

¿SOCIETAS DELINQUERE NEC PUNIRE POTEST? ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE EL ARTÍCULO 31.2 CP*

DR. ALFONSO GALÁN MUÑOZ

Profesor Ayudante de la Universidad Pablo de Olavide

I. Introducción: Vigencia del principio de *Societas delinquere nec punire potest* en la legislación anterior a la L.O. 15/2003

El Derecho Penal se ha caracterizado por ser un instrumento jurídico de control social eminentemente orientado a la persona física, lo que explica que su intérprete se encuentre con significativas dificultades a la hora de aplicar sus categorías sistemáticas a sujetos de otra naturaleza como las personas jurídicas.

Así, y sin ánimo alguno de exhaustividad, tendremos que afirmar que, si partimos de que el Derecho Penal sólo puede sancionar comportamientos que sean acciones u omisiones regidas por una voluntad en sentido psicológico, no podremos sino negar que las personas jurídicas gocen de una verdadera capacidad de acción penal, ya que al ser meros centros de imputación normativa de efectos jurídicos carentes de la capacidad de autodeterminarse, no podrían formar aquella voluntad propia que se necesita para poder realizar conductas penalmente relevantes¹.

* El presente trabajo se inserta en la investigación sobre los Problemas de imputación subjetiva en el Derecho penal europeo empresarial que se está desarrollando en la Universidad de Tübingen (Alemania), gracias a la beca otorgada para tal fin por la Fundación Alexander Humboldt.

¹ GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas» en *VVAA Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Ed. Comares. Universidad de la Laguna, 1997. pp.107 y ss. Como bien señala ZU-

La inicial negativa de la capacidad de acción de la persona jurídica no es, sin embargo, el único obstáculo al que se ha tenido que enfrentar la posible fundamentación de su responsabilidad penal, por cuanto, una vez que se niega que dichas entidades gocen de una verdadera capacidad subjetiva de autodeterminación también tendremos que entender que carecen de la capacidades mínimas necesarias para poder ser consideradas como culpables de la realización de hechos injustos².

Se afirma en tal sentido, que incluso cuando se entendiese, como se hace en otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, que la persona jurídica actúa mediante las conductas voluntariamente efectuadas por sus representantes, tampoco podríamos considerarla como penalmente responsable de las mismas, puesto que, dicha imputación conllevaría una manifiesta infracción del principio de personalidad de las penas que debe regir todo sistema penal democrático³

Finalmente, también se considera que las personas jurídicas carecen de una verdadera capacidad de punibilidad, por cuanto la aplicación de penas a estas entidades no resulta adecuada para motivarlas, retribuirles o reeducarlas, lo que privaría a dichas sanciones de cualquier posibilidad de cumplir con aquellos fines que fundamentan y legitiman su propia existencia y aplicación⁴.

La incapacidad de acción, de culpabilidad y de punibilidad —conceptos todos ellos elaborados partiendo del paradigma del comportamiento humano como referente básico del Derecho Penal—, se presentan, por tanto, como obstáculos infranqueables a la hora de aplicar sanciones penales a dichas entidades.

ÑIGA RODRÍGUEZ, L. una concepción final de la acción que configura el injusto como un injusto personal y que construye todo el sistema dogmático sobre esa consideración no resulta adecuado para poder atribuir responsabilidad penal a entidades como las personas jurídicas. En «La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas, un punto y seguido». En *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Ed. Tirant lo Blanc. Valencia, 2004. p. 277.

² MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. En *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. p. 220 y ss.

³ MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general Ed. Reppertor. Barcelona, 2005* p. 194. Sobre la importancia del concepto de culpabilidad y las garantía que se derivan del mismo como instrumento limitador de posible ejercicio abusivo y autoritario del poder punitivo estatal, véase MUÑOZ CONDE, F. «Hacia una construcción latinoamericana del concepto de culpabilidad». *Estado de Direito e Direito fundamentais. Homenagem ao jurista Mario Moacyr Porto*. Ed. Forene. Rio de Janeiro, 2005. pp. 239 y ss MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General* cit. p. 359

⁴ GARCÍA ARÁN, M. «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*. Ed. Comares. Granada, 1999. p. 326

Es por ello, que tradicionalmente se ha excluido a tales sujetos del grupo de posibles destinatarios de esta rama del ordenamiento jurídico.

De hecho, el Código Penal español de 1995 parecía partir implícitamente, en su versión originaria, de la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir, ya que, por una parte, no preveía que se les pudiesen aplicar penas propiamente dichas, mientras que, por otra, establecía expresamente en su art. 31 que en los casos en que se diesen en ellas las cualidades exigidas por un tipo delictivo especial propio se podría sancionar por su comisión a los administradores de hecho o de derecho que actuasen en su lugar, pero nunca a ellas mismas, lo que parecía presuponer que las personas jurídicas como tales no podían cometer dichos delitos⁵.

Sin embargo, esta posición no fue unánimemente sostenida en nuestra doctrina, ya que algunos autores consideraron que el citado texto legal no sólo no contenía ninguna obstáculo insalvable a la hora de afirmar dicha responsabilidad, sino que contemplaba expresamente algunos elementos que permitían sustentar que en el mismo se había reconocido expresamente la existencia de algunos casos en los que se podía atribuir responsabilidad penal a tales entidades.

En esta línea, destacaba la opinión sustentada por ZUGALDÍA ESPINAR, quien señalaba que la existencia del precepto referido a la actuación en lugar de otro del artículo 31 CP no representaría en realidad ningún obstáculo a la hora de afirmar la existencia de una responsabilidad penal propia de la persona jurídica, por cuanto lo que dicho artículo pretendía era tan sólo cubrir ciertas lagunas de pu-

⁵ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. Derecho Penal económico. Parte General. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998. p. 230. En este sentido, GARCÍA ARÁN, M. señalaba al art. 31 CP como uno de lo precepto del ordenamiento penal español que confirmaba la vigencia del principio de que la sociedades no pueden delinquir. En «Algunas consideraciones...» cit. p. 326. GARCÍA CAVERO, P *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999. pp. 161 y ss: NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad penal en la empresa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 58 GÓMEZ MARTÍN, V. «La «actuación por otro» y la participación del extranei en delitos especiales. Un estudio sistemático de los art. 31.1 y 65.3 CP». En *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Ed. Dykinson, Madrid, 2005. p. 433. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. afirma que de mantenerse que el artículo 129 CP había venido a reconocer la responsabilidad de las personas jurídicas se dejaría sin sentido alguno a lo dispuesto en el art. 31 CP, puesto que si la persona jurídica puede delinquir ella debería ser considerada como autora de los delitos especiales en cuestión, mientras que la persona física que actuase como su administrador de hecho o de derecho debería considerada como un mero partícipe. En «Las consecuencias accesorias del art. 129 CP». En *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria al profesor José Manuel Valle Muñiz*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2001. p. 283

nibilidad que se podrían presentar respecto a los delitos especiales propios y no negar que dichas entidades pudiesen cometerlos.

El citado precepto tan sólo vendría a solucionar el problema de legalidad que se podría plantear a la hora sancionar por la comisión de un delito especial propio a una persona que, si bien no reunía los caracteres que el tipo de injusto en cuestión exigía a sus posibles autores, lo había cometido actuando en lugar de quien sí los tenía. Este problema, evidentemente, no afecta en modo alguno a la presencia o no de una acción por parte del representante o del representado, con lo que, del mismo modo que no se presupone la ausencia de la capacidad de acción de la persona física representada cuando el art. 31 CP alude a la responsabilidad de su representante por la comisión de un delito especial propio, tampoco podremos deducir dicha carencia con respecto a la jurídica, cuando sea ésta y no aquella la representada en la comisión de tales delitos⁶

Se afirma, por tanto, que el señalado precepto no incide en modo alguno en el tema de la responsabilidad de la persona jurídica, tema que, sin embargo, si es afrontado por nuestro Código Penal en otro precepto legal, en concreto en su art. 129, precepto en el que se contempla un sistema de consecuencias accesorias referidas a las personas jurídicas que, a juicio de ZUGALDÍA ESPINAR, sólo podría ser entendido como un claro reflejo del hecho de que dichas entidades podían ser sujetos activos del Derecho Penal.

En este sentido, afirmaba el citado autor que dicho precepto habría venido a reconocer que las personas jurídicas podían cometer acciones penales (al poder infringir el ordenamiento jurídico), que gozaban de su propia culpabilidad (si bien debía ser entendida de forma diversa a la propia de la persona física) y que podían ser penadas, (ya que las consecuencias accesorias no eran sino verdaderas penas aplicables directamente a las personas jurídicas), todo lo cual suponía de *facto* el expreso reconocimiento por parte de nuestro ordenamiento de la plena responsabilidad penal de dichas entidades⁷.

⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «La responsabilidad criminal (...)»... cit. pp. 902 y ss. También otorgan naturaleza de pena a estas medidas BACIGALUPO, S. en BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico*. Ed. Ramón Areces. Madrid, 2001. Nota al pie n.º 33 en p. 152. En parecidos términos, MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. consideran que este precepto vendría a establecer un verdadero sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. En *Derecho penal. Parte general* Cid. p. 221

⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español. (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal). En *El nuevo Derecho Penal español. Estudios penales en memoria al profesor José Manuel Valle Muñiz*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2001. p. 895

En cualquier caso, lo cierto es que todavía hoy resultan minoritarias la voces que propugnan la naturaleza de pena de las consecuencias accesorias del art. 129 CP; concepción que es tajantemente rechazada por la mayor parte de nuestra doctrina que, pese a dicho rechazo, no consigue llegar a un acuerdo sobre cuál habría de ser la concreta naturaleza de que gozarían dichas medidas⁸.

Así nos encontramos con que, junto a su conceptualización como penas, también se ha defendido su cercana naturaleza a las medidas de seguridad⁹ o al comiso¹⁰.

⁸ Así, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, M. considera confusa la naturaleza de estas medidas, pero afirma que ni son penas ni son medidas de seguridad, como se deduce del propio hecho de que el legislador las haya incardinado bajo una denominación diferente de aquellas. En «Algunas consideraciones ...» cit. p. 326. También rechaza la consideración de estas medidas como verdaderas penas FEIJOO SÁCHEZ, B. «Empresa y delitos contra el medio ambiente (I)». En *La LEY* n.º 5550, 2002. (Versión electrónica. www.laley.net (ult. vis. 19-3-2006))

⁹ GARCÍA ARÁN, M. las considera como medidas de seguridad *sui generis* por cuanto lo que pretenden evitar son «... las condiciones materiales que propician, permiten o encubren el delito individualmente cometido». En «Algunas consideraciones...» cit. p. 327. En esta línea BAJO FERNÁNDEZ, M. en BAJO, M. / BACIGALUPO, S., «Derecho Penal económico». Ed. Ramón Areces. Madrid, 2001. Nota al pie n.º 33 en p. 152. MIR PUIG, S., por su parte, considera que, si bien estas medidas presentan mas similitudes con las medidas de seguridad que con las penas, encuentran, sin embargo, su fundamento en una peligrosidad meramente objetiva de la persona jurídica y no en la posibilidad de la comisión de nuevos delitos por su parte, lo que le lleva a considerarlas como una tercera vía diferente tanto de las penas, como de las medidas de seguridad propiamente dichas. En «Una tercera vía en materia de responsabilidad pena de las personas jurídicas». RECPC 06-01 (2004). En <http://criminet.ugr.es/reecpc/06/reecpc06-01.pdf> p. 01:16 y ss. (ult. vis. 9-3-2006). Vid. el mismo autor, en «Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón». Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004 p. 760. SILVA SÁNCHEZ, J. M. las considera, sin embargo, como verdaderas medidas de seguridad, ya que en opinión de este autor ninguno de los requisitos subjetivos necesarios para aplicar una pena (acción final, dolo, imprudencia, culpabilidad) resultan necesarios para sustentar la aplicación de esta clase de medidas que se fundamentan exclusivamente en la realización de un hecho objetivamente antijurídico de carácter penal, lo que determinará que se puedan aplicar sin mayor problema a las personas jurídicas en tanto que centros de imputación de la lesión de normas penales de valoración. En «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal». En *Derecho Penal económico Manuales de formación continuada*, 14. Madrid, 2001. pp. 344 y ss

¹⁰ MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Reppertor. Barcelona, 2004. p. 768. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico. Parte General*. cit. p. 232. RAMÓN RIBAS, E. considera que las medidas del art. 129 y el comiso representan una tercera posible consecuencia del delito diferente de la pena y la medida de seguridad, categoría que tiene su fundamento en la apreciación de la peligrosidad criminal instrumental de los bienes (comiso) o de la persona jurídica (consecuencias accesorias) «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal moderno de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?» en *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pp. 247 y 248.

Tampoco han faltado voces que, partiendo de la imposibilidad de incardinarlas en ninguna de las categorías citadas, han considerado necesario considerarlas como elementos integrantes de un nuevo grupo de posibles consecuencias penales derivadas del delito diferente a todas las anteriores¹¹; o que, partiendo de lo marcado de sus peculiaridades con respecto al resto de posibles consecuencias jurídicas del delito, las han considerado como simples sanciones administrativas aplicadas por los tribunales penales¹² o como meras medidas preventivo-reafirmativas, ni penales ni administrativas, que carecen de cualquier naturaleza de sanción¹³.

Como fácilmente se puede deducir, dada la controvertida naturaleza de las medidas contempladas en el art. 129 CP, no parece que su mera existencia pudiera ser un argumento suficiente para sustentar que el ordenamiento penal español había venido a reconocer con las mismas la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que resulta más lógico entender que el viejo principio *Societas delinquere non potest* continuaba estando plenamente vigente, por lo menos, hasta la entrada en vigor de la LO 15/2003 que, como seguidamente veremos, parece haber dado un giro al tratamiento de este problema.

II. Argumentos en favor de la incriminación de la persona jurídica: Razones para el cambio de paradigma

Pese a que, como hemos visto, la posible incriminación de las personas jurídicas se enfrentaba y se enfrenta a enormes dificultades

¹¹ CUESTA ARZAMENDI, J. L. «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal». En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam. V. I. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2001.* p. 981. FÉRNANDEZ TERUELO, J. G. «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP». cit. p. . 280 y ss. TAMARIT SUMALLA, J. M. «Las consecuencias accesorias de la pena de los art. 129 y similares del Código Penal». En *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a D. José Cerezo Mir» Ed. Tecnos. Madrid, 2002.* p. 1163. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. «Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal». *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a D. José Cerezo Mir. Ed. Tecnos. Madrid, 2002.* pp. 1133 y ss

¹² CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal. Parte General, 1. Ed. Tecnos. 4.ª Ed., Madrid, pp. 315 y ss*

¹³ GRACIA MARTÍN, L. en GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A. /ALASTUEY DOBON, M. C. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito : el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.* pp. 405 y ss

técnicas y no parecía encontrar un claro apoyo legislativo en nuestro ordenamiento, cada vez son más las voces que, atendiendo, sobre todo, a razones de política criminal, abogan por la necesidad de establecer un sistema de responsabilidad penal directamente referido a dichas entidades.

Se afirma en tal sentido, que el Derecho Penal no puede dar la espalda al importante papel que juegan dichas entidades en la realidad económica y social de nuestros días, papel que precisamente las convierte en una de las principales fuentes de peligro para los bienes jurídicos que se pretenden proteger por el denominado Derecho Penal del Riesgo¹⁴.

Esta mayor presencia e importancia de las empresas en la vida social actual se ha visto acompañada de un paralelo crecimiento de las envergaduras de las mismas y con ello de una mayor complejidad de sus propias estructuras organizativas.

Se hace necesario dividir las tareas y las competencias a desarrollar en el seno de la sociedad entre las distintas personas físicas que participan en su gestión, exigencia que determina que nos encontremos ante unas entidades con una dirección altamente descentralizada, en las que rara vez puede concretarse una única persona física que posea los componentes de acción, decisión y conocimiento que han servido tradicionalmente de fundamento al sistema de atribución de responsabilidad penal individuales.

Este hecho determinará que en muchas ocasiones se mantengan en la más absoluta impunidad algunas de las conductas más peligrosas o lesivas de entre las efectuadas por las empresas. Piénsese, por ejemplo, en el daño que estas entidades pueden ocasionar al Medio Ambiente; daño que al ser, en no pocas ocasiones, resultado de un proceso de decisiones individuales de *management*, en principio, inocuas, pero que habían adquirido una enorme lesividad a causa, precisamente, de su sucesiva acumulación, no podría dar lugar a ninguna responsabilidad penal para los individuos que objetivamente contribuyeron a su efectiva producción¹⁵.

En definitiva nos encontraríamos con que el Derecho Penal tradicional, configurado bajo el paradigma de la actuación individual, se convertiría en un sistema de imputación ineficaz frente a las conductas realizadas desde el seno de estas nuevas entidades corporativas¹⁶,

¹⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. «La cuestión de la (...)». cit. pp. 267 y ss

¹⁵ FEJO SÁNCHEZ, B. »Empresa y delito contra...» cit. p. 2

¹⁶ SCHÜNEMMANN, B.»La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea«, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo*. Ed. BOE. Madrid, 1995.

hecho que llevó a SCHÜNEMANN a afirmar que estos sistemas descentralizados de actuación colectiva pasarían a funcionar como verdaderos sistemas de irresponsabilidad penal organizada¹⁷.

La carencia del Derecho Penal, en este ámbito, parece justificar por sí sola la necesidad de establecer, cuando menos, un sistema de responsabilidad penal de la propia empresa que sirva para prevenir y responder a aquellos casos en los que resultase imposible concretar la persona o el grupo de personas físicas que podrían ser consideradas como penalmente responsables de las actuaciones lesivas globalmente realizadas por dichas entidades¹⁸.

Sin embargo, un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica que condicionase la responsabilidad de dichas entidades a la no concurrencia de un responsable penal individual del delito cometido en la misma, tampoco resultaría político-criminalmente suficiente para dar una respuesta adecuada al complejo fenómeno de la criminalidad de la empresa, por cuanto, conforme al mismo, la localización del individuo responsable del delito habría de determinar la automática y absoluta impunidad de la empresa en cuyo seno éste hubiese actuado, con lo que se dejaría completamente indemne todo el entramado organizativo que no sólo había posibilitado la comisión del delito¹⁹, sino que podría incluso haber sido la fuente generadora de aquel «espíritu de grupo» que llevó al individuo a efectuar en su seno una conducta que no habría realizado en su ámbito privado y meramente individual²⁰.

En definitiva, parece que el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal alternativa entre las personas jurídicas y las físicas no serviría para prevenir la posible comisión de los delitos que encontrasen su origen en una verdadera «*actitud criminal colectiva*» de

pp. 571 y ss. En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, P. afirmaba que el no reconocimiento de la responsabilidad de la empresa por los sistemas penales conlleva un importante déficit de prevención en los mismos, sin que ello conlleve mayores, como contrapartida, un aumento en cuanto a garantías. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. cit. pp. 69 y 80

¹⁷ SCHÜNEMANN, B. afirma que «...esta forma de organización, típica de lo modernos procesos productivos, conduce sencillamente como última consecuencia, en el contexto de la imputación jurídico penal individualizadora a una organizada irresponsabilidad de todos». En «La punibilidad de las personas jurídicas...» cit. p. 573. En el mismo sentido, GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad ...» cit. p. 119. FEIJO SÁNCHEZ, B. J. En «Empresa y delito contra ...». cit.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias ...». cit p. 315.

¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias...» cit. p. 317.

²⁰ SCHÜNEMANN, B. «La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 573

la propia empresa²¹, hecho éste que obligará a revisar la vigencia del viejo principio de que las sociedades no pueden delinquir, intentando buscar soluciones doctrinales que permitan atribuirles verdaderas responsabilidades penales para prevenir la producción de futuros delitos en su seno²².

III. Posibles sistemas de incriminación de las personas jurídicas

Las posturas doctrinales que abogan por el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica han encontrado un significativo apoyo en la diversa normativa penal internacional que se ha venido desarrollando en los últimos tiempos.

Así, nos encontramos con que en distintas disposiciones normativas emanadas de organismos supranacionales, como la Unión europea, se exige expresamente a sus Estados miembros que establezcan un sistema de infracciones y sanciones penales específicamente referido a las personas jurídicas²³.

²¹ SCHÜNEMMANN, B. »La punibilidad de las personas jurídicas...» cit. pp. 579 y ss.

²² Así, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. ha llegado a afirmar que si el mantenimiento de un sistema de responsabilidad penal de la empresa plantea una directa oposición entre la Política criminal y la dogmática penal, como consecuencia de las exigencias propias de la teoría general del delito habremos de llegar a la conclusión de que «...pues peor para esta última». En «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)». En *Hacia un Derecho Penal económica europeo*. Ed. BOE. Madrid, 1995, p. 724. En esta misma línea SCHÜNEMMANN, B. afirmaba que las características especiales de los sistemas autopoieticos, como son los empresariales, son las que obligan al derecho Penal a tener que encontrar un sistema de sanción que permita generar en la empresa una conciencia de que los perjuicios derivados de la comisión del delito superan a los perjuicios, consiguiéndose así una verdadera prevención general con respecto a las mismas. En «La punibilidad de las personas jurídicas...». cit. p. 580. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. entiende, por su parte, que tampoco puede abordarse este problema partiendo de la confrontación de argumentos político-criminales y dogmáticos, sobre todo, cuando, siguiendo los postulados del profesor ROXIN, hoy en día las soluciones dogmáticas pasan necesariamente por dar cabida a los problemas de orden político criminal. En «La cuestión (...)» cit. p. 261

²³ Así, podemos encontrar ejemplos de esta tendencia en diversos textos normativos emitidos por las distintas entidades de la Unión Europea, como, por ejemplo las recomendaciones (81) 12 y (88) 18, o las propuestas doctrinales auspiciadas por dicho organismo internacional y realizadas por el profesor Tiedemann (como las dos versiones del Corpus Juris para la protección de los intereses financieros de la comunidad europea o la propuesta de los llamados Eurodelitos) o la propuesta alternativa de persecución penal en Europa efectuada más recientemente por el profesor Schünemann. En esta misma línea nos encontramos con que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se contempla de forma expresa en preceptos como el art. 12 del Convenio del Consejo de Europa sobre Cibercriminalidad acordado el 23 de noviem-

Sin embargo, ni las reivindicaciones doctrinales de un sistema de responsabilidad de la persona jurídica por razones de política criminal, ni las pretensiones armonizadoras de la Unión europea han conseguido impedir que dentro de los ordenamientos nacionales europeos nos encontremos con una gran variedad de formas de afrontar este siempre espinoso problema.

En este sentido, resulta evidente que los países con una tradición jurídica sustentada en un sistema de *common law* y en los que se permite fundamentar la responsabilidad penal sobre la base de la simple realización o producción de determinadas conductas peligrosas (p. ej. los supuestos de *strict liability* anglosajona o responsabilidad sin culpa), no encuentran grandes dificultades a la hora de atribuir verdaderas responsabilidades penales a las personas jurídicas²⁴.

Mucho más difícil les resulta, sin embargo, a aquellos ordenamientos penales que, como el español, mantienen los estrictos principios que han regido la dogmática penal continental y de forma más concreta la desarrollada por la doctrina alemana.

Como ya hemos apuntado, el desarrollo de la teoría general del delito producido en estos países ha representado un importante obstáculo para el posible establecimiento de un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, por cuanto la ausencia de capacidad

bre en Budapest, comentado de forma más extensa por SILVA SÁCHEZ, J. M. en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el convenio del consejo de Europa sobre Cibercriminalidad». En *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad. CDJ IX. 2002*. pp. 115 y ss o el art. 4, 5 del segundo protocolo del convenio para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea de 19-6-1997, comentado por VOLGEL, J. «Harmonisierung des Strafrechts in der Europäischen Union». GA 5/2003. Pg. 331 y ss; o la Decisión Marco 2005/222/JAI relativa a los ataques contra los sistemas de información Para un estudio más detallado de los diferentes intentos de armonización realizados por la Unión Europea en aras a conseguir el establecimiento de un sistema de responsabilidad penal por parte de todos sus estados miembros véase BAHNMÜLLER, M. *Strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit im europäischeen Gemeinschafts und Unionrecht*. V. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004. pp. 97 y ss. Por otra parte, resulta reseñable que en otros instrumentos penales internacionales tan importantes como puede ser el propio texto del Estatuto de Roma se ha llegado incluso a criticar la ausencia de referencia alguna a esta clase de responsabilidad. Véase en este sentido, BAIGÚN, D. «El Estatuto de Roma y la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam*. Ed. Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca, 2001. pp. 90 y ss

²⁴ Sobre los distintos sistemas de imputación utilizados en los Estados Unidos de América en relación a la persona jurídica, véanse GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Ed. Ramón Areces, Madrid, 2006. pp. 43 y ss y NIETO MARTÍN, A. «El programa político-criminal del corporate government (derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)» en RdPP, n.º 11. 004-1. pp. 59 y ss, entre otros.

de acción, de culpabilidad y de punibilidad de dichas entidades, parecen impedir que puedan cometer delitos, con lo que tampoco podrían ser responsables de los mismos.

Pese a ello, tanto las doctrinas como los legisladores de algunos de estos países han intentado buscar formulas que permitiesen atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En este sentido, y sin ánimo alguno de exhaustividad, podemos establecer dos grandes grupos de sistemas tendentes a atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas: Los de *autorresponsabilidad* y los de *heterorresponsabilidad*²⁵.

Los sistemas de *autorresponsabilidad* parten de que las personas jurídicas tienen una capacidad de acción, de culpabilidad y de punibilidad propias y diferentes de las de las personas físicas que las representan o actúan en su favor, lo que llevará a que se las tenga que considerar como la directamente responsables de las infracciones penales que hubiesen cometido.

Por el contrario, los sistemas de *heterorresponsabilidad* entienden que, si bien las personas jurídicas no pueden actuar, ni ser consideradas culpables de posibles actuaciones delictivas, sí podrán, bajo determinadas condiciones, ser sujetos de imputación de las responsabilidades penales que se hubiesen de derivar de las que hubiesen realizado sus representantes o subordinados.

La variedad de criterios o condiciones utilizados por los sistemas incardinados en este último grupo para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas por los actos de las físicas es enorme, encontrándonos con sistemas que trasladan a este ámbito criterios de responsabilidad fundamentados en la figura de la representación²⁶, mientras que otros pretenden establecer un vinculo más estrecho y concreto entre dicha entidad y el acto de la persona física que va a fundamentar su responsabilidad mediante la exigencia de ciertos requisitos adicionales y específicos del Derecho Penal, como el de que

²⁵ Adoptamos de este modo la clasificación entre sistemas de auto- y de heterorresponsabilidad de la persona jurídica, que ha sido sostenida por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. en «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial» en RECPC 08-05 (2006). En <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf> (ult. vis. 16-3-2006). p. 05 :21, clasificación que resulta equivalente a la sustentada en su día por SILVA SÁNCHEZ, J. M. entre modelos de responsabilidad de la persona jurídica «por atribución» y modelos de responsabilidad por hecho propio. En «La responsabilidad» cit. pp. 321 y ss

²⁶ BARBERO SANTOS, M. «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?». En *La reforma penal y penitenciaria. Universidad de Santiago de Compostela, 1980*. pp. 324 y ss

el acto delictivo que se pretende imputar a la persona jurídica se hubiese efectuado «en su beneficio».

El principal problema al que se enfrentan estos sistemas se deriva del hecho de que, a todos los efectos, no dejan de ser sino métodos para atribuir responsabilidad a la persona jurídica por un hecho ajeno, el de la persona física, lo que los convierte en sistemas difícilmente compatibles con principios tan básicos para los ordenamientos penales del ámbito continental europeo como los de culpabilidad o de personalidad de las penas²⁷.

Este problema podría ser subsanado desde el momento en que se afirmase que la actuación efectuada por la persona física es de hecho una conducta realizada a todos los efectos por el ente colectivo que se identifica con ella y en cuyo lugar actúa, puesto que, esta consideración llevaría a entender que la persona jurídica es directamente responsable del hecho efectuado por ella misma y no por una conducta que le resulta ajena, con lo que su sanción sería perfectamente acorde al principio de culpabilidad.

Sin embargo, el mantenimiento de la absoluta identificación entre las personas jurídicas y aquellas físicas que actúan en su lugar, si bien permite sancionarlas respetando las exigencias del principio de culpabilidad, también obliga al mismo tiempo a considerar la responsabilidad penal atribuible a la persona jurídica como una responsabilidad alternativa y nunca acumulativa con respecto a la que se podría predicar de la persona física que actuase representándola.

En efecto, si consideramos que la persona jurídica y las físicas que realizan la conducta delictiva en su representación o en su beneficio son en realidad una única entidad (teoría de la identificación), tendremos que afirmar que la acumulación de sanciones dirigidas a unas y a otras infringiría claramente el principio de *ne bis in idem*, por cuanto si la persona jurídica y su representante o trabajador son una misma entidad o persona la imposición acumulativa de penas a ambas supondría una doble sanción a un mismo sujeto, por un mismo hecho y con un mismo fundamento²⁸

²⁷ BAJO FERNÁNDEZ, M. /BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico* cit. pp. 118 y ss. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico. Parte General*. cit. pp. 238. SCHÜNNEMANN, B. quien también reprocha a este tipo de sistemas su no adecuación a los criterios de proporcionalidad, por cuanto que la sanción establecida resulta completamente inadecuada para la protección del bien jurídico. «La punibilidad de las personas jurídicas...». cit. p. 582, ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. En «La cuestión de la responsabilidad de las personas...». p. 270. FEJOO SÁCHEZ, B. «Empresa y delitos contra (...)». cit

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias...». cit. pp. 323 y 324

No parece, sin embargo, que eximir de responsabilidad penal a la persona física que actúa en lugar de la jurídica sea la solución más adecuada a efectos de conseguir un adecuado tratamiento político criminal del fenómeno de la criminalidad de las empresas.

Pero lo que resulta todavía más grave es el hecho de que estos sistemas no den respuesta a uno de los principales problemas político-criminales alegados como fundamento de la necesidad del reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por cuanto al sustentar su responsabilidad en la comisión de un delito por parte de su *alter* ego, la persona física, continuarán en la más absoluta impunidad todos aquellos casos en los que los criterios dogmáticos tradicionales hubiesen impedido, precisamente, hacer responsable del delito a un concreto individuo dentro de la empresa, incluso cuando se hubiese constatado que dicho delito había procedido del ámbito de organización y de actividad de la misma²⁹.

Todos estos problemas, unidos a muchos otros, como los referidos al de la siempre controvertida delimitación del grupo de personas físicas que permitirían atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas en cuyo nombre o a favor de las cuales actuasen, han llevado a que otro sector la doctrina intente buscar sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas que partan de la propia actuación de éstas.

Las ventajas de estos sistemas son evidentes, ya que no sólo harían factible que se considerase a las personas jurídicas como penalmente responsables de un delito con independencia de que se pudiese localizar o no a un individuo que también lo fuese, sino que, en caso de que dicha localización fuese factible, también permitirían castigar acumulativamente a ambos sujetos (al individual y al colectivo) sin infracción alguna del principio de culpabilidad ni del de *ne bis in idem*, al dotar a sus respectivas sanciones de un fundamento claramente diferenciado³⁰.

En esta línea se encuentran aquellas posiciones doctrinales que parten de una concepción del Derecho penal completamente normativizada y funcionalizada, en la que sus destinatarios se presentan como simples sujetos de una imputación de responsabilidad derivada

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias...». cit. pp. 324 y ss

³⁰ Esto y otros y otros argumentos llevan a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. a considerar a los sistemas de autorresponsabilidad de la empresa como significativamente más ventajosos que los de heterorresponsabilidad. En «Autoorganización empresarial ...». cit. pp. 05:24 y ss

de la infracción de las expectativas normativas contempladas por el mismo.

Partiendo de esta base, JAKOBS, posiblemente el más reconocido representante de esta concepción funcionalista radical del Derecho Penal, afirma que, del mismo modo que la persona física es un sistema compuesto de psique y cuerpo, la persona jurídica es otro sistema complejo, compuesto de constitución y órganos, hecho que no sólo le permite entender que la persona jurídica puede originar resultados normativamente relevantes en el exterior a través de sus propios actos, sino que también hará factible que se la pueda considerar como culpable de su realización en todos aquellos casos en los que se constate la presencia de una defectuosa motivación jurídica en el comportamiento antijurídico que se le impute.

De este modo, tendríamos que entender que las personas jurídicas gozarían, no sólo de capacidad de infringir el ordenamiento penal, sino también de una verdadera culpabilidad propia y diferenciada de la que les corresponde al resto de individuos integrantes de sus órganos de representación³¹.

En definitiva, podría afirmarse que si se considera a la persona jurídica como posible centro de imputación de las expectativas normativas y posible sujeto pasivo de las mismas y, al tiempo, se fundamenta la culpabilidad que sustentará su pena en una mera cuestión de necesidad de sanción para conseguir el reestablecimiento de la vigencia de la norma infringida, no existirá problema alguno para tener a la persona jurídica como destinataria directa de las normas penales y, por tanto, como sujeto susceptible de recibir el juicio de reproche propio de la culpabilidad derivada de su infracción³².

³¹ JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Ed. Marcial Pons. 2.ª Ed. Madrid, 1997. pp. 183 y ss

³² JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General*. cit. p. 184. Similares resultan las propuestas realizadas por GARCÍA CAVERO, P *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. cit. p. 66 o por ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. cuando afirma que «...si se entiende como modernamente suele entenderse el hecho penalmente relevante, como el comportamiento de sujetos destinatarios de la norma penal, a los que les llega el mandato de valoración y el mandato de determinación, esto es, que son motivables por dicha norma, no pueden existir inconveniente en sostener que las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de delitos o ser capaces de realizar una acción penal.» «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas». cit. p. 296. También, mantiene una postura similar la misma autora en *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal ...* cit. pp. 205 y 251. Esta postura se contraponen abiertamente con la previamente sostenida por GRACIA MARTÍN, L. quien entendía que si bien la persona jurídica puede ser destinataria de «normas de distributivas» o si se prefiere de valoración, esto es, de aquellas normas que tienen por pretensión la distribución de bienes, servicios, perjuicios, gastos y riesgos; ello no supone que pue-

Sin embargo, desde concepciones menos normativizadas o sistémicas de la teoría general del delito y no tan radicalmente orientadas a la prevención general positiva como la defendida por JAKOBS, se ha considerado que resulta imposible asimilar los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con las que tradicionalmente se han desarrollado para las personas físicas, puesto que ambas presentan significativas diferencias que no pueden ser ignoradas por el Derecho Penal.

Es por ello, que otro sector de la doctrina propone reinterpretar algunos de los postulados tradicionales de la teoría general del delito o en términos utilizados por algún autor «desconstruir» el modelo de responsabilidad personal característico del Derecho Penal tradicional, para construir uno propio de la persona jurídica³³.

Se parte, por tanto, de que para poder atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas se hace necesario o bien adaptar algunas de las categorías de la tradicional teoría general del delito, o bien crear un sistema de imputación propio para ellas y completamente diferente del referido a las personas físicas.

En esta línea podemos incardinar intentos doctrinales como los realizados por TIEDEMANN y SCHÜNEMANN.

El primero de los autores citados partía del hecho de que el ordenamiento jurídico alemán ya había contemplado de forma expresa un supuesto en el que reconocía la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas, el § 30 OwiG (Ley alemana de contravenciones administrativas). Este precepto permitiría, a su juicio, considerar a las personas jurídicas no sólo son destinatarias de las normas jurídico penales, sino también como sujetos capaces de actuar penalmente, por cuanto las acciones de las personas físicas definidas por dicha norma, habrían de ser consideradas como propias de tales entidades³⁴.

Hasta este punto nada diferencia la teoría de TIEDEMANN de la ya citada teoría de la identificación.

dan ser destinatarias de normas de conducta, clase de norma cuya trasgresión es la única que puede abrir las puertas de la aplicación de una sanción, lo que evidentemente impide que las personas jurídicas puedan ser consideradas como sujetos con capacidad de acción a efectos penales. En «La cuestión de la responsabilidad (...)» cit. pp. 128 y ss

³³ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. En «La cuestión de la responsabilidad de las personas (...)». cit. pp. 262 y ss. GARCÍA ARÁN, M. «Algunas consideraciones ...». cit. p. 329. TAMARIT SUMALLA, J. M. «Las consecuencias accesorias de la pena ...» cit. p. 1170

³⁴ TIEDEMANN, K. «Die «Bebussung» von Unternehmen nach dem z. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», NJW. Heft.19, 1998. Pp. 1172

Sin embargo, la gran aportación de este profesor fue la de considerar que, pese a que la conducta de la persona jurídica siempre se manifestaría a través de la de una persona física, ello no sería óbice para poder considerar a la sanción de dicha entidad como una consecuencia derivada de su propia culpabilidad, ya que lo que fundamentaría el reproche de culpabilidad de la propia empresa y, por tanto, su propia sanción sería la presencia en su seno de un defecto organizativo que hubiese venido a favorecer la comisión del delito por parte de una o de varias de las personas físicas que, precisamente, integraban su organización³⁵.

Se habrá de considerar, por tanto, que la persona jurídica responderá penalmente por no haber adoptado las medidas de prevención necesarias para garantizar el desarrollo no delictivo de su actividad, con lo que el fundamento de su culpabilidad es independiente y previo a la efectiva realización del delito por parte de la persona física. Este hecho, según reconoce el propio TIEDEMANN, acerca la culpabilidad de la persona jurídica a la que tradicionalmente se ha mantenido con respecto a los supuestos de *actio libera in causa*, ya que, del mismo modo que sucede en dichos casos, las empresas no responden propiamente por la conducta efectuada posteriormente por las personas físicas, sino por su propia y previa falta de cuidado a la hora de establecer medidas que impidiesen la producción de tales conductas³⁶.

Esta interpretación ha encontrado un significativo predicamento tanto en la doctrina como en alguna de las normativas europeas que tienden a armonizar el tratamiento penal de la persona jurídica en Europa, lo que no ha impedido que también haya sido objetivo de significativas e importantes críticas.

Entre otras cosas, se ha afirmando que, aunque la citada construcción aparenta fundamentar la pena de las personas jurídicas en un reproche que se predica directamente respecto a ellas, parece olvidar que dichas entidades tampoco gozan de una capacidad propia de autoorganización, con lo que ese presunto reproche propio por su defecto de organización no sería otra cosa que un reproche que se estaría realizando en realidad respecto a aquellas personas, de nuevo físicas, que hubiesen establecido tal organización empresarial³⁷.

Una vez que se afirma que el reproche del defecto de organización no le corresponde a la persona jurídica como tal, sino a las físicas que se encargaron de configurar su estructura nos encontraremos de

³⁵ Ibidem

³⁶ TIEDEMANN, K. «Die «Bebussung» von Unternehmen ...» cit. p. 1173

³⁷ SCHÜNEMANN, B. »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 588

nuevo ante un sistema de responsabilidad por acto ajeno³⁸, lo que hace completamente improcedente la traslación de la vieja teoría de la *actio libera in causa* a esta ámbito, por cuanto que en el supuesto comentado, a diferencia de los que se han tratado conforme a dicha teoría, el acto culpable previo, que presuntamente permite castigar la actuación sin culpa posterior, no corresponde al autor de esta última (la empresa omitente), sino a un tercero, el órgano que estableció o mantuvo dicha organización³⁹

Por otra parte, el mantenimiento de la viabilidad de la culpabilidad de la empresa por su defecto de organización no supone que se le pueda atribuir automáticamente responsabilidad por el injusto realizado por uno de sus órganos, con lo que nos encontraríamos ante la paradoja de que dicha teoría habría conseguido afirmar la culpabilidad de la empresa sin haber fundamentado previamente la antijuridicidad de su conducta (la omisiva), dando lugar a un caso de culpabilidad sin antijuridicidad que tampoco podría ser penado⁴⁰.

Otra propuesta doctrinal dirigida a establecer un sistema de autorresponsabilidad de las empresas ateniendo a sus posibles defectos de organización, fue la efectuada en su día por SCHÜNEMANN.

Partía este autor del hecho de que la mera instalación de un sistema de acción colectivo defectuosamente organizado en las empre-

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M. En «La responsabilidad penal (...)». Pg. 336

³⁹ SCHÜNEMANN, B. . »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 588588
FEJOO SÁCHEZ, B. por su parte, considera que la figura de la *actio libera in causa* no resulta aplicable a estos casos por cuanto que su aplicación requiere cuando menos la previsibilidad y la presencia de una culpabilidad previa por parte del sujeto al que se le pretende aplicar, culpabilidad que precisamente es lo que se niega con respecto a la persona jurídica. En «Empresa y delitos contra (...)» cit. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., por su parte, si bien considera un acierto el ubicar la culpabilidad de la persona jurídica en un momento previo al de la comisión del delito por parte de la persona física, critica a la construcción de Tiedemann, el hecho de que no hubiese venido a introducir causas de exculpación con lo que si bien permitiría fundamentar la responsabilidad de la empresa no permitiría excluirla, lo que provocaría que la culpabilidad perdiese su papel de límite de la responsabilidad penal. En *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. Madrid, 2005. p. 307

⁴⁰ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico. Parte General...* cit. p. 240. También se manifiesta críticamente con esta propuesta FEJOO SÁCHEZ, B. señalando que esta teoría llega a equiparar culpabilidad con tipo objetivo, llevándose así a una verdadera responsabilidad objetiva de la persona jurídica por los actos efectuados por los miembros de la empresa. En «Empresa y delitos contra» cit. Por su parte, GRACIA MARTÍN, L. considera que la infracción de deberes de organización de la que parte TIEDEMANN, no está en realidad referida a una cuestión de culpabilidad, sino de antijuridicidad (injusto), lo que, dejaría de nuevo irresoluto el problema de la culpabilidad de la persona jurídica partiendo de la teoría del defecto de organización sustentada por este autor alemán. En «La cuestión de la responsabilidad (...)». cit. pp. 132 y 133

sas les otorga una «actitud criminal» tan peligrosa para los bienes jurídicos, que obliga a castigarlas con independencia de si fueron o no culpables de la aparición de su defecto, ya que sólo así podría responder el Derecho Penal al estado de necesidad preventivo en que se pone a los bienes jurídicos que tiene que proteger⁴¹.

Como fácilmente se puede deducir, nos encontramos ante una propuesta que prescinde completamente de las exigencias de reproche subjetivo propias de la culpabilidad en aras a la consecución de un adecuado tratamiento preventivo de las conductas delictivas de las personas jurídicas, lo que no sólo va suponer que las sanciones aplicables a dichas entidades tengan una naturaleza mucho más cercana a la de las medidas de seguridad que a la de las penas propiamente dichas⁴², sino también que nos encontremos ante un sistema completamente diferente e independiente de aquel que habría de regir la responsabilidad de las personas físicas.

La autonomía conceptual de este sistema de responsabilidad de las personas jurídicas quedó reflejada en el hecho de que su autor propugnase inicialmente su aplicación tan sólo en aquellos supuestos en los que no se pudiese encontrar un individuo penalmente responsable del delito cometido dentro de la organización de la empresa defectuosamente organizada, lo que lo convertía en un sistema no sólo independiente del vigente con respecto a las personas físicas, sino también alternativo con respecto a éste⁴³.

Sin embargo, fue el propio SCHÜNEMANN quien poco después, atendiendo de nuevo a necesidades político-criminales, consideró preciso extender la posibilidad de apreciar la responsabilidad de la persona jurídica también a aquellos supuestos en los que sí resultase factible atribuir responsabilidad por el delito cometido en su seno a uno o varios de los individuos que actuaban por o para ella.

En este sentido, entendía el citado autor que la alternatividad entre los sistemas de responsabilidad referidos a los sujetos colectivos y a los individuales permitiría que los primeros pudiesen fácilmente desviar las responsabilidades penales derivadas de las conductas efectuadas en su seno hacia los segundos, ya que, no resultaba difícil el aventurar que éstos se prestarían a actuar como verdaderos «chivos expiatorios» de

⁴¹ En este sentido, SCHÜNEMANN, B. quien afirma que su teoría impide a los socios que se puedan considerar como injustamente sancionados, por cuanto que los mismos son los que han originado la actividad socialmente dañina. »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. pp. 589 y ss

⁴² SCHÜNEMANN, B. »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 589

⁴³ SCHÜNEMANN, B. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, V. Heymann. Köln, 1979. pp. 248 y ss

los delitos cometidos por la propia empresa mediante una sustanciosa recompensa económica «por sus servicios», consiguiéndose así que su comisión sólo le supusiese a la empresa, como tal, un coste económico adicional, asumible e incluso asegurable, en aras al mantenimiento de su actividad delictiva y económicamente rentable⁴⁴.

Se podrían convertir así a las personas jurídicas en entidades «impermeables» a la motivación penal⁴⁵ y en verdaderos factores criminógenos respecto a los comportamientos de los concretos individuos que se integraban en su organización⁴⁶; lo que provocaría que se diesen cada vez con mayor frecuencia interrelaciones entre dichas formas de organización colectiva y la denominada «criminalidad organizada», ya que el tratamiento penal que se les brinda las convierte en instrumentos de una enorme utilidad para el desarrollo de las actuaciones propias de dicha forma de criminalidad⁴⁷.

⁴⁴ FEIJO SÁNCHEZ, B. señala en esta línea que además al dirigirse la posible sanción económica a la persona física y no a la jurídica la misma supone un coste mas bajo para ésta, ya que la sanción resultará significativamente inferior que aquella que le correspondería a la empresa como persona culpable del delito. »Empresa y delito contra ...» cit.

⁴⁵ En palabras de SCHÜNEMANN, B. se podría afirmar que el sistema autopoiético de la empresa podría hacer «rebotar» las exigencias del Derecho Estatal »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 580

⁴⁶ En este sentido, SCHÜNEMANN, B. señalaba que la alternatividad del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica con respecto a la de la persona física, provocaría que cuando se castigase a ésta última se dejase indemne aquel entramado organizativo que no sólo había posibilitado la comisión del delito, sino que podía haber sido la verdadera fuente generadora del espíritu de grupo que llevó al individuo sancionado a efectuar una conducta en su seno que no habría realizado en su ámbito privado y meramente individual, lo que supondría convertir a dichas entidades en una importante fuente generadora de delitos. En »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. pp. 573 y ss. En este mismo sentido, FEIJO SÁNCHEZ, B. J. señala que la permanencia de la estructura compleja de una empresa, su capacidad para influir en las personas que trabajan para la misma y el hecho de que estas entidades actúen movidas principalmente por el mero calculo de costes y beneficios las convierte en verdaderos factores criminógenos »Empresa y delito contra...» cit.

⁴⁷ ZÚNIGA, RODRÍGUEZ, L. considera que la similitud de características (división del trabajo, jerarquía, distinción entre órganos decisorios y ejecutivos, etc...) ha llevado a que exista una evidente intercomunicación entre organizaciones criminales y sociedades mercantiles, adoptando las primeras los modelos, estructuras y sistemas de funcionamiento que han caracterizado a las segundas en el ámbito de los negocios y la industria. En »Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas». en <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/html/artzuniga.html> (Ult. vis. 15-4-2006).. La misma autora en *Bases para un Modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. Navarra, 2003. p. 85 y ss De hecho, BAJO FERNÁNDEZ, M. /BACIGALUPO, S. entienden que la polémica de la posible responsabilidad de las personas jurídicas no solo nos enfrentan ante la necesidad de luchar contra el crimen organizado, sino de forma más general contra el crimen colectivo. *Derecho Penal económico...* cit. p.119

Todas estas consideraciones fueron las que llevaron a SCHÜNEMANN a replantearse su postura inicial y a defender la necesidad de configurar a los sistemas de responsabilidad de las personas jurídicas y de las físicas como sistemas acumulables y no excluyentes entre sí, ya que, a su juicio, sólo el juego simultáneo de ambos sistemas de responsabilidad permitiría brindar un adecuado tratamiento político-criminal a la delincuencia desarrollada en el seno de este tipo de sujetos⁴⁸.

Fuera como fuese y con independencia del carácter acumulativo o alternativo del sistema de responsabilidad de las personas jurídicas con respecto al de la persona física, lo cierto es que el sistema de responsabilidad sin culpa propuesto por SCHÜNEMANN se fundamenta en una argumentación que presenta múltiples similitudes con la que en su día utilizó nuestro Tribunal Constitucional para admitir la posibilidad de sancionarlas administrativamente⁴⁹; similitudes que ponen de manifiesto el claro acercamiento que se producirá entre ambas ramas del Derecho desde el mismo momento en que desaparecieran de la penal las rígidas exigencias que dicho Derecho había extraído del principio de culpabilidad atendiendo a meras exigencias político-criminales o preventivas⁵⁰.

⁴⁸ SCHÜNEMANN, B. »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 590

⁴⁹ Véase en este sentido la Sentencia 246/1991, de 19 de Diciembre, donde se afirmó que la sanción administrativa de las personas jurídicas no supone infracción alguna del principio de culpabilidad, puesto que dichas entidades tienen verdadera capacidad de infringir las normas jurídicas, y ello hace necesario que el ordenamiento jurídico pueda sancionarlas basándose el juicio de reproche que se realiza sobre ellas en la necesidad de estimular el cumplimiento del propio ordenamiento. Crítico con esta Sentencia se muestra FEIJOO SÁNCHEZ, B. «Empresa y delitos contra ...» cit.

⁵⁰ Podría entenderse, a nuestro modo de ver, que esta propuesta supone un ejemplo más de aquella «administrativización» en que puede incurrir un Derecho Penal demasiado orientado a la prevención, como señalaba SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Ed. Civitas. Madrid, 2001. pp. 121 y ss. Consideramos en tal sentido que la desaparición de las tradicionales exigencias penales derivadas del principio de culpabilidad acercan tanto los principios reguladores del Derecho Penal y del Administrativo sancionador, que también haría factible llegar a sustituir, como propone VOGEL, J en relación al Derecho Penal europeo, el principio de culpabilidad por el de proporcionalidad, frecuentemente utilizado por la doctrina y los tribunales, propuesta que se realiza, como no, atendiendo a razones de prevención general disuasoria e integradora (Absreckungs- und Integrationsgeneralprävention) de la propia norma de comportamiento. Sin embargo, este mismo autor reconoce que la unión directa que se establece por determinados Tribunales Constitucionales europeos entre el principio de culpabilidad y la dignidad humana va a suponer un serio obstáculo a dicho cambio. En «Wege zu europäisch-einheitlichen Regelungen im Allgemeinen Teil des Strafrechts». JZ, n.º7, 1995. pp. 339 y ss. En este sentido, resulta significativo que el Tribunal Constitucional español haya considerado en Sentencias como la 76/1990, de 26 de Abril que el principio de culpabilidad forma parte del contenido esencial del derecho

En este sentido, no resulta aventurado afirmar que la total inaplicación del principio de culpabilidad en el seno del Derecho Penal de las personas jurídicas llevaría a que dicho Derecho tuviese una naturaleza jurídica mucho más cercana a la administrativa sancionadora que a la propiamente penal, con lo que, como advertía GARCÍA ARÁN, no podríamos en realidad considerarlo «... un derecho penal distinto del de las personas físicas sino algo distinto del Derecho penal»⁵¹.

Parece por tanto, que todo Derecho sancionador de la persona jurídica que pretenda ser considerado un verdadero Derecho Penal de la misma habrá de respetar las exigencias limitadoras que rigen con carácter general en tal Derecho, y entre ellas aquellas que se derivan del principio de culpabilidad, por lo que no podrá ser un Derecho que sancione a tales entidades sin haber constatado previamente en las mismas la presencia del reproche subjetivo exigido por dicho principio.

Esta exigencia no puede ocultar el hecho evidente de que las personas jurídicas no son sujetos equiparables a las personas físicas ni presentan, por tanto, una culpabilidad idéntica a la de éstas, lo que ha llevado a parte de la doctrina a intentar fundamentar el juicio de reproche de su culpabilidad en pilares distintos a los que sustentan la predicada respecto a los sujetos individuales.

En esta línea, señalaba HEINE, que la culpabilidad de la propia empresa, con independencia de la de sus miembros individuales, se podría fundamentar en el reproche que se le podría hacer por su propia conducción de la vida empresarial, conducción que se le podría reprochar, eso sí, tras haberse constatado que no había controlado, como era su obligación, el riesgo de producción de resultados delictivos que su propia existencia había generado, ya que dicha ausencia de control sería precisamente la que vendría a fundamentar el injusto omisivo que se le pretendía imputar⁵².

Esta concepción ha sido criticada por SILVA SÁNCHEZ, quien le ha reprochado que fundamente la culpabilidad en construcciones muy similares a las ya superadas de culpabilidad por la conducción de la

a ser presumido inocente del art. 24.2 CP, lo que parece cerrar la posibilidad del establecimiento de cualquier tipo de responsabilidad objetiva en materia sancionadora penal o administrativa. Véase, GRAUER RODOY, A. «Bases para un modelo de imputación penal de las personas jurídicas en Derecho Español». En LA LEY, n.º 6136, 2004 (Versión electrónica. www.laley.net (ult. vis. 23-3-2006))

⁵¹ GARCÍA ARÁN, M. «Algunas consideraciones sobre...». cit. p. 329.

⁵² En este sentido, HEINE, G. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen : von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. 1. Aufl. / - V. Nomos, Baden-Baden, 1995. pp. 218 y ss

vida⁵³, señalando además, que si tenemos en cuenta que dicha con-
ducción de vida se refiere a un sujeto no autoconsciente, como la per-
sona jurídica, dicho presunto concepto de culpabilidad no vendría a
constituir en realidad algo muy distinto de la simple peligrosidad
fundamentadora de la posible aplicación de medidas de seguridad,
pero no de penas⁵⁴.

Esta última crítica tal vez pudiera ser solventada atendiendo a los
estudios recientemente realizados por GÓMEZ-JARA DÍEZ, quien ha
tratado de fundamentar la culpabilidad de la empresa atendiendo a la
propia forma de funcionar que tienen dichas organizaciones colecti-
vas, entendidas como sistemas autopoieticos.

Se parte por tanto de considerar a las personas jurídicas como
verdaderos sistemas autopoieticos dotados de la capacidad de orga-
nizarse por si mismos, y que, precisamente, por ello, gozan de auto-
nomía y autoconsciencia con respecto a los individuos que integran
su organización, hecho que, sin embargo, no permite, a juicio del ci-
tado autor, asimilar la naturaleza de ambas clases de sujetos o sis-
temas (los individuales y los empresariales), ni mucho menos en-
tender, como hacía JAKOBS, que ambos tengan una culpabilidad
idéntica⁵⁵.

Las culpabilidades de ambos sujetos no son en modo alguno
idénticas, pero ello no ha de impedir que se pueda crear, atendiendo
a los postulados de la corriente epistemológica del constructivismo
operativo, un concepto constructivista de la culpabilidad de las em-
presas que pueda llegar a ser funcionalmente equivalente al que se
predica respecto a los individuos; equivalencia funcional que se po-
dría conseguir concibiendo la culpabilidad de dichas entidades como
aquella que le reprocharía que no hubiesen mantenido en su orga-
nización una cultura empresarial de fidelidad al Derecho como era
su obligación⁵⁶.

⁵³ La «culpa por la conducción de vida» como forma de fundamentar la culpabi-
lidad de asociales y penados con trastornos psicológicos motivados por drogadicción,
alcoholismo etc..., fue una teoría elaborada principalmente por MEZGER, E. quien
desvinculaba la culpabilidad del concreto hecho realizado por el autor, y la vinculaba
a su conducta previa, es decir, a la forma en que anteriormente había vivido y que le
había llevado a un comportamiento delictivo. Sobre esta teoría y su relación con la
ideología nacionalsocialista, véase MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho Pe-
nal de su tiempo*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. pp. 133 y ss

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, J. M. En «La responsabilidad penal (...)». cit. pp. 337 y 338

⁵⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Autoorganización empresarial (...)». cit. p. 05:17. El mis-
mo autor, de forma más amplia en *La Culpabilidad de la empresa* cit. pp. 209 y ss
y 313

⁵⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La culpabilidad* cit. p. 312

Se fundamentaría así la culpabilidad de las personas jurídicas sobre unos criterios que atenderían a su propia naturaleza como entes independientes y diferentes respecto a sus órganos, con lo que dejarían de ser consideradas como meras cosas y pasarían a convertirse en verdaderos sujetos activos del Derecho Penal, destinatarios directos de las expectativas que dicha rama del ordenamiento pretende proteger y por ello, sujetos susceptibles de ser directamente sancionados conforme a sus prescripciones.

Pese a lo sugerente de la propuesta comentada, la misma tampoco está exenta de problemas.

Así, y en primer lugar, parece evidente que el establecer a la propia capacidad de autoorganización de la empresa como fundamento básico de su capacidad de culpabilidad, llevará a que tan sólo puedan ser consideradas como posibles sujetos activos del Derecho Penal aquellas entidades que hubiesen alcanzado una complejidad interna tal que permitiese atribuirles una identidad corporativa propia y una verdadera autorreferencialidad⁵⁷.

La pregunta será inmediata ¿cuál habría de ser, por tanto, el grado de complejidad que se debe ostentar para conseguir dicho reconocimiento?

A esta pregunta responde GÓMEZ-JARA DÍEZ señalando, que del mismo modo que se establece un criterio normativo para determinar cuando el proceso de desarrollo del menor ha sido suficiente para considerarlo como dotado de una verdadera capacidad de culpabilidad, también habrían de ser criterios exclusivamente normativos los que viniesen a fijar qué grado de complejidad organizativa habría de tener una empresa para poder ser considerada como penalmente imputable⁵⁸.

Esta respuesta será, precisamente, la que nos enfrente al primer problema que presenta esta concepción, puesto que, a pesar de que inicialmente pudiese pensarse que conforme a la misma se mantiene el paralelismo funcional entre los conceptos de culpabilidad de las personas físicas y las jurídicas, al tiempo que aporta un criterio seguro de determinación de la imputabilidad de las últimas, en realidad, lo que estaría haciendo es dejar sin contenido material a dicha categoría sistemática, puesto que, al establecer como único referente válido de la misma a la norma se dejaría «las manos libres» al Estado

⁵⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?» en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Ed. Thomson-Civitas. Madrid, 2005. pp. 438 y 439

⁵⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «¿Imputabilidad de las personas jurídicas?» cit. pp. 439

para poder determinar a su antojo cuál habría de ser el nivel de complejidad organizativa que habría que tener la empresa para poder ser considerada como imputable y se impediría que el principio de culpabilidad pudiese tener eficacia alguna como verdadero principio limitador del *ius puniendi* estatal.

Esta pérdida de valor de la culpabilidad se ve además agudizada no sólo por el hecho de que la citada propuesta no venga a concretar cuales habrían de ser los defectos organizativos que vendría a convertir a la empresa en culpable al ser infiel al Derecho, sino también como consecuencia de que la misma no llegue a explicar cómo y por qué razones se habría de entender que dichos fallos en su organización interna la pueden convertir en responsable de los concretos hechos delictivos que se hubiesen producido como consecuencia de su actividad.

En otras palabras, no se justifica cuándo y por qué motivos la empresa incorrectamente organizada ha de responder por el concreto injusto cometido⁵⁹, lo que, atendiendo a los postulados básicos de un verdadero Derecho Penal del hecho y no del autor, debería impedir que se la pudiese castigar como responsable penal del mismo.

Podremos decir, por tanto, como conclusión de lo visto hasta el momento, que todavía está por desarrollar y concretar un completo, seguro y efectivo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas; situación que, sin embargo, no ha impedido que los distintos legisladores nacionales hayan intentado reconocerla en sus ordenamientos, mediante la implantación, más o menos fiel, de algunas de las soluciones propuestas por la doctrina.

IV. El nuevo artículo 31.2 CP: ¿Un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas?

Una vez analizadas las diferentes propuestas doctrinales tendentes a fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica, ha llegado el momento de estudiar la repercusión que ha tenido en nuestro ordenamiento la entrada en vigor de la LO 15/2003 de 25 de No-

⁵⁹ En este sentido, afirma ROBLES PLANAS, R. que la infracción de un deber de organización en una persona jurídica no puede ser considerada en modo alguno como un título suficiente para atribuirle responsabilidad penal por la conducta realizada por la física, ya que no hay nexo jurídico entre dicha infracción y la lesión producida; postura que le lleva a propugnar el establecimiento de un sistema de responsabilidad exclusivamente extrapenal para dichas entidades. En «¿Delitos de personas jurídicas?» En Indret, 344. <http://www.indret.com/> (ult. vis. 16-5-2006) pp. 15 y 19

viembre, que pretendía, según afirma su propia exposición de motivos, afrontar el problema de la responsabilidad penal de las personas, mediante la reforma del art. 31.2 CP.

La reforma legislativa comentada ha supuesto que el art. 31 de nuestro vigente Código Penal quede redactado de la siguiente forma:

1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren 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.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

La peculiaridad que más poderosamente llama la atención al enfrentarse por primera vez a este nuevo artículo es el hecho de que se hable de una responsabilidad «directa y solidaria» de la persona jurídica, en cuanto al pago de la posible multa que le correspondería a la persona física que actuase en su nombre o por su cuenta.

Conceptos como el de la responsabilidad solidaria han resultado tradicionalmente ajenos al Derecho Penal como consecuencia de que los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas han imposibilitado la admisión de supuestos de responsabilidad penal colectiva⁶⁰, lo que ha determinado que la solidaridad, como forma clásica de responsabilidad colectiva que es, suela ser más propia de la lógica jurídico civil que de la penal⁶¹.

Esta extraña utilización de conceptos civiles en una norma de carácter penal ha provocado que la doctrina haya cuestionado la naturaleza penal de la responsabilidad jurídica que se atribuye en el art. 31.2 CP a la persona jurídica, desde el mismo momento de que dicho precepto entró en vigor.

a) Naturaleza jurídica de la responsabilidad atribuida por el art. 31.2 CP a la persona jurídica.

Como ya hemos adelantado, son muchas las voces dentro de la doctrina que consideran que el art. 31. 2 CP no viene a atribuir una

⁶⁰ BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico* cit. p. 120

⁶¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Autoorganización ...». p. 05:22

verdadera responsabilidad penal a las personas jurídicas, con lo que la entrada en vigor de dicho precepto no tendría influencia alguna en el viejo y controvertido problema de la responsabilidad penal de dichas entidades.

Así, por ejemplo, nos encontramos con opiniones, como las de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, que consideran que, pese a que la Exposición de motivos de la LO 15/2003 afirme que el artículo citado aborda el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en realidad, lo que vendría a establecer es «...una responsabilidad objetiva de pago de la sanción pecuniaria, que tiene más que ver con a responsabilidad civil que con la penal.», dejando intacto tan discutido tema⁶².

Otros, como MIR PUIG, señalan que, si bien es cierto que resulta inadmisibile el entender que el art. 31.2 CP haya venido a extender la pena de multa del delito cometido por la persona física a otra, la jurídica, que ni tomó parte en él, ni fue condenada por el mismo, ello no representa ningún óbice para que se le pueda aplicar dicha sanción económica considerándola como una consecuencia accesoria más de las previstas en el art. 129 CP. Consideración que, a su juicio, permitiría mantener la vigencia del principio de personalidad y el mayor significado de reproche que debe caracterizar a la pena frente al resto de posibles sanciones del ordenamiento jurídico⁶³.

Una postura diferente a las anteriores es sostenida por ÁLVAREZ GARCÍA.

Este autor apuntaba, en primer lugar, que la responsabilidad civil derivada de delitos ajenos, ya se había regulado en el art. 120 CP, con respecto tanto a las personas físicas como a las jurídicas, contemplándose allí, precisamente en relación a estas últimas, que serían civilmente responsables por los delitos realizados por sus dependientes o sus empleados, por el hecho de que la relación de la empresa con su dependiente habría determinado que la comisión del delito le habría generado algún beneficio para sí misma, lo que supone configurar su responsabilidad civil como un claro ejemplo de responsabilidad subsidiaria *in re ipsa*⁶⁴.

⁶² MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General* cit. p. 222. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M. / ORTIZ DE URBINA, I. tampoco consideran suficiente la declaración contenida en dicha exposición de motivos para sustentar la naturaleza penal de la regla establecida en el art. 31.2 CP. En «El art. 31.2 del Código penal.» en Indret 343. <http://www.indret.com/> (últ. vis. 15-5-2006) p. 9

⁶³ MIR PUIG, S. «Sobre la responsabilidad penal ...». cit. p. 762

⁶⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. En «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» En RDP n.º 12, 2004. pp.136 y ss

Sin embargo, y a diferencia de esa fuente de responsabilidad civil por delito ajeno, el art. 31.2 CP no habría venido a exigir ningún tipo de aprovechamiento por parte de la empresa para atribuirle la obligación del pago de la multa impuesta a la persona física que actuó por su cuenta; multa que, además, se determinará conforme a las prescripciones propias de la multa penal, y, en concreto, de acuerdo a lo establecido en el art. 50 CP y no conforme a los criterios que resultan propios a la finalidad reparatoria del Derecho Civil, lo que viene a demostrar que el fundamento de la responsabilidad atribuida a la persona jurídica en el art. 31.2 CP no puede tener naturaleza civil⁶⁵

Por otra parte, parece lógico pensar que la naturaleza de la sanción pecuniaria de cuyo pago responderán solidariamente la persona jurídica junto a la física, conforme a lo establecido en el art. 31.2 CP, no mutará por el mero hecho de que la pagase una u otra, lo que lleva a que no se le pueda atribuir naturaleza de pena cuando la pague ésta última y afirmar, sin embargo, al mismo tiempo, su carácter de consecuencia accesoria cuando fuese pagada por la primera⁶⁶.

De este modo, habrá de entenderse que la multa del art. 31.2 CP no puede ser considerada como una consecuencia accesoria más de entre las aplicables a la persona jurídica por el delito realizado por la persona física, ya que dicha consideración no sólo estaría mutando su naturaleza en razón de la persona que la iba a pagar (pena para la persona física y consecuencia accesoria para la jurídica), sino que también estaría introduciendo forzosamente y contra ley a la multa de la persona jurídica en el catálogo de *numerus clausus* de consecuencias accesorias que se establecía en el art. 129 CP⁶⁷.

No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de responsabilidad civil de la empresa por conducta de un tercero, ni ante una nueva consecuencia accesoria aplicable a dicha entidades, postura que lleva a ÁLVAREZ GARCÍA a considerar que «...la multa referida en el art. 31.2 CP no tiene naturaleza jurídica de pena, sino que, en verdad, se trata de una sanción pecuniaria de naturaleza civil o administrativa», naturaleza que si bien conserva su carácter netamente sancionador y no reparador, permite que pueda ser aplicada a las personas jurídicas sin necesidad de respetar los rígidos requisitos y principios que delimitan la utilización de las penas⁶⁸.

⁶⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. En «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit p. 137

⁶⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. En «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 138

⁶⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. En «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 138

⁶⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. En «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 134

Esta postura, ha sido recientemente criticada por SILVA SÁNCHEZ, y ORTIZ DE URBINA, quienes afirmaban que, si bien es cierto que la multa aplicable conforme a dicho precepto a la persona física no podría cambiar de naturaleza atendiendo al sujeto que finalmente tuviese que afrontarla, también lo es que este argumento no es suficiente para negar la naturaleza penal de la sanción inicialmente aplicada a la persona física, como proponía ÁLVAREZ GARCÍA⁶⁹.

La multa aplicable a la persona física habrá de mantener, por tanto, su naturaleza de pena incluso cuando se dé en uno de los supuestos de aplicación de lo establecido en el art. 31.2 CP. Lo que sucede es que una vez que se hubiese aplicado a dicho sujeto pasaría a convertirse en una suerte de deuda del condenado con respecto a la administración pública, cuyo pago, ahora si, podrá ser garantizado o asegurado mediante la atribución de a un tercero de la obligación de afrontar el pago de la misma, como sucede, por ejemplo, con el responsable solidario contemplado en la Ley General Tributaria⁷⁰.

En definitiva, consideran estos autores que el art. 31.2 CP no incide en modo alguno en la naturaleza penal de la responsabilidad que inicialmente se atribuyó al individuo condenado a pagar la multa, sino que lo único que pretendería sería convertir a la persona jurídica en sujeto responsable del pago de la deuda de derecho público que se derivaría de dicha sanción; responsabilidad por deuda ajena que se considera como solidaria y directa, subjetiva, dotada de acción de regreso con respecto al otro obligado solidario e incluso de carácter asegurable⁷¹.

Finalmente, cómo no, tampoco han faltado autores que, como FERNÁNDEZ TERUELO, defiendan el carácter de pena de la multa contemplada en el art. 31.2 CP con respecto a la personas jurídica, afirmando que no se puede negar dicha naturaleza por más que se le aplique a tales entidades y que se haga de una forma que vendría incluso a desnaturalizar el sentido de propio de tales sanciones⁷², lo que, si bien deja patente la postura crítica del citado autor frente a los posibles efectos que esta pena podría tener respecto a la criminalidad

⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal». cit. p. 13 y de forma más concreta en la nota al pie n.º 18 p. 13

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal». cit. pp. 17 y 19

⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal». cit. pp. 20 y ss y más específicamente, p. 39

⁷² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (criterios de regulación y consecuencias del nuevo apartado segundo del art. 31 del Código Penal derivado de la reforma 15/2003)». En RDPP n.º 12, 2005. pp. 38 y 39

de las empresas, no deja de suponer un paralelo reconocimiento del hecho de que dicho precepto atribuye una verdadera responsabilidad penal a las mismas.

Como se puede comprobar, la doctrina —como ya sucedió con respecto a las consecuencias accesorias del art. 129 CP— no llega a ponerse de acuerdo sobre la verdadera naturaleza de la responsabilidad por el pago de multa que se atribuye a la persona jurídica conforme al tenor literal del nuevo artículo 31.2 CP, lo que nos obliga a adoptar una postura propia respecto a dicho tema.

Lo primero que hay que señalar es que consideramos incorrecto catalogar a dicha multa como una consecuencia accesoria más de las que se pueden aplicar a la persona jurídica conforme a lo establecido en el art. 129 CP.

Nuestro rechazo de esta propuesta se basa principalmente en que, a nuestro juicio, la multa cuyo pago se puede exigir a las personas jurídicas conforme a lo establecido en el art. 31.2 CP presenta unas características tan diferentes de las que se pueden predicar de las medidas incluidas en el seno del art. 129 CP, que harán imposible su inclusión entre éstas sin desdibujar y desnaturalizar, aún más, los contornos que las definen como categoría unitaria.

Así, por ejemplo, resulta significativo que, mientras que la aplicación a las personas jurídicas de las medidas del art. 129 CP tienen por fundamento y finalidad la de prevenir la posible continuidad delictiva y sus efectos⁷³, esto no sucede con la multa del art. 31.2 CP que resultará aplicable atendiendo simplemente a la efectiva condena de la persona física que actuó en su lugar al cometer un delito especial y con total independencia de la peligrosidad que concurriese en el caso concreto, lo que, a nuestro juicio, ya es indicativo de la distinta naturaleza y fines que persiguen las medidas de uno y otro precepto dentro del sistema global de tratamiento penal del fenómeno de la criminalidad de empresa.

Muestra evidente de dicha diferente naturaleza será también el que el propio art. 129 CP establezca expresamente que el juez o tribunal podrá aplicar cualquiera de las medidas contempladas en dicho precepto «*sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 31*», es decir, y atendiendo a la nueva redacción de dicho artículo, sin perjuicio de aplicarle la multa correspondiente al delito realizado por quien actuó en

⁷³ Vid. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General* cit. p. 607. GRACIA MARTÍN, L. en GRACIA MARTÍN, L./BOLDOVA PASAMAR, M. A. /ALASTUEY DOBON, M. C, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*. cit. p. 409

su lugar, aplicación acumulativa que no deja de ser sino el reflejo de la diversa naturaleza y finalidad que persiguen las medidas aplicables a dichas entidades en uno y otro precepto.

Entendemos, por tanto, que la multa del art. 31.2 CP tiene una naturaleza completamente diferente a la de las denominadas consecuencias accesorias del art. 129 CP, con lo que su inclusión o asimilación a estas últimas resulta materialmente errónea y disfuncional, ya que no sólo no vendría a determinar la naturaleza de la multa aplicable a las personas jurídicas, sino que incluso podría llegar a desdibujar, aún más, los ya de por sí difusos contornos delimitadores de las consecuencias accesorias, al eliminar el único criterio unificador de las distintas medidas que se incluyen en dicho concepto, el de ser medidas eminentemente preventivas.

Tampoco parece que resulte posible mantener que el artículo 31.2 CP ha venido a establecer una suerte de responsabilidad civil derivada de la conducta de su dependiente.

Nuestro rechazo de esta interpretación no se basa tanto en la ausencia del fundamento que tradicionalmente ha dado pie a la responsabilidad civil subsidiaria del empleador con respecto a la derivada de los delitos cometidos por sus empleados —el ya citado sistema de responsabilidad *in re ipsa* del art. 120 CP⁷⁴—, como en el hecho de que consideramos que la multa impuesta a la persona jurídica, conforme a lo establecido en el nuevo art. 31.2 CP, no tiene ninguna finalidad reparatoria o indemnizatoria, como habría de corresponder a la responsabilidad civil propiamente dicha.

⁷⁴ De hecho si se analizan las últimas tendencias existentes en la doctrina civil referida a la responsabilidad por daños de la persona jurídica nos encontramos con que se opta cada vez más por establecer un sistema de responsabilidad por daños que obliga directa y solidariamente a dichas entidades lo que e contrapone con el sistema de responsabilidad indirecta y subsidiaria establecido por el art. 120 CP. Podría pensarse, por tanto, que el art. 31. 2 CP habría venido simplemente a dar el salto lógico que lleva a esta nueva forma de entender la responsabilidad civil. Sin embargo, ello supondría olvidar que dicha evolución en el sistema de responsabilidad civil ha ido acompañada de un cambio en el propio fundamento de la misma, que ha pasado a atender más a la responsabilidad derivada de la propia organización de la empresa que a la producción en su seno de un hecho ajeno, lo que no en modo alguno se condiciona con establecido por el citado artículo del Código Penal, que sigue condicionando la aplicación de la multa a la constatación de la comisión de un delito por parte de una persona física que actúe en lugar de aquella. Esta responsabilidad civil de la misma, que supone pasar de la responsabilidad civil por hecho de otro a una derivada de la propia organización, Véase a este respecto, SALVADOR CORDECH, P/ GÓMEZ LIGÜERRE, C. I. en «De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad por la organización». En *InDret* 03/2002. www.indret.com (ult. vis. 5-3-2006) pp. 20 y ss

Así se deduce del hecho de que el art. 31.2 CP imponga la obligación de pago de la multa a la persona jurídica por el delito cometido por la física, con independencia de que éste haya dado lugar o no un daño reparable o indemnizable o de la cuantía que éste pudiese tener, lo que provoca que, llegado el caso, se tenga que proceder a repararlo conforme a las prescripciones contempladas en los art. 120.2.º y siguientes, y no con la citada multa, siendo este hecho clara muestra de la total ausencia de finalidad reparatoria que presentaría la aplicación de dicha medida a la persona jurídica.

Podría entenderse, sin embargo, que la responsabilidad que se atribuye a la persona jurídica no es una responsabilidad reparatoria, sino una meramente aseguradora respecto al pago de la multa, responsabilidad que podría tener carácter civil, como propugnaban MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, o una naturaleza más bien pública, como mantenían SILVA SÁNCHEZ, y ORTIZ DE URBINA.

Se partiría en estas interpretaciones de considerar que si bien la multa es una pena y por lo tanto sólo se puede predicar de aquel que fue considerado como personalmente responsable del delito que fundamentó inicialmente su aplicación, ello no supone óbice alguno a la hora de entender que durante su fase de ejecución deba ser entendida como una mera deuda del condenado, que se puede garantizar y que de hecho se garantiza mediante la consideración legal de la persona jurídica como responsable directo y solidario de su pago⁷⁵.

No nos encontraríamos, por tanto, ante un supuesto de responsabilidad civil, sino ante un mero aseguramiento del pago de la deuda que se deriva de la sanción del autor individual del delito, con lo que la ausencia de carácter reparatorio de dicha responsabilidad no tendría que suponer la automática exclusión de su carácter civil.

Podría argumentarse incluso, que al tener dicha naturaleza ya no existiría problema alguno para afirmar el carácter meramente objetivo de la responsabilidad atribuida a la persona jurídica por el art. 31.2 CP, ya que el establecimiento de este tipo de responsabilidades se ha venido admitiendo excepcionalmente en algunos casos dentro del ordenamiento jurídico civil.

Sin embargo, si se analizan con algo más de detalle los supuestos en los que se establecen este tipo de responsabilidades civiles meramente garantizadoras se podrá constatar que el fundamento de las mismas ha sido normalmente la de intentar evitar los perjuicios que

⁷⁵ En este sentido se manifiestan, expresamente, SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal.». cit. p. 91

se derivarían para el acreedor como consecuencia de la insolvencia del deudor, fundamento que, como bien señalan SILVA SÁNCHEZ y ORTIZ DE URBINA, no parece muy sostenible cuando nos encontramos ante un caso, como el del contemplado en el art. 31.2 CP, donde el acreedor es precisamente el Estado⁷⁶.

Este dato unido a la reciente sentencia de nuestro Tribunal Supremo que ha venido a negar que el art. 31.2 CP venga a contemplar un supuesto de responsabilidad civil⁷⁷, fueron los que llevaron a los citados autores a considerar como mucho más adecuado interpretar que dicho precepto habría venido establecer una responsabilidad aseguradora de una deuda de derecho público y de forma más concreta de una deuda que se deriva, precisamente, de la imposición de una sanción pública, como es el caso de la multa a la que se alude en dicho precepto.

Sin embargo, esta posibilidad se enfrenta también a un grave problema, puesto que el Tribunal Constitucional en su STC 76/1990 ya vino a afirmar que el principio de personalidad de las penas y sanciones derivado del art. 25.1 CE impediría ampliar el ámbito de los posibles responsables del pago de una sanción mediante la mera utilización de la responsabilidad solidaria sin demostrar, previamente, que todos los obligados solidarios incurrieron en algún tipo de responsabilidad personal propia⁷⁸, requisito de imputación subjetiva, que no sólo no aparece expresamente contemplado en el texto del art. 31.2 CP, sino que tampoco resultará fácil de cumplir cuando se habla de sujetos que, como las personas jurídicas, parecen carecer una voluntad que se pueda considerar como propia⁷⁹.

⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal.». cit. p. 25. En este sentido, ya señalaba MUÑOZ CONDE, F. que la especial situación de preeminencia que ostenta el Estado frente a sus deudores queda claramente reflejada en la distinta naturaleza que presentan las obligaciones pecuniarias según procedan de relaciones jurídicas obligacionales privadas o de obligaciones públicas (tributarias o penales), diferencia que se pone de manifiesto, entre otras cosas, en el hecho de que unas y otras gozan de diferentes instrumentos de protección jurídicos a la hora de prevenir o castigar sus respectivos impagos. En *El delito de alzamiento de bienes*. 2.ª Ed. Ed. BOSCH. Barcelona, 1999. pp. 74 y ss.

⁷⁷ Vid. STS de 7.2.2005 y el breve comentario que realizan sobre la misma SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal.». cit. p. 40

⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal.». cit. p.36

⁷⁹ Así, lo reconoce los propios defensores de esta postura, quienes señalan que resulta difícilmente constatable el dolo en dichas entidades, lo que les lleva a fundamentar su posible responsabilidad respecto al pago de la multa en su, a nuestro juicio tampoco fácilmente demostrable, «culpa levisima». En SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. «El art. 31.2 del Código penal.». pp. 14 y 37

La jurisprudencia introdujo esta exigencia, precisamente, con la intención de impedir que, mediante el mero cambio de la denominación de la sanción aplicada, se pudiesen llegar a imponer verdaderas sanciones a sujetos que no hubiesen sido responsables de las infracciones que las fundamentaron, esto es, se pretendería evitar el «fraudes de etiquetas» que se derivaría de la aplicación bajo la denominación de mera «responsabilidad asegurativa» de lo que no dejaría de ser sino una responsabilidad dotada del mismo contenido material y afflictivo de la sanción inicial.

Habremos de afirmar, por tanto, que si se entiende que la multa contemplada en el art. 31.2 CP tiene un carácter claramente sancionador cuando se aplica a la persona física también habrá de tenerlo cuando se hace respecto a la persona jurídica, dicho lo cual, aún queda por determinar si dicha sanción tiene verdadera naturaleza de pena o si por el contrario, como afirmaba ÁLVAREZ GARCÍA, carece de tal carácter y sería una suerte de sanción civil o administrativa.

El citado autor, al igual que la mayoría de la doctrina que ha prestado atención a este tema, han negado el carácter de pena de la multa que solidariamente ha de pagar la persona jurídica conforme a lo establecido en el art. 31.2 CP por entender que dicho pago no se ajustaría a los principios de personalidad, inderogabilidad y legalidad que resultan esenciales para la existencia de la pena⁸⁰.

Evidentemente, todas estas concepciones críticas parten de la base de que la aplicación de una pena a una persona jurídica debe tener los mismos fundamentos y requisitos que los que resultan exigibles a la hora de aplicarla a una física, argumentación que no parece dotarlas de un fundamento demasiado firme, por cuando, como vimos en el epígrafe anterior, existen muchos sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas que parten precisamente del

⁸⁰ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. En «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 134. En esta misma línea, véanse, MIR PUIG, S. que niega la posibilidad de considerar a dicha multa como pena ya que la persona jurídica no es quien ha cometido el delito ni a quien se la impuesto la pena en sentencia. «Sobre la responsabilidad penal (...)». cit. p. 762. VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P. niega que el artículo 31.2 CP haya venido a analizar al responsabilidad penal de las personas jurídicas, por el hecho de que ésta no recibe directamente la sanción sino indirectamente a través de la correspondiente a sus empleados y por el hecho de que además la misma se determina atendiendo a las particularidades de la persona física y no de la jurídica, con lo que la sanción pierde cualquier posible eficacia preventiva sobre la persona jurídica, que generalmente tiene unas posibilidades económicas muy superiores. En «Derecho Penal: Algunas reformas necesarias en la actual legislatura». En LA LEY, n.º 6314, 2005 (Versión electrónica. www.laley.net (ult. vis. 23-3.2006))

hecho de que no todos estos requisitos se han de predicar respecto a dichas entidades a la hora de sancionarlas⁸¹.

Resulta imposible, por tanto, atender a los criterios fundamentales de la naturaleza penal de las sanciones aplicables a las personas físicas para concretar si la multa del art. 31.2 CP tiene dicha naturaleza o no cuando se le aplica a la jurídica, por cuanto el sistema de responsabilidad penal de estas entidades no tiene por qué sustentarse en los mismos principios y criterios que rigen el sistema propio de aquellas.

Es por ello, que en este momento, y sin prejuicio de efectuar un posterior análisis del sistema de atribución de responsabilidad de la persona jurídica establecido por el art. 31.2 CP y de las consecuencias político criminales que de él se derivan, tendremos que decir que si se considera que la multa a la que se alude en dicho precepto tiene carácter de verdadera pena cuando se aplica a la persona física, no existe argumento alguno para afirmar que dicha sanción cambie de naturaleza simplemente por el hecho de que también se le pueda exigir su cumplimiento a la jurídica.

Compartimos por tanto la postura de quienes se decantan por entender que si la multa aplicable a la persona física conforme a los criterios de imputación contemplados en el apartado primero del art. 31 CP tiene naturaleza de verdadera pena, no podrá cambiar de naturaleza por el mero hecho de que se pueda exigir su pago, de forma directa y solidaria, a la persona jurídica atendiendo a lo establecido en su apartado segundo.

Ello supone, a nuestro juicio, aceptar implícitamente que el art. 31.2 CP ha venido a establecer un sistema que permite sancionar penalmente a las personas jurídicas, atribuyéndoles por tanto, por primera vez, de forma explícita verdaderas responsabilidades penales; sistema del que nos tendremos que ocupar en las siguientes líneas, para concretar los principios que lo regulan y fundamentan, como paso previo al análisis de los efectos que habrá de tener su implantación sobre el tratamiento que nuestro Código prevé respecto al fenómeno de la criminalidad empresarial.

⁸¹ Resulta acertada en tal sentido la afirmación realizada por SILVA SÁNCHEZ, J. M./ORTIZ DE URBINA, I. cuando señalaban que la referencia a la «naturaleza» de la responsabilidad establecida por el art. 31.2 CP ha de entenderse o analizarse «...haciendo referencia no a una serie de categorías previas a la actividad humana vinculantes para el legislador, sino a cual sea el más correcto encuadramiento de la institución dentro de las distintas ramas del ordenamiento jurídico-positivo español.». «El art. 31.2 del Código penal.». cit. p.10

b) *Criterios de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*

El artículo 31.2 CP parece venir a reconocer por primera vez en nuestro ordenamiento la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser responsable del cumplimiento de una sanción con naturaleza jurídica de pena, exigiendo para ello, que dicha pena se le haya impuesto previamente en sentencia a aquella persona física que sería la autora del delito, conforme a lo establecido en el primer apartado del mismo artículo.

Esto supone que para que la persona jurídica pueda ser considerada como responsable del pago de la multa, se debe haber condenado previamente a la persona física que hubiese actuado en su nombre o por su cuenta, sin ostentar, sin embargo, las condiciones que exigía el tipo delictivo correspondiente, que sí concurrirían, sin embargo, en la persona jurídica en cuestión.

De este dato se deducen, a nuestro juicio, importantes consecuencias.

En primer lugar, resulta evidente que, dado que la previsión del art. 31.1 CP está exclusivamente dirigida a la problemática inherente a los delitos especiales propios, la posibilidad de atribuir la obligación del pago de multa a las personas jurídicas queda restringida a esta clase de delitos.

Dicha restricción ha sido fuertemente criticada por FERNÁNDEZ TERUELO, quien ha tildado de inexplicable la limitación de la cláusula del art. 31.2 CP a los delitos especiales, llegando incluso a entender que en realidad parece que el legislador había «dejado caer» dicho precepto en el relativo a las actuaciones en nombre de otro «... *con un absoluto desconocimiento del significado de dicha cláusula*»⁸².

Evidentemente para realizar una afirmación de tal calado se hace necesario analizar con algo de más detalle la cláusula relativa a la actuación en nombre de otro que se contempla en el párrafo inmediatamente precedente al que venimos comentando, ya que sólo así podremos comprobar si la ubicación de este nuevo precepto resulta meramente fortuita o si, por el contrario, ha sido realizada con alguna finalidad concreta.

Lo primero que se debe reseñar con respecto al artículo 31.1 CP es que dicho precepto no puede ser entendido como una declaración legislativa tendente a atribuir, automáticamente y sin más la respon-

⁸² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Obligación solidaria de la empresa ...». cit. p. 35

sabilidad derivada de la comisión de los delitos especiales, a aquellas personas físicas que actuasen como representantes o administradores de la persona jurídica que ostentaba la cualidad exigida por el tipo delictivo en cuestión, ya que dicha interpretación sería directamente contraria al principio de culpabilidad contemplado en el art. 10 CP⁸³.

En realidad, lo que dicho artículo pretende es responder al problema que se presentará cuando nos encontremos ante un supuesto de disociación subjetiva de los elementos típicos de dichos delitos, fenómeno que se produce en aquellos casos en los que, mientras que el sujeto que realiza la conducta típica del delito no reunía las cualidades personales exigidas por el mismo (*extraneus*), quien sí las ostentaba (el verdadero *intraneus*) no habría realizado su conducta delictiva⁸⁴.

En estos supuestos el sujeto que materialmente realiza el delito no puede ser considerado como autor del mismo, ya que no reúne las cualidades subjetivas exigidas para poder serlo, mientras que aquel que sí las reunía no habría efectuado su conducta delictiva, circunstancias éstas que junto a la inexistencia de un tipo delictivo común paralelo al delito especial en cuestión podría llevar al absurdo de que ni uno ni otro pudiesen ser sancionados por la comisión de dicho delito sin infringir el principio de legalidad⁸⁵.

Para evitarlo el art. 31.1 CP permite sancionar a quien cometa el delito sin ostentar las cualidades especiales exigidas por el mismo (*extraneus*), en tanto en cuanto lo hubiese hecho actuando en lugar de quien sí la ostentaba (el *intraneus*) lo que supone que dicho precepto actúa a modo de cláusula de extensión de la autoría, con el fin de evitar posible lagunas de punibilidad en esta clase de delitos⁸⁶.

Inicialmente, se entendió que la responsabilidad derivada de la «actuación en lugar de otro» atendía simplemente a la posibilidad

⁸³ Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. cit. p. 222

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ GRACIA MARTÍN, L. «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español.» En *Hacia un Derecho Penal económico europeo*. Ed. BOE. Madrid, 1995. p. 93. MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico. Parte General...* pp. 214 y ss. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. *Derecho Penal. Parte General*. cit. p. 458, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico*. cit. p. 98

⁸⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico*. p. 97. También MUÑOZ CONDE, F. En *El delito de alzamiento de bienes...* cit. pp. 95 y ss. GARCÍA CAVERO, P. considera que, de este modo, la actuación en nombre de otro vendría a ampliar el círculo de posibles destinatarios de la norma. En *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. cit. pp. 162 y ss

real, y nada inhabitual en el tráfico jurídico, de que se pudiesen realizar dichas actuaciones mediante la figura de la representación⁸⁷.

Sin embargo, dicha idea inicial fue rápidamente sustituida por aquella otra que venía a fundamentar la extensión de la autoría del artículo comentado atendiendo a la presencia de una equivalencia entre la conducta efectuada por el sujeto no cualificado y aquella otra que se pretendía castigar por el delito en cuestión con respecto al que sí lo era⁸⁸.

Esta teoría considera que los delitos especiales parten de que algunas personas desempeñan unas funciones sociales cuyo ejercicio puede afectar habitualmente a determinados bienes jurídicos, lo que provocará que se encuentren en una estrecha y peculiar relación con respecto a tales bienes (relación de dominio social) y que ostenten con respecto a los mismos una verdadera posición de garante⁸⁹.

Una vez que se ha afirmado que estos sujetos ostentan una verdadera posición de garante con respecto a tales bienes, tendrá que entenderse que los delitos especiales de dominio social son a la vez delitos especiales de garante, con lo que el dominio social típico y la asunción de la posición de garante típica pasan a convertirse en los dos factores determinantes de la limitación propia de los delitos especiales⁹⁰.

De hecho, se entiende que los especiales caracteres exigidos a los sujetos activos de estos delitos no son sino el reflejo de la imagen previa que tenía el legislador sobre dicho dominio social; imagen que pretendió plasmar en sus correspondientes tipos delictivos, precisamente, mediante la expresa exigencia de un determinado *status* personal a sus posibles autores.

Es por ello, que esta plasmación típica en un *status* no debería ser un obstáculo a la hora de apreciar la comisión de dichos delitos por parte de aquellas personas que, pese a no ostentarlo, hubiesen asumido de hecho la competencia del ejercicio de la función que lo fun-

⁸⁷ Véase en este sentido, lo mantenido con respecto al art. 15 bis del Código Penal anterior, por GRACIA MARTÍN, L. quien afirmaba con respecto al tenor literal de dicho precepto que parecía indudable el hecho de que el mismo había convertido a la representación del actuante en el elemento básico a la hora de fundamentar la imputación que se hacía con respecto al mismo del elemento especial del que carecía, pero que si concurría en su representado, lo que era objeto de severas críticas por parte del citado autor. En «La responsabilidad penal del directivo, ...». cit. p. 97.

⁸⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico*. p.100

⁸⁹ SCHÜNEMANN, B. »La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 578. GRACIA MARTÍN, L. «La responsabilidad penal del directivo, ...». cit. p. 120

⁹⁰ GRACIA MARTÍN, L. «La responsabilidad penal del directivo, (...)». cit. p. 121

damentaba, por lo que habrá de entenderse que será la efectiva asunción de dichas funciones, y no la forma en que se hubiese accedido a ellas, la que permitirá castigar a aquella persona que, sin reunir las cualidades formalmente exigidas en su tipo, hubiese actuado de forma materialmente equivalente a quien sí las ostentaba⁹¹.

Podrá haber, por tanto, supuestos de actuaciones en lugar de otro penalmente relevantes que no estén basadas en la previa concurrencia de una representación, del mismo modo que también existirán casos de representación, en los que la ausencia del dominio social típico del representante, determinará que su conducta no pueda ser calificada como una verdadera actuación en lugar de otro de las contempladas por el art. 31.1 CP.

Esta interpretación ha ido recabando cada vez mayores apoyos entre nuestra doctrina⁹², afirmándose incluso que la expresa mención que hace el art. 31 CP al administrador de hecho y no solo al de derecho —como sucedía en su precedente inmediato contemplado en el art. 15 bis del anterior Código Penal—, representa el definitivo espaldarazo legal de dicha concepción frente a la formal teoría de la representación⁹³.

Pues bien, partiendo de esta concepción del art. 31.1 CP tendremos entender que la concreta ubicación de la regla delimitadora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su seno, supone por sí sola una nueva restricción de los casos en los que se las podrá considerar penalmente responsables, ya que, esto sólo será factible cuando hubiesen ostentado inicialmente la cualidad exigida por el tipo para ser sujeto activo del mismo, o lo que es lo mismo, el *status* típicamente exigido⁹⁴.

Podría pensarse que dicha exigencia abriría directamente las puertas a que el art. 31.2 CP fuese considerado como una regla general de atribución de responsabilidad omisiva a la persona jurídica similar a

⁹¹ GRACIA MARTÍN, L. «La responsabilidad penal del directivo, (...)». cit. p. 122. En parecidos términos BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico*. cit. p. 100

⁹² Así, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal económico. Parte General...* pp.224 y ss, BAJO FERNÁNDEZ, M. / BACIGALUPO, S. *Derecho Penal económico*. cit pp. 99, y ss, NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad penal en la empresa*. pp. 61 y ss, GÓMEZ MARTÍN, V. «La «actuación por otro» y la participación del *extranei* en delitos especiales. cit. p. 461. En similares términos, si bien de forma limitada a los delitos de dominio, GARCÍA CAVERO, P *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. cit. pp. 146 y 176

⁹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. «Derecho Penal económico. Parte General.»cit. p. 225.

⁹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. «Obligación solidaria de la empresa ...». cit. p. 34

las propuestas por SCHÜNEMMANN o HEINE, ya que, si la concurrencia del *status* del delito especial propio en la persona jurídica conlleva su posición de garante con respecto al bien jurídico, se podría entender que la responsabilidad de la persona jurídica se derivaría del hecho de que ésta habría infringido los deberes propios de dicha posición al no haber impedido que la persona física que actuaba en su lugar cometiese el delito especial propio gracias, precisamente, a que se le había permitido ejercer materialmente el dominio social propio de tal *status*.

De este modo, parece que se vendría a cerrar el círculo de responsabilidad de los delitos especiales propios cometidos mediante la actuación en nombre de otro, puesto que, si la persona física que reúne las cualidades exigidas por el tipo puede llegar a ser considerada como autor omisivo de dicho delito por no haber vigilado adecuadamente a sus subordinados⁹⁵, ello también sería predicable respecto a la persona jurídica que hubiese infringido el deber que se derivaba de su *status* especial.

Se podría entender por tanto, que la persona jurídica había infringido sus deberes, bien al haber delegado su *status* en alguien que no reunía los requisitos necesarios para ejercerlo adecuadamente, o bien al no haber controlado o establecido los sistemas de vigilancia que le habrían permitido controlar y evitar que el delegado la ejerciese correctamente.

En definitiva, podría pensarse que la ubicación de la regla de responsabilidad penal de la persona jurídica en el seno de la referida a la responsabilidad por actuación en nombre de otro, no habría sido casual, sino intencionada, habiendo sido realizada con la pretensión de establecer un fundamento jurídico suficiente para poder apreciar la responsabilidad penal omisiva de dichas entidades.

Sin embargo, esta construcción no está exenta de problemas, ya que si se admitiese que la ubicación sistemática del art. 31.2 CP pretendía concretar la posición de garante fundamentadora de la pura

⁹⁵ Así, GÓMEZ MARTÍN, V. señala que la exención de responsabilidad del delegante no sería ilimitada, ya que «...podría seguir ostentando ciertas competencias «residuales», como, por ejemplo, ciertos deberes de supervisión, suministro de medios materiales, inspección rendición de cuentas, etc. Otro límite para la exención de responsabilidad penal del delegante sería la necesidad de que la delegación de competencias se haya realizado a favor de un sujeto capacitado para su correcto desarrollo, o habiéndose suministrado información o los medios necesarios». En «La «actuación por otro» y la participación del *extranei* en delitos especiales...» cit. p. 422. En similares términos se manifiestan GARCÍA CAVERO, P *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. cit. pp. 91 y ss NÚÑEZ CASTAÑO, E. *Responsabilidad penal en la empresa*. cit. pp. 199 y ss, entre otros.

responsabilidad omisiva de la persona jurídica por su defecto organizativo, habríamos de entender que nos encontraríamos ante una responsabilidad propia de la persona jurídica y completamente independiente con respecto a la conducta efectuada por la física que actuase en su nombre; interpretación que no se corresponde con el tenor literal del artículo comentado, que llega incluso a exigir la efectiva condenada de la persona física para poder sancionar a la jurídica.

Podría pensarse que esto se debe a que el citado artículo castiga en realidad a la persona jurídica por la contribución omisiva que realizó a la conducta de la persona física, con lo que nos encontraremos ante una suerte de participación omisiva de la persona jurídica en la conducta de la física⁹⁶.

Sin embargo, tampoco parece que dicha interpretación sea viable, por cuanto el precepto comentado parece castigar a la persona jurídica con independencia de que hubiese actuado con dolo o no, exigiendo además la efectiva condena del autor del delito (la persona física) para poder sancionar a su presunto partícipe (la jurídica), lo que no se corresponde con el carácter doloso y con la accesoriedad limitada que configuran con carácter general al injusto propio de la participación delictiva⁹⁷.

No parece por tanto, que la responsabilidad penal de la persona jurídica del art. 31.2 CP pueda fundamentarse sin más en la infracción de la posición de garante que se le atribuye por ostentar el *status* típico del delito especial cometido por la persona física que actuó en su lugar.

De hecho, resulta más lógico entender que la alusión del citado artículo a los supuestos de actuación en nombre de otro y la expresa exigencia de la condena de la persona física actuante para poder sancionar a la jurídica en cuyo lugar se actuaba, son claras muestras de que dicho precepto ha venido a fundamentar la responsabilidad de las personas jurídicas sobre la base de las actuaciones realizadas por las personas físicas que actuaban en su lugar, y no atendiendo a conductas propias de dichas entidades.

⁹⁶ Esta sería la conclusión lógica que se derivaría de considerar que la delegación de las competencias del *intrañeus* inicial no le exime completamente de responsabilidad, ya que seguiría conservando una deber de vigilancia y supervisión con respecto al subordinado, deber, cuyo incumplimiento permitiría considerar al delegante como partícipe omisivo de los delitos cometidos por sus delegados. En este sentido, también se manifiesta, GARCÍA CAVERO, P *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*. cit. pp. 93 y ss

⁹⁷ Véase en relación a estos caracteres de la participación., por todos, MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN M. En *Derecho Penal. Parte General*. cit. pp. 442 y ss

Nos encontramos, por tanto, ante un verdadero sistema de heterorresponsabilidad de la persona jurídica⁹⁸ que viene a fundamentar la responsabilidad penal de dichas entidades en la comisión de un delito especial propio por parte de determinados individuos que actúan en su nombre o por su cuenta⁹⁹.

Ahora bien, como consecuencia de ello, tendremos que afirmar que no todo acto delictivo de uno de los individuos integrantes de la organización interna de las personas jurídica va a acarrearle respon-

⁹⁸ Así lo entiende, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Autoorganización ...». cit. p. 05:21

⁹⁹ En contra de esta postura, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. afirmaba que, pese a lo mantenido por la LO 15/2003 en su preámbulo, el art. 31.2 no supone ningún avance en el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídicas, ya que no determina ningún criterio de imputación o de culpabilidad de las personas jurídicas; viniendo incluso a provocar que pudieran darse casos en los que la persona jurídica se vería obligada a pagar de la multa derivada de un delito del que en realidad habría sido incluso la víctima principal. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante ...». cit. p. 37 y 43. No podemos compartir la postura de este autor, ya que entendemos que la misma incurre en dos importantes olvidos. En primer lugar, parece olvidar el hecho de que la ubicación sistemática del citado precepto será la que determine qué personas físicas tendrán la posibilidad de generar la responsabilidad de la jurídica, ya que sólo quienes ostenten el *status* típico del delito especial por delegación de la persona jurídica podrán fundamentar que se le atribuyan responsabilidades penales a ésta con su actuación; mientras que por otra, también olvida que será, precisamente, la ubicación del citado precepto en el art. 31 CP la que limitará los supuestos de posible responsabilidad penal de la persona jurídica a aquellos casos en los que dichas entidades ostentase inicialmente las cualidades típicas exigidas por el delito especial propio cometido por la persona física que actuó en su lugar, lo que delimita significativamente los supuestos en los que se les podrá atribuir responsabilidad penal. En este sentido, parece evidente que si el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica es el haber ostentado inicialmente el carácter de *intrañeus* con respecto al delito especial cometido, va a ser difícil por no decir, imposible encontrar un supuesto en el que la persona jurídica, finalmente sancionada, fuese también la víctima del delito por el que se le vendría a sancionar. Así, y como bien señalan SILVA SÁNCHEZ, J. M./ ORTIZ DE URBINA, I. será la propia dinámica del art. 31.2 CP y su relación con el art. 31.1 CP la que venga a impedir que se pueda sancionar a la sociedad por los delitos de falsedad del art. 290 CP, que hubiese podido cometer su administrador en perjuicio de tal entidad, puesto que tales casos no responderían al paradigma del art. 31.1 CP; circunstancia que no impedirá, sin embargo, que se pueda plantear la aplicabilidad de la sanción correspondiente a la sociedad, en aquellos supuestos en los que dichas falsedades se realizasen para perjudicar exclusivamente a terceros. En «El art. 31.2 del Código penal.» cit. p. 5. Entendemos por tanto, que el legislador, al ubicar el precepto referido a la responsabilidad de la persona jurídica en el art. 31 CP no se ha limitado a «dejarlo caer» en la cláusula de la actuación en nombre de otro «...con un absoluto desconocimiento del significado de dicha cláusula», como señala FERNÁNDEZ TERUELO, sino que lo ha hecho con absoluto conocimiento de la trascendencia de tal ubicación y con la intención de que fuese precisamente dicha ubicación la que sirviese para precisar los criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica por la conducta de quien actúa en su lugar.

sabilidades penales a ésta, ya que sólo podrán generar dicho efecto aquellos individuos que hubiesen cometido un delito especial propio al ejercer el dominio social fundamentador del *status* típico que le correspondía inicialmente a la entidad colectiva.

Se instituye así, a nuestro juicio, un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica por atribución, conforme al cual se considera que son actuaciones propias de dichas entidades aquellas conductas delictivas que hubiesen sido realizadas por alguna persona física que ejerciese fácticamente y con una legitimación suficiente la competencia que inicialmente les correspondían a aquellas como titular del *status* típicamente exigido por el delito especial en cuestión¹⁰⁰.

¹⁰⁰ En este sentido, señala MUÑOZ CONDE, F. que una interpretación no limitada de la cláusula extensiva de la autoría del art. 31.1 CP que permitiese sustituir sin más (sobre todo mediante la utilización de la figura del administrador de hecho), la infracción del deber específico que corresponde a una persona por el mero control o el dominio que un tercero ejerciese sobre quien directamente ostenta dicho deber, vendría a convertir estos delitos especiales en meros delitos comunes de dominio, efecto que nos obligará a restringir la aplicación de dicha cláusula tan sólo a los *extraneus* que tengan junto al control fáctico de la conducta que le correspondía efectuar al *intraneus* del delito especial, «... algún tipo de legitimación jurídica para poder llevar a cabo las acciones típicas». En «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?». En Derecho Penal económico. Manuales de Formación continuada n.º 14, CGPJ, Madrid, 2001. pp. 236 y ss. En sentido similar se manifestaba el mismo autor en *El delito de alzamiento de bienes*. ... cit. pp. 105 y ss. Ahora bien, no existe acuerdo en la doctrina a la hora de concretar cuales habrían de ser esos requisitos necesarios de legitimación. Así, SCHÜNEMANN, B., continuando con la postura conforme a la cual todos los delitos especiales serían a su vez delitos especiales de garante, señalaba que las normas referidas a la actuación de los representantes no encontraban su fundamento en la construcción civil de la representación, sino en la transmisión y asunción de posiciones de garante en el marco de la organización. En «La punibilidad de las personas jurídicas ...». cit. p. 578, postura que contrasta abiertamente con la recientemente mantenida por ROXIN, C. quien rechazaba que todos los *status* a los que se alude en los delitos especiales propios diesen lugar a la apreciación de una verdadera posición de garante a su autor, ya que, por ejemplo, el representante del deudor del delito contemplado en el § 288 StGB podrá ejercer los deberes de éste sin que ello suponga que se le tenga que considerar además como un verdadero garante. De hecho, el citado autor llega a afirmar que las reglas referidas a la actuación en lugar de otro del § 14 StGB (el precepto equivalente a nuestro art. 31.1 CP) sólo resulta aplicable a los delitos de infracción de un deber y en concreto a aquellos delitos en los que se pueda considerar que los que actúan en lugar del otro son susceptibles de ser considerados como los obligados originarios. En *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. Beck, München, 2003. pp. 269 y ss. Con independencia de la postura que se adapte con respecto a esta controvertida cuestión, hemos de señalar en este momento que, a nuestro juicio, no le falta razón a ROXIN, cuando centra en la posibilidad de la delegación del deber en un tercero y no en la de la mera posición de garante el punto cen-

En definitiva, se considera que las conductas realizadas por quien actúa en lugar de una persona jurídica son en realidad actuaciones de ésta misma, lo que supondrá que el Derecho Penal trate a ambos sujetos en estos casos como si fuesen uno sólo.

Esto determina que el sistema español de responsabilidad de la persona jurídica tenga que ser considerado como un sistema de atribución de responsabilidad penal por identificación entre ambos sujetos, ya que partiría de la base de que la transferencia de responsabilidad que se efectúa en estos casos de las personas físicas a la jurídicas, encuentra su razón de ser en que la persona física actuante y la jurídica, en cuyo lugar aquel actúa, son en realidad un mismo y único sujeto¹⁰¹.

tral al que se ha de atender al hablar de la actuación en lugar de otro, ya que consideramos que, aún cuando se parta de la concepción de los delitos especiales mantenida por SCHÜNEMANN, tendremos que afirmar que lo que ha de transferirse al tercero que actuase en lugar del inicial *intraneus* para que se le pudiese tener por aquel, será el dominio funcional que queda reflejado en el *status* típico y no simplemente la posición de garante que supuestamente se deduce y siempre resulta inherente al mismo. Es por ello, que tendremos que entender que será dicho la delegación del deber completo y no simplemente la posición de garante inherente a la misma la que fundamentará la apreciación de una verdadera actuación en lugar de otro. Partiendo de lo anterior, afirmamos que, dado que no todos los delitos especiales aluden a deberes de la misma clase, sino a deberes de de contenido y naturaleza ciertamente muy diversa, también resultarán diferentes los requisitos que habrán de darse para que se puedan delegar en un *extraneus* y éste pueda asumir efectivamente su ejercicio. De hecho, podrán existir supuestos en los que tales deberes no resulten delegables y ejercitables por terceros con lo que, como bien señalan JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. cit. pp. 725 y ss*, GARCÍA CAVERO, P *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación. cit. p. 173* o NÚÑEZ CASTAÑO, E. En *Responsabilidad penal en la empresa. p.120*, los delitos en los que se contemplasen tales deberes sólo podrían ser cometidos por aquellas personas que ostentasen la condición de *intraneus* con respecto a los mismos. Sin embargo, hemos de señalar que, en lo que se refiere a la materia de estudio de este trabajo, que la absoluta imposibilidad de ejercicio directo por parte de las personas jurídicas de los deberes que se le imputan por parte del ordenamiento penal obliga a considerar que cualquier deber que se les atribuya habrá de ser delegable y legítimamente ejercitable por las personas físicas que actúen en su lugar, ya que lo contrario impediría que se pudiesen cumplir, convirtiéndolos, así, en normas carente de todo sentido.

¹⁰¹ De este modo, habrá de considerarse que el art. 31.2 CP establece un verdadero sistema de responsabilidad de la persona jurídica por la conducta de otro; sistema que queda plasmado en el establecimiento de unos criterios de atribución por identificación con la actuación de otro. Existe por tanto un sistema. Otra cuestión será que sea el idóneo o incluso que resulte funcional a la hora de afrontar el problema de la criminalidad de las empresas. Todas estas cuestiones han de ser analizadas y criticadas en su caso por la doctrina, pero incluso cuando se considere que el sistema del art. 31.2 CP no representa un sistema idóneo de responsabilidad de la persona jurídica, por ser un sistema indirecto y de escaso valor preventivo, como sostiene VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P. en «Derecho Penal: Algunas reformas necesarias en la actual legisla-

El mantenimiento de un sistema de identificación entre ambos sujetos permite, como ya vimos¹⁰², fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica atendiendo a la propia de su *alter ego* (la persona física) y eludir cualquier posible crítica con respecto al principio de personalidad de la pena, pero también, y lo que es más importante, puede servirnos para comprender dos de los caracteres del sistema del art. 31. 2 que más críticas han recibido.

Así, se ha criticado que dicho precepto exija tan solo la efectiva condena de la persona física por la comisión de un delito para poder sancionar a la jurídica, puesto que ello supone que nada se le reprocha a ésta a la hora de exigirle el pago de la correspondiente multa, con lo que, parece que dicha obligación de pago no podría ser considerada como una muestra del reconocimiento de la existencia de una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁰³.

Sin embargo, si partimos del hecho de que no estamos ante dos sujetos diferentes, sino ante uno sólo —ya que la persona jurídica es la misma que la física que actúa en su lugar— no existirá problema alguno para fundamentar la responsabilidad penal de la primera (la jurídica), atendiendo a la concurrencia en su *alter ego* (la física) de todos aquellos elementos del delito de los que careciese (p. ej. la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena), del mismo modo que hacemos con respecto a la de la física, cuando uno de los requisitos básicos del delito (el *status* del delito especial propio) no concurren en ella pero si lo hiciesen en la jurídica.

También se entenderá así que el art. 31. 2 CP exija que recaiga condena sobre la persona física contemplada en su primer apartado para poder sancionar a la jurídica, ya que tal condena supone que se han constatado en el caso concreto todos los elementos necesarios

tura» cit., ello no pueden legitimar que neguemos sin más el hecho de que el citado precepto represente el primer intento legislativo de articular un sistema general de responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento jurídico penal español. No le falta razón a RAMÓN RIBAS, E. cuando afirma que el art. 31.2 CP no es simple *lapsus* del legislador, sino una verdadera norma tendente a controlar y castigar penalmente a las personas jurídicas, circunstancia que nos ha de llevar, en su opinión, a entender que lo importante a la hora de analizarlo y criticarlo no debe ser el reseñar o destacar su deplorable redacción, puesto que el punto más cuestionable de dicho precepto nos vendrá dado por el hecho de que con su promulgación, se habría venido a introducir por la «puerta falsa» consecuencias de naturaleza netamente retributiva contra sujetos colectivos. En «La respuesta del Derecho Penal moderno al delito: del Derecho Penal moderno de doble vía ¿al Derecho Penal de cinco vías?» cit. p. 258

¹⁰² Vid. supra

¹⁰³ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante ...». cit. p.35

para poder considerar realizado el delito y para, consiguientemente, poder hacer responsable del mismo a la persona jurídica.

Por otra parte, también ha sido objeto de severas críticas el que se introduzca en dicho precepto un sistema de responsabilidad solidaria con respecto al pago de la multa derivada del delito¹⁰⁴.

Sin embargo, si partimos del hecho de que la persona física y la jurídica son un único sujeto responsable de un único delito, parece lógico pensar que la responsabilidad penal derivada del mismo sólo se podrá atribuir de una forma alternativa a uno o al otro, por cuanto, si se entiende que nos encontramos ante un único hecho, realizado por un único sujeto, no podremos aplicar la misma pena a la persona jurídica y a la física acumulativamente sin incurrir en un *bis in idem*¹⁰⁵.

Se comprenderá así, que el legislador español haya establecido que tanto la persona física como la jurídica responderán solidariamente del pago de la posible multa que se derive de la comisión del concreto delito especial realizado, sin contemplar, sin embargo, una paralela acción de regreso que permitiese resarcirse de dicho pago al que finalmente lo efectuó frente al otro, ya que dicho sistema garantiza la imposible acumulación de dicha sanción en ambos sujetos, al tiempo que permite mantener la aplicación del resto de penas a la persona física (p. ej. inhabilitación para el individuo y multa para la empresa).

Parece por tanto que el art. 31. 2 CP no solo supone un primer reconocimiento expreso de la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, sino que también contempla un verdadero sistema de responsabilidad penal de dichas entidades basado en su identificación con los individuos que actúan por ellas, identificación que permite, precisamente, castigarlas penalmente por la comisión de unos delitos que ya no podrán calificarse como ajenos a las mismas.

Como hemos visto, esta interpretación permite solventar muchos de los obstáculos que han llevado a la mayor parte de la doctrina a negar que el art. 31.2 CP contenga un verdadero sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque ello no quiere decir que nos encontremos ante un sistema ideal y carente de problemas, como veremos a continuación.

¹⁰⁴ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. pp.122 y ss FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante ...». cit. p. 38

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La responsabilidad penal de la persona jurídica y las consecuencias ...» cit. p. 323 y 324.

c) *Los problemas del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica del art. 31.2 CP*

De lo expuesto en las páginas precedentes se deduce que el art. 31.2 CP ha venido a introducir en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica en lo que se refiere a los delitos especiales cometidos por personas físicas que actuasen en su lugar.

Como cualquier otro sistema de heterorresponsabilidad viene a establecer unos criterios, más o menos discutibles, que serán los que permitirían considerar responsables a las personas jurídicas de la comisión de un delito que fue, en realidad, ejecutado por otro, en concreto y por lo que se refiere al sistema español, del realizado por la persona física que actuó en su lugar y como su *alter ego*¹⁰⁶.

Partiendo de esta consideración, podremos predicar respecto al sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido por el art. 31.2 CP la mayoría de las críticas que se van venido generalmente haciendo respecto al resto de sistemas de heterorresponsabilidad.

Así, resulta evidente que, al igual que el resto de estos sistemas, el del art. 31.2 CP resultará inoperativo con respecto a aquellas conductas delictivas realizadas por personas físicas no culpables que actuasen en lugar de la empresa, siendo también ineficaz en relación a aquellas otras en las que, pese a que se constatare la realización de los delitos, no se llegase a identificar a una persona física que pudiese ser considerada como penalmente responsable de los mismos¹⁰⁷, por cuanto ambas circunstancias impedirán que se alcance la condena del individuo actuante y con ello que se pueda exigir a la persona jurídica el pago de la multa con que se le podría haber sancionado.

Por otra parte, el citado sistema también parece fundamentar la aplicación de la pena a dichas entidades atendiendo al juicio de cul-

¹⁰⁶ Así lo entiende, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. quien señala como prueba de dicho carácter el de la ubicación sistemática de este precepto en el seno de los que se refieren a la actuación en nombre de otro y el hecho de que este precepto exija la imposición de una pena de multa al autor (persona física) como requisito básico para fundamentar la responsabilidad de la jurídica. en «Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial».... cit. pp. 05:21 y ss. De responsabilidad indirecta habla SOTO NIETO, F. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Significado y alcance del artículo 31 del Código Penal». LA LEY n.º 5495, 2002. (Versión digital) www.laley.net (ult. vis. 3-32006).

¹⁰⁷ Críticas que realizaba SILVA SÁNCHEZ, J. M. con respecto a todos los sistemas de esta clase en «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal» (...). cit. p. 234.

pabilidad que se realiza sobre la persona física que actúa en su lugar; translación que no sólo es incompatible con la concepción personal de la culpabilidad que tradicionalmente ha regido en el Derecho Penal continental¹⁰⁸, sino que hace prácticamente inviable la introducción de cualquier posible causa de exculpación referida a la propia empresa¹⁰⁹, con lo que se abren de par en par las puertas a la introducción en nuestro Código Penal de un inaceptable e inconstitucional sistema de responsabilidad penal objetiva como respecto a tales entidades¹¹⁰.

Pero el sistema de heterorresponsabilidad del art. 31.2 CP no sólo se tendrá que enfrentar a críticas o problemas de índole técnico, sino que también tendrá que afrontar serias dificultades a la hora de justificar político-criminalmente su propia existencia y utilidad como instrumento represor de la delincuencia empresarial

En este sentido, y como ya hemos anticipado, resulta evidente que al exigirse en el art. 31.2 CP la condena de una persona física para poder atribuirle responsabilidad penal a la jurídica, se mantendrán en la más absoluta impunidad todos aquellos casos en los que no se hubiese podido encontrar a la persona física responsable de la realización del delito; impunidad que se mantendrá incluso cuando se consiguiese demostrar que dicho delito se había producido como consecuencia directa de la actitud criminal que presentaba la empresa como tal por su propia defectuosa organización interna.

Este hecho es una clara muestra de la ineficacia político-criminal del vigente artículo 31.2 CP, puesto que, al no permitir que se sancionen a las personas jurídicas de forma autónoma, no se las estaría

¹⁰⁸ Así, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante (...)». Cit. pp. 37 y ss SOTO NIETO, F., por su parte señalaba que la culpabilidad de la persona jurídica no puede identificarse con la de la propia de la persona física. En «Responsabilidad penal de las personas jurídicas...» cit.

¹⁰⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial» cit. p. 05:25

¹¹⁰ Fue, precisamente, la ausencia de posibles circunstancias excluyentes de la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos cometidos por quien actúa en su lugar, la que llevó a ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. a proponer la implantación de unos criterios de imputación para la persona jurídica, como la *culpa in vigilando* o la exigencia de que la actuación se hubiese hecho en interés o en beneficio de la entidad, que permitiesen negar la consideración de este sistema como sistema de atribución de responsabilidad sin culpa, en «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 142, postura que si bien trata de salvaguardar la vigencia del principio de culpabilidad en este ámbito, resulta difícilmente sostenible atendiendo al tenor literal del art. 31.2 CP, que no condiciona la responsabilidad solidaria y directa de la persona jurídica a ningún requisito que no sea el de la efectiva condena de la persona física que actuó en su lugar.

motivando para que eviten organizarse de una forma que las convierta en verdaderas estructuras de «irresponsabilidad organizada o estructural», con lo que quedaría sin respuesta una de las necesidades preventivas que más frecuentemente se han utilizado como argumento político-criminal para sustentar la necesidad del reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹¹¹.

Pero lo que resulta aún más cuestionable es que tampoco parece que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido tenga unos efectos preventivos plenamente satisfactorios en los casos en los que resulta operativo, es decir, en los casos en los que sí permitiría sancionar penalmente a las personas jurídicas.

Se ha afirmado, en tal sentido, que el sancionar a tales entidades con la multa que se le hubiese aplicado a la persona física que cometió un delito especial propio en su lugar, resulta abiertamente contraproducente en términos político-criminales.

Esto se debe, por una parte, a que dicho sistema de penas mantendrá en la más absoluta impunidad a la persona jurídica por la comisión de todos aquellos delitos especiales que no estuviesen sancionados con pena de multa o por la de aquellos otros que previesen dicha sanción de forma alternativa a la de prisión, habiendo optado el juez por aplicar ésta última¹¹²; mientras que, por otra, tampoco parece lo más adecuado que dicho sistema obligue a calcular la multa atendiendo la capacidad económica de la persona física condenada y no a la de la jurídica, ya que ello mermaría notablemente su eficacia afflictiva con respecto a dichas entidades, al gozar éstas generalmente de una capacidad económica mucho mayor que la que corresponde generalmente a aquellos que actúan en su lugar¹¹³.

Sin embargo, el mayor reproche que se ha efectuado a este sistema sancionador desde una perspectiva político-criminal no alude al concreto carácter de la pena prevista para la persona jurídica (la multa), ni al modo en que ésta se calcula, sino a la forma en que se atribuye la responsabilidad por su pago a la persona jurídica, esto es, al establecimiento de su responsabilidad directa y solidaria junto a la persona física autora del delito.

¹¹¹ SCHÜNEMANN, B. En »La punibilidad de las personas jurídicas ...«. cit. p. 589, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial» cit. p. 05:24

¹¹² VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P. en «Derecho Penal: Algunas reformas necesarias en la actual legislatura» cit.

¹¹³ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante ...».cit. p. 41.

En efecto, una vez que se ha condenado con una multa a una persona física por la comisión en lugar de la empresa del delito especial propio, se establece que ambos sujetos responderán directa y solidariamente de su pago, lo que supone que se podrá exigir el pago íntegro de dicha pena a cualquiera de los dos de forma indistinta¹¹⁴.

Puede que, como ya vimos, este sistema permita eludir el óbice de legalidad que se podría deducir de la doble sanción a quienes en realidad son considerados por la ley como un único sujeto (la persona jurídica delegante y la física que ejerce la competencia que se le delegó), pero no cabe duda de que también vendría a relajar los efectos preventivos intimidatorios de la multa aplicada no sólo con respecto a la persona jurídica, sino también con respecto a su destinatario inicial, es decir, respecto a la propia persona física.

Esta disminución preventiva se deriva del hecho de que la persona física que pretenda cometer un delito especial actuando en lugar de una jurídica, no se verá en modo alguno intimidado por la amenaza de la multa prevista para tal delito, ya que sabrá, aún antes de realizarlo, que la mayor solvencia económica de la persona jurídica por quien iba a actuar, la convertiría en un sujeto más idóneo que él mismo a la hora de ejecutar tal pena, con lo que, normalmente y llegado el caso, será a dicha entidad y no a él a quien generalmente se exigirá su pago¹¹⁵.

Por otra parte, dicha persona física no sólo podrá contar, como sucedía hasta el momento, con la posibilidad de que la entidad pueda llegar a pagar voluntariamente su multa, eximiéndole así de dicha responsabilidad, sino que, de hecho, al estar la persona jurídica legalmente obligada al pago en igualdad de condiciones él, se estaría facultando al individuo para que pueda decidir si «transmite» o «repercute» la obligación de pago de la multa sobre la persona jurídica, mediante el simple procedimiento de negarse a pagarla¹¹⁶.

De hecho, si se considera, como aquí se hace, que el sistema de responsabilidad solidaria de la persona jurídica del art. 31.2 CP obliga al Estado a reclamar el pago voluntario o en apremio de la multa a

¹¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante ...». cit. p.42 y 43

¹¹⁵ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 131, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. afirma que se estarían primando los fines recaudadores de la pena ante el objetivo principal que habría de tener que no sería otro, sino el de prevenir delitos. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante ...». cit. pp. 42 y 43

¹¹⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 130

los dos obligados solidarios allí contemplados, antes de poder aplicar arresto sustitutorio por impago al efectivamente condenado (la persona física)¹¹⁷, se estará privando a la multa, en este ámbito, de uno de sus factores intimidadores fundamentales con respecto a dicho sujeto, por cuanto el mismo podrá cometer el delito sancionado con dicha pena sabiendo que, aunque no la pague, no se le podrá arrestar mientras la entidad en cuyo lugar lo hizo goce de bienes suficientes para poder hacerlo.

Se abre así el camino a que la multa inicialmente impuesta a la persona física pueda ser «repercutada legalmente» sobre la persona jurídica, al tiempo que se hace prácticamente inviable la aplicación en este ámbito del arresto sustitutorio por su impago del art. 53 CP, con lo que, a efectos prácticos, se convertirá a esta pena en uno más de los posibles costes que habrán de tener en cuenta la propia entidad o sus gestores al definir su estrategia empresarial¹¹⁸.

Podrán existir, por tanto, supuestos en los que no solo el gestor, sino también la propia empresa llegue a considerar asumible o rentable el riesgo de imposición de tales penas, dado que dicho riesgo se vería significativamente compensado con los beneficios que se podrían derivar de la comisión de tales delitos, lo que evidencia la disfuncionalidad político-criminal del sistema comentado, ya que lejos de servir como instrumento adecuado de prevención y lucha contra la moderna criminalidad económica, se vendría a convertir, a todos los efectos, en un perfecto parapeto protector de la misma.

No le falta por tanto razón a ÁLVAREZ GARCÍA cuando señala que con la introducción del art. 31.2 CP en nuestro ordenamiento se estaría impulsando en realidad la impunidad de muchos atentados contra bienes jurídicos esenciales por el mero hecho de haber sido cometidos a través de personas jurídicas¹¹⁹, con lo que dicho artículo representará un ejemplo más de ese «salto atrás» que, desgraciada-

¹¹⁷ En el mismo sentido se manifiesta, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. quien señala que, lo contrario, es decir no exigir que el Estado haya de reclamar el pago de la multa a la persona jurídica obligada solidariamente a su pago, supondría que el arresto sustitutorio de la persona física por impago de multa, dependiese exclusivamente del puro capricho del Estado lo que vendría a conculcar el principio de legalidad en lo referente a su garantía penal y el de proporcionalidad, por lo que dicha interpretación debe ser rechazada. «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p. 133. También, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante...».cit. pp.42 y 43

¹¹⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G. En «Obligación solidaria de la empresa de hacer frente al pago de la multa penal impuesta a su representante...». cit. p.41

¹¹⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. pp. 135 y ss.

mente, dio nuestro sistema de protección penal durante los años de mandato del anterior gobierno conservador¹²⁰.

IV. Conclusiones

A modo de breve conclusión podemos decir, que el art. 31.2 CP representa el primer reconocimiento expreso y general por parte de nuestro Derecho de la posibilidad de que las personas jurídicas puedan responder por la comisión de delitos.

Dicho reconocimiento se ha efectuado mediante la implantación de un sistema de heterorresponsabilidad de las personas jurídicas, conforme al cual éstas tendrían que responder del pago de la multa que se impusiese a aquella persona física que hubiese actuado en su lugar a la hora de cometer un delito especial propio.

Pese a la importancia de este primer intento no deja de ser evidente el hecho de que el mismo plantea una serie de problemas no sólo de índole técnica, sino también, y muy significativamente, de carácter político-criminal, que vienen a poner de relieve la necesidad de afrontar lo antes posible su reforma; necesidad que también se deriva de las cada vez más insistentes presiones procedentes de la Unión Europea dirigidas a conseguir que el Ordenamiento Penal español contemple un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas mucho más amplio que el actualmente vigente¹²¹.

El nuevo sistema habrá de afrontar la difícil tarea de adaptar los postulados tradicionales del Derecho Penal para dotar de un correcto tratamiento político-criminal a la delincuencia desarrollada por entidades colectivas.

¹²⁰ Así, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. llego a considerar que la política criminal de despenalización afrontada por dicho gobierno en este ámbito y en otros como el de la defraudación tributaria llego a ser «desvergonzada», llevando al Derecho Penal a una vuelta a la persecución del «ladrón de gallinas», mientras se dejaba sin represión penal efectiva a las actividades delictivas realizadas en el marco de empresas. «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. pp. 122 y 135

¹²¹ VILLAMERIEL PRESENCIO, L. P. «Derecho Penal: Algunas reformas necesarias en la actual legislatura» cit. Véanse en tal sentido, a título meramente ejemplificativo, lo dispuesto en el art. 8 de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, en el art. 3 de la Decisión Marco 2002/946/JAI destinada a reformar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada a la circulación y a la estancia irregular, en el art. 5 de la también Decisión Marco 2005/667/JAI destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación de la contaminación procedente de buques o en el art., 7 de la Decisión Marco 2002/474/JAI sobre lucha contra el terrorismo, preceptos todos ellos, en los que se exige a los Estados Miembros de la Unión que reconozcan expresamente en sus respectivos ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, esta adaptación del Derecho Penal a las personas jurídicas no debe suponer una desnaturalización tal de sus postulados básicos que lleguen a convertirlo en un Derecho absolutamente irrecognocible, con el consiguiente peligro de «contaminación conceptual» del tradicional sistema de responsabilidad referido a las personas físicas por parte del creado para las jurídicas¹²².

Es con ese fin, con el que consideramos que se debería de articular un sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas netamente diferenciado del de las físicas, para lo que será necesario que el delito por el que se las sancione no tenga un injusto fundamentado total o parcialmente en las conductas que las físicas puedan efectuar en su lugar, siendo necesario, además, que su culpabilidad se sustente en una serie de criterios propios y directamente predicables de dichas entidades, cuya no concurrencia habría de provocar su irresponsabilidad.

Por otra parte, entendemos que la creación de este sistema sólo adquiere sentido cuando resulte eficaz a la hora de prevenir y sancionar aquellas actuaciones lesivas que no pudiesen ser tratadas adecuadamente mediante la utilización de otros instrumentos menos afflictivos que el penal¹²³, objetivo que sólo se podrá conseguir mediante el establecimiento de una serie de sanciones que resulten realmente afflictivas o intimidatorias para dichas entidades y que, además, pongan de manifiesto el mayor juicio de reproche ético-social que diferencia a las penas del resto de posibles sanciones contempladas en otras ramas del ordenamiento jurídico, dotándolas de un carácter simbólico especial¹²⁴.

En definitiva, se necesitarán unas penas que no sólo sean proporcionadas a la magnitud del injusto realizado por las empresas, sino que también atiendan a las particularidades que dichas entidades

¹²² TAMARIT SUMALLA, J. M. «Las consecuencias accesorias de la pena ...» cit. p. 1170

¹²³ Compartimos, por tanto, la postura sostenida por ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. cuando afirma que los principios de última ratio, fragmentariedad y subsidiariedad también han de ser predicables del problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En «El nuevo artículo 31.2 del Código Penal» cit. p.118

¹²⁴ En definitiva, se hace necesario crear un Derecho Penal de la empresa o de la persona jurídica que continúe actuando como última ratio del ordenamiento jurídico frente a sus posibles actuaciones ilegales; exigencia que, como bien ha señalado MIR PUIG, no sólo no debe ser interpretada como un obstáculo a la consecución de una mayor eficacia de la pena, sino que, muy por el contrario, será su mejor aliado, al ser el fundamento de la mayor carga simbólica de reproche ético-social que la sociedad atribuye a la pena frente al resto de posibles sanciones jurídicas. En «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal ...». cit. pp. 01:12 y ss

presentan como posibles destinatarias de las mismas y que consigan poner de manifiesto ante la opinión pública la gravedad de los hechos que fundamentaron su aplicación.

Todo ello se conseguirá mediante el establecimiento de un sistema de penas propias de las personas jurídicas, entre las que habrá de jugar un papel fundamental no sólo la multa, la disolución de la sociedad o la pérdida de la posibilidad de recibir subvenciones, sino también otro tipo de medidas de marcado carácter preventivo general positivo, como podrían ser la de publicación o difusión de las sentencias condenatorias a costa del condenado.

Cualquier intento legislativo que pretenda responder al problema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin respetar todos estos caracteres y requisitos será, a nuestro juicio, un intento abocado desde su inicio al fracaso, como ha sucedido precisamente con el realizado por el art. 31.2 CP, lo que esperamos quedará demostrado con su más que probable pronta derogación.

