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas, y la fusión por absorción de una o más sociedades por otra ya existente, de modo que ésta última adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda. Si la entidad que puede resultar responsable civil o penalmente es la que adquiere por absorción a las demás, no hay problema, dado que, al igual que ocurría con la transformación existe continuidad en su personalidad jurídica; en caso de que la posible responsable sea la que se absorbe, se extinguirá, y tanto la responsabilidad civil como la penal se asumirán por la sociedad absorbente. Al respecto, se hace necesario indicar que, en el primero de los casos, este precepto resulta innecesario por la misma razón por la que lo es en los supuestos de transformación social, mientras que en el último caso, se vulnera el principio de personalidad de las penas, y es contrario al artículo 27 CP, por el que son responsables criminalmente los autores y los cómplices, de modo que, extinguida la personalidad, no parece admisible que la responsabilidad penal pueda ser objeto de sucesión (al contrario que la responsabilidad civil).

Por su parte, la escisión, puede ser de distintos tipos, de acuerdo con los artículos 68 y ss de la Ley 3/2009; de acuerdo con ellos, la escisión total implica la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o

es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde, en este caso, lo previsto en el artículo 130.2 CP vulnera el principio de personalidad de las penas, y es contrario al artículo 27 CP; frente a ello, si la escisión es parcial se produce el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria; en ese caso la personalidad jurídica de la sociedad que se escinde subsiste, por lo que debería ser solo ella la responsable penal, y no las sociedades de nueva creación o aquellas que, teniendo personalidad jurídica distinta, adquieren una parte del patrimonio; todo ello sin perjuicio de que, en este caso, dado que se produce una sucesión patrimonial, estas últimas sí que respondan civilmente en la medida del patrimonio recibido por sucesión de aquella, pues existe una sucesión patrimonial evidente, y en caso contrario se habría efectuado la operación en fraude de acreedores.

Por otro lado, el supuesto de segregación, de acuerdo con los artículos 71 y ss de la Ley 3/2009 suponen el traspaso en bloque, por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forma una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias; En este caso, los efectos sobre la continuación de la personalidad jurídica y la obligación de responder penal y civilmente son los mismos que el caso de escisión parcial, por lo que en ambos la extensión de la responsabilidad penal a la entidad resultante de la escisión en la parte que se segrega, o en la segregación total vulnera el principio de personalidad de las penas, y es contrario al artículo 27 CP, porque la personalidad jurídica no es la misma que la de la entidad que resultó responsable.

A la vista de todo lo anterior, el artículo 130.2 CP confunde sucesión patrimonial, y por ende continuación de la responsabilidad civil, con continuación de la personalidad jurídica, y por ende de la responsabilidad penal y civil. Es decir, así como la responsabilidad civil puede continuar más allá de la existencia del causante, en los

casos de fallecimiento de la persona física o de la extinción de la persona jurídica, incluso en los casos en los que solo existen transferencias patrimoniales que supongan la sucesión patrimonial, la cual se da en los casos de transformación, escisión, absorción y fusión antes vistos, la responsabilidad penal debe extinguirse con la extinción de la entidad, por lo que no en todos los casos de transformación, escisión, absorción y fusión se puede mantener tal responsabilidad sin vulnerar el principio de personalidad de las penas y sin contravenir el artículo 27 CP.

Cuestión distinta es si, dado que lo que se pretende por el legislador en el artículo 130.2 CP es evitar el fraude de ley en estos casos de transformación, escisión, absorción y fusión, como realmente parece, esta es la solución adecuada; debemos concluir que no lo es porque carece de técnica, ya que la solución es contraria a los principios y las normas penales. La solución en estos casos es, para que la sociedad que ha participado en la transformación, escisión, absorción y fusión sea responsable tanto penal como civilmente, aplicar la teoría del levantamiento de velo, dejando sin efecto las operaciones de transformación estructural que se hayan efectuado en fraude de la ley y de los perjudicados, de modo que queden sin efecto todas las transacciones patrimoniales y las operaciones de extinción que se hubieren llevado a cabo. Nada impide, por otro lado y además, aplicar medidas cautelares de inhabilitación y otras consecuencias accesorias que se estimen adecuadas al caso, vía artículo 129 CP.

Del mismo modo, cabe destacar que el artículo 130.2 CP también es criticable por no incluir un supuesto que sí que debería ser mencionado por conllevar la disolución de la entidad, como es la cesión global de activo y pasivo que, regulada en el artículo 81 Ley 3/2009, supone la transmisión en bloque de todo el patrimonio social por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario, quedando con ello la sociedad cedente extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios, aunque respetándose las normas aplicables a la cuota de liquidación. Manteniendo la misma tesis que hemos mantenido en los casos que sí se mencionan en el artículo 130.2 CP, tampoco en este supuesto debería aplicarse la extensión de la responsabilidad penal más allá de la existencia de la persona jurídica, pero desde luego, para evitar que tal operación se realice en fraude de terceros con éxito, debería aplicarse la teoría del levantamiento de velo para exigir las responsabilidades tanto penales como civiles y societarias que procedan.

La aplicación de la teoría del levantamiento del velo en el sentido de descartar las operaciones realizadas en fraude de ley o de acreedores (perjudicados) en los casos antes indicados no es descabellada, ya que, implícitamente el artículo 130.2 CP declara que no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica⁶⁹. Así, el descarte de la disolución encubierta, es una manifestación de la aplicación de la teoría de levantamiento de velo que, aplicada a la inversa, permite mantener la personalidad jurídica inicial, descartando la disolución y sus efectos sobre todo patrimoniales y de extinción de personalidad jurídica, para evitar operaciones fraudulentas. La misma solución, acogida para la disolución fraudulenta, podría darse a los casos en los que como consecuencia de las operaciones de fusión, escisión, absorción, o cesión global del patrimonio, exista posible fraude de ley⁷⁰.

Con la regulación actual, se introduce una extensión de la responsabilidad penal más allá de la existencia de la persona jurídica, y a la vista de la regulación mercantil, sería conveniente que la norma penal delimitase que la subsistencia de la responsabilidad penal debe ocurrir en los casos en los que como consecuencia de la transformación, fusión, escisión o absorción, no se extingue la personalidad jurídica en todo o en parte, de la responsable penal inicial, y no en los casos, o en la parte, en que la misma se extingue, ya que aceptar lo contrario (que es lo que, al no especificar, queda regulado actualmente) es quebrantar o al menos, hacer inaplicable en estos casos, el principio de personalidad de las penas y contravenir el artículo 27 CP.

Algunos autores⁷¹, admiten que se pase por alto este principio de personalidad de las penas, amparándose en la idea de que la culpabilidad de las personas jurídicas se basa en criterios diferentes a los criterios de imputación de las personas físicas, lo cual es cierto, pero, estas tesis parten de una premisa equivocada que les conduce a este resultado erróneo, y que no es más que suponer, como punto de partida, que en estos casos de transformación, fusión, escisión, y absorción, la nueva entidad resultante es siempre continuadora de la personalidad jurídica de las entidades que participan en tales

⁶⁹ Se considerará, en todo caso, que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

⁷⁰ En el mismo sentido, GOMEZ JARA C. (2011), se refiere a esta finalidad de “evitar que de alguna manera se pueda burlar el ordenamiento penal amparándose en la formalidad de la persona jurídica”. GOMEZ-JARA y otros, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales”, Madrid, Ed. La Ley, p. 84.

⁷¹ CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, “Comentarios al Código Penal...”, ob. cit., p. 397

modificaciones estructurales de las empresas; contemplada la normativa mercantil, hemos visto que no es así. Se hace necesario pues, armonizar y delimitar los casos de continuidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto a los casos en que verdaderamente exista una continuidad jurídica y material en la entidad resultante, solo así se respeta el principio de personalidad de las penas; y al mismo tiempo se cumple con la finalidad perseguida con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero desde luego haciendo responder a quien, de algún modo, incurrió en el hecho delictivo y se favoreció con su perpetración. Admitir lo contrario sería excesivo, y podría darse el caso de que quien recibe parte del patrimonio de la entidad en caso de escisión, para su unión a otra entidad o continuando con personalidad jurídica distinta, sin tener conocimiento de que se han producido con anterioridad hechos delictivos por la entidad que se escinde, y sin haber participado, ni siquiera en la omisión del deber de control, pues los hechos son anteriores al surgimiento de esta nueva entidad, fuese sancionado penalmente, sin haber participado en los hechos, ni materialmente, ni jurídicamente.

Teniendo todo ello en cuenta, el legislador permite en la redacción actual que el Juez modere el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originaria guarde con la nueva; ello permite en cierto modo, cumplir la finalidad retributiva y preventiva de la norma sin estar absolutamente la margen de la equidad, pero debería redactarse más claramente que supuestos, de conformidad con la legislación mercantil, excluyen la continuación de la personalidad jurídica. En el mismo sentido, GOMEZ JARA señala que deberían establecerse criterios adicionales para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los casos de sucesión temporal⁷². Debemos compartir esta idea y, además, considerar necesaria la modificación de la redacción artículo 130.2 CP, en gran medida desafortunada, en cuanto a la expresión “el traslado de la pena a la persona jurídica” porque, con ello, vulnera nuevamente el principio de personalidad de las penas y contraviene el artículo 27 CP.

⁷² GOMEZ-JARA C. y otros, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, ob. cit., p. 86.

9. CONCLUSIONES

Considerando a la persona jurídica como una construcción ficticia del derecho, esto es artificial, la imputación de cualquier tipo de responsabilidad a la misma, también es artificial, ya sea responsabilidad civil o responsabilidad penal. Ahora bien, por muchas de las razones expuestas, frente al carácter artificial de la atribución de responsabilidad civil a la persona jurídica, la atribución a las mismas de responsabilidad penal, más que artificial es artificiosa, pues se fuerzan principios básicos de índole constitucional (como el principio de igualdad, y el principio de presunción de inocencia), y también se obvian o minimizan en los mejores casos, conceptos o elementos penales clásicos –como la culpabilidad-, para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas en base a criterios civiles. Es cierto que, su admisión pasa, previamente, por considerar que estamos ante un nuevo Derecho penal, diferente al clásico, y que supone la construcción de la culpabilidad de las mismas sobre bases diferentes a las que sirven para la configuración de la culpabilidad de las personas físicas; esto sin embargo, la culpabilidad no debe en ningún caso estar ausente, pues si en materia de responsabilidad civil –cuyos criterios de imputación han servido para construir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas- la culpabilidad no está ausente, ni siquiera en aquellos casos en los que se considera que la responsabilidad es objetiva (atendiendo a la teoría del riesgo) menos debe estarlo para la imputación penal de las personas jurídicas. Ahora bien, como se ha señalado, se pueden producir ciertos problemas prácticos para los que la solución será, según los casos, acudir a las teorías desarrolladas en materia de responsabilidad civil, perfeccionar la regulación penal existente y aplicar, en ciertos casos, la teoría del levantamiento de velo.

Así, en primer lugar, respecto a la configuración de la culpabilidad, resulta que en el nuevo Derecho penal de las personas jurídicas, la misma debe concurrir pero se presume *iuris tantum*; es decir, no se aplica el principio de presunción de inocencia si concurren los elementos del tipo al margen del elemento subjetivo que el artículo 31 bis CP no recoge más allá del deber de control de la entidad, de modo que, se invierte la carga de la prueba, pudiendo la entidad, a través de sus representantes legales acreditar que se puso toda la diligencia debida en cumplir los deberes impuestos, especialmente el deber de control o de vigilancia que le incumbe. En ningún caso la responsabilidad penal se debe imponer al margen de la culpabilidad, como ya recogió el Tribunal Constitucional en las SSTC 76/1990 y 246/1991. En el mismo sentido, la jurisprudencia

del TEDH, tiene declarado que la protección de la presunción de inocencia como regla de enjuiciamiento resulta incompatible con fórmulas de presunción *iuris et de iure* de responsabilidad penal (Así STEDH dictada en el caso Salabiaku contra Francia, de 7 de octubre de 1988). Además el TEDH no niega la posibilidad de establecer presunciones fácticas *iuris tantum* contra la persona sometida al proceso siempre que se encuadren en “límites razonables tomando en cuenta la gravedad del asunto y se preserven los derechos de defensa”, esto es, cuando sea posible que el que sufre la presunción pueda aportar prueba en contrario (en este sentido, la STEDH recaída en el Caso Radio France contra Francia, de 30 de marzo de 2004).

En segundo lugar, a la vista de que la culpabilidad debe concurrir inicialmente de forma presunta, lo que se echa de menos en el artículo 31 bis CP es la admisión de eximentes y atenuantes vinculadas con el elemento subjetivo; este artículo sólo contiene de forma taxativa la enumeración de atenuantes aplicables en las que el denominador común es que se producen en el momento posterior al hecho delictivo, no son coetáneas al mismo. Sería deseable que, de *lege ferenda*, se introdujeran como causas de exención o de atenuación –según el grado en que concurren- ciertas circunstancias como el haber puesto toda la diligencia debida la entidad, de modo que el cumplimiento escrupuloso de los deberes impuestos permitiera la exoneración o reducción de su responsabilidad penal, así como contemplar las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito que rompen el nexo causal, y también la concurrencia de culpas tanto de la propia víctima o perjudicado, como de un tercero. En materia de responsabilidad civil todas estas causas se aplican para exonerar tal responsabilidad o para limitarla en extensión y cuantía, por lo que, del mismo modo, ya que se ha utilizado la construcción de la responsabilidad civil para imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, se hace necesario que las mismas se contemplen en este caso también, y además podrían valorarse otras como, por ejemplo, el error de prohibición invencible, ya que en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo se acoge para matizar la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, como causa excluyente de la culpabilidad de la misma⁷³, en este sentido también Gomez Bermudez⁷⁴. A pesar de todo ello, algunos autores consideran

⁷³ Así las SSTs, Sala 3ª, de 8 de marzo de 1993, de 18 de junio de 2007, de 23 de marzo de 2005, 28 de noviembre de 2003, 20 de mayo de 1992, 30 de junio de 1987, etc.

⁷⁴ GOMEZ BERMUDEZ J., (2006) “Infracción tributaria y delito: el fraude de ley y otras conductas afines”, Estudios de derecho judicial, p. 63. ISSN 1137-3520, N°. 91, 2006 (Ejemplar dedicado a:

de difícil aplicación esta última causa de exclusión de la responsabilidad penal a la persona jurídica⁷⁵.

Es necesario, por tanto, la introducción de estas causas de atenuación o exoneración de la responsabilidad, ya que, como bien indica Gómez Jara⁷⁶, la única posibilidad que se ofrece actualmente a la empresa para quedar exenta de culpabilidad es la demostración de que no existe el hecho de conexión –o de referencia-, pues una vez éste queda probado, se afirma automáticamente su culpabilidad; en su opinión, ello no es admisible, pues implica prácticamente una especie de responsabilidad objetiva, y también debemos pensar que, como tal es inadmisiblemente fundamentalmente porque, por mucho que estemos ante un Derecho penal distinto al tradicional, es Derecho penal, y atendiendo al principio de legalidad debe concurrir culpa o dolo –ex artículo 5 y 10 CP-, y en segundo lugar porque si la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha construido sobre los criterios de imputación de la responsabilidad civil –bien por culpa in vigilando, bien de forma cuasi-objetiva-, como se ha señalado, en el ámbito de la responsabilidad civil, tal responsabilidad queda excluida en ambos casos. Admitir lo contrario sería injusto en el ámbito civil, pero mucho más injusto en el ámbito penal, por muchos motivos, pero especialmente porque sería el mínimo que permitiría dejar a salvo (aunque de modo diferente a como se hace en relación con la responsabilidad penal de las personas físicas –ya que estamos invirtiendo la carga de la prueba-) el principio de presunción de inocencia.

En tercer lugar, la solución de algunos de los problemas prácticos que podemos encontrar es la aplicación de la teoría del levantamiento de velo, dado que en los casos en los que la entidad no pueda ser responsable atendiendo a los criterios expuestos, para evitar que ciertas conductas queden impunes, se hace necesario que se descarte la personalidad del ente ficticio para hacer responder a las personas físicas que verdaderamente resulten ser responsables. Con ello se eliminan lagunas de punibilidad desde el punto de vista de política criminal, que es, en definitiva, la finalidad perseguida por el legislador con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero con esta construcción tomada del Derecho civil para evitar tanto el fraude de

Responsabilidad de las personas jurídicas. Especial referencia a los consejos de administración: actuar en nombre de otro), págs. 49-65.

⁷⁵ Así, CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (dir.), “Comentarios al Código Penal...”, ob. cit., p.395.

⁷⁶ GOMEZ-JARA C. y otros, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, ob. cit., p. 159.

acreedores, como el fraude de ley, no existe el coste técnico-jurídico que se produce con intentar transferir responsabilidad penal de una persona a otra diferente pasando por encima de principios penales como el de personalidad de las penas y de preceptos básicos como el artículo 27 CP, como ocurre con la redacción actual del artículo 130.2 CP.

Si la culpabilidad de la persona jurídica está clara atendida la construcción de la responsabilidad penal, tal y como se configura en la jurisprudencia para la responsabilidad civil, debe de sancionarse a la persona jurídica; en caso contrario, hay que acudir a la teoría del levantamiento de velo⁷⁷, no pudiendo admitirse ni imposición de sanción penal fuera de los casos de culpabilidad, ni el “traslado de penas” a entidades jurídicas diferentes en los supuestos contemplados en el artículo 130.2 CP. Precisamente la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado se refiere a la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo expresamente cuando resulte claro que se han utilizado sociedades pantalla con finalidades delictivas o fraudulentas⁷⁸, recogiendo que en aquellos casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la total ausencia de auténtica actividad, organización, infraestructura, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito y/o para dificultar su investigación⁷⁹, nada obsta a que se recurra a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla, evitando imputar a estas últimas aún a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal. Además se debe de valorar, según la Fiscalía General del Estado la pertinencia de imputar únicamente a la

⁷⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo número 952/2006, de 10 de octubre, autoriza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como plenamente procedente a la vista de que, en el caso concreto, la sociedad era simple apariencia o pantalla, y con más razón en un área o rama jurídica como el Derecho punitivo en el que rige el principio de averiguación de la verdad material. En similares términos, la Sentencia número 986/2005, de 21 de julio del mismo Tribunal, declara aplicable la doctrina del levantamiento del velo, en la medida en que proscribía la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado, si con ello se comete fraude de Ley, o se perjudican derechos de terceros por medio de la utilización como escudo del ente social ficticio como algo pretendidamente distinto de sus elementos personales constitutivos.

⁷⁸ Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas introducida por la L.O. 5 /2010, p. 19.

⁷⁹ A comienzos del siglo XX, Franz Von Liszt defendió la responsabilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva de la peligrosidad de éstas, entendiendo la persona jurídica como un instrumento peligroso de ocultación de quienes se sirven de ella para cometer delitos.

persona física, levantando también en este caso el velo societario, en aquellos supuestos -preferentemente de negocios o actividades unipersonales que adopten formas societarias- en los que la personalidad jurídica sea del todo ajena a la comisión del hecho delictivo, se detecte la falta de verdadera alteridad de la entidad corporativa y exista un solapamiento total entre la voluntad del gestor y la de la persona jurídica, de modo que la imputación conjunta de la persona física y la jurídica pueda generar en la práctica un supuesto de *bis in ídem*.

Todo lo anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión de que la atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es simplemente, la atribución de responsabilidad en el ámbito penal, igual que la tienen atribuida en el derecho civil, mercantil, o administrativo, y ello es consecuencia de una necesidad de la sociedad actual, pero no implica que deba existir una declaración de culpabilidad en el sentido que se ha exigido tradicionalmente en el derecho penal⁸⁰, sino que, siendo este un derecho penal distinto, es necesario ser flexibles en cuanto a esto, pero desde luego respetando en la mayor medida posible las bases de nuestro Derecho. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 59/2008, de 14 de mayo razona en su fundamento jurídico 11 b) que la Constitución Española otorga a la culpabilidad rango de principio estructural básico del Derecho penal como derivación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Según esto, la pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal por lo que no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado⁸¹.

⁸⁰ En el mismo sentido G. QUINTERO OLIVARES, “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas...” ob. cit., p. 185.

⁸¹ La propia resolución cita como precedentes de esta doctrina las Sentencias número 150/1991, de 4 de julio, en su FJ 4 a); 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 150/1991, FJ 4 b); 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 150/1991, FJ 4 a); 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6, y 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO SAGGESE, S (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosch.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., (2008). “Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal”, INDRET, julio, p. 2, disponible en: http://www.indret.com/pdf/551_es.pdf.
- BANACLOCHE, ZARZALEJOS Y GOMÉZ JARA (2011). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid.
- BARRÍA DÍAZ, R. (2010). *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*, La Ley, Madrid.
- BOIX REIG, J., BERNARDI, A. y otros (2005). *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Iustel.
- CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dir.) (2011). *Comentarios al Código Penal, Reforma L.O. 5/2010*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN (dir.) (2011). *Comentarios al Código Penal, parte general*, Madrid: Marcial Pons.
- DE LA FUENTE HONRUBIA, F., (2008). “Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Caso EKIN (sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”. *Diario La Ley*, Nº 6888, Sección Doctrina, Madrid, 21 Feb., Año XXIX.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. (2012). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, *Indret*, revista para el www.indret.com 1/2012.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Vol. 2. (Las relaciones obligatorias). 4ª ed.; Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*, Madrid: Civitas.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J. (2002). “Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente”. Madrid: Civitas.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. (2007). “Normativización del Derecho penal y realidad social”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2006). “Imputación objetiva en un caso de responsabilidad civil ex delicto: criterio de la provocación”, *INDRET*, Barcelona, enero; *InDret* 1/2006.
- GARCÍA ARÁN, M. (2007). “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal vigente y en el Proyecto de reforma de 2007” en *Libro homenaje dedicado al Prof. Prats Canut*. Universitat Barcelona.

- GARCIA GARCIA, M.A. (2007). *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ nº 115 de 2007 –Centro de Documentación Judicial-, Madrid.
- GIRON TENA, J. (1975). *Derecho de Sociedades*, T.I, Madrid.
- GOMEZ BERMUDEZ, J. (2006). “Infracción tributaria y delito: el fraude de ley y otras conductas afines”, *Estudios de derecho judicial*.
- GÓMEZ TOMILLO (2010). *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid: Lex Nova.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- GOMEZ-JARA y otros (2011). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid.
- GONZÁLEZ ORTIZ, D. (2002). *La responsabilidad tributaria en el ordenamiento jurídico español*, Madrid: Dykinson.
- GRANADOS PÉREZ, C. (2007). “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal” *Estudios de derecho judicial*, Nº. 115, (Ejemplar dedicado a: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario).
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2010). “Problemas alrededor del Estatuto Procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, *Diario La Ley*, Nº 7427, Madrid.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (2002). *Criminalidad de la empresa*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARQUEZ DEL PRADO PÉREZ, J. y otros (2004). “Responsabilidad civil ex delicto”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ nº XVI.
- MEINI, I. (2003). *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por subordinados*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MIR PUIG, S. (2004). *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona: Reppertor.
- MIRÓ LLINARES, F. (2007). “Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del código penal” en *Responsabilidad de las Personas Jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro. Manual de Formación Continuada*, CGPJ, Madrid.
- MORALES PRATS, F. (2009). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Estudios de derecho judicial*, nº. 155, (Ejemplar dedicado a: Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos).
- MORALES PRATS, F. (2010). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *La reforma penal de 2010*, Cizur Menor.

- MORERA GUAJARDO, E. (2010). *Responsabilidad, concepto jurídico y sus singularidades*, Madrid: Ariel.
- NIETO MARTÍN, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Ed. Iustel.
- OSPINA SANCHEZ y DELGADO PINZÓN (2010) “De la culpa a la responsabilidad objetiva: Aplicación de la culpa en los casos de Responsabilidad civil”, disponible en:
http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/DE_LA_CULPA_A_LA_RESPONSABILIDAD_OBJETIVA_APLICACION_DE_LA_CULPA_EN_LOS_CASOS_DE_RESPONSABILIDAD_CIVIL.pdf
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2010). Recensión a Pablo Sánchez-Ostiz, “Imputación y teoría del delito” (Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008). Indret, revista para el www.indret.com 2/2010.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2007). “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas” *Estudios de derecho judicial*, n.º 115, (Ejemplar dedicado a: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario).
- ROBLES PLANAS, R. (2009). “El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, Indret, revista para el www.indret.com 2/2009.
- ROJO, A., BELTRÁN, E. y otros (2011). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SAINZ DE BUFANDA, F. (1973). *La responsabilidad tributaria en régimen de solidaridad*, vol. VI. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- SANCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, P. (2008). “Reseña a Raymond Antony Duff, Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law, Oxford and Portland, Oregon (Hart Publishing) 2007”. Indret 4/2008, octubre.
- SARRULLE, O.E. (1998). “La crisis de legitimidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)”, Universidad Buenos Aires, disponible en <http://biblioteca.d2g.com>.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. y ORTIZ DE URBINA (2006). “El art. 31.2 del Código penal, ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?”, Indret 2/2006, www.indret.com.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2001). “¿“Ex delicto”?, Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal”, en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3/2001
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2006). “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, n.º 2/2006.

- TAMARIT SUMALLA, J.M. (2002). "Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en DÍEZ RIPOLLÉS y otros, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid.
- VERVAELE, J. (2007). "Societas/Universitas delinquere ed puniri poest, ¿La experiencia holandesa como base para España?", CGPJ nº 115.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1997). *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid: Dykinson, Madrid.