

LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS



LORENZO MORILLAS CUEVA
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Granada

Fecha de recepción: 22 -11-2011
Fecha de aceptación: 11-12-2011

RESUMEN: El autor analiza los parámetros más relevantes del permanente debate en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas con relación, en primer lugar, a las propuestas doctrinales y legislativas de carácter general; para luego situarse en el seno del derecho positivo español. En esta segunda perspectiva estudia, desde un planteamiento crítico-valorativo, la reciente incorporación de dicha responsabilidad a través del artículo 31 bis, introducido por la LO 5/2010, sobre la referencia de otras posibilidades alternativas pero con la perspectiva de la inevitable realidad de su regulación específica en el Texto punitivo español.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal, personas jurídicas, personas físicas, acción, culpabilidad, pena, imputación, exenciones, responsabilidad directa.

ABSTRACT: *The author analyzes the most relevant questions of the permanent debate concerning the penal responsibility of the legal entity. First of all, the doctrinal and legislative offers of general character; and secondly the Spanish legislation, studying its recent incorporation across the article 31 bis, introduced by the Organic Law 5/2010, about the reference of other alternative possibilities but with the perspective of the inevitable reality of its specific regulation in the Criminal Spanish Code..*

KEY WORDS: *Penal responsibility, legal entity, person, action. culpability, punishment, imputation, exemptions, liability.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MODELOS DE IMPUTACIÓN. III. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS REPAROS DOGMÁTICOS MÁS RELEVANTE A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. IV. VALORACIONES DE CARÁCTER GENERAL. V. DERECHO PENAL ESPAÑOL. 1. Aspectos generales. 2. El actuar en nombre de otro. 3. La concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas después de la LO 5/2010.

I.INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más debatidas en la doctrina penal actual y de más heterogénea regulación en Derecho comparado –siempre dentro de las limitadas posibilidades que en el fondo presenta semejante diyuntiva- es la de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Muchos son los autores que se han planteado el tema, que lo evalúan actualmente y que seguro también lo han de justipreciar en el futuro – porque no parece que sea un tema cerrado a pesar de las legislaciones en uno u otro sentido-, esencialmente con criterios valorativos críticos sobre las diversas opciones. De antiguo viene semejante polémica entre los autores penales.

Valga como muestra de esta tradición en España la posición de Quintiliano Saldaña que en un documentado trabajo aunque inicialmente rudimentario en la delimitación concreta del problema que nos atañe –se refiere a la capacidad criminal de las personas sociales, entre las que incluye la sociedad familiar, la errante o tribu, la industrial, la local, las interiores o asociaciones- se refiere, fundamentalmente en relación a las empresas y ante la duda de una respuesta por culpa, a su capacidad causal, base de una responsabilidad objetiva, por la causa, con lo que otorga la posibilidad de producir efectos penales y cómo los otorga: la asociación se reúne (conciencia social), inscribe asuntos en el orden del día (la atención y sus objetivos), discuten entres sí, encarnados en individuales inteligencias, los motivos sociales (deliberación), se toman acuerdos (decisión o resolución), hácense ejecutar los acuerdos (ejecución). Si este último, por ejemplo, era un fraude ¿quién se obstinaría en incomprender esa capacidad social criminal? No ya sobre la doctrina de la ficción sino con la del resultado real¹.

Antes de la anterior manifestación, Silvela que, desde una perspectiva doctrinal, se mostraba, al menos inicialmente, opuesto a tal responsabilidad criminal de las

¹ SALDAÑA, Q. *Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación)*. Madrid, 1927, pág. 9.

personas jurídicas² parece rectificar en su conocido Proyecto de Código penal -29 de diciembre de 1884- en cuyo Preámbulo escribía que “la asociación para delinquir o con un fin determinado y punible, constituye a los socios en codeincentes y les sujeta a responsabilidad por la participación que tomaron en el fin común del delito, mas no por eso pierde tal responsabilidad su carácter evidentemente individual. Pero pueden muy bien la asociación, corporación o persona jurídica, ser lícitas para su fin y por los procedimientos consignados en el pacto para conseguirlo y, sin embargo, utilizarse medios sociales para delinquir, no aisladamente éste, o el otro socio, sino arrastrando la representación entera de la sociedad o empresa al delito, de tal suerte que para la conciencia pública, fácil siempre en dar verdadera forma personal a todo suceso, sea la sociedad, la empresa o la colectividad la que delinca”. Semejante reflexión lleva a la propuesta contenida en el artículo 25 del Proyecto, que si bien es cierto se inicia con la rotunda afirmación de que “la responsabilidad por los delitos o faltas es individual”, se le añade una especie de excepción con el siguiente sentido introductor de cierta responsabilidad de los entes jurídicos : “Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporciona, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social, los Tribunales decretarán en la sentencia la suspensión de las funciones de la sociedad, corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda” .

A pesar de las anteriores aseveraciones que parecen abrir ya a finales del siglo XIX una puerta entreabierta a la hipótesis afirmativa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cierto es que tanto doctrina, a mi entender mayoritaria, como legislación, han sido reacias, en España, a cualquier posibilidad de admisión de la susodicha responsabilidad, manteniendo como criterio firme el conocido axioma *societas deliquere non potest* que no supone otra cosa que la defensa, a veces a ultranza, de la exclusiva responsabilidad individual o de las personas físicas, en el ámbito penal, lo mismo que sucede en el Derecho penal positivo y en la doctrina alemana e italiana

² SILVELA, L. “*El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*”. I. Madrid, 1874, págs. 200-202

frente a la posición tolerante tradicional de los sistemas anglosajones, como se verá más adelante.



Todo cambia con la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 donde las posiciones hasta entonces minoritarias logran la incorporación a nuestro Texto punitivo de una forma legislativa más completa y actualizada de semejante responsabilidad de las personas jurídicas en un intento no totalmente conseguido de ampliar y rectificar los discutibles inicios que propiciaron los artículos 15 bis del Código penal anterior y el artículo 31 del vigente, con su muy discutible incorporación, vía de posterior reforma – por LO 15/2003, de 25 de noviembre- del número 2 –acertadamente suprimido por la narrada LO 5/2010-, dejando, al mismo tiempo y como directa derivación de la incorporación del nuevo 31 bis, prácticamente sin contenido la consecuencias accesorias tal y como las estructuraba el anterior artículo 129.

Se pretende con ello una regulación pormenorizada y seleccionada, para los delitos en concreto a los que se les ha de aplicar, que sea coherente con los nuevos parámetros con los que el legislador pretende introducir esta nueva dimensión de la responsabilidad criminal. Y lo hace sin especial convicción en cuanto a su real justificación –verdad es que en los primeros borradores y en la Exposición de Motivos de estos se llegó a desarrollar un amplio desiderátum teórico para fundamentar tal hipótesis-.

Sin embargo, dicha Exposición de Motivos en la reforma aprobada no profundiza en los criterios político-criminales y dogmáticos que justifican con solidez esta opción. Se limita a narrar que “son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos)” – afirmación ésta de exigencia internacional que es necesario desde el principio relativizar pues como bien

indica la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010 (en adelante Circular 1/2011) ni los tratados internacionales ni el llamado Derecho penal de la Unión Europea plantean la radical obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza distinta a las penas- o describir sus posibles objetivos o consecuencias: a) esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea; b) intenta dejar claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física –motivación entre otras cosas, para suprimir el citado apartado 2 del artículo 31; c) opción por una doble vía: junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados -sobre la cautela, en este caso, de la imprescindible consideración de las circunstancias del supuesto concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación-.

II. MODELOS DE IMPUTACIÓN

Muchos han sido los planteamientos doctrinales al respecto y también las respuestas legislativas sobre un tema que no cabe duda, y así lo he dicho, ha propiciado un amplio debate al respecto. Si bien es cierto que la controversia viene de antiguo, en la actualidad presenta especial protagonismo dada la incidencia social y jurídica, de la que no escapa precisamente el Derecho penal, que estas sociedades tienen no solo en los ámbitos socio- económicos sino también en las estructuras y modos de operar la nueva delincuencia organizada y tecnificada.

Generalmente, y en una visión tradicional, la alternativa se ha situado en la diferenciación entre el derecho anglosajón donde, generalmente, se ha propiciado en sus legislaciones la admisión de la responsabilidad penal de esta variedad de personas, y los sistemas continentales donde, por contra, se ha optado por el mantenimiento del clásico principio *societas delinquere non potest*, como consecuencia del cual no se atiende a las hipótesis criminales para las personas jurídicas. Sin embargo, esto no es actualmente del todo correcto ya que Códigos, incluidos en la segunda de las variables, no son ajenos a este tipo de responsabilidad -por ejemplo, Francia y mucho más recientemente, y es el objeto principal de este artículo, España-, como veremos más adelante, pues ambos sistemas, en opinión de TIEDEMANN, cada vez se asemejan más³.

Sobre semejante diseño de pretendido encuentro, las facetas a analizar son múltiples si se quiere desarrollar un determinado modelo que responda a las realidades legislativas y dogmáticas, fundamentalmente sobre su incidencia en la teoría jurídica del delito inicialmente pensada y desarrollada para las personas físicas. Posiblemente lo primero que haya que concretar en la preliminar aproximación de la responsabilidad penal de tales entes sea su propia concreción conceptual en clave de modelos de imputación.

En este último sentido se decantan fundamentalmente dos hipótesis a tener en cuenta: a) modelo de responsabilidad directa y cumulativa de las personas jurídicas, en el que dicha responsabilidad es compatible, por ser autónoma o paralela, con la de la persona física; b) responsabilidad subsidiaria, que únicamente se concreta cuando no existe o no puede deducirse la de una persona física. Tanto doctrina como Códigos se decantan por la primera de ellas dados los inconvenientes y el encorsetamiento que supone la segunda⁴ y así se manifiesta, como ya he advertido, el propio Preámbulo de la Ley 5/2010 en relación a la independencia entre la declaración de la responsabilidad

³ TIEDEMANN, K. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Coordinación de José Hurtado Pozo. Lima, 1997, págs. 114 y ss.

⁴ *Vid.*, con mayor amplitud: ROBLES PLANAS, R. “¿Delitos de personas jurídicas? En *In Dret*, 2006, pág. 4. DEL ROSAL BLASCO, B. “La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis, nº 1, del Código Penal”. En *Cuadernos de Política Criminal*, nº 103, 2011, págs. 45-54.

penal de la persona jurídica y la concreción o no de la responsabilidad penal de la persona física. Este es también el sentido de la mayoría de la normativa internacional – así por mostrar un ejemplo, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo (en adelante Directiva 2011/36/UE) en su artículo 5.3, referido a la responsabilidad de las personas jurídicas, mantiene que tal responsabilidad se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que puedan emprenderse contra las personas físicas que sean autores, inductores o cómplices de las infracciones contempladas en los artículos 2 y 3 de la Directiva.

Se mantenga la posición que se mantenga al respecto, y obviamente me decanto por el modelo de responsabilidad propia u originaria, no cabe ocultar las actuales tendencias dogmáticas y los instrumentos jurídicos internacionales que caminan hacia la admisión, que no a la imposición, de dicha responsabilidad penal colectiva que afecta al Derecho penal comparado y a muy distintas organizaciones internacionales⁵ así como, lógicamente, al Derecho positivo interno. En dicha línea se muestra, cada vez más, y así hay que aceptarlo incluso en la discrepancia, una progresiva evolución de la política criminal hacia parámetros que demandan respuestas penales claras y determinantes para las personas jurídicas⁶.

⁵Vid., en este sentido de manera más detalla, fundamentalmente sobre normativa europea entre otras las referencias contenidas en: DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Responsabilidad de personas jurídicas”. En *Memento Experto. Reforma Penal de 2010*. Madrid, 2010, pág. 12. MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. 9ª edición. Barcelona, 2011, págs.200-201. Como ya he advertido con anterioridad, en la mayoría de la normativa internacional se aboga por la incorporación de sanciones a las personas jurídicas en relación a determinadas conductas que, a su vez, caben ser calificadas como delitos, que pueden ser penales o administrativas, sin una obligatoriedad predeterminada, para el Estado correspondiente, de la naturaleza de la sanción. Siguiendo con la muestra de la Directiva 2011/36/UE se dice que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que a la persona jurídica considerada responsable en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartados 1 o 2 de la propia Directiva, le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o de otro tipo, y podrán incluir otras sanciones, como por ejemplo: exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales, sometimiento a vigilancia judicial, disolución judicial, cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados para cometer la infracción.

⁶ En este sentido, CARBONELL MATEU, J. C. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010”. En *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 101, 2010, págs. 7-12.

Como síntesis se pueden citar algunas variables que intentan desde diversos prismas configurar su presencia en el ámbito penal o en sectores íntimamente relacionados: a) responsabilidad civil subsidiaria o cumulativa de las personas jurídicas por los delitos realizados por sus empleados; b) sanciones específicas de tipo administrativo, desarrolladas fundamentalmente en los ordenamientos jurídicos de influencia germana en los que se establecen sanciones para estas figuras colectivas tanto en el Derecho de contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) como en el Derecho penal administrativo, sobre la base esencial de las multas administrativas, sistemas auxiliares que han sido descritos como “hijos menores del Derecho penal”⁷ y que, en muchas ocasiones, llevan a la utilización de una especie de leyes “penales” complementarias que sin ser auténticamente penales sus sanciones pueden ser mucho más graves cuantitativamente, en relación a la multa, que las pecuniarias penales; c) auténtica responsabilidad penal que se incorpora al ámbito punitivo y que supone la asunción directa de dicha responsabilidad para las personas jurídicas a través de la imposición de verdaderas penas –por ejemplo, Gran Bretaña, Finlandia, Holanda, Bélgica, Francia, Austria⁸ y, después de la reforma de 2010, España–; d) empleo de medidas de seguridad

⁷ *Vid.*, en este sentido: HEINE, G. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. En *Responsabilidad...cit.*, pág. 20.

⁸ Austria es uno de los países que más recientemente se han incorporado a este sistema. Lo hace a través de la Ley de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos de 1 de enero de 2006 y de cuyo párrafo 3, regulador de las hipótesis en las que una persona jurídica responde de la comisión de un delito, se desprende que sucede fundamentalmente en dos casos: a) por el delito cometido por el que tiene el poder de decisión en ella; b) por la comisión delictiva de un empleado cuando la realización del hecho fuera posible o especialmente facilitada por la infracción del cuidado debido de las personas con poder de decisión en las circunstancias, especialmente por haber omitido las medidas personales, técnicas u organizativas esenciales para impedir tales hechos. En definitiva, como apunta Robles Planas cuando el hecho se ha cometido en beneficio de la persona jurídica o cuando la persona jurídica haya infringido deberes que le incumbían (ROBLES PLANAS, R. “*Delitos...cit.*, pág. 11). El número 4 del citado párrafo mantiene con claridad que “la responsabilidad de una agrupación por un hecho y el castigo de personas con capacidad de decisión o de empleados por el mismo hecho no se excluyen mutuamente”. De manera diferente, y por poner otro ejemplo, más seguido dentro de este ámbito de responsabilidad penal de los entes colectivos, distinto al anterior, el Código Penal francés diferencia en Secciones separadas las penas aplicables a las personas físicas (Título III, Capítulo 1º, sección 1ª) de las penas aplicables a las personas jurídicas, como categoría autónoma (Título III, Capítulo 1º, sección 2ª, donde destaca la multa junto a las de disolución, inhabilitación, vigilancia judicial, cierre definitivo o parcial, exclusión de los mercados públicos, privación definitiva o parcial del derecho a emitir títulos o valores, etc.) Para el resto de países europeos, vid: CUADRADO RUIZ, Mª Á. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia delante...¿un paso hacia atrás?” En *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 12, 2007, págs.128-133. La doctrina ha propiciado la agrupación de varios modelos de imputación legitimadora de sanciones penales a las personas jurídicas. Así, Heine marca tres: a) el acto del órgano de la empresa como falta propia de la organización – la corporación se identifica con las personas que de manera activa son responsables de ella–; b) organización deficiente de la empresa –relación entre el acto de desarreglo

como variable de la anterior, que sin llegar a las penas abre la puerta a la intervención punitiva –es el contenido de la propuesta realizada por el Proyecto español de 1980⁹–; e) utilización de sanciones casi penales que presentan un carácter mixto, como es el caso de las contenidas en la legislación italiana que siendo sanciones pecuniarias y no penas se imponen por jueces penales y sobre parámetros procesales y materiales semejantes a los empleados para la imputación penal, lo que conduce, en opinión de FIANDACA-MUSCO, a una especie de fraude de etiquetas desde el momento en que el legislador había querido formalmente definir “administrativa” una responsabilidad que en su sustancia asume un carácter penal o parapenal¹⁰; f) vía intermedia entre la radical negación aplicativa del Derecho Penal a las personas jurídicas y la de imposición de penas e incluso de medidas de seguridad por la comisión de delitos, con la utilización, vía penal, de otras consecuencias –buena muestra de esta posición, al menos hasta la reforma de 2010, es el artículo 129 del Código Penal español que alude, como ya se ha visto y volveremos sobre ello, a las consecuencias accesorias.

Como puede comprobarse, y ya advertía al principio de este epígrafe, existe una cierta y profunda confrontación en la que convergen, inicialmente parece que de forma enconada, las argumentaciones garantistas, situadas esencialmente en el Derecho penal de la culpabilidad, que defienden con intensidad el citado principio *societas delinquere non potest* y que muestran grandes objeciones técnicas y dogmáticas para lo contrario y los requerimientos políticos sociales de una comunidad en desarrollo y cada vez más compleja en relación a ámbitos tan importantes como las nuevas tecnologías, las

social delictivo con una organización deficiente de la empresa–; c) principio de causalidad, por el que se renuncia a la prueba de tales errores siendo suficiente comprobar la organización compleja de una empresa para poder imputarle, como causante, determinados desórdenes sociales, en forma de infracciones. HEINE, G. *Responsabilidad...* cit., págs. 28-34.

⁹ El artículo 132 del citado Proyecto decía: “No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes”.

¹⁰ Fiandaca-Musco llegan a esta conclusión sobre la base de que la responsabilidad del ente está, en realidad, estrechamente unida a la comisión de un hecho delictivo y la sede en la que se verifica es siempre en el proceso penal. FIANDACA, G-MUSCO, E. *Diritto Penale. Parte Generale*. 6ª ed., Bologna, 2009, págs. 164-173. Afirman, como paso previo, que la persistente dificultad, relativa a la individualización de un satisfactorio modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, explica cómo una parte de la doctrina más reciente tiende a un modelo sancionatorio alternativo de tipo administrativo o civil. *Ibid.*, pág. 163.

estructuras económicas e incluso las estrictamente delictivas abocadas a comportamientos colectivos y necesitadas de respuestas coherentes y actualizadas

III. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS REPAROS DOGMÁTICOS MÁS RELEVANTES A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICA.

Como bien pone de manifiesto CARBONELL MATEU¹¹, la dogmática clásica nace y se desarrolla en torno al delito como acción llevada a cabo por una persona física. Ahí es donde se asienta una de las objeciones fundamentales a la viabilidad de la susodicha responsabilidad de las personas jurídicas. Por tanto, las cautelas esenciales junto a la anterior se formalizan en la utilización de penas para tal finalidad, en su misma naturaleza y, como derivación en su incapacidad para ser sujeto de acción, de culpabilidad y de pena.

La primera de ellas ataca directamente al fondo de la cuestión pues objeta su propia estructura en el sentido de estimarlas como una ficción (*fictio iuris*) –cuando no un ente prejurídico– a las que el legislador transforma en una creación del Derecho dotándolas de algunas capacidades que las conducen a ser titulares de derechos y obligaciones, pero con efectos y consecuencias diferentes a los penales pues carecen de voluntad inteligente y de propia estima y, como derivación, de una independiente y singularizada capacidad de formar y asumir el juicio de imputación que conlleva la actuación punitiva, en exclusiva determinante de las personas físicas¹², por lo que únicamente poseen capacidad de actuar a través de sus órganos y, en consecuencia, no han de ser castigadas penalmente como tales personas jurídicas.

Semejante introducción descalificadora se desarrolla en su concreción penal con el trípode de incapacidades de la persona jurídica para ser sujeto activo de delito. Se

¹¹ CARBONELL MATEU, J. C. *Responsabilidad...* cit., pág. 13.

¹² Vid., COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª ed., Valencia, 1999, pág. 355. GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal*. I. Zaragoza, 1985, pág. 9 y ss.

dice que la punibilidad de estas personas es incompatible con la estructura teórica del Derecho penal y, en concreto, con la teoría jurídica del delito pues difícilmente pueden realizar los elementos más sobresalientes que la componen. Ciertamente es desde tal comprensión es sumamente difícil asumir que los entes colectivos puedan superar los conceptos de acción y de culpabilidad. Esta porque supone una imputación subjetiva personal que se apoya en un reproche individual del hecho delictivo concreto y por lo que, al no actuar por sí misma, no puede desarrollar el ente colectivo las premisas subjetivas del delito ni la imputabilidad del sujeto ni la propia comisión dolosa o imprudente, cualquiera que sea su ubicación sistemática, e incluso para aquellos que conciben el término bajo la idea de atribuibilidad del hecho injusto a su autor por razón de su motivabilidad normal en contra de la realización de la infracción criminal de igual manera no procede asumir capacidad de culpabilidad para dichas personas ya que el propio concepto de motivabilidad aparece unido al individuo¹³.

Pero es que, además, y como paso previo, se produce la incapacidad de acción, en cuanto conducta humana, que es motivada por una “voluntad”, un querer propio, de la que no es capaz la persona jurídica sino por medio de sus representantes físicos que son los que pueden exteriorizar los actos delictivos. Es decir, se plantea su falta de aptitud para formar una voluntad autónoma, distinta de las voluntades de sus miembros con incidencia en el ámbito punitivo.

Junto a ellas dos se muestra una tercera que es consecuencia de ambas, la incapacidad de pena basada esencialmente en el principio de personalidad que se le atribuye, en el reproche ético-social que supone su imposición en el ámbito penal y en sus propios fines tanto preventivo generales –la persona jurídica no padece y, por tanto, no es susceptible de coacción psicológica, propia de la prevención general negativa, ni de valorar su actitud de respeto a la norma, de la prevención general positiva– como preventivo especiales –la persona jurídica escapa a la idea de resocialización–¹⁴.

¹³ En este último sentido, *vid.*, por todos: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E-HUERTA TOCILDO, S. *Derecho Penal. Teoría Jurídica del Delito*. 2ª ed., Madrid, 1986. pág. 52.

¹⁴ En este sentido, entre muchos otros: ANTÓN ONECA, J. *Derecho Penal*. 2ª ed., anotada y corregida por Hernández Guijarro y Beneytez Merino, Madrid, 1986, págs. 154-155. JESCHECK, H.H.-WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad., Olmedo Cardenete, 5ª ed., corregida y

Tales objeciones hay que situarlas en la esfera de un Derecho penal pensado para la persona como sujeto físico. Ello no ha de ocultar ni de rechazar frontalmente otras posibilidades. Se ha asumido, y posiblemente con razón, que el delito es una construcción de posible variedad que no está determinado ni ontológicamente ni en razón de categorías inmutables monopolizadas por la acción humana, con lo que cabe presentar otras formas integradas o añadidas a aquella, como es la elaboración de una teoría jurídica del delito donde tenga implantación una posible imputación penal a la persona jurídica por hechos delictivos, compatible con el sistema penal de responsabilidad individual. Este planteamiento de no fácil desarrollo ha sido propuestos desde dos vertientes que conviene diferenciar.

Por un lado, la de los que proyectan su concepción de teoría del delito, en especial con referencia a la acción y a la culpabilidad, compatible igual para las personas físicas como para las jurídicas. En este sentido JAKOBS afirma que tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (y no solo los nombres) en la persona física y en la persona jurídica. En atención a la primera, mientras para el sujeto el sistema que ha de formarse ha de estar compuesto siempre de los ingredientes propios de una persona física, mente y cuerpo, en la persona jurídica se traslada a estatutos y órganos; estos se pueden definir asimismo como sistema en el cual lo interno no interesa pero sí el *output*, con lo que las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de las personas jurídicas. En relación a la segunda, aunque admite una mayor dificultad para la compatibilidad, descarta renunciar en absoluto a la comprobación de la culpabilidad, aunque lo hace, ciertamente forzado, sobre parámetros negativos al asumir que similar como sucede con las personas físicas existen supuestos en los que la jurídica actúa pero puede hacer comprender que las condiciones internas de la acción caben ser consideradas

ampliada, Granada, 2002, págs. 243-244. COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal...*cit., pág. 354-355. MIR PUIG, S.. “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *Estudios Penales en recuerdo al Prof. Ruiz Antón*. Madrid, 2004, págs. 751-752. BUSTOS RAMÍREZ, J-HORMAZÁBAL MALARÉE, H. *Lecciones de Derecho Penal.*, Vol II, Madrid, 1999, págs. 52-53.

indisponibles o sea han de disculparse¹⁵.

Por otro, la de los que intentan estructurar una elaboración dogmática independiente que, sin tocar los contenidos de las personas físicas, promueva nuevos conceptos de acción y culpabilidad para las personas jurídicas. Es el caso de ZUGALDIA y de TIEDEMANN, por poner dos ejemplos. Para el autor español las personas jurídicas son capaces de acción en cuanto destinatarias de las normas jurídicas y capaces de producir los efectos exigidos por dichas normas, de lo que deduce, en aplicación de las normas generales de la coautoría y de la autoría mediata, que al mismo tiempo, pueden ser autores de una infracción, es decir, que son capaces de realizar “acciones”, como contratos, adopción de acuerdos, etc., que se manifiestan a través de las acciones de sus órganos y representantes, pero que, igualmente son “acciones de la propia persona jurídica”¹⁶

Más complicada se les presenta la construcción de la culpabilidad en esa teoría emancipadora. Parecen coincidir en el alejamiento de una culpabilidad biopsicológica del órgano o de la persona física que acepta un juicio de reprochabilidad y sí en el acercamiento a la que se ha venido en denominar “culpabilidad por defecto de organización”. Desde semejante perspectiva, para ZUGALDIA una persona jurídica se

¹⁵ JAKOBS, G.. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*. Trad., Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, 2ª ed., corregida. Madrid, 1997, págs. 183-184. No es sencillo coincidir con Jakobs en este planteamiento que sitúa en clave penal lo que no dejan de ser actuaciones individuales dentro de las empresas, reguladas por otros sectores del Ordenamiento jurídico. Su propuesta de coexistencia tanto para la acción como para la culpabilidad está asentada en criterios de débil proyección penal. No obstante lo anterior, con posterioridad Jakobs se manifiesta crítico en relación a la propia capacidad criminal de las personas jurídicas al estimar que realmente no tiene capacidad de ser ciudadanos fieles al derecho ni, en consecuencia, en sentido contrario, pueden autorizar las normas al no ser autoconscientes para ello ni tampoco tener competencia comunicativa. JAKOBS, G. “¿Punibilidad de las personas jurídicas?” En Montealegre Lynett (Coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo I. Coord. Montealegre Lynett. Tomo I. Bogotá, 2003, pág. 342.

¹⁶ Desde esta perspectiva Zugaldía equipara, como digo en texto, con el coautor y autor mediato del delito que “responden de su propio acto aunque éste se realice total o parcialmente a través de otro”. ZUGALDIA ESPINAR, J. M. “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”. En *CPC*. Nº 81, 2003, págs. 549. También: “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas”. *CPC*. Nº 53, 1994, págs. 622 y ss. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia, 2008, págs. 45 y ss. ZUGALDIA ESPINAR, J. M.. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Dir. Zugaldía Espinar, Coord., Moreno-Torres Herrera. Valencia, 2010, pág. 578. Semejante identificación, avalada, por otra parte, en los planteamientos de Tiedemann, me parece, como mínimo, arriesgada porque son figuras distintas y situaciones diferentes. De lo que se trata es de valorar la capacidad de acción de la persona jurídica por sí misma como sujeto de imputación penal.

hace culpable cuando, en su seno, estatutariamente y en su beneficio, con posibilidad de conocer la ilicitud del hecho, se adoptan o ejecutan acuerdos delictivos o se ejecutan acciones delictivas que no son impedidas por los órganos sociales competentes¹⁷.

Es evidente que si se aceptan las dos premisas anteriores, la tercera de las cuestiones relacionada con la capacidad de pena se relativiza al máximo. Si se admite, como pretenden los autores anteriormente citados, la posibilidad de una culpabilidad moral social en el sentido indicado y, además, previamente se las admite como destinatarias de las normas jurídico-penales sobre la base de las actuaciones de sujetos concretos que conducen la responsabilidad de aquellas en cuyo interés y provecho desarrollan sus actos, desvirtuando su correcta organización, las sanciones penales, obviamente adaptadas a la naturaleza de dichos entes, se presentan como ineludibles. Sucede, no obstante, que si se niega la mayor, acción y culpabilidad, y se adoba con el principio de personalidad de la pena la reflexión anterior pierde todo su significado.

Como ha podido comprobarse la situación actual del tema genera serias dudas tanto desde una dimensión como desde la otra. MANTOVANI¹⁸ la ha resumido con excelente criterio, a través de varios rasgos diferenciados de expresión: a) bajo el perfil histórico domina el principio de responsabilidad individual sobre todo en el derecho continental, como se ha visto; b) bajo el perfil ontológico-dogmático la admisibilidad de la responsabilidad penal de los entes colectivos no se reconoce como una imposibilidad absoluta con lo que a la teoría de la ficción, antes señalada y que niega a ellos subjetividad penal en cuanto meros “sujetos artificiales”, se contraponen la teoría de la realidad u orgánica, por la que la persona jurídica, al igual que el hombre, es un sujeto natural y real por lo que no se ve la razón de negarle tal subjetividad; c) bajo el perfil

¹⁷ *Ibid.*, págs. 550-551. En parecido sentido se han manifestado, entre otros, Tiedemann y Heine. Vid: TIEDEMANN, K. *Responsabilidad...*cit., págs. 114-116. HEINE, G. *La responsabilidad...*cit., págs. 41-43. Cuesta admitir este planteamiento desde el momento en que, en todo caso, los acuerdos o las acciones delictivas ejecutadas no dejan de ser realizadas por personas físicas aunque integrantes de un ente colectivo que difícilmente puede tener algún nivel de culpabilidad, sobre todo a la hora de fundamentar la pena. Las referencias a las conculcaciones a los deberes de organización de las personas jurídicas no parecen suficientes para componer un concepto de culpabilidad que fundamente una culpabilidad sustento de la sanción penal. Incluso Tiedemann valorando las dificultades de su propuesta la reduce a los delitos culposos y de omisión.

¹⁸ MANTOVANI, F. *Diritto Penale. Parte Generale*. 5ª ed, Padova, 2007, págs. 111-113.

criminológico-empírico la realidad está, después, en demostrar que la “sociedad sabe delinquir” como se advierte todas las veces que los delitos de los representantes son expresión de la voluntad asamblearia, de la organización o de la política de empresa; d) sobre el perfil político-económico, la responsabilidad o irresponsabilidad penal de la persona jurídica es un problema, más que ontológico o dogmático, de tipos de sistemas políticos y económicos y de práctica útil y eficaz.

IV. VALORACIONES DE CARÁCTER GENERAL

Sobre dichas premisas he de sacar una serie de conclusiones personales que delimiten mi posición en relación al tema y que resumidamente paso a exponer. En primer lugar, es necesario aceptar que sobre el cambio radical en el que se mueven los nuevos desarrollos económicos, sociales, tecnológicos asentados sobre una globalización que abre puertas a la introducción de nuevos modelos societarios nacionales y multinacionales y a novedosas formas de delincuencia, la estructura penal requiere respuestas adecuadas que muestren la exigencia creciente de encontrar instrumentos idóneos para combatir la denominada, de manera controvertida, “delincuencia societaria”.

En segundo, y frente a lo anterior, se evidencian inconvenientes de difícil solución dogmática e incluso práctica modulados por las aceptables construcciones que sobre la teoría jurídica del delito son preferentes en nuestra Ciencia penal y el reproche culpable y personalizado que supone la pena criminal. Las soluciones alternativas creadoras de singulares capacidades de acción y culpabilidad y, por tanto, de pena plantean, posiblemente, más dificultades que soluciones y no borran las principales objeciones que se le han hecho a la atribución de responsabilidad penal a dichas personas, como veremos más adelante en la concreta regulación española.

En tercer lugar, y desde una perspectiva sociológica de resultados, la adscripción de dicha responsabilidad no es, en todo caso, un avance del Derecho penal ni tampoco

un planteamiento necesariamente progresista. Y esto es así, porque en definitiva, se siga el modelo que se siga en relación a tal responsabilidad, se puede caer en la incoherencia de que la “voluntad de la sociedad” a la que se adscriba la carga de la respuesta delictiva sirva más, como cortina de humo, para eludir la singularización de las responsabilidades penales de los miembros relevantes y ejecutores de las decisiones del colectivo¹⁹; y más aún la concreción del injusto en la empresa y la aplicación de una pena al ente social de un hecho cometido, en definitiva, por otro que ha actuado en su nombre conduce a una responsabilidad colectiva de la persona jurídica que afecta a todos sus miembros hayan o no participado en los hechos delictivos.

En cuarto , y a pesar de las objeciones expuestas anteriormente, es cierto que desde un punto de vista político criminal es necesario un acercamiento real a la cuestión planteada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, otra cosa son las fórmulas empleadas en concreto. Pero cierto es que si complicado es estructurar un sistema coherente con dicha responsabilidad no lo es menos utilizar argumentos decisivos para inutilizar la admisibilidad de una respuesta penal al respecto, tanto más cuanto se viene utilizando con continuidad en el Derecho anglosajón y también en parte del continental sin que ello haya supuesto ningún cataclismo ni dogmático ni legislativo, ni de aplicación material.

En quinto, sobre las últimas apreciaciones, se me antoja que la cuestión está en toma de posición político- criminal, legislativa y doctrinal al respecto sin que ninguna de la opciones que puedan seleccionarse quiebren del todo los principios esenciales del Derecho penal moderno y garantista, ciertamente sí unas más que otras, pero sin llegar a la incosntitucionalidad o a la aberración sistemática. Se puede pensar y hacer de esta forma operativo que un sistema es más útil, práctico, razonable jurídica o funcionalmente que otro. Que la propuesta más tradicional de la *societas delinquere non*

¹⁹ Ciertamente es que, al menos teóricamente, los defensores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la plantean sobre la no sustitución u ocultación de la de las personas físicas. Pero evidentemente el riesgo de lo opuesto es mayor. Igualmente se utiliza, en sentido contrario, la alusión al “chivo expiatorio” como planteamiento de que la responsabilidad física individualizada puede suponer el desvío hacia un determinado sujeto que asuma la responsabilidad para eximir a la empresa y a los altos directivos de ella, con lo que se posibilita un amplio margen de impunidad a las sociedades.

potest es más garantista, más fiel a las bases esenciales de la teoría jurídica del delito – acción, culpabilidad y, consecuencia, pena- o que la opción de la responsabilidad penal responde mejor a las exigencias del moderno Derecho penal y a las nuevas formas de delincuencia en las que la utilización de sociedades o empresas con fines delictivos adquiere cada vez mayor protagonismo. Se puede objetar a las primeras su anquilosamiento en un tiempo ya pasado y su tributo a una dogmática, fundamentalmente alemana, excesivamente formal, al menos en este aspecto; o cabe atribuir a los seguidores de la segunda hipótesis, como hace por ejemplo RODRÍGUEZ MOURULLO en relación a la concreta modificación de la regulación española, la ignorancia de los principios básicos de nuestro sistema penal, principios que no son “abstruserías dogmáticas” propias de profesores, “sino inequívocas declaraciones legales y constitucionales cuya eficacia normativa se ha dejado intacta y que evidencian que nuestro sistema penal está configurado exclusivamente para la responsabilidad de la persona física”.

En sexto, y en atención a este estado de variables, la posibilidad de tender hacia la concreción de una solución intermedia entre la absoluta exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la imposición directa de penas por la imputación de las infracciones delictivas cometidas que salve los reparos antes indicados tanto de una como de otra, aunque, lógicamente, a algunos les pueda parecer insuficiente y a otros más allá de los límites fundamentales marcados por la teoría jurídica del delito. Es la idea que he mantenido hasta este momento basada en una utilización adecuada de las consecuencias accesorias del artículo 129, en su redacción anterior a la reforma de 2010, después se ha quedado prácticamente sin contenido, como ya he puesto de manifiesto con anterioridad. No suponen, en esta hipótesis, responsabilidad penal en sentido estricto avalada por la pena sino en una comprensión amplia que las integra dentro de la esfera punitiva pero sin sometimientos ni a la culpabilidad ni a la peligrosidad y, como derivación, ni a las penas ni a las medidas de seguridad. Se consigue, además, con ello actuar sobre la empresa, de manera preventiva, para evitar, en la medida de lo posible, manifestaciones de índole criminal delictiva, en las que no solo se actúa sobre los individuos personalizados que han realizado los actos

sino también, y de esta manera, con el objetivo de neutralizar su cobertura delictiva²⁰.

Como fundamentaba, con acertado criterio, el anterior artículo 129 en su número 3 las consecuencias accesorias “estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”. Todo ello conectado con el contenido del artículo 31 del Texto punitivo. Resaltar, por último en este sentido, que la cuestión valorada de esta manera se minimiza al máximo en cuanto a sus resultados prácticos. Quiero decir con ello que si analizamos el catálogo de penas en los Códigos que estructuran un sistema diferenciado para las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del Texto punitivo español, en este caso, insisto, antes del Reforma de 2010, las diferencias son mínimas y las coincidencias múltiples –clausura de empresa, disolución, suspensión de actividades, etc.–. La única salvedad está en la multa, las demás únicamente puede ser una cuestión de modernización o adaptación de dichas consecuencias, estimada como pena en prácticamente todos los Códigos y también ahora en el español –en el artículo 33 en su nuevo número 7 se señalan como penas aplicables a las personas jurídicas: multa por cuotas o proporcional, disolución, suspensión de actividades, clausura de locales o establecimientos, prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas²¹-. Ello no es, ni mucho menos, un obstáculo insalvable. Caben dos posibilidades: una, la de su regulación concreta extrapenal y su incorporación para la imposición en el proceso penal, como hace el Derecho penal italiano; otra, más factible con la idea defendida por mí, incluirla en el catálogo de consecuencias accesorias como distinta a la contenida en el artículo 50 como pena y no impuesta como días multa sino expresamente determinada para cada delito en la que se ha de aplicar como dicha consecuencia. Por

²⁰ Vid, con mayor extensión la opinión del autor sobre las consecuencias accesorias antes de la reforma 2010: MORILLAS CUEVA, L. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Madrid 2004, págs. 35-38. Después de dicha reforma: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. 2ª ed., Madrid 2010, págs. 38-41.

²¹ Esta última, además de la multa, es el único añadido con respecto a las enumeradas como consecuencias jurídicas hasta la citada reforma de 2010. Vid., en este sentido con amplitud en el análisis del catálogo de penas para las personas jurídicas: RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel. “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010. En *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 105, 2011, págs. 173 y ss.

tanto, como sistema específico de selección de aquellos supuestos en los que se podrá aplicar.

Séptimo y último, todo lo dicho, incluidas las hipótesis alternativas, supone una toma de posición sobre la cuestión pero ya derivan como valoraciones de lege ferenda. La realidad actual, y a ella hay que ceñirse en un planteamiento interpretativo del derecho positivo vigente, es la presencia del artículo 31 bis y su derivaciones en otros preceptos que avalan el compromiso legislativo con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se podrá estar de acuerdo o no estarlo, se podrá criticar la deficiente redacción y contenido del susodicho artículo, pero esa la posición legislativa al respecto.

V. DERECHO PENAL ESPAÑOL

1. Aspectos generales.

Como he venido comentando, la LO 5/2010 supone un cambio total en la percepción de esta cuestión en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, a la que incluye fundamentalmente con la incorporación de un nuevo artículo 31 bis, que es el verdadero núcleo de la problemática que estoy analizando.

No obstante lo anterior, parece procedente atender en este epígrafe también al mantenido artículo 31 en su número primero –el segundo, como ya he comentado, acertadamente ha sido suprimido por la reforma de 2010- relativo al actuar en nombre de otro, dejado en su íntegra redacción y con un significado muy específico dentro de dicha problemática. Algunos autores como MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN lo consideran un problema fundamentalmente de autoría y lo estudian bajo ese epígrafe²². Conviene, sin embargo, desde mi punto de vista, analizarlo aquí en clave de sujeto y por

²² MUÑOZ CONDE, F-GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal...*cit., págs 222-223. En igual sentido, CUELLO CONTRERAS, J- MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid, 2011, pág. 148. Para Bacigalupo es una cláusula de extensión de la autoría. BACIGALUPO, S. “Artículo 31”. En *Comentarios al Código Penal*. Dir. Gómez Tomillo. Valladolid, 2010, pág. 266.

una ordenación sistemática que entiendo más adecuada y relacionada entre sí con relación al artículo 31 bis, independientemente, como advierten COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, de la problemática que el tema pueda proyectar en materia de autoría y participación²³.

2. El actuar en nombre de otro

La génesis de esta norma deriva de la prestensión legal de impedir una posible impunidad en tipos penales que requieren una determinadas características para poder aplicarles una pena; tipo especiales, generalmente por la cualificación del sujeto activo en los que se utilizaban a otro sujeto que no reunía las exigencias requeridas para la actuación. En consecuencia, se podía dar la paradójica situación de que la singularidad del tipo afectara a la persona jurídica que derivaba en sujetos que no poseían tal singularidad, administradores o encargados del servicio por ejemplo, con lo que no podían ser sujetos activos del tipo, y tampoco la empresa porque precisamente actuaba otros en su nombre. Ante esta contingencia la reforma de 15 de junio de 1983 introdujo el artículo 15 bis, que es el antecedente del actual 31. Se intenta de esta manera reglar las denominadas actuaciones en nombre de otro.

Como acabo de decir, primero el antiguo artículo 15 bis y después el vigente artículo 31 intentan impedir los fraudes de esta índole, dotando de fundamento legal para la punición a las personas físicas que sin tener las condiciones reclamadas por el tipo obran en nombre del otro que si las posee, sea persona jurídica o persona física. Del mencionado artículo 31, número 1, se desprenden una serie de requisitos que estructuran la propuesta: a) En relación con la persona jurídica el actuante ha de ser administrador de hecho o de derecho; b) que para el otro –persona física– ha de obrar en su nombre o representación legal o voluntaria²⁴; c) el actuante de tal manera considerado responderá

²³ COBO DEL ROSAL, M-VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal...cit.*, pág. 359.

²⁴ Evidentemente este tipo de representación implica asimismo a la persona jurídica que se entiende unida al administrador. Incluso el antiguo artículo 15 bis lo asumía con mayor rotundidad al reducir el círculo solo a las personas jurídicas “el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma”. *Vid.*, con amplitud: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.. “Las actuaciones en nombre de otros”. En *ADPCP*, 1984, págs. 39 y ss.

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; d) estas últimas circunstancias sí se tienen que dar en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Semejante fórmula del actuar en nombre de otro no comporta, como bien dice OCTAVIO DE TOLEDO sobre el reiterado artículo 15 bis de referencia también para el actual, ampliación o alteración ninguna del ámbito de comportamientos descritos por el tipo al que se aplica ni tampoco una extensión del concepto de autor o de sujeto activo sino que únicamente supone eliminar por razones político-criminales evidentes, el obstáculo dogmático que supone la concurrencia en una persona jurídica –o incluso física– de las características requeridas para el sujeto activo por el tipo de un delito especial²⁵. Tampoco libera, sino todo lo contrario, la exacta verificación de que en estos supuestos el sujeto activo es la persona física que actúa en nombre de otro, persona jurídica.

En este sentido, la Circular 1/2011 reafirma la idea indicada en cuanto asevera que ni el pre-vigente artículo 15 bis citado ni el actual 31 se concibieron con el propósito de determinar la autoría en los delitos cometidos en el marco de las personas jurídicas, fijando una regla según la cual, de dichas infracciones deben de responder sus directivos o representantes, “sino que su genuino objeto fue colmar las lagunas de punibilidad existentes en relación con los delitos especiales propios, realizando una extensión del tipo o de la autoría en dichas infracciones al asignar al *representante persona física* las específicas condiciones personales exigidas para ser autor de la infracción, aun cuando dichas condiciones no se den en él y sí en la persona física o jurídica a la que representa”.

²⁵ *Ibd.*, pág. 50. También: QUINTERO OLIVARES, G. *La reforma penal de 1983*. (en colaboración con Muñoz Conde que redacta la Parte Especial) Barcelona, 1983, págs 102-105. Más recientemente Quintero Olivares, ya sobre el artículo 31, afirma que lo único que se pretende con él es obviar los inconvenientes derivados de la posible limitación de la esfera de autores en determinados delitos, por lo que en ningún caso se puede considerar como una presunción de autoría y, menos aún, como una especie de responsabilidad objetiva, incluso lo llega a concebir como complementario del artículo 28 para facilitar su aplicación, y no como sustitutivo. QUINTERO OLIVARES, G. *Parte Geeneral del Derecho Penal*. Con la colaboración de Morales Prats, 4ª ed., Navarra, 2010, pág. 676.

La jurisprudencia se decanta igualmente por parecidas perspectivas en relación a la presencia del artículo 31 del Texto punitivo. Así la STS 607/2010, de 30 de junio, mantiene que su incorporación al Código "no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quienes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia, es obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes". Es decir el artículo establece las condiciones de la responsabilidad de los órganos o representantes de las personas físicas o jurídicas en los delitos especiales propios, pero no cumple función alguna en el resto de delitos en los que el sujeto no cualificado puede ser autor por sí mismo: "la aplicación de este precepto requiere que el tipo penal subsumible a los hechos prevea en su redacción típica la concurrencia de unos elementos especiales de autoría". Ahora bien, en todo caso la autoría requiere la verificación de la conducta penalmente típica y lo que es más importante, verificar la imputación objetiva y subjetiva. Los criterios de atribución de responsabilidad individual sirven para delimitar el ámbito de atribución personal de una conducta que es objetiva y subjetivamente imputable, y no pueden en modo alguno sustituir estos criterios de imputación.

Más concreto, obviamente sobre otro caso específico y real, pero en la misma línea se manifiesta el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén 20/2012, de 26 de enero, que en relación a la aplicación del artículo 31 asume que éste otorga a los actuantes en lugar de otro, extranei, la categoría de intranei, posibilitando su imputación a título de autor. Tal hipótesis no implica por sí sola la efectividad de tal imputación por ese título. Para ello se requiere atender, además, a exigibles criterios de imputación o atribución de

responsabilidad penal. Esto le lleva a dos importantes consideraciones: a) ni basta ser administrador para recibir la transferencia de esa responsabilidad; b) ni siquiera es necesario ser formalmente administrador para poder recibirla. Desde semejante perspectiva, reitera la posición mayoritaria de la jurisprudencia, es inaceptable la posibilidad de confundir la extensión del ámbito de sujetos que pueden responder a título de autores, con las reglas de imputación, objetiva y subjetiva, de responsabilidad penal porque ello provocaría una inaceptable responsabilidad objetiva por el cargo.

3. La concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas después de la LO 5/2010.

La reciente y muy comentada modificación introducida por la reforma de 2010 en relación con las personas jurídicas se concentra fundamentalmente, que no en su totalidad, en el nuevo artículo 31 bis. El legislador penal ha optado por una doble vía de regulación: por un lado, acoge la imputación de aquellos delitos cometidos en nombre de personas jurídicas o por cuenta de las mismas, y en su provecho, cometidos por las personas que tienen poder de representación en las mismas (artículo 31 bis, 1, párrafo 1º); por otro, aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la hipótesis anterior (artículos 31 bis,1, párrafo 2º).

Pretende ofrecer con ello una fórmula, para algunos mixta, que busca un cierto equilibrio entre los planteamientos clásicos de no responsabilidad de las personas jurídicas adobados con bastantes coordenadas del derecho anglosajón al respecto, que, sin embargo en mi opinión, para bien o para mal, termina por absorber estas a aquellos. La Circular 1/2011, no sin excesivo optimismo en su valoración, estima que el recurso utilizado como modelo por el legislador español recuerda en lo esencial a las soluciones adoptadas, *mutatis mutandi*, por países como el Reino Unido y Francia, el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo –desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica– por mantener

intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una *nueva teoría general del delito de las corporaciones*, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.

Sea como fuere, y no es lugar ni momento para profundizar en el tema, sí parece conveniente entrar a valorar, aunque sea brevemente, la ubicación más acertada para la inclusión sistemática del estudio de esta institución penal, que, se esté por ella o no, no deja de presentarse como normativamente legitimada. Dos son las hipótesis: en primer lugar, aceptarla como un todo independiente y autónomo, como una forma diferenciada de la teoría jurídica del delito, de las personas físicas y elaborar una estructura separada y distinta para su análisis integral en todos los aspectos que sea necesario, en definitiva, crear un sistema propio para la responsabilidad de la personas jurídicas – como sujetos diferenciados de acción, de culpabilidad, de pena, con su catálogo distinto –citado artículo 33.7-, de las atenuantes a aplicar –expresamente descritas en el artículo 31 bis.4.-²⁶; en segundo, asumir las importantes peculiaridades de esta nueva forma de responsabilidad penal pero situarla paralelamente a la propia estructura jurídico-delictiva de las personas físicas²⁷. Esta última puede ser la opción más conveniente y menos perturbadora para el propio desarrollo de la teoría del delito.

Situada semejante posición metodológica, es imprescindible volver a las características más destacadas de la nueva regulación. En tal sentido, aquéllas pueden ser resumidas de la siguiente manera:

1)El texto punitivo no introduce una definición auténtica del término persona jurídica únicamente se refiere a ella y parece dar por sabido su concepto y extensión. Ello significa que se está ante un concepto extrapenal con el que hay que ser sumamente cuidadoso con su interpretación y asimilación penal. BACIGALUPO pone de relieve

²⁶ Es la opción seguida, por ejemplo y coherentemente con su posición general al respecto, por ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos...* cit., págs. 575 y ss. En igual sentido: MUÑOZ CONDE, F-GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal...* cit., págs. 627 y ss.

²⁷ En esta línea: GÓMEZ MARTÍN, V. *Actualización...* cit., págs 5 y ss. Igualmente. CUELLO CONTRERAS, J-MAPELLI CAFFARENA, B. *Curso...* cit., pág.s. 58-70.

atendiendo a la doctrina civilista que la persona jurídica es un ente, distinto de la persona física, capaz de ser sujeto de derechos o deberes y de ser centro de imputación de efectos jurídicos. Su concreción, descriptiva, la encuentra en el artículo 35 del Código Civil²⁸. No me parece totalmente de recibo semejante definición pues no entra en el fondo de la cuestión, lo que puede llevar, y así ha acontecido, a interpretaciones excesivamente extensivas próximas a las analógicas de difícil recibo en el ámbito punitivo. Como dice DOPICO GÓMEZ-ALLER no cabe utilizar esta amplitud conceptual para aplicar este régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas a realidades sociales o económicas similares pero carentes de personalidad jurídica²⁹.

En este sentido, sí ha estado alerta el legislador penal al utilizar buena parte del contenido de las consecuencias accesorias del artículo 129 para estas hipótesis cercanas a las personas jurídicas pero carentes de dicha personalidad jurídica. A nivel internacional se pueden encontrar algunas pretendidas concreciones de lo que se ha de entender por persona jurídica, más enumerativas y restrictivas que conceptuales. Así la Directiva 2011/36/UE se refiere como persona jurídica a los efectos de dicha Directiva “cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados o de otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas”³⁰.

2) Si bien el legislador español no concreta, como he dicho más arriba, el alcance definitorio de personas jurídicas, sí excluye expresamente, por el contrario, algunas de éstas del ámbito de la responsabilidad penal. De tal manera, en el número 5 del artículo 31 bis extrae de aplicación de la susodicha y reiterada responsabilidad penal de las personas jurídicas a una serie de ellas que pueden integrarse en tres grupos: a) Entidades de Derecho público y asimiladas –Estado, Administraciones Públicas

²⁸ BACIGALUPO, S. “Artículo 31”. *Comentarios...* cit., pág. 269.

²⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Responsabilidad...* cit., pág. 14.

³⁰ Igual definición cabe encontrar en otras normas del mismo carácter como, por poner un nuevo ejemplo, La Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, en cuyo artículo 2.d redacta de idéntica manera. *Vid.*, en este sentido y con amplitud: VALLS PRIETO, J. “Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿Son responsables los partidos políticos y los sindicatos? En *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 104, 2011, págs. 110 y ss.

territoriales e institucionales, Organismo Reguladores, Organizaciones internacionales de derecho público-; b) Entidades estatales mercantiles y privadas con funciones públicas –Agencias y Entidades Públicas Empresariales, organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas. Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general; c) Organizaciones políticas o sindicales –partidos políticos, sindicatos.-

El fundamento de semejantes exclusiones no es fácil de fijar y, en algunos casos incluso de comprender. Puede situarse en términos generales en la relevancia constitucional de la función que desarrollan, sobre todo en las que tienen un carácter de Administración Pública –como afirma MORALES PRATS, no parece imaginable que el Estado cometa delitos contra sí mismo y aun menos que se proporcione sanciones penales en cuanto que ente³¹, aunque todo este por ver y, posiblemente, por venir-. Más discutible, parece la justificación de la exclusión de las entidades estatales mercantiles y privadas con funciones públicas que aunque próximas a las anteriores no presentan la misma solidez en cuanto a la posible exigencia de medidas de control que vayan más allá de las puramente administrativas, cuando obviamente sea necesario por la conducta realizada. Todavía menos comprensible es la incorporación en esta terna de los partidos políticos y sindicatos, como no sea la de su importante presencia, constitucionalmente recogida, en el sistema político y laboral del Estado español, pero precisamente por ello además de una especial protección, que no dudo en asumir, posiblemente requieran también un especial control. Especialmente crítico en este sentido se manifiesta Valls Prieto, con la añadida argumentación del incumplimiento, en esta aspecto, por parte del legislador español de la normativa europea a la que sobrepasa en razón a la no transposición global de mínimos de dicha normativa, con los efectos indemnizatorios a los futuros perjudicados que semejante postura le puede ocasionar³².

De todas maneras, el propio elaborador de tal norma fue consciente de las debilidades que podía arrastrar su amplio planteamiento y en el párrafo 2º de este

³¹ MORALES PRATS, Fermín. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En *La reforma de 2010: Análisis y Comentarios*. Dir. Quintero Olivares. Navarra, 2010, pág. 61

³² VALLS PRIETO, Javier. *Las exenciones ...cit.*, pág. 127.

número 5 establece una cierta cautela, la verdad de poco alcance: “En estos supuestos los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”. El planteamiento es sumamente restrictivo desde mi punto de vista y muestra varias interrogantes que lo vacían en gran medida de contenido. Así, la exigencia de creación ad hoc para el logro de los objetivos previstos es manifiestamente limitativo ¿por qué no incluir asimismo a las personas jurídicas creadas legalmente y que luego devienen en delictivas?

3) La responsabilidad criminal que desarrolla el artículo 31 bis pretende ser una responsabilidad directa sin subordinación a la de las personas físicas³³. Cuando el tipo utiliza frases como “las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos (...)” esta abonando esta precisión. Tal consideración lleva como derivación a un planteamiento autónomo e independiente, además de acumulativo, en su aplicación con respecto a la tradicional responsabilidad penal de las personas físicas, con la que no aparece vinculada ni es una alternativa de ésta para dejarla, en determinados casos, sin aplicación.

En dicho sentido, es esclarecedor el contenido del número 2 del artículo 31 bis que concreta la responsabilidad penal de aquellas siempre que se constate la comisión de un delito cometido por quien ostente los cargos o funciones aludidos en el número 1, aunque la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Igualmente el número 3 de dicho artículo es otra base sustentadora de semejante opinión. En él se consigna la posibilidad de concurrencia en las sujetos físicos de imputación –personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubieren hecho posibles por no haber ejercido el

³³ En este sentido la mayoría de autores, por ejemplo: DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Responsabilidad...* cit., págs. 13 y ss. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Fundamentos ...* cit., págs. 582-583. Carbonell Mateu, sin embargo, matiza que la reforma parece adoptar un camino intermedio entre la responsabilidad directa de las personas jurídicas por el hecho propio y el de la traslación de responsabilidad derivada del hecho cometido por personas físicas como consecuencia de “defectos de organización”. CARBONELL MATEU, J. C. *Responsabilidad penal...* cit., pág. 31.

debido control- de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, que no excluirá o modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de sus propias circunstancias atenuantes señaladas en el número 4.

Una excepción a esta extensiva autonomía se recoge en el inciso final del número 2 relacionada con la pena de multa, cuando derivada de los mismos hechos se impusiere tanto a la persona física como a la jurídica tal pena, los jueces o tribunales modularan las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. Como bien valora DOPICO GÓMEZ-ALLER, lo que se intenta con esta cláusula restrictiva es evitar efectos perversos del *bis in idem*, esencialmente en las pequeñas empresas, en las que frecuentemente la economía de la persona física del administrador coincide en gran medida con la de la persona jurídica empresa³⁴.

4) Cuando el artículo 31 bis alude a delitos cometidos por personas jurídicas no se está refiriendo a todas las infracciones penales, sino aquellas expresamente relacionadas como de posible comisión por este tipo de personas. Se opta en consecuencia por un catálogo cerrado de delitos³⁵ con la inclusión de una cláusula específica para cada uno de ellos, de este tenor: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículos se le impondrá la pena (...)”.

³⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Responsabilidad...* cit., pág. 22.

³⁵ Tales delitos son: Tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis), Trata de seres humanos (177 bis), Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento de morada (197.3, último párrafo, Estafas (251 bis), Insolvencias punibles (261 bis), Delitos informáticos (264. 4), algunos delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (288), Blanqueo de capitales (302. 2), Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis), Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis . 4, párrafo 3º), Delitos de construcción, edificación o urbanismo ilegal (319.4), Delitos contra el medio ambiente (327, para los artículos 325 y 326 y 328. 6 para este mismo artículo), Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (343, para éste artículo), Delitos de riesgo provocado por explosivos (348. 3, para este artículo), Delitos contra la salud pública (369 bis, para los artículos 368 y 369, tráfico de drogas), Falsedad en medios de pago (399 bis), Cohecho (427. 2), Tráfico de influencias (430 párrafo 2º), Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (445. 2), Organización o grupos terroristas (570 quáter. 1) Financiación del terrorismo (576 bis.3).

5) Como anteriormente significué dos son los modos de imputación que el artículo 31 bis en su número 1º considera para la concreción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

a) El primero de ellos responde al contenido en el párrafo primero del susodicho número que representa la forma más relevante de responsabilidad directa de aquellas. Estos son los requisitos necesarios para su configuración: a') que se cometa un delito de los anteriormente expresados que pueden dar lugar a responsabilidad de las personas jurídicas –obviamente al hablar de delitos se está refiriendo a esta forma de infracción penal, quedando descartadas las faltas que, además, no están, como es coherente, dentro de catálogo especificado de hipótesis a generar dicha responsabilidad. Aquél asume tanto el delito consumado como en grado de tentativa, y de igual manera en relación a la autoría y la participación delictivas sus diversas formas-; b') dicha comisión ha de realizarse en nombre o por cuenta de las susodichas personas jurídicas y en su beneficio –ello significa que la actuación se ha de producir dentro del marco de las funciones y competencias de los sujetos ejecutantes dentro de la empresa y en provecho de aquella. DOPICO GÓMEZ-ALLER distingue entre provecho en sentido directo, como manera de obtener un beneficio empresarial e indirecto, como un ahorro de costes a sabiendas o siendo consciente que incrementa el riesgo de un resultado delictivo³⁶-; c') la personas físicas actuantes han de ser representantes legales de la persona jurídica o administradores de hecho o de derecho –la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos (Ley de Sociedades Anónimas)-.

b) El segundo que se fundamenta en un traslado de responsabilidad por un hecho cometido por personas físicas sin concreción de funciones específicas como derivación de un defecto de organización se fija en el párrafo segundo del reiterado número 1. Requiere las siguientes circunstancias: a') en primer lugar se repiten las previsiones iniciales del párrafo anterior –en los mismos supuestos, las personas jurídicas serán

³⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Responsabilidad...*cit., pág. 18.

también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas-; b') los sujetos aquí referidos son comprendidos de una forma más amplia, abierta tanto a los trabajadores y directivos e, incluso, a todo el que actúe, en las coordenadas antes indicadas, bajo la dirección de los administradores; c') es preciso que todos ellos estén sometidos a la autoridad del representante legal o administrador de hecho o de derecho, personas físicas ya mencionadas en el párrafo anterior; d') que no se haya ejercido sobre aquéllos el debido control atendiendo las concretas circunstancias del caso, lo que supone, en definitiva, una omisión del deber de vigilancia que en buena técnica asumiría la omisión dolosa y la imprudente, aunque esta última en el ámbito en que nos estamos moviendo resulta sumamente dificultosa.³⁷.

Hasta el momento de cerrar este artículo prácticamente todavía no se han producido suficientes resoluciones judiciales como para interpretar la doctrina jurisprudencial al respecto. No obstante, existe un interesante Auto que puede ser nominado como el primer caso de procesamiento de persona jurídica tras la reforma de 2010, que es tanto como decir en la historia aplicativa de nuestro Derecho penal. Se trata del Auto del Juzgado Central de Instrucción, de 11 de octubre de 2011, (ARP2011/1392). Motivo: entramado de sociedades a través de las cuales se organizaban grandes operaciones de importación de cocaína: procesamiento de las sociedades y empresas, tomándoseles declaración a través de sus administradores y representantes legales vía art. 31 bis.

Varias son las decisiones a resaltar con respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas intervinientes y que son mostradas porque ponen de manifiesto un cierto camino a seguir en el procesamiento de aquéllas, con aclaración de los contenidos típicos antes expuestos:

³⁷ En este último sentido para Gómez Martín, la responsabilidad imprudente de la sociedad resulta problemática. GÓMEZ MARTÍN, V. *Actualización...*cit., pág. 13. Para Dopico Gómez-Aller el incumplimiento del control debido puede tener lugar como mero incumplimiento imprudente de los deberes de control (lo que será más sencillo de probar) –aunque asume que, como mínimo ha de haber imprudencia grave- o como mera tolerancia dolosa (con dolo directo o eventual) de la dirección de la entidad ante el delito del subordinado. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Responsabilidad...*cit., pág. 21.

a) Concreción de hechos y previsión de tipos a aplicar: Los hechos probados, si llegasen a acreditarse en el acto del juicio, revisten los caracteres de un delito contra la salud pública, tipificado en el art. 368 del Código penal, por tráfico de cocaína, sustancia que causa grave daño a la salud, con la agravante específica de revestir la cantidad incautada notorísima -5.644 kg netos de clorhidrato de cocaína con una pureza de entre 92 y 98 %- importancia (Art. 369.5), así como la de actuar en grupo organizado del art. 369 bis, y revestir los hechos extrema gravedad, conforme a lo dispuesto en el Art. 370.3, pues conforme a su segundo párrafo las máquinas importadas donde apareció la droga camuflada se iban a introducir en España "simulando operaciones de comercio internacional entre empresas" (penado con pena superior a los 9 años de prisión y multa), responsabilidad para las personas físicas intervinientes. De igual manera hay que atender, en otro nivel y así lo hace el susodicho Auto a la vinculación participativa (art. 31 bis en relación con el 369 bis, párrafo 3 y 4) de los representantes legales y administradores de derecho y hecho (según la teoría del levantamiento del velo y lo desprendido de las conversaciones telefónicas que claramente indican quién ejerce el mando real y la toma de decisiones que luego testaferros/empleados obedecen), así como las actividades sociales descritas -reimportación de maquinaria- por cuenta y en provecho de las empresas T SL (Administrador único M), ITSA (Administradores V y A, y Apoderado CA) MyM (Presidenta N), J (Administrador G) y GM SL (Administrador y socio único CA) las hacen igualmente responsables en la esfera penal, debiendo quedar por ello, procesadas.

b) Declaración: En orden a la prestación de declaración con respecto a las personas jurídicas, se consigna que de conformidad con lo dispuesto en el art. 409 bis en relación con el 119 LECrim para ello recientemente modificada por Ley 37/2011, de 10 de octubre , de medidas de agilización procesal, deberá igualmente recibírseles declaración como imputado a través de su representante especialmente designado, acompañados de Abogado -y debiendo nombrar igualmente Procurador- de su elección, bajo apercibimiento de hacerlo con los de oficio en caso contrario.

c) Fianza: Todo procesado debe prestar la correspondiente fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieren imponérsele en virtud de lo dispuesto en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , debiendo señalarse en el presente caso la cantidad de 800 millones de €, tanto para cada persona física como jurídica procesadas.

d) Procesamiento: Se declara procesados por esta causa y sujeta a sus resultados a – personas físicas antes citadas– así como a las personas jurídicas como responsables de un delito contra la salud pública, con la agravante de ser la cocaína de notorísima cantidad, actuando en grupo organizado y hacerlo simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, de la que los dos últimos son sus jefes y superiores.

e) Medidas cautelares: Ratifica la clausura y suspensión cautelar temporal por dos años de las actividades de las mercantiles enumeradas con anterioridad.

No cabe duda que el analizado Auto es un inicio de las respuestas jurisprudenciales que se irán desarrollando con el tiempo en aclaración y aplicación de la normativa vigente respecto a la responsabilidad penal estudiada en este artículo. Lo que obviamente no va a evitar el mantenimiento por determinados sectores de la doctrina de relevantes reticencias a semejante forma de entender la susodicha problemática y que enmarcan una forma de comprensión dirigida en exclusiva a las personas físicas por las variables que he apuntado en este trabajo. Como escribe, a manera de conclusión, Rodríguez Fernández posiblemente ahora haya que conformarse con estudios evaluativos ex post de la reforma para más adelante, con un periodo suficientemente extenso de vigencia, poder valorar con la ayuda de datos empíricos en relación a su real aplicación la eficacia, efectividad y eficiencia de semejante cambio³⁸ y de la novedosa e inusitada incorporación al sistema pena español de la tal responsabilidad penal de las personas jurídicas. En cualquier caso el debate sigue abierto, aunque ahora con los planteamientos invertidos en cuanto a lo que es derecho positivo, introducido por la LO 5/2010 y lo que son las alternativas, antes de la

³⁸ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S. *Las penas...cit.*, pág. 198

modificación citada línea legislativa continuada en el tiempo y en nuestra codificación.

